

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

**A MODELAGEM TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO EM
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E AS
RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS**

Francisco Pinto Rabello Filho

Curso de Doutorado em Direito
Direito do Estado

Tese apresentada no Curso de pós-graduação em
Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do grau de Doutor

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Curitiba
2003

**A MODELAGEM TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO EM
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E AS
RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS**

por

Francisco Pinto Rabello Filho

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:

ORIENTADOR:



Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève

Prof.^a Dr.^a Betina Treiger Gruppenmacher

Prof.^a Dr.^a Sandra A. I. Barbon Lewis

Prof. Dr. Luiz Alberto Araújo

Prof. Dr. Walter Claudius Rothenburg

Curitiba
2003

À memória de meu pai,
Francisco Pinto Rabello.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho somente foi possível em virtude de uma *santa conspiração*. Acossado como estive, neste período, por problemas vários, para além do desumano volume de serviço na magistratura, não fosse a enorme contribuição de diversas pessoas, todas amigas, seria inteiramente inviável a consecução deste objetivo.

Antes de mais, devo agradecer ao meu orientador, Professor Doutor Clèmerson Merlin Clève. Fraco aprendiz do Direito como sou, dele não seria de esperar que se resignasse a orientar-me no Doutorado, após a experiência do Mestrado, não fosse a grandiosidade de seu coração, seu elevado espírito de companheirismo e a antiga amizade que nos une.

Minha amada esposa Vânia Regina e minhas pequenas adoradas Maria Augusta e Maria Carolina – tríplice prova de que Deus sempre me dá infinitamente mais do que mereço –, também desta feita invadiram as raias do impossível durante este tempo em que coloquei o mundo entre parênteses.

O Professor Luiz Alberto David Araújo voltou a dar-me mostras de nossa sólida amizade, desta feita em nossa freqüente interlocução, além de ter apreciado os esboços do trabalho e feito sugestões valiosas.

É impossível deixar de registrar minha eterna gratidão também aos amigos que me prestaram inapreciável colaboração, solidariedade e incentivo: Adalberto Jorge Xisto Pereira, Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros, Ana Paula Rosário, Ana Zeschotko, Betina Treiger Grupenmacher, Cássio Djalma Silva Chiappin, Eroulths Cortiano Junior, Fátima Becker Paim, Geraldo Polla, Gracia Maria Montilla Garcia Polla, José Augusto Gomes Aniceto, Juliana Sílvia Tavares, Jussara de Araújo Pereira, Karin Kässmayer, Laura da Silva, Luiz Carlos Gabardo, Manoel Caetano Ferreira Filho, Oto Luiz Sponholz, Paulo Roberto Ribeiro Nalin, Paulo Roberto de Souza, Rafaella Negrão de Oliveira, Renata Cristina Menegassi Fernandes, Roberto Nunes de Lima Filho, Sandra Aparecida Lopes Barbon Lewis e Sandra Mara Pinheiro Maciel.

A todos, o meu mais profundo e eterno agradecimento.

SUMÁRIO

Introdução	1
Capítulo I – Fundamento jurídico do controle jurisdicional de constitucionalidade	6
1. Supremacia constitucional	7
1.1. Supremacia decorrente da construção escalonada do ordenamento	8
1.2. Supremacia decorrente da rigidez da Constituição	15
1.3. O controle de constitucionalidade como mecanismo garantidor da supremacia constitucional	18
Capítulo II – A decisão na fiscalização abstrata de constitucionalidade	24
1. Natureza jurídica da decisão	24
1.1. Classificação das sentenças	24
1.1.1. Sentença declaratória	25
1.1.2. Sentença constitutiva	29
1.1.3. Sentença condenatória	32
1.1.4. Sentença mandamental	33
1.1.5. Sentença executiva <i>lato sensu</i>	34
1.2. Natureza jurídica do ato inconstitucional	35
1.3. Declaratividade da decisão	44
1.4. Declaratividade, mesmo após a Lei n.º 9.868/99	50

2. Técnicas de decisão em controle abstrato de constitucionalidade	56
2.1. Interpretação conforme a Constituição	56
2.2. Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto	73
2.3. Declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade	76
2.4. Outras técnicas de decisão	80
Capítulo III – A modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade	82
1. Apontamentos de direito comparado	82
1.1. Áustria	82
1.2. Alemanha	89
1.3. Espanha	91
1.4. Portugal	95
2. A situação no Brasil anteriormente à Lei n.º 9.868/99	98
3. A manipulação dos efeitos da decisão na Lei n.º 9.868/99	112
3.1. A legalização da manipulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade	112
3.2. A questão da constitucionalidade do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99	114
3.3. Requisito formal para a modulação dos efeitos temporais	129
3.4. Pressupostos materiais para a modulação dos efeitos temporais	131
3.5. As modulações possíveis dos efeitos temporais da decisão	132
4. A intercorrência da manipulação dos efeitos da decisão nas relações jurídicas tributárias	141
4.1. Direito de propriedade e tributação	144
4.2. Princípio da segurança jurídica	148
4.3. Princípio da legalidade tributária	154

4.4. Princípio da irretroatividade da lei tributária	157
4.5. Princípio da anterioridade da lei tributária	163
4.6. Algumas variações	167
Conclusões	176
Bibliografia	186

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIn	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	– artigo
CDTFP	– <i>Cadernos de direito tributário e finanças públicas</i>
CF	– Constituição Federal
col.	– coluna
<i>DJU</i>	– <i>Diário da Justiça da União</i>
<i>DOU</i>	– <i>Diário Oficial da União</i>
ed.	– edição
EDUERJ	– Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
ERp	– Embargos na Representação
esp.	– especialmente
etc.	– <i>et coetera (et cetera)</i>
fasc.	– fascículo
HC	– <i>Habeas corpus</i>
inc.	– inciso
j.	– julgado
MC	– Medida Cautelar

Min.	– Ministro
n.	– número
nCC	– novo Código Civil
ns.	– números
Org.	– Organizador
Orgs.	– Organizadores
p.	– página
p. ex.	– por exemplo
PGESP	– Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
pp.	– páginas
Q. cfr.	– Queira conferir
QO	– Questão de Ordem
RDA	– <i>Revista de direito administrativo</i>
RDCI	– <i>Revista de direito constitucional e internacional</i>
RDP	– <i>Revista de direito público</i>
RE	– Recurso Extraordinário
Rel.	– Relator
RePro	– <i>Revista de processo</i>
RMS	– Recurso de Mandado de Segurança
Rp	– Representação
RT	– <i>Revista dos tribunais</i>
RTJ	– <i>Revista trimestral de jurisprudência do STF</i>
ss.	– seguintes
STF	– Supremo Tribunal Federal
t.	– tomo
v.	– volume

RESUMO

Este trabalho verifica como se deve passar a modelagem dos efeitos temporais da decisão em controle judicial abstrato de constitucionalidade no âmbito do Direito Tributário. Sempre houve no Brasil o princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional; a Lei n.º 9.868/99 (art. 27) autorizou expressamente o Supremo Tribunal Federal a excepcionalmente fazer modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, podendo ter eficácia *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. Examina-se, à face das possíveis modulações dos efeitos temporais dessa decisão, como e em que medida isso pode ocorrer no Direito Tributário. Os princípios e demais valores constitucionais que compõem o Estatuto do Contribuinte, enquanto instrumento garantista dos direitos dos contribuintes terão enorme interferência na modulação da decisão, exigindo do STF rigoroso juízo de ponderação, à luz do princípio da proporcionalidade. O Capítulo I investiga o fundamento jurídico do controle judicial de constitucionalidade, prestigiando a supremacia da Constituição. A decisão de inconstitucionalidade é em seguida analisada em seus aspectos fundamentais, principalmente sua natureza jurídica preponderantemente declaratória, o que se dá mesmo após a Lei n.º 9.868/99, as técnicas de decisão etc. No Capítulo III é examinado o tratamento que alguns sistemas estrangeiros dão à decisão de inconstitucionalidade. Verifica-se a situação no Brasil antes da Lei n.º 9.868/99, a constitucionalidade de seu artigo 27, o requisito formal e os materiais para a modulação e as modelagens possíveis dos efeitos da decisão. Faz-se articulação com a intercorrência da manipulação dos efeitos da decisão nas relações tributárias, inclusive com variações práticas.

ABSTRACT

This paper addresses the modeling of the temporal effect of a decision in abstract judicial control in the area of Tax Law. In Brazil, there has always been the constitutional principle of constitutional law nullification. Law n.º 9.868/99 (art. 27) has expressly authorized the Supreme Court to, exceptionally, modulate the effects of the decision of unconstitutionality, which may be effective *ex tunc*, *ex nunc* or *pro futuro*. We have examined, in the light of the potential modulations of such decision's the temporal effects, how and to what extent this may occur in Tax Law. The principles and other constitutional values that constitute the Taxpayer's Statute – the tool that ensures taxpayers' rights – will strongly interfere on the modulation of the decision, requiring strict judgment from the Supreme Court, in the light of the principle of proportionality. Chapter I investigates the legal basis of constitutionality control, respecting the Constitution's supremacy. We then go on to analyze the fundamental aspects of the decision of unconstitutionality, especially its juridical nature (predominantly declaratory), what occurs after Law n.º 9.868/99, decision techniques, etc. In Chapter III we examine how certain foreign systems approach the decision of unconstitutionality. We study the situation in Brazil before Law n.º 9.868/99, the constitutionality of its article 27, the formal requisite, the materials required for modulation, and the possible modulations of the decision's effects. We relate the interjacent manipulation of the decision's effects in tax relations, including practical variations.

RIASSUNTO

Questo lavoro verifica come deve succedere il modellare degli effetti temporali della decisione in controllo giudiziale astratto di costituzionalità nell'ambito del Diritto Tributario. Sempre c'è stato in Brasile il principio di costituzionalità della nullità della legge incostituzionale; la Legge n. 9.868/99 (art. 27) ha autorizzato espressamente il Supremo Tribunale Federale a eccezionalmente fare modulazione degli effetti della decisione di incostituzionalità, potendo avere efficacia *ex tunc*, *ex nunc* o *pro futuro*. Si esamina, nei confronti delle possibili modulazioni degli effetti temporali di questa decisione, come e in quale misura questo può succedere nel Diritto Tributario. I principi e gli altri valori costituzionali che compongono lo Statuto del Contribuente, come strumento garantista dei diritti dei contribuenti avranno enorme interferenza nella modulazione della decisione, esigendo dal STF rigoroso giudizio di ponderazione, alla luce del principio della proporzionalità. Il Capitolo I studia il fondamento giuridico del controllo giudiziale di costituzionalità, dando prestigio alla supremazia della Costituzione. La decisione di incostituzionalità è in seguito analizzata nei suoi aspetti fondamentali, principalmente la sua natura giuridica preponderantemente dichiarativa, quello che succede anche dopo la Legge n. 9.868/99 e le tecniche di decisione. Nel Capitolo III è esaminato il trattamento che alcuni sistemi stranieri danno alla decisione di incostituzionalità. Si verifica la situazione in Brasile prima della Legge n.° 9.868/99, la costituzionalità del suo articolo 27, il requisito formale e i materiali per la modulazione e i possibili modellare degli effetti della decisione. Si fa articolazione con la intercorrente manipolazione degli effetti della decisione nelle relazioni tributarie, incluso con variazioni pratiche.

RESUMEN

En este trabajo se verifica cómo debe realizarse el modelado de los efectos temporales de la resolución en el control judicial abstracto de constitucionalidad dentro del ámbito del Derecho Tributario. Siempre hubo en Brasil el principio constitucional de nulidad para la ley inconstitucional; la Ley n.º 9.868/99 (art. 27) capacitó explícitamente al Supremo Tribunal Federal a excepcionalmente hacer el modelado de los efectos de la resolución de inconstitucionalidad pudiendo ejercerse *ex tunc*, *ex nunc* o *pro futuro*. Se examinan, ante las posibles modulaciones de los efectos temporales de esa decisión, cómo y en qué medida puede ocurrir eso en el Derecho Tributario. Los principios y todos los valores constitucionales que componen el Estatuto del Contribuyente, en cuanto a instrumento que garantiza los derechos de los contribuyentes interferirán en la modulación de la resolución, exigiéndosele al STF un riguroso juzgamiento de ponderación, con arreglo al principio de proporcionalidad. En el Capítulo I se investiga el fundamento jurídico del control judicial de constitucionalidad, enaltecándose la supremacía de la Constitución. La resolución de inconstitucionalidad se analiza enseguida en sus aspectos fundamentales, principalmente con relación a su naturaleza jurídica predominantemente declarativa, que se manifiesta realmente después de la Ley n.º 9.868/99, así como también las técnicas de decisión. En el Capítulo III se examina el tratamiento que algunos sistemas extranjeros le dan a la resolución de inconstitucionalidad. Se verifica la situación de Brasil anterior a la Ley n.º 9.868/99, la constitucionalidad de su artículo 27, el requisito formal y los materiales para la modulación y los distintos modelados posibles de los efectos de la resolución. Se establece una relación con la manifestación de la manipulación de los efectos de la resolución en las relaciones tributarias, inclusive con variaciones prácticas.

INTRODUÇÃO

A modelagem dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade é tema que ultimamente tem despertado a atenção dos operadores jurídicos, principalmente em virtude da edição da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que inovou verticalmente o sistema brasileiro de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade ao dispor “sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. Especificamente o artigo 27 dessa Lei está agora estimulando sobremaneira os estudiosos do Direito em geral e os do Direito Constitucional em especial a espiar o amplo leque de situações amiúde complexas que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pode suscitar.

É de nossa tradição, por filiação a antiga doutrina norte-americana, o entendimento de que a lei inconstitucional padece de *nulidade* (com efeito *ex tunc* a decisão que a proclama), assumindo mesmo dignidade principal, havendo, em nosso sistema, o *princípio* da nulidade da lei inconstitucional, de hierarquia

constitucional, muito embora não se possa ignorar minoritária doutrina com proposição em sentido diverso (*anulabilidade*), inclusive já tendo a Suprema Corte, no passado, empreendido ensaio nessa direção, não frutuoso contudo. Pois a Lei 9.868/99 vem agora expressamente autorizar o Supremo Tribunal Federal a, atendidos certos pressupostos (formal e materiais), formatar de modo diversificado o efeito da decisão de inconstitucionalidade.

Tem o presente texto o propósito central de verificar como é que se pode dar a modelagem em referência, especificamente no território do Direito Tributário. Antes, como após a Lei n.º 9.868/99, proposições jurídico-tributárias são encontradas, ora no sentido de que a decisão em sede de declaração de inconstitucionalidade no âmbito tributário há de *sempre* produzir eficácia *ex tunc*, ora no de que o efeito *invariavelmente* deve ser *ex nunc*. Fundamentalmente (mas não só) em virtude do que prescreve aquele mencionado artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 empreendemos reflexões nesse sentido, à face das juridicamente possíveis modulações dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, debaixo de uma perspectiva constitucional-sistemática, com o realce a que faz jus o estatuto (constitucional) do contribuinte e os princípios e valores outros que encerram seu conteúdo.

Desde já, é importante exaltar o recorte metodológico empreendido, imprescindível no estudo que pretende alcançar foros de cientificidade, dada a multivariabilidade de aspectos que o assunto abriga. Assim é que somente no âmbito do controle *abstrato* da constitucionalidade das leis é que se desenvolverão nossas investigações, por isso ficando de fora as inúmeras questões relativas ao controle difuso, por si só suficiente, às bastas, para outro autônomo trabalho. Outrossim, apenas com os efeitos *temporais* da decisão de inconstitucionalidade é que labutaremos, sempre e sempre, em todas as dobras investigativas, a partir de uma perspectiva *dogmática*.

Assim é que desde logo (Capítulo I) procuramos pôr num veio de sistematização o fundamento jurídico do controle jurisdicional de constitucionalidade, com vistas, claro, a sublimar a *supremacia da Constituição* nessa indagação consistente em saber qual a *razão de ser* do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Era preciso, então – e foi o que em seguida fizemos –, procurando o mínimo desvio possível da *meta optata*, examinar os aspectos nucleares da decisão na fiscalização abstrata de constitucionalidade. Aí sua natureza jurídica é investigada, após rápida e superficial incursão no Direito Processual Civil para contemplar a classificação trinária e a quinária das sentenças de conhecimento, com exame, no retorno, da natureza jurídica do ato inconstitucional, antes e após a Lei n.º 9.868/99, verificando-se, no passo seguinte, as técnicas de decisão em controle abstrato de constitucionalidade, inclusive no diuturno e concreto labor do Supremo Tribunal Federal brasileiro e em parte no do Tribunal Constitucional da Espanha.

Assim preparado o terreno para enfrentamento da modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e as relações jurídico-tributárias, foi dado o passo nessa direção, sem esquivança (Capítulo III). Verificamos como alguns sistemas estrangeiros dispensam tratamento decisional à lei contraveniente da Constituição. Por imprescindível, inventariamos essa situação, no Brasil, anteriormente à Lei n.º 9.868/99, examinando o catálogo de pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal desde longínqua data, para, ao depois, ser perscrutada a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no campo da Lei n.º 9.868/99: a questão da constitucionalidade de seu artigo 27, o requisito formal para a modulação dos efeitos temporais, os pressupostos materiais para o mesmo fim e as modulações possíveis dos efeitos da decisão.

A partir daí foi que articulamos com a intercorrência da manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade nas relações jurídicas tributárias. Nesta área do conhecimento jurídico (Direito Tributário), qual o espaço existente, se existente, e em que medida a Corte Suprema poderá atuar no manejo da modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade? Sendo o Sistema Constitucional Tributário brasileiro *rígido e exaustivo*, plasmadas, de modo acabado, na Lei Fundamental as dobras fundamentais em matéria tributária, e atuando o Estatuto Constitucional do Contribuinte tanto como instrumento garantista dos direitos dos contribuintes, como superior barreira limitativa do poder de tributar, como se deve passar o balanceamento da modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária?

Mais: o direito de propriedade, enquanto direito fundamental, é excepcionado pela tributação? Esse direito individual acaba sendo um parâmetro material para o exercício da competência tributária? Que papel exercem as limitações constitucionais ao poder de tributar em relação ao direito de propriedade?

Sobremais, ainda exemplificativamente: e quanto ao sobreprincípio da segurança jurídica, sua observância, em prol do cidadão, é exigida também em relação aos atos sentenciais do Poder Judiciário? Mais proximamente: a uma decisão judicial, por força do princípio da segurança jurídica, é dado agravar a situação dos contribuintes? Qual a interferência da segurança jurídica na modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade?

Essas e outras questões são enfrentadas no trabalho, inclusive relacionadas com o princípio da estrita legalidade em matéria tributária, o princípio da irretroatividade das leis em geral e o da irretroatividade da lei tributária, assim como o princípio da anterioridade da lei tributária. Ao cabo

dessas reflexões, desenvolvemos algumas variações visando a submetê-las (as reflexões) ao crivo de veracidade proposicional.

Por derradeiro, são sintetizadas conclusões acerca dos principais assuntos feridos, com um registro. Não o registro de nossa expectativa, ora posta, de que este trabalho possa contribuir, com minimidade espartana, para avanço dos estudos constitucionais tributários, mas o de nossa cintilante preocupação consistente em deixar claro nosso comprometimento com uma dogmática emancipatória, tendo a pessoa humana como o alfa e o ômega, para tanto com apego à efetividade constitucional, sua principiologia e seus demais valores, ali e aqui dotados de sublimação.

Capítulo I

FUNDAMENTO JURÍDICO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir do instante em que o objeto ocupacional do operador do Direito recai sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, ainda mesmo, como ocorre aqui, com recorte específico de um de seus inumeráveis talhes, é legítimo indagar acerca do *fundamento jurídico* desse singularmente importante instituto do Direito Constitucional.

É indagar: qual a *razão de ser* do controle jurisdicional de constitucionalidade? O encontro dessa *ratio essendi* indubitavelmente lançará iluminação por sobre aspectos relevantes do tema central do presente trabalho, como oportunamente isso ficará a descoberto.

Especificamente para o tipo de estudo que ora se principia a empreender, no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade, a

pertinência imediata tem a ver com a tomada da Constituição como *norma*; sendo compreendida, mesmo, como *norma fundamental*, assim com essa magnitude vista ante toda a ordem jurídica estatal.¹

Por aí, tanto que se resolva perscrutar as circunstâncias que autorizam² a instituição do controle de constitucionalidade, seu *motivo determinante*, brilha desde logo a *supremacia da Constituição*. É preciso, de todo modo, à guisa de contributo de sistematização, ter-se presente que mais de um caminho há para chegar-se nessa estação, assim como não parece de todo desarrazoado pretender fazer-se essa justificativa mais objetiva e incisivamente.

1. Supremacia constitucional³

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 24. TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*, p. 69.

² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, v. II, p. 333.

³ A supremacia constitucional está sendo (brevemente) analisada aqui a partir de uma perspectiva *intranacional*, isto é, vista no plano *interno* do ordenamento jurídico estatal. Esta ressalva, quanto a este recorte metodológico, é importante na medida em que não se pode ignorar que hoje em dia, nos moldes tradicionais, dificuldades de ordem variada emergem ante uma sustentação extremada da supremacia, à face do direito internacional e do direito comunitário. Neste sentido, há importante reflexão de Regina Ferrari (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*), pp. 36-51; “O desenvolvimento dos direitos fundamentais e a integração regional”. In: *O Mercosul e as ordens jurídicas de seus estados-membros*, pp. 226 e ss.) e também de Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, esp. pp. 688-89 e 814). Como adverte Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*, p. 49), “Se pensássemos, com uma transposição da velha ordem conceitual, em uma mecânica unificação que desce de alto a baixo, através de uma força jurídica hierarquicamente superior que da constituição se desenvolve unilateralmente e dedutivamente, penetrando todas as outras e subordinadas manifestações do direito, estaríamos completamente

1.1 Supremacia decorrente da construção escalonada do ordenamento

I – A ordem jurídico-positiva estatal é constituída pelo conjunto de normas que têm a ver com o comportamento das pessoas em suas relações intersubjetivas. A teoria kelseniana acaba demonstrando existir um escalonamento no ordenamento, de modo a conferir-lhe unidade na complexidade, tendo-se, por aí, que as normas não estão postas no mesmo escalão, havendo entre elas uma hierarquia, numa “imagem espacial” de “supra-infra-ordenação”:

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.⁴

fora da estrada” (No original: “Se pensassimo, con una trasposizione dal vecchio ordine concettuale, a una meccanica unificazione dall’alto al basso, attraverso una forza giuridica gerarchicamente superiore che dalla costituzione si sviluppa unilateralmente e deduttivamente, pervadendo tutte le altre e subordinate manifestazioni del diritto, saremmo completamente fuori strada”).

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 310.

Assim é que a validade de uma dada norma apenas pode ser a validade de outra, seu fundamento de validade, figurativamente designada como norma superior, em confronto com aquela primeira, que é, em relação a esta, norma inferior.⁵

Essa relação, em que a norma inferior vai sucessivamente extrair seu fundamento de validade de uma norma superior, pode, se feita essa regressão incessantemente, desembocar no interminável, aparecendo, então, a necessidade de se chegar numa norma, que será *pressuposta* como a derradeira e a mais elevada, tal seja, a norma (hipotética) fundamental, evitando-se, de tal arte, o *regressus ad infinitum*.⁶

A norma fundamental, nessa construção, acaba sendo a fonte comum de validade de todas as normas do ordenamento, com o que “ela constitui a unidade na pluralidade destas normas”.⁷ Bobbio, com aceitar essa formulação de Kelsen, bem resume explicativamente a teoria:

“Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a *norma fundamental*. Cada ordenamento tem uma norma

⁵ HELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 267.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 269. *Teoria geral do direito e do estado*, pp. 116 e 129.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 285.

fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento’”.⁸

Tem-se, com essa estruturação do ordenamento, que há uma *hierarquia* entre os diversos níveis em que se situam as normas. A norma que prescreve a criação de outra é a *superior*, ao passo que a norma criada de conformidade com essa prescrição é a *inferior*, e assim regressivamente, até chegar-se na norma-limite, a *norma fundamental*, a mais superior⁹, que é no entanto *pressuposta*.

Nessa modelagem, reconhece Kelsen que “a constituição é o nível mais alto do Direito nacional”.¹⁰ Representa, mesmo, o mais elevado escalão do direito positivo¹¹.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 49 – os destaques são do original. Em sua *Teoría general del derecho*, Bobbio diz o mesmo, aproximadamente: “Acogemos aquí la teoría de la elaboración gradual del ordenamiento jurídico de Kelsen, como quiera que esta teoría sirve para explicar la unidad de un ordenamiento jurídico complejo. La esencia de esta teoría está en que las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en el mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores. Las normas inferiores dependen de las superiores. Partiendo de las normas inferiores y pasando por las que se encuentran en un plano más alto, llegamos por último a una norma suprema que no depende de ninguna otra norma superior, la *norma fundamental* en la cual reposa la unidad del ordenamiento. Todo ordenamiento tiene una norma fundamental, que da unidad a todas las otras normas; esto significa que la norma se esparce dando lugar a un conjunto unitario, que se puede denominar justamente ‘ordenamiento’” (*Teoría general del derecho*, p. 173 – os destaques são do original).

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 129.

¹⁰ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, pp. 129-30.

¹¹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 310.

Na concepção kelseniana, para essa proposição, a Constituição é entendida em sentido *material*, que em seu sentir significa “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”.¹²

Tem-se, então, a Constituição como a norma das normas, o fundamento de validade de todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico nacional, sua lei fundamental. Nesse ordenamento, está visto, “a Constituição de um Estado é a norma suprema, ou seja, fundamental, pois nela é que buscamos a validade das normas existentes no ordenamento jurídico”.¹³

De tal arte, a Constituição, enquanto Lei Fundamental de um ordenamento jurídico, é representada por um conjunto de normas que organizam o Estado, determinam as funções e competências dos órgãos que exercem o Poder Público, as formas e os limites desse exercício, bem como os direitos e garantias fundamentais de seu cidadão, sendo, assim entendida, o documento normativo supremo do Estado e da sociedade, proporcionando uma interação necessária.¹⁴

Dúvida não há, por conseguinte, de que nessa visão escalonada do ordenamento jurídico, paira sobranceira a *supremacia da Constituição*. Trata-se de verdadeira norma-origem, já que acima dela outra norma não há, no interior do sistema, sendo por isso inegável sua supremacia em relação às demais normas

¹² KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 310. *Teoria geral do direito e do estado*, pp. 129-30.

¹³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 41.

¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, pp. 30-31.

da ordenação jurídica.¹⁵ Esse raciocínio, como corretamente reflete Regina Ferrari¹⁶, “(...) explica a supremacia da Constituição, partindo do reconhecimento da hierarquia existente em uma ordem jurídica sistematizada”.

A doutrina não tergiversa no reconhecimento de que da estrutura piramidal do ordenamento jurídico, tal como formatada por Kelsen, é tranqüilamente possível extrair-se a supremacia da Constituição, que aparece como o fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas. É o que se passa, para além dos estudiosos já mencionados, e ainda exemplificativamente, com Adolfo Mamoru Nishiyama¹⁷, Alexandre de Moraes¹⁸, Celso Ribeiro Bastos¹⁹, Edmar Oliveira Andrade Filho²⁰, José Afonso da Silva²¹, José Horácio Meirelles Teixeira²², Michel Temer²³, Nagib Slaibi Filho²⁴, Paulo Hamilton Siqueira Júnior²⁵, Themístocles Brandão Cavalcanti²⁶, Zeno Veloso²⁷ etc.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 14.

¹⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, p. 32.

¹⁷ “Aspectos básicos do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e breve análise da lei 9.868, de 10.11.1999, e da lei 9.882, de 03.12.1999”. In: *Revista dos Tribunais (RT)* 788/77.

¹⁸ *Direito constitucional*, p. 558. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, p. 29

¹⁹ *Curso de direito constitucional*, p. 47.

²⁰ *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*, p. 11.

²¹ “Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina”. In: *Revista da procuradoria geral do Estado de São Paulo* 13-15/111.

²² *Curso de direito constitucional*, p. 116.

²³ *Elementos de direito constitucional*, p. 40.

²⁴ *Ação declaratória de constitucionalidade*, pp. 39-40

²⁵ *Controle de constitucionalidade: com as modificações introduzidas pelas leis ns. 9.868/99 e 9.882/99*, p. 17.

²⁶ *Do controle da constitucionalidade*, pp. 10-11.

II – Neste ponto, é inevitável registrar que a supremacia da Constituição não se prende única e inapelavelmente à construção normativista kelseniana.

Não se está aqui a questionar, absolutamente, o desenvolvimento formulado por Kelsen a propósito da estrutura escalonada do ordenamento jurídico. O que se quer registrar, e agora com a boa pena de Clèmerson Clève²⁸, que para aqui vem a talho de foice, é que “A supremacia da Constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental”.

Também Jorge Miranda²⁹ reconhece que “(...) não é preciso entronizar as teses da Teoria Pura para reconhecer que as fontes e as normas se distribuem por níveis bastante diversos. Apesar de só no século XX disso se ter tomado perfeita consciência, a supremacia da Constituição decorre da sua função no ordenamento (...)”.

Aliás, não é extravagância asserir que a própria reflexão do mestre de Viena, no que atina especificamente ao sentido em que toma a Constituição, pode comportar algum reparo.

Sim, porque, como já mencionado pouco atrás, para assegurar ser a Constituição o mais elevado escalão do direito positivo, Kelsen declara expressamente estar tomando-a (a Constituição) em sentido *material*, dizendo-a

²⁷ *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999, pp. 17-18.

²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 25.

²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo VI, p. 30.

por aí contentora de normas positivas que regulam a produção das normas jurídicas gerais.³⁰

Só que não é preciso ir longe para demonstrar que a Constituição não contém apenas normas de competência, isto é, normas que dispõem sobre a criação de normas gerais. Para além destas, a Constituição abriga normas de estrutura, como ressaltado também é que aloja tanto por tanto normas que ferem diretamente os comportamentos intersubjetivos.

É o que se passa, exemplificativamente, com os direitos humanos, vários aspectos da tributação, a regulação geral da ordem econômica etc.³¹ Diversamente da doutrina kelseniana, tais normas estão voltadas para as condutas das pessoas, com o que fica claro que a Constituição não consiste apenas “(...) nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos”.³²

O fato é que prolongar a vista para além do escalonamento hierárquico da ordem jurídica, proporcionará a constatação há pouco mencionada, de Clémerson Clève. E ainda por outro giro, agora tendo-se em conta o processo mais dificultoso para criação, modificação e extinção de normas constitucionais, com igual vigor ficará à mostra que também por esse ângulo emerge a *supremacia da Constituição*. É o que faremos em seguida, mais de espaço.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 310; *Teoria geral do direito e do estado*, pp. 129-130.

³¹ TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99, pp. 73-74.

³² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 130.

1.2 Supremacia decorrente da rigidez da Constituição

I – James Bryce empreendeu a classificação das Constituições em *rígidas e flexíveis*.³³ Considerou Bryce um tipo de Constituições, que convencionou chamar de ríguas, “(...) e cujo carácter específico consiste em que todas possuem uma autoridade superior à das outras leis do Estado e são modificadas por procedimentos diferentes daqueles pelos quais se ditam e revogam as demais leis”.³⁴

Ríguas, então, são as Constituições submetidas a um regime jurídico especial, na medida em que para sua alteração exigem um processo mais dificultoso e solene em relação ao exigido para as leis em geral. Já *flexíveis* (ou *plásticas*) são aquelas que não exigem processo mais solene para sua alteração. *Semi-ríguas* (ou *semi-flexíveis*) são as Constituições que apenas para alteração de determinadas normas impõem a observância do processo estabelecido para as ríguas, assim não ocorrendo em relação às demais.^{35 36}

³³ BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones ríguas*.

³⁴ BRYCE, James. Obra citada, p. 94. Na tradução espanhola: “Podemos ahora pasar al examen del otro tipo de constituciones que hemos convenido en llamar ríguas y cuyo carácter específico consiste en que todas poseen una autoridad superior a la de las otras leyes del Estado y son modificadas por procedimientos diferentes a aquellos por los que se dictan y revocan las demás leyes”.

³⁵ Aproximadamente no sentido do texto, *verbi gratia*: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 4. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 152. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, pp. 51-2. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 83. CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, pp. 399-401. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 215-16. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização*

Ora, se a rigidez, com proporcionar mais estabilidade, faz com que a Constituição se distinga de todas as demais normas jurídicas do Estado, sobe ela imediatamente de tomo, brotando daí sua indiscutível supremacia em relação ao restante das leis do ordenamento jurídico.

Bonavides³⁷ põe esse atributo da Constituição a descoberto, ao refletir que o especial processo de revisão confere às Constituições estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam, e reconhece que é daqui que procede “a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento”.

Tem-se, largamente, o reconhecimento doutrinário de que a supremacia constitucional decorre da rigidez atribuída à Constituição.³⁸

abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, pp. 30-31. FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*, pp. 12-13. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, pp. 13-14. GUASTINI, Riccardo. *Estúdios de teoría constitucional*, esp. pp. 51-2, 185, 187-88 e 193. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo II, p. 145. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 37. RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*, pp. 18-19. SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito constitucional: anotações nucleares*, p. 117. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, p. 42. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, pp. 64-5. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*, esp. pp. 108 e 166. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*, pp. 23-24. VIRGA, Pietro. *Diritto costituzionale*, p. 70.

³⁶ Há ainda quem fale, como é o caso de Alexandre de Moraes, em Constituição *super-rígida*, de cujo tipo seria a Constituição brasileira de 1988, porque se em regra poderá ser modificada por um processo legislativo agravado, já no que atina às chamadas cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4.º) é imutável (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 37).

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 296.

³⁸ *Verbi gratia*: MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*, p. 558; *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da constituição, p. 29. RAMOS,

II – Conquanto a preeminência da Constituição, no recorte ora efetuado, decorra da rigidez constitucional, não se pode olvidar a profunda advertência de Clèmerson Clève³⁹, no sentido de que a rigidez, por si só, não tem aptidão para assegurar a supremacia constitucional.

Como reflete Clève, a história revela que a efetiva primazia de uma Constituição fica mesmo na dependência de sua eficácia social, sem cuja efetividade (“Constituição normativa”) não se pode falar em real preeminência.⁴⁰

E mesmo no território jurídico, é preciso haver “consciência constitucional”, não é dispensável a presença de “vontade de Constituição” (Hesse), para além de sua compreensão como norma de supina hierarquia, sem o que não se pode propriamente falar em supremacia constitucional. Eis como no ponto reflete com exatidão Clèmerson Clève⁴¹:

“A compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia, a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais e, por fim, a percepção de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único

Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, p. 59. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 45; “Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina”. In: *Revista da procuradoria geral do Estado de São Paulo* 13-15/111. TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*, p. 75. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*, p. 115.

³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 32.

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Obra citada, p. 32.

⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 33-4.

intérprete, são indispensáveis para a satisfação da superior autoridade constitucional.

A supremacia constitucional deve vir acompanhada, também, de uma certa ‘consciência constitucional’, ou, como prefere Hesse, de uma ‘vontade de constituição’. Ela reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte. Afinal, sem ‘consciência constitucional’ ou sem ‘vontade de constituição’, nenhuma sociedade consegue realizar satisfatoriamente sua Constituição ou cumprir com seus valores”.

1.3 O controle de constitucionalidade como mecanismo garantidor da supremacia constitucional

I – Já Robespierre assinalava energicamente a supremacia da Declaração dos Direitos. No dia 10 de maio de 1793 foi à tribuna e proferiu o discurso que provocou a instalação de uma comissão encarregada de elaborar um texto novo de projeto, que se converteu na Constituição do ano I, adotada em 24 de junho, depois da queda dos girondinos, incorporando várias sugestões por ele formuladas naquele 10 de maio. É altamente significativa a seguinte passagem daquele discurso:

“A Declaração dos Direitos é a Constituição de todos os povos; as outras leis são mutáveis por sua natureza, e são subordinadas a ela. Que a Declaração esteja incessantemente presente em todos os espíritos; que brilhe na dianteira de vosso código público; que o primeiro artigo desse código seja a garantia formal de todos os direitos do homem. Que o segundo estabeleça que toda lei que fira esses direitos é tirânica e nula; que a Declaração seja pomposamente exaltada em todas as vossas cerimônias

públicas; que ela desperte a atenção do povo em todas as suas assembléias, em todos os locais onde residem seus mandatários; que seja escrita nas paredes de nossas casas; que seja a primeira lição dada aos filhos por seus pais”.⁴²

Falar, hoje em dia, da supremacia da Constituição, é quase resvalar nos recantos da obviedade, ressabido como é que se trata, a supremacia constitucional, do pilar mor sobre que se assenta a cidadela do moderno Direito Público.⁴³

Corpo de supina estatura, posto sobranceiramente no cimo do ordenamento jurídico, a preeminência da Constituição é verdade tal que levou, por exemplo, Orlando Bitar⁴⁴ a reconhecer que se trata de noção básica da ciência política, em ordem a afastar qualquer investigação tendente a demonstrar isso, ao mesmo passo que desde logo excluiria, sem mais, toda perquirição que tendesse, no tempo e no espaço, a demonstrar o oposto, em que a Lei das Leis ficasse *efetivamente* sob a hegemonia da lei ordinária.

Rigorosamente a única lei que dentro do ordenamento pode – e deve – ser chamada de suprema, tudo que está na Constituição supremo é, com o que fica subordinada a si toda a ordem jurídica nacional, não podendo subsistir norma que com ela seja incompatível.

⁴² ROBESPIERRE, Maximilien de. *Discursos e relatórios na convenção*, p. 109.

⁴³ No sentido do texto, entre outros: FERREIRA, Luiz Pinto. “Princípio da supremacia da constituição e controle da constitucionalidade das leis: função constitucional do Supremo Tribunal Federal no Brasil”. In: *RDP* 17/17. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, p. 22. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988”. In: *RDP* 92/43.

⁴⁴ “A lei e a constituição: alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade”. In: *Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho*, v. 1, p. 449.

Releva acentuar que Enterría⁴⁵ chega a exclamar que a técnica de atribuir à Constituição valor normativo superior, judicialmente tutelado, é a mais importante criação, com o sistema federal, do constitucionalismo norte-americano e sua grande inovação frente à tradição inglesa de que surgiu.

II – Acontece, porém, que a supremacia constitucional, em si e por si, não porta força necessária para fazer-se cumprir. É preciso que se faça um travejamento tal no sistema, que torne real e efetiva a supremacia, no sentido de fazer-se respeitada.

É pensar que entronizar a Constituição na excelsa dignidade de corpo preeminente ante todo o ordenamento, mas deixar aberta a porta larga que dê passagem incólume a todo tipo de violação que lhe possa ser introduzida, assim legislativa, que por ato de autoridade, equivale, a olhos vistos, a fazer alusão a supremacia constitucional como eloqüente exercício de retoricismo.

Só tem sentido falar-se em supremacia da Constituição se se puser, do mesmo passo, o instrumento eficaz para assegurar essa supremacia. Se eventual malferimento à norma constitucional não encontrar antídoto efetivo que o debele cerce, não haverá utilidade falar-se em supremacia constitucional. Um ordenamento que tenha uma Constituição, dita preeminente, mas em que os atos inferiores a possam validamente afrontar, corresponde, em rigor, a dito falacioso, mero devaneio que não resistiria à primeira análise.

⁴⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, pp. 50-51: “La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió”.

Bem por isso, em outro contexto embora, Kelsen⁴⁶ advertia que “Uma constituição a que falte a garantia de anulação dos atos inconstitucionais não é, em sentido técnico, completamente obrigatória”.

Somente se pode falar que está sendo realizada eficazmente a supremacia constitucional, se o próprio ordenamento jurídico consagrar, na prática, meios destinados a sancionar as infrações à Constituição. Não basta proclamar a supremacia da Constituição, se não forem criados mecanismos e técnicas adequados para coibir ou sancionar a violação das normas constitucionais.⁴⁷

III – Não é preciso ir adiante: decididamente, o controle de constitucionalidade é a panacéia infalível para atingir-se esse desiderato. É, declaradamente, “o mais abrangente instrumento de garantir a supremacia constitucional”.⁴⁸ “O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade”, assegura Clève.⁴⁹

⁴⁶ Kelsen, Hans. “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”. In: *La giustizia costituzionale*, p. 199: “Una costituzione cui manchi la garanzia dell’annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria”.

⁴⁷ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*, p. 104. FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal*, p. 33. GUASTINI, Riccardo. *Estúdios de teoria constitucional*, p. 194. MEIRELLES, José Horário Teixeira. *Curso de direito constitucional*, p. 127. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*, pp. 17-18.

⁴⁸ MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional brasileiro*, p. 55.

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 34.

Realmente, não há como não se reconhecer que a supremacia da Constituição acaba reduzida a simples exortação, sem um sistema efetivo de fiscalização de constitucionalidade. Como adverte Bonavides⁵⁰, sem esse controle, a supremacia da norma constitucional será vã, o que frustraria a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes proporciona ao adequado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.

Passando-se as coisas desta maneira, tem-se que o controle de constitucionalidade tem como fundamento jurídico assegurar a supremacia constitucional.⁵¹ Esta – a supremacia da Constituição –, para tornar-se efetiva, reclama, antes de mais, a existência de controle de constitucionalidade enquanto meio eficaz para sancionar as infrações perpetradas contra a Constituição.

Para falar com Raul Machado Horta⁵², o corolário lógico da supremacia constitucional é o controle da constitucionalidade das leis. É, indubitavelmente, seu instrumento necessário, o requisito para que a

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 297.

⁵¹ *Verbi gratia*: BUSSAMARA, Walter Alexandre. “Da possibilidade do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, em matéria tributária, pelos órgãos julgadores administrativos”. In: *RDCI* 35/169. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*, p. 105. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão”, p. 1. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “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)”. In: *RDA* 220/2. HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*, pp. 143 e 146. MENDES, Gilmar Ferreira. “A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro”. In: *CDTFP* 3/22.

⁵² *Estudos de direito constitucional*, p. 146.

superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platônico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repositório de bons conselhos, para uso esporádico ou intermitente do legislador, que lhe pode vibrar, impunemente, golpes que a retalham e desfiguram.

Capítulo II

A DECISÃO NA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

1. Natureza jurídica da decisão

1.1 Classificação das sentenças

É largamente prevacente a adoção da classificação tripartida (também conhecida como “classificação trinária”) das sentenças (e respectivas ações) de conhecimento, segundo a qual há *sentenças declaratórias*, *sentenças constitutivas* e *sentenças condenatórias*, conforme a força (eficácia) que emana do respectivo provimento jurisdicional.⁵³

⁵³ Q. cfr., p. ex.: BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*, ns. 71-73, pp. 129-138. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, n. 10, p. 34-35. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*, ns. 140 e ss., pp. 237 e ss. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, ns. 82 e ss., pp. 178 e ss. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, ns. 279 e ss., pp. 49 e ss.; *Manual de direito processual civil*, 2.º v., § 48, ns. 341 e ss., pp. 31 e ss. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1.º v., ns. 133 e ss., pp. 171 e

De tempos mais recentes a esta parte, duas outras espécies foram acrescentadas a esse catálogo, tais sejam, as *sentenças mandamentais* e as *sentenças executivas* “*lato sensu*”.

1.1.1 Sentença declaratória

A sentença declaratória reconhece a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica, podendo excepcionalmente fazê-lo no que diz respeito à autenticidade ou falsidade de um documento, como autoriza o artigo 4.º do Código de Processo Civil.

Com a ação declaratória, diz Pontes de Miranda⁵⁴, quer-se um pronunciamento “a respeito de *ser* ou *não-ser* a relação jurídica”. Não pede o autor condenação, constituição, mandamento nem execução. Quer que se torne *claro (de-clare)*, que seja iluminado o recanto do mundo jurídico para que se possa ver se é, ou se não é, a relação jurídica de que se trata, em virtude do que a prestação jurisdicional consiste em simples clarificação.

Com a sentença meramente declaratória alcança-se a *certeza jurídica*, consistindo nisso a tutela jurisdicional. Como explica Chiovenda⁵⁵, o autor, com a sentença declaratória que persegue, não almeja obter um bem da vida que lhe seja garantido por “vontade da lei”, seja que o bem tenha a ver com uma prestação do obrigado, seja que resida em modificação do estado jurídico atual; o

ss.THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, § 76, ns. 497-500, pp. 559-562.

⁵⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, § 25, p. 132.

⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, n. 59, p. 210.

que ele quer é somente saber que existe o seu direito, ou excluir que exista o direito do adversário, com o que bem se vê que sua pleiteação no processo é obtenção de *certeza jurídica*; nada mais.

Contudo – é o mesmo Chiovenda⁵⁶ quem esclarece –, a própria declaração da vontade da lei em si mesma *é um bem*, já que da certeza decorrem vantagens imediatamente. Afinal, a afirmação da existência de uma “vontade da lei” que garante um bem ao autor, à utilidade garantida pela lei acresce a segurança de sua expectativa, e a possibilidade de o autor dela dispor no comércio jurídico.

Entre os incontáveis exemplos de sentenças meramente declaratórias incluem-se as proferidas em demandas de usucapião, de nulidade de ato jurídico em geral etc.⁵⁷ Vem daí, então, como reflete Barbosa Moreira⁵⁸, que “a sentença que pronuncie a nulidade será meramente declaratória, e a que anule o contrato será constitutiva”.

A sentença declaratória produz efeito *ex tunc*, isto é, retroage à data em que se formou a relação jurídica, ou àquela em que se verificou a situação jurídica declarada, como ocorre, por exemplo, com a sentença que declara a nulidade de um casamento, em que seu efeito (da sentença) retroage à data da celebração.⁵⁹

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Obra e local citados.

⁵⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, n. 194, p. 303. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*, v. I, n. 50, p. 40. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, n. 83, p. 180.

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”. In: *Temas de direito processual*, primeira série, n. 5, pp. 75-76.

⁵⁹ Quanto ao efeito retroativo da sentença meramente declaratória, q. cfr., p. ex.: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido

Quando se está a manejar com a classificação das ações, é preciso ter-se presente que em todos os processos contenciosos, e mesmo nos assim chamados procedimentos especiais de jurisdição voluntária, as sentenças aí proferidas portam eficácia declaratória, com carga de intensidade maior ou menor.⁶⁰

Deveras, o juiz não poderá, por exemplo, em demanda de indenização decorrente de acidente de veículos (condenatória), condenar o réu a indenizar o autor pelos danos experimentados sem antes disso, na própria sentença, reconhecer (declarar) que o réu é culpado pelo acidente e que o autor tem direito de ser indenizado. Tampouco poderá, em demanda de separação judicial litigiosa (constitutiva), decretar a dissolução da sociedade conjugal sem previamente a isso, ali na mesma sentença, constatar (declarar) que a parte ré cometeu grave violação de um dos deveres do casamento, gerando a insuportabilidade da vida em comum.

Aliás, foi dissentindo da proposição consistente em que as ações declaratórias são *exclusivamente* declaratórias (exclusividade do efeito

Rangel. *Teoria geral do processo*, n. 197, p. 306. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 852, p. 529. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3.º v., n. 719, p. 29. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, n. 501, p. 562. YARSHELL, Flávio Luiz. “Tutela jurisdicional meramente declaratória”. In: *RePro* 76/42 (46).

⁶⁰ Quanto a essa carga de eficácia mencionada no texto, q. cfr., entre outros: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, n. 59, p. 209. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, pp. 128-129. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, 2.º v., n. 342, pp. 33-34; *Instituições de direito processual civil*, v. II, n. 280, p. 51. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1.º vol., n. 133, p. 172. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. I, pp. 123-24.

provocado pela sentença) que Pontes de Miranda propôs, como critério para diferenciar as ações, a *preponderância* e não a *exclusividade* de seus efeitos. Eis uma passagem bem expressiva de sua obra:

“A preocupação da ciência do direito até há pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra, condenatória; outra, mandamental; outra, executiva. O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem, dentro delas, em espectração de efeitos. Não só, por conseguinte, vemo-las *por fora*, com as suas características exteriores, mas também *por dentro*. Essa exploração interior das ações é de riqueza prática extraordinária, e não só de alto alcance teórico e doutrinário. Imaginai o histologista antes do uso do microscópio e o histologista depois do uso do microscópio: o de hoje vê o que outrora não se via”.⁶¹

E logo adiante, enfático, assegurou⁶²:

“Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva.

A ação somente é declaratória porque sua *eficácia maior* é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute”.

⁶¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, § 25, n. 1, p. 131.

⁶² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Obra citada*, t. 1, § 26, n. 2, pp. 137-138.

Por aí, principalmente com arranjo de matiz pontiano, é acertado dizer-se que sentença declaratória é a que reconhece, *preponderantemente*, a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de um documento.

1.1.2 Sentença constitutiva

A sentença constitutiva, conquanto porte também declaração, *preponderantemente* cria, modifica ou extingue uma relação jurídica.⁶³

As sentenças constitutivas não se limitam a declarar relações jurídicas preexistentes; vão adiante: criam-nas, modificam-nas ou extinguem-nas. Tais sentenças, para falar com o venezuelano Luís Loreto⁶⁴, “(...) ao contrário de refletir intacta a claridade das relações da vida coletiva, quebram-na em mil

⁶³ Neste sentido, entre outros: ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 95. BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*, n. 72, pp. 132-133. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, n. 196, pp. 304-305. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*, n. 142, pp. 241-242. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 129. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, n. 86, p. 189. LOPES, João Batista. *Ação declaratória*, p. 31. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, 2.º v., n. 344, pp. 35-36; *Instituições de direito processual civil*, v. II, n. 282, p. 53. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, pp. 457-458. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, § 25, pp. 133-135. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, v. 1, n. 92, p. 51. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1.º v., n. 136, p. 175. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. I, p. 140. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, n. 500, pp. 561-562.

⁶⁴ LORETO, Luís. “A sentença constitutiva”. In: *Revista forense* 98/8 (15) – é do original o destaque em itálico.

pedaços iridescentes e, como um espelho *ustório*, projetam-na, formada do calor e luz de novas realidades até outras esferas do mundo jurídico”.

Tem-se, então, com a sentença constitutiva, além da declaração peculiar a todas as sentenças, o acréscimo da criação de situação jurídica *nova*. É possível ter-se na sentença constitutiva, por isso, a presença de dois elementos identificadores: *um* declaratório, que reside na afirmação do direito da parte autora à modificação jurídica pretendida, e *outro* propriamente constitutivo, tal seja, a modificação em si mesma.⁶⁵

É o que se passa com as demandas de anulação de ato jurídico, separação judicial contenciosa, rescisão de contrato, anulação de casamento etc., em que se fala em ação constitutiva propriamente dita, ou constitutiva positiva, quando vise a *criar* uma determinada relação jurídica (ex.: ação de interdição), ou em que se alude a ação constitutiva negativa, ou desconstitutiva, quando objetiva a desconstituição (extinção) de uma relação jurídica (ex.: ação de separação judicial contenciosa).

Ordinariamente, a sentença constitutiva provoca efeito *ex nunc*, com o que a modificação por ela produzida somente tem início a partir do momento em que a alteração se opera, o que sucede quando a sentença transita em julgado.⁶⁶

⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”. In: *Temas de direito processual*, primeira série, n. 7, p. 78.

⁶⁶ Neste sentido: BUZAID, *A ação declaratória no direito brasileiro*, n. 72, pp. 132-133. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, n. 53, pp. 198-200. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, n. 197, p. 306. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*, n. 146, p. 246, e n. 149, pp. 250-252. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, pp. 130-133. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, n. 86, p. 190. MARQUES, José Frederico. *Instituições*

É preciso não olvidar, contudo, que esse efeito *pro futuro* é apenas o que *normalmente* (*ordinariamente*) decorre da sentença constitutiva. Isso porque, em virtude da carga declaratória que a sentença constitutiva também porta, como já mencionamos anteriormente, justamente em função dessa parte declaratória seus efeitos retroagem sobre o passado, como adverte Couture.⁶⁷

Daí Frederico Marques⁶⁸ observar que embora normalmente os efeitos da sentença constitutiva comecem a operar depois da sentença, eles “podem ser *ex nunc* ou *ex tunc*”, podendo, então, retroagir, “por expressa disposição de lei”, como ocorre, por exemplo, com a ação para anular atos jurídicos em virtude de vício de vontade (erro, dolo, coação, simulação ou fraude); embora constitutiva a ação para obtenção de anulação de tais atos, nos termos do artigo 158 do Código Civil de 1916 (tendo o novo Código Civil a mesma redação em seu artigo 182) a eficácia da sentença é retroativa.⁶⁹

de direito processual civil, v. I, n. 282, p. 54. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, n. 501, p. 562.

⁶⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*, n. 149, p. 251.

⁶⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, n. 282, p. 54. Chiovenda, do mesmo modo, observava que em casos determinados, “por expressa disposição da lei”, a sentença constitutiva age *ex tunc*, concluindo por aí que o efeito *ex nunc* é o normal nas sentenças constitutivas, sem, no entanto, ser inerente a elas (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, n. 53, p. 198). Também assim FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, pp. 130-133.

⁶⁹ Assim no Código Civil anterior, de 1916 (artigo 158), como no novo Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10/01/2002 (artigo 182), a redação é a mesma: “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

Também Liebman⁷⁰ reconhecia que embora normalmente a sentença constitutiva produza efeito *ex nunc*, às vezes tal remonta a um momento anterior. Cintra, Grinover e Dinamarco⁷¹ igualmente ponderam que excepcionalmente algumas sentenças constitutivas têm efeitos que se reportam à data da propositura da respectiva demanda.

1.1.3 Sentença condenatória

A sentença condenatória contém, além da declaração do direito (relação jurídica), preponderantemente a aplicação de uma sanção ao vencido, formando assim um título executivo judicial contra ele, em ordem a possibilitar futura execução.

Liebman⁷², sobre isso, nota que a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: primeiro, declara o direito existente, no que não difere das demais sentenças (função declaratória); ademais, faz com que vigore para o caso a força coativa latente da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado, residindo aí sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora).

⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, n. 86, p. 190.

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, n. 197, p. 306. No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, n. 501, p. 562.

⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 18.

A doutrina contemporânea⁷³ tem posto à mostra as dificuldades da elaboração de um conceito ideal de sentença condenatória, assunto que não vem para aqui, reconhecendo Ovídio Baptista da Silva⁷⁴ ser “extremamente difícil estabelecer um conceito satisfatório de ação condenatória”.

Como resultado da verificação que empreendeu, conclui Araken de Assis⁷⁵ que no estágio em que se encontra o processo civil “resigna-se” o estudioso desse segmento jurídico com a compreensão da sentença condenatória por seus efeitos, devidamente balanceados, tendo, então, certa dose de eficácia executiva (efeito executivo), suficiente para proporcionar, em etapa ulterior, a ação executória.

1.1.4 Sentença mandamental

A sentença mandamental contém a declaração atinente à relação jurídica, assim como, preponderantemente, a *ordem*, emitida pelo juiz, dirigida ao réu, que poderá ser autoridade estatal ou mesmo um particular, cujo não atendimento caracterizará afronta à autoridade estatal, isto é, o Estado-juiz, ensejando a censura (jurídica) daí decorrente (multa, prisão civil etc.).⁷⁶

⁷³ Por exemplo: ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, pp. 96-99. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. I, pp. 130-132. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: cpc, art. 461; cdc, art. 84, pp. 186-190.

⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. I, p. 130.

⁷⁵ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 98.

⁷⁶ A respeito, q. cfr.: ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, pp. 99-101. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva, pp. 349-361. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, n. 25, p. 135; n. 27, pp. 146-147; n. 37, p. 224; *Tratado das ações*, t. VI, ns. 1-3, pp. 3-12. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. II, ns. 147-159, pp. 247-269; *Sentença e coisa julgada*: ensaios, pp. 37-91 e

É o que se passa com o mandado de segurança, *habeas corpus*, interdito proibitório, manutenção de posse etc., em que a efetivação da ordem se dará normalmente no próprio processo onde proferida a sentença, independentemente de processo ulterior.

1.1.5 Sentença executiva “*lato sensu*”

A sentença executiva *lato sensu* contém, em si mesma, força executiva, o que torna dispensável o processo de execução, de modo que ela (a sentença) se efetiva no próprio processo em que foi emitida, como ocorre com a ação de despejo, a de reintegração de posse etc.⁷⁷

Tem-se, então, provimento jurisdicional que porta uma eficácia interna que lhe é própria, com aptidão para fazer retirar certo valor jurídico do patrimônio do obrigado, pondo-o no do demandante, isso, independentemente de um processo de execução autônomo, como ocorre com a sentença condenatória.

102-104. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: cpc, art. 461; cdc, art. 84, pp. 190-197.

⁷⁷ Sobre o conceito de ação executiva *lato sensu* q. cfr.: ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, pp. 101-102. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, n. 196.a, pp. 305-306. LOPES, João Batista. *Ação declaratória*, p. 31. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, v. 1, n. 94, p. 51. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios*, pp. 101-102. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: cpc, art. 461; cdc, art. 84, pp. 190-197.

1.2 Natureza jurídica do ato inconstitucional

Assim de passagem sumariadas as espécies de provimentos jurisdicionais que o Estado-juiz emite ao final dos procedimentos cognitivos (nos chamados processos de conhecimento), conforme sua pertinência e adequação para outorgar o bem jurídico pretendido, surge a necessidade de se averiguar qual a natureza jurídica da lei inconstitucional.

Essa busca é necessária, a fim de que se possa saber qual tipo de sentença – desde logo, a olhos vistos, *declaratória* ou *constitutiva* (ou *constitutiva negativa* ou *desconstitutiva*) – é pertinente e adequada para proclamar a inconstitucionalidade, com o que se saberá, então, a natureza da decisão em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Pois bem; graças à influência de Rui Barbosa, tradicionalmente o Direito brasileiro se filiou à doutrina norte-americana da *judicial review*, que se firmou a partir da reflexão desenvolvida pelo juiz John Marshall a propósito do julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*, em 1803, adotando-se o entendimento de que a lei que malferir a Constituição padece de *nulidade*.

Em admirável raciocínio lógico, compreendeu Marshall que o dogma cardeal do constitucionalismo norte-americano está em que se um ato do legislativo desrespeita a Constituição, ele é de si írrito, nulo, nenhum, porque a Constituição é a lei fundamental e suprema da nação, em franco e incondicional prestígio da supremacia constitucional:

“(…) A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode

cingir-se; ou pode estabelecer raias que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembrança, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipulariam esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os atos permitidos e os atos defesos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas, não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Esta doutrina *está essencialmente ligada às constituições escritas*, e portanto, deve-se observar *como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade*”.⁷⁸

⁷⁸ *Apud* BARBOSA, Rui. “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”. In: *Obras completas de Rui Barbosa*, v. XX, t. V, pp. 58-59 – a ortografia foi atualizada; os destaques (em itálico) são do original.

Cooley⁷⁹, a propósito da lei inconstitucional, chegava a dizer que “Semelhante disposição rigorosamente não é uma lei, porque não estabelece regra alguma; é meramente uma fútil tentativa para estabelecer uma lei”.

Visando a demonstrar que “inconstitucionalidade importa nulidade”, escreveu Rui:

“Nos Estados Unidos, já durante o período colonial, a magistratura não hesitava em infligir o sistema de nulidade aos decretos das assembleias locais, quando contrários às disposições constitucionais das cartas orgânicas outorgadas pela coroa, decidindo no mesmo sentido esses conflitos, no caráter de suprema instância colonial, o Conselho Privado. (...) E nesse mesmo ano [1792] a suprema corte americana principiou, na questão *Hayburn*, a firmar a jurisprudência da nulidade das leis inconstitucionais, que o juiz Patterson, em 1795, enunciava desassombradamente nestes termos: ‘Dê-se o que se der noutros países, quanto a este não pode haver dúvida que *todo ato da legislatura, repugnante à constituição, é absolutamente nulo*’.

Hoje *ninguém* ousaria ali contestar esse axioma, sobre o qual assenta a harmonia dos poderes políticos na constituição americana.

Apelarei, ao acaso, para alguns mestres.

Bouvier:

‘Toda lei inconstitucional é... *ipso facto* nula’.

Cooley:

‘A expressão *lei inconstitucional*, na jurisprudência americana, é uma antinomia, e envolve contradição nos próprios termos; por isso que de fato o ato contrário à constituição *nada tem de lei*’.

⁷⁹ COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, p. 23.

‘Quando quer que os representantes do país excederem os limites postos à sua ação pela lei fundamental... a sua deliberação será, *como lei, nula*’.

‘... tais atos, posto que revestidos de todas as formas de lei, *não seriam lei*’.

Baker:

‘Quando os atos do congresso transgridem a constituição, é da competência dos tribunais declará-los *nulos*’.

Ordronaux:

‘*Não é lei*, manifestamente, o ato legislativo que contravir à constituição; e, como aos tribunais cumpre executar *só o que for lei*, não lhes resta outra faculdade, senão declarar insubsistente esse ato da legislatura’⁸⁰.

A partir daí, e tanto por tanto com espeque em Dicey, Charles Kent, Henry Hitchcock etc., Rui Barbosa, aderindo plenamente a esse entendimento, trouxe-o para o Direito pátrio, compendiando:

“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”⁸¹.

Estava assim plasmada a doutrina de que todo ato, do Legislativo, como do Executivo, atentatório da Constituição, é visceralmente *nulo*. Alfredo

⁸⁰ BARBOSA, Rui. “Anistia inversa”. In: *Obras completas de Rui Barbosa*, v. XXIV, t. III, pp. 54-57 – a ortografia foi atualizada; todos os destaques (em itálico) são do original.

⁸¹ BARBOSA, Rui. “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”. In: *Obras completas de Rui Barbosa*, v. XX, t. V, p. 61 – a ortografia foi atualizada; no original, todo o trecho ora transcrito está em itálico.

Buzaid⁸² apurou que entre nós o entendimento, de acordo com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, sempre foi no sentido de que toda lei adversa à Constituição “é absolutamente nula; não simplesmente anulável”. Ela (a lei) é atingida pela eiva de inconstitucionalidade em seu berço, ferindo-a *ab initio*, com o que “nasceu morta”, não chegando a ter “nenhum único momento de validade”.

Aliás, Francisco Campos⁸³ levava o vício da inconstitucionalidade ao extremo, assegurando mesmo que “um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei *inexistente*”, sendo lei apenas aparentemente, porque em realidade não o é, advertindo que um ato ou lei inconstitucional não produz efeito nenhum, porquanto não existe, de direito, ou para o Direito é como se nunca houvesse existido.

De todo modo, o fato é que a *nulidade*, assim nos atos da Legislatura, como nos da Administração, é “o corretivo da inconstitucionalidade”, para grafar com a inexcedível pena de Rui.⁸⁴

Mas é preciso pontuar que doutrina há, de elevado quilate, sustentando que a lei inconstitucional, diversamente, é *anulável*.

Kelsen⁸⁵, por exemplo, não admitia a existência, no interior do ordenamento jurídico, de algo como a nulidade, com o que “uma norma

⁸² BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, n. 58, pp. 128-129.

⁸³ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*, v. I, p. 430 – no original, o vocábulo “inexistente” não está em itálico.

⁸⁴ BARBOSA, Rui. “Anistia inversa”. In: *Obras completas de Rui Barbosa*, v. XXIV, t. III, p. 53.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, pp. 367-76.

pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável”. Vislumbrava ele a possibilidade de uma dada anulabilidade, prevista na ordem jurídica, ter graus diferenciados. Com isso, embora a regra seja a de uma norma anulada produzir efeitos para o futuro, também há a possibilidade de ser anulada com efeito retroativo. Nesse caso, a lei teve validade até sua anulação, não sendo nula desde o início. Por essa razão, a lei inconstitucional é lei conforme à Constituição, lei válida, que, todavia, é anulável por um processo especial.

Para o Mestre de Viena⁸⁶ uma norma jurídica é sempre válida; não pode ser nula, podendo, no entanto, ser anulada. Por isso, a decisão no sentido de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos de nulidade estabelecidos pela ordem jurídica, é um ato constitutivo, que tem, portanto, um efeito jurídico definido; fora e antes desse ato, o fenômeno não pode ser considerado nulo, não se podendo falar em declaração de nulidade. O que é uma verdadeira anulação, com efeito retroativo; o fenômeno tem de ser considerado como uma norma anulada com força retroativa pela decisão que a declara nula *ab initio*.

Na Itália, Calamandrei⁸⁷, forte no artigo 136 da Constituição italiana, entendeu que a lei constitucionalmente ilegítima não é uma lei inexistente ou absolutamente nula desde o início; é uma lei existente e válida até o momento em que não intervenha a decisão da Corte Constitucional para anulá-la.

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, pp. 161-62.

⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, p. 73: “La legge costituzionalmente illegittima non è dunque, secondo l’art. 136 della Cost., una legge inesistente o assolutamente nulla fin da principio; è una legge esistente e valida fino al momento in cui non intervenga la decisione della Corte costituzionale ad annullarla”.

No Brasil⁸⁸, Pontes de Miranda⁸⁹ acaba só vendo possibilidade de *anulação* da lei inconstitucional (tendo a decisão, por conseguinte, natureza constitutiva negativa). Reflete que a lei assim viciada *existe*, com o que não é algo *inexistente*. Por aí, estima que a lei *existe*, embora nula: “ela *é*, posto que *nulamente seja*. Assim, a decisão positiva sobre inconstitucionalidade seria declaratória se a lei, portadora de tal vício, não existisse, de modo que o juiz ou o tribunal diria: “‘Não existe’; e a eficácia seria a de toda decisão declarativa”.

É inolvidável a boníssima reflexão desenvolvida por Regina Ferrari⁹⁰ sobre o assunto. Após vertical reflexão, conclui que “a norma inconstitucional é anulável”, devendo ser reputados válidos os atos praticados ao tempo dessa lei, até que haja a decisão de inconstitucionalidade; enquanto tal não ocorrer, a lei opera eficaz e normalmente, como qualquer outra disposição válida.

Essa tese, contudo, não logrou êxito. O entendimento largamente prevalecente sempre foi no sentido de que lei contraveniente da Constituição é *nula*, não apenas anulável, respeitando-se, com isso, a supremacia da Constituição⁹¹. Como reconhece Buzaid⁹², “apesar do brilho” dessas posições,

⁸⁸ Para além da doutrina que vai mencionada no texto, também entendem que a lei inconstitucional é anulável, entre outros: ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*, pp. 87-88. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, pp. 52-53; “Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina”. In: *Revista da procuradoria geral do Estado de São Paulo* 13-15/157-59.

⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*, t. III, pp. 615-24 – a ortografia foi atualizada.

⁹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, pp. 127-36.

⁹¹ Pronunciando-se afirmativamente quanto à nulidade da lei inconstitucional, para além das referências feitas no texto, *verbi gratia*: ALVES, José Carlos Moreira. “A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil”. In: *As garantias do cidadão na justiça*, p. 10. ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 194. ARAÚJO,

“Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é *absolutamente nula; não simplesmente anulável*”. Vem bem aqui a síntese de Clèmerson Merlin Clève⁹³:

“Já foi afirmado que, influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade implica a nulidade da lei ou ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade, pouco importa se em sede de fiscalização concentrada ou difusa, no direito brasileiro desafia, portanto,

Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, pp. 45 e 48. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, pp. 398-99; *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, 4.º v., t. III, p. 83. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pp. 1.000-001. CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves. *Direito processual constitucional*, p. 38. GALLOTTI, Maria Isabel. “A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos”. In: *RDA* 170/24. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*, pp. 64-5. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*, pp. 204-05. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. VI, pp. 94-95. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 599; *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da Constituição, p. 270. MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial*, p. 97. RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, p. 119. SANTOS, Ernane Fidélis dos. “O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos: direito processual constitucional”. In: *RT* 661/32. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, pp. 541-42. TÁCITO, Caio. “Comentário: anulação de leis inconstitucionais”. In: *RDA* 59/346. TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, pp. 120-21. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*, pp. 184-85. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 48.

⁹² BUZAID, Alfredo. Obra citada, n. 58, p. 128.

⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 243-44.

salvo a hipótese de representação interventiva, a pronúncia da nulidade do ato atacado”.

Nessa constatação, de que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo implica sua nulidade, apurou Clève que hoje em dia está “(...) superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*”.⁹⁴

A propósito, Clève⁹⁵ reconhece que não obstante a Constituição do Brasil não prescreva, com o faz a de Portugal, a propósito da consequência que decorre da inconstitucionalidade, a nulidade da lei ou ato normativo viciado “assume a configuração de verdadeiro princípio constitucional implícito”.

Também o Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁹⁶ está convencido de que a nulidade do ato que malfez a Constituição tem entre nós dignidade *principal*, havendo, em nosso sistema, o *princípio* da nulidade da lei inconstitucional, de hierarquia constitucional.

⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide”. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política* 19/279 (288).

⁹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 245-46; “Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeito sobre os atos singulares praticados sob sua égide”. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política* 19/289.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, pp. 260-64; “Aspectos da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos”. In: *Revista trimestral de direito público* 2/276. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 316.

E após anotar o entendimento que considera nula *ipso jure e ex tunc* a lei inconstitucional, articula, primeiro, com o princípio da supremacia da Constituição; em seguida, observa que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional, o que se extrai (i) do poder, de qualquer juiz ou Tribunal, de deixar de aplicar a lei inconstitucional a um dado processo, o que pressupõe sua invalidade (e com isso sua nulidade), e (ii) da faculdade conferida ao indivíduo de negar obediência à lei inconstitucional, podendo até mesmo manejar recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que esteja em contradição com a Constituição. Com isso, reconhece Gilmar Mendes⁹⁷ que é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição.

Tem-se, então, que toda lei ou ato normativo que contravir a Constituição, padece de nulidade. É, como parece ter ficado claro, prestigiamento inequívoco ao princípio da supremacia da Constituição; a adoção da tese da mera anulabilidade implicaria na admissão, forçosamente, de que a lei infraconstitucional teria acabado, durante certo lapso temporal, por sobrepor-se à Constituição, na medida em que os atos praticados até a decisão de inconstitucionalidade seriam plena e normalmente válidos.

1.3 Declaratividade da decisão

A este ponto chegando, estamos em que ante as duas premissas anteriores não se revela tarefa difícil chegar-se à conclusão acerca da natureza

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 264; “Aspectos da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos”. In: *Revista trimestral de direito público* 2/276.

jurídica da decisão que em sede de fiscalização abstrata pronuncia-se positivamente acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Seja: sendo *nula* a lei inconstitucional, o ato decisório do órgão jurisdicional que assim resolve tem natureza (preponderantemente) *declaratória*.

Deveras, o vício de nulidade (por inconstitucionalidade) da lei já a contaminava desde o instante de seu nascimento; a decisão, que acolhe o pedido contido na ação direta de inconstitucionalidade, não vai *atribuir* à lei a inconstitucionalidade, caso em que – aí sim – seria constitutiva. A decisão, ineludivelmente, vai *reconhecer* a inconstitucionalidade, em ordem a deixar a lei prenhe de nulidade.

A decisão de procedência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade não é *atributiva* da inconstitucionalidade, não opera *inovação* na ordem jurídica, mas, ao revés, *reconhece, proclama, dá a conhecer*, enfim, admite *como certa* a inconstitucionalidade de que a lei foi increpada; daí, a nulidade absoluta.

A propósito, explicação admirável sobre a declaratividade da decisão de inconstitucionalidade foi dada pelo (então) Ministro Paulo Brossard, do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2-DF, havendo ali uma passagem que calha aqui à fiveleta, digna de ser transcrita:

“(…) Segundo doutrina consagrada, é ‘ex tunc’ o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Porque ela é congênita à lei, ela preexiste à declaração judicial. O julgado não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício preexistente. A Corte verifica e anuncia a nulidade, como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo,

que aquilo que se supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era.

Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não mudou a natureza do suposto diamante.

Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas 'ab initio' não passava de produto sintético.

Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso o seu efeito é 'ex tunc'".⁹⁸

Aliás, é assente, na doutrina de um modo geral, que quando o de que se trata, como aqui, é de *nulidade absoluta*, o provimento jurisdicional apto para proclamá-la é o meramente (predominantemente) *declaratório*, com o que o tipo de demanda pertinente para tanto é a assim chamada ação declaratória.⁹⁹

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. ADIn 2-DF. Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN *versus* Presidente da República. Relator: ministro Paulo Brossard. Acórdão de 06.02.1992. Maioria. RTJ 169/763 (780).

⁹⁹ No sentido de que em se tratando de nulidade o caso é de sentença declaratória, *verbi gratia*: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, n. 194, p. 303. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 149. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, n. 337, p. 412. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, n. 83, p. 180, e n. 86, pp. 189-90. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, p. 93. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 156-57. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, n. 55.1, p. 648, e n. 55.3, p. 658. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, n. 109, p. 440.

E no terreno específico da ação direta de inconstitucionalidade, o entendimento largamente predomínante, como vimos mencionando, é no sentido de que é *declaratória* a decisão positiva.¹⁰⁰

A preocupação que assalta à egrégia doutrina, dantes mencionada, que resiste na sustentação de que não é *declaratória* e sim *constitutiva* (desconstitutiva) a decisão, tem fundamentalmente a ver, neste passo de que ora nos ocupamos, com a circunstância de que os atos praticados sob o manto da lei inconstitucional têm a virtude da validade até quando proferida a decisão, somente a partir daí deixando de tê-la. Com base nesse raciocínio, então, a lei inconstitucional seria apenas *anulável*, produzindo efeitos normalmente, com o que a sentença de inconstitucionalidade é *constitutiva*.

Logo adiante empreenderemos esforço no sentido de demonstrar que o ato nulo pode não ser completamente desprovido de eficácia, que pode ele, como não raro ocorre, despejar efeitos, não obstante a nulidade, que o contagia.

¹⁰⁰ É o caso, entre outros, de: ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 194. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 45 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, 4.º v., t. III, p. 83. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, esp. n. 60, p. 132. GALLOTTI, Maria Isabel. “A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos”. In: *RDA* 170/22. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*, pp. 64-5. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 599; *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, p. 270. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*, pp. 204-05. RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, p. 118. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 541. TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, pp. 120-21. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 48.

Mas aqui e agora queremos lembrar da observação que antes fizemos, no sentido de que as sentenças não contêm *exclusividade* de efeitos, com o que a sentença declaratória não é *apenas* declaratória; a constitutiva não é *somente* constitutiva; a condenatória não é *unicamente* condenatória; a mandamental não produz *exclusivamente* mandamentalidade; a executiva *lato sensu* não produz efeito *só e só* executivo. É preciso, como hoje em dia dissenso não há, que se verifique qual a *preponderância* de efeitos de uma dada sentença, como maiormente demonstrou Pontes de Miranda.

Por aí é que não se pode negar que mesmo na sentença *declaratória* certo peso de *constitutividade* (positivo ou negativo, conforme o caso) há. E essa carga de constitutividade está invariavelmente presente na sentença que *proclama* (= *declara*) a nulidade de ato jurídico.

A sentença, nessa linha de raciocínio, ao aferir a invalidade do ato jurídico, *reconhece* (= *declara*) a situação jurídica que já era existente (preexistente), tal seja, a nulidade; ao assim fazê-lo, tem natureza inegavelmente declaratória. O que se dá, contudo, é que como aquele dado ato jurídico, não obstante a nulidade, esteve dotado de eficácia, isto é, produziu efeitos jurídicos, o provimento jurisdicional *desconstitui* essa excepcional propriedade daquele ato nulo.

Como reconhece magistralmente Kazuo Watanabe¹⁰¹, essa *desconstituição*, que estamos a referir, não é, entenda-se bem, *do próprio ato em si*, porquanto em relação a ele a sentença é só *declaratória* de sua injuridicidade; a *desconstituição*, diversamente, tem a ver com sua aptidão (do ato viciado), ainda que excepcional, para produzir efeitos (= eficácia).

¹⁰¹ WATANABE, Kazuo. “Breve reflexão sobre a natureza jurídica da sentença de nulidade de casamento”. In: *RT* 542/25-26.

Parece demasiadamente claro que se o ato viciado não tem a virtude de produzir qualquer efeito, a sentença será meramente declaratória. Significa, então, que o acréscimo da (des)constitutividade somente vai incidir quando o ato é dotado, excepcionalmente, de aptidão para irradiar efeitos jurídicos.

Tem-se, então, que *em relação ao ato nulo*, a nota *dominante* que tem a sentença é a *declaratória*; num segundo plano, que não será exagero dizer-se *submisso* (porque da declaratividade *decorre*, a ela submetida), é que vem a carga desconstitutiva. Como acertadamente reflete Watanabe¹⁰², é predominantemente declaratória a sentença de nulidade do ato jurídico quando este, embora nulo, é dotado de alguma eficácia, na medida em que neste caso ela (a sentença) também conterà elemento desconstutivo, com isso coarctando sua aptidão para produzir efeitos na órbita jurídica.

Fica demonstrado, então, que a circunstância de a lei inconstitucional ter tido aptidão para irradiar efeitos não tem a mais mínima virtude de fazer com que a decisão de inconstitucionalidade seja *predominantemente* constitutiva negativa, que essa força se aloja em *segundo plano*. A *força dominante*, a *preponderância* da decisão de inconstitucionalidade é a *declaratória*, que é a que *reconhece* a situação jurídica preexistente, tal seja, a inconstitucionalidade da lei, por isso nula; o que sucede, apenas – seja-nos permitido redizer –, é que como aquela dada lei, mesmo viciada (inconstitucional) era dotada de eficácia, o ato decisório desconstitui essa sua aptidão.

A brevíssimo trecho: a decisão de inconstitucionalidade, proferida na ação direta de inconstitucionalidade, tem natureza jurídica *predominantemente declaratória*.

¹⁰² WATANABE, Kazuo. Trabalho citado. In: RT 542/26.

1.4 Declaratividade, mesmo após a Lei n.º 9.868/99

A Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que veio regulamentar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, assim prescreve em seu artigo 27:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Como essa disposição estabelece que a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pode, conforme assim decidir a Suprema Corte, deixar de produzir efeitos somente a partir do trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade, ou mesmo de outro momento que venha a ser fixado, há quem vislumbre aí uma mudança de foco no que atina à natureza do ato inconstitucional, e com isso, metamorfose também ocorrida, por via de consequência, na natureza da própria decisão.

É o caso, por exemplo, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰³, que após examinar esse artigo 27, assim lamenta:

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999)”. In: *RDA* 220/11.

“Deste texto devem-se destacar alguns pontos de grande alcance.

32. O primeiro, inegável, consiste em registrar que o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e írrito.

É contra a índole do direito admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos ‘a partir do ... trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’.

Conclusão óbvia, a violação da Constituição pode ser ‘direito’ positivo, mesmo depois de reconhecida, no processo competente, pelo Supremo Tribunal Federal, ‘guarda da Constituição’.

E, mais. A decisão pode ‘restringir’ os seus efeitos... Isto significa, por exemplo, que ela poderá considerar válidos atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de devolver o que percebeu em razão de tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado... Donde resultará a inutilidade do controle.

Não é mais rígida a Constituição brasileira.

33. O segundo, patente, registra que não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa, para empregar a lição de Pontes de Miranda. Sim, porque a decisão não irá apenas declarar um fato – estar a lei viciada de inconstitucionalidade – mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos”.

Precisamos aqui pedir licença para (sempre) respeitosamente divergir, porque não nos parece que as coisas se passam desta maneira.

É bem verdade que *ordinariamente* a eficácia de um ato jurídico está subordinada a sua validade. Por isso, amiúde encontra-se, assim em doutrina, como em jurisprudência, menção a que o ato jurídico *nulo* é de si *ineficaz*, não

tendo, por conseguinte, aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios, com o que a declaração de nulidade tem efeito *ex tunc*.

A afirmação, todavia, não pode ser formulada de modo assim absoluto, na medida em que quando se examina, sem muita custa, o que se passa no âmbito da realidade fenomênica, atos jurídicos nulos são encontrados que produzem os efeitos que lhes são próprios, demonstrando, com isso, não ser inteiramente verdadeira a proposição de que ato jurídico nulo é *ineficaz*.

A propósito desta brevíssima observação que estamos fazendo, encontramos repouso em Marcos Bernardes de Mello¹⁰⁴, que reconhece que a afirmativa de que ato *nulo* é ato *ineficaz* “(...) não é de todo verdadeira”, porque há “casos em que o ato nulo produz sua eficácia própria”.

Também em Pontes de Miranda¹⁰⁵, que distinguindo *eficácia* de *validade*, advertia que se por um lado “Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes” (como é o caso do testamento, antes da morte do testador), por outro lado, e “De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo”.

Igualmente em Marçal Justen Filho¹⁰⁶, que nota ser “usual a afirmativa de que o ato nulo não produz efeitos”, mas “A questão deve ser tratada com cautela”, porque, “Ainda que nulo, o ato produz efeitos”, residindo a dificuldade em “definir quais os efeitos que um ato nulo pode produzir”. Por isso Celso

¹⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, § 62, n. 2, p. 182.

¹⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. IV, § 357, n. 2, p. 39.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 487.

Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁷, reconhecendo que mesmo padecendo de nulidade os atos podem produzir efeitos jurídicos, conclui ser “errado (...) dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos”.

Com efeito, é notar, em primeiro lugar, que no âmbito do direito material situações há em que o ato nulo derrama plenamente seus efeitos próprios.

Veja-se, para citar um exemplo, que segundo o artigo 175, § 3.^o¹⁰⁸, do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15.7.1965), “Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados”. No entanto, quando for caso de eleições proporcionais¹⁰⁹, o parágrafo 4.^o¹¹⁰ desse mesmo artigo (175) prevê produção de efeito para esses votos, mesmo assim peremptoriamente tidos *por lei* como nulos “para todos os efeitos”: tal se dará quando a decisão judicial de inelegibilidade do candidato ou de cancelamento de seu registro for prolatada após a realização da eleição respectiva; nesse caso, os votos (nulos “para todos os efeitos”!) devem ser computados para a legenda, porque dito dispositivo prescreve que eles “serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro” (o do candidato alcançado pela sentença).

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, n. 165, p. 285.

¹⁰⁸ Com a renumeração empreendida pela Lei n.º 4.961, de 04.5.1966.

¹⁰⁹ O Tribunal Superior Eleitoral, no acórdão n.º 13.185, de 10.12.1992 e na Resolução n.º 20.865, de 11.9.2001, estabeleceu que esse parágrafo é aplicável exclusivamente às eleições proporcionais.

¹¹⁰ A lei n.º 7.179, de 19.12.1983 acrescentou ao artigo 175 do Código Eleitoral esse parágrafo, que assim dispõe: “O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro”.

Mais um, agora no Direito Civil: o casamento realizado entre dois irmãos é absolutamente nulo (nCC, art. 1.548, inc. II¹¹¹), à face da existência de impedimento absoluto, também chamado de impedimento dirimente público (nCC, art. 1.521, inc. IV¹¹²). Não obstante, produzirá efeitos, nos moldes especificados pelo artigo 1.561¹¹³ do novo Código Civil, até a data da sentença de nulidade: (i) se ambos os cônjuges estavam de boa-fé, em relação a eles e aos filhos produz todos os efeitos; (ii) se somente um dos cônjuges estava de boa-fé, os efeitos são produzidos quanto a ele e aos filhos; (iii) se ambos os irmãos-cônjuges estavam de má-fé, o casamento, mesmo nulo, produzirá efeitos civis em relação aos filhos.

Em segundo lugar, como explica Marcos Bernardes de Mello¹¹⁴, do ato nulo decorrem efeitos jurídicos mínimos, ainda mesmo no caso de ineficácia quanto aos seus efeitos finais próprios. Tais efeitos mínimos são diferentes dos específicos do ato jurídico, mas dele são resultantes.

¹¹¹ “Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

II – por infringência de impedimento”.

¹¹² “Art. 1.521. Não podem casar:

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive”.

¹¹³ “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1.º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2.º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão”.

¹¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Obra citada*, p. 183.

Aqui, há bom exemplo no Direito Processual Civil: embora seja nula a citação ordenada por juiz incompetente¹¹⁵, ela tem a virtude, apesar da invalidade, de constituir o devedor em mora e interromper a prescrição, como estabelece o artigo 219, *caput*¹¹⁶, do Código de Processo Civil.

Em terceiro lugar, situações há em que o Direito, mesmo reconhecendo a nulidade de um ato, condiciona a declaração de sua nulidade à ocorrência de prejuízo, mediante aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, sem o que (demonstração de prejuízo) o ato produzirá seus efeitos normalmente. É a previsão, por exemplo, do artigo 249¹¹⁷ do Código de Processo Civil e do artigo 219¹¹⁸ do Código Eleitoral.

É retornar, agora, com a convicção de que é possível, excepcionalmente embora¹¹⁹, ter-se situação em que o ato jurídico nulo produz

¹¹⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*, v. II, n. 230, p. 250. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, t. III, p. 224.

¹¹⁶ “Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.

¹¹⁷ “Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1.º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2.º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”.

¹¹⁸ “Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral, o Juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo”.

¹¹⁹ A regra geral continua sendo, ainda aí, a de que o ato nulo é ineficaz, com o que a atribuição, pelo sistema jurídico, de eficácia jurídica a ato nulo, “constitui sempre exceção à regra geral da ineficácia, que se justifica porque visa a atender situações que envolvem interesses de proteção da família, da ordem pública e da boa-fé. É questão que se põe no campo da técnica legislativa” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Obra citada*, p. 184).

efeitos. E produzindo-o, não perde sua feição de nulo, que desse defeito continua impregnado, bem porque, repetimos, não se pode confundir o plano da validade com o da eficácia.

Tem-se, então, que não obstante o que agora preceitua o artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, autorizando o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (plano da validade), mas estabelecer que essa declaração somente produz efeito (plano da eficácia) a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento que venha a ser fixado, a situação não se altera: o ato inconstitucional continua a ter a natureza de ato juridicamente *nulo*, sendo predominantemente *declaratória* a decisão proferida.

2. Técnicas de decisão em controle abstrato de constitucionalidade

2.1 Interpretação conforme a Constituição

A linguagem, entendida aqui no sentido de emprego da palavra para comunicação e expressão de sentimentos, volições e pensamentos, amiudadas vezes porta a nota da vagueza, outras tantas o timbre da ambigüidade¹²⁰, sem

¹²⁰ Os dois vocábulos – ambigüidade e vagueza (ou vaguidade) – estão no texto apontando para direções claramente distintas. É que como expõe Joaquim Mattoso Câmara Júnior (*Dicionário de lingüística e gramática*: referente à língua portuguesa, p. 47), ambigüidade tem a ver com a “Circunstância de uma comunicação lingüística se prestar a mais de uma interpretação”. Leônidas Hegenberg (*Dicionário de lógica*, pp. 4-5), nessa linha, especifica que “Há ambigüidade quando a construção gramatical abre margem para duas diferentes interpretações de palavras ou de sentenças”. Quando a ambigüidade resulta de palavras usadas em sentidos diversos, recebe o nome de *equivoco* (HEGENBERG, Leônidas. Obra citada, p. 75). Já a ambigüidade de sentenças é chamada de *anfibolia*, termo que denota

contar a polissemia opulenta de que freqüentemente estão impregnados os vocábulos, entendida esta (polissemia) como propriedade da significação lingüística, consistente em abarcar toda uma gama de significações, que se definem e precisam dentro de um contexto.¹²¹

Buscando formular exemplo a propósito desta última hipótese (polissemia), é pensar que se alguém nos perguntar o que significa *manga*, só nos restará responder ao interlocutor com outra pergunta, procurando saber em que contexto está sendo empregado aquele signo. Isso porque aqui *manga* significará o *fruto da mangueira*, ali uma *parte do vestuário* onde se enfia o braço, lá indicará o emprego do *verbo mangar* (indicativo presente, 3.^a pessoa do singular), acolá a *pastagem cercada* onde se guarda o gado etc.

Outrossim, não só na dependência do contexto lingüístico não raro está o significado dos signos, como igualmente vezes há em que uma mesma palavra comporta distintos critérios de aplicação, em virtude do que a

um especial tipo de equívoco, o que se dá quando a estrutura da sentença permite atribuição de dois ou mais significados distintos, como no exemplo de Hegenberg (obra citada, p. 9): “‘A matança dos caçadores terminou’ (terminou a matança promovida pelos caçadores? ou a matança dos próprios caçadores, promovida por seus algozes?)”. Por outro lado, vagueza é vocábulo ligado a falta de clareza, de elucidação ou de precisão. Sabe-se o sentido em que o termo foi usado, ao contrário do que se passa com a ambigüidade; o que não se sabe, na vagueza, é por assim dizer o campo de aplicação do termo (vago). Sabe-se, por exemplo, o que quer dizer “jovem” (não sendo caso, então, de ambigüidade); a dificuldade aí é saber em que idade se deixa de ser jovem. Como explica Leônidas Hegenberg (obra citada, p. 214), “Afirmar que um termo (vocábulo) é *vago* equivale a dizer que há casos ou situações em que não se pode responder com segurança a questão ‘O termo se aplica a este objeto?’. Exemplificando, ‘meia idade’ não se aplica a pessoas com menos de 20 anos, assim como não se aplica a pessoas de mais de 70 anos. Por outro lado, é seguramente aplicável às pessoas de 45 anos. A dificuldade está em usar o termo nas faixas intermediárias, logo abaixo ou logo acima de 45 anos”.

¹²¹ CÂMARA JÚNIOR, Joaquim Mattoso. *Dicionário de lingüística e gramática*: referente à língua portuguesa, p. 194.

ambigüidade pode estar presente quer no emprego de palavras (*equivoco*), quer na construção de sentenças (*anfibia*). Aqui, a propósito das chamadas “situações ambíguas”, calha à fiveleta exemplo traçado por José Arthur Giannotti no curso de suas reflexões sobre o pensamento de Wittgenstein: “Imaginemos que ao sentir dores um piano esteja sendo afinado na vizinhança; e que eu diga ‘Vai parar logo’. Refiro-me à dor ou ao piano? Como se indica a diferença no que se está dizendo e querendo dizer?”¹²²

E a dificuldade aumenta sobremaneira à medida que observamos que a palavra é, por excelência, o rótulo que colocamos nas coisas a fim de que nos possamos fazer compreender. De fato, eloqüente demonstração é feita por Agustin Gordillo¹²³, afinado pelo diapasão de John Hospers:

“As palavras não são mais que rótulos nas coisas: colocamos rótulos nas coisas para que possamos falar delas e, daí por diante as palavras não têm mais relação com as coisas, do que as que têm rótulos de garrafas com as próprias garrafas. ‘Qualquer rótulo é conveniente na medida em que nos ponhamos de acordo com ele e o usemos de maneira conseqüente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância, ainda que coloquemos nela um rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma ainda que usássemos uma palavra diferente para designá-la’”.

No discurso jurídico, neste passo entendidas principalmente as prescrições legislativas, essa multissignificação dos signos lingüísticos é

¹²² GIANNOTTI, José Arthur. *Apresentação do mundo: considerações sobre o pensamento de Ludwig Wittgenstein*, p. 95.

¹²³ GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*, p. 2.

normal¹²⁴ e aparece amiúde, com o que a atividade interpretativa de um dado comando normativo pode ensejar variadas inteleccões.

Assim é que a interpretação conforme a Constituição aponta no sentido de que no instante em que o operador jurídico deparar-se com uma norma infraconstitucional de feição polissêmica, em ordem a possibilitar várias interpretações, a solução é encontrada optando por aquela que guardar conformidade com a Constituição, com isso restando afastadas aquelas interpretações que estiverem em antinomia com a Lei das Leis.

Como explica Clèmerson Clève¹²⁵, sempre que determinada disposição legal oferecer diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição, haverá oportunidade para a interpretação conforme a Constituição. Assim, como resumem Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Júnior, pela interpretação conforme a Constituição, quando se defrontar com interpretações distintas, o intérprete fica vinculado a optar por aquela que concluir pela constitucionalidade do ato normativo¹²⁶. No caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas – já agora é de Canotilho¹²⁷ a

¹²⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*, p. 132.

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 263. No mesmo sentido: CASTILHO NETO, Arthur de. “Reflexões críticas sobre a ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal”. In: *Revista da procuradoria-geral da República*, v. 2, p. 14, 1.ª col., n. 2.1. MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã”. In: *RDA* 193/13 (22).

¹²⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 46.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.210.

proposição –, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição.

Fica claro, com isso, que essa técnica figura como eficaz expediente obstativo de declaração de nulidade da lei, na medida em que dentre as alternativas exegéticas uma haja que compatibilize o texto legal com a Constituição. De efeito, como recomenda Hesse, uma lei não deve ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com a Constituição¹²⁸. O salutar, como refere José Adércio Leite Sampaio¹²⁹, está em que essa técnica ao tempo em que tenta, na teoria, respeitar a presunção democrática de legitimidade constitucional da lei, na prática busca evitar conflitos com os demais poderes, especialmente com o Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal tem diuturnamente lançado mão da interpretação conforme a Constituição, manejando-a inteligentemente.¹³⁰

¹²⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 71.

¹²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 828.

¹³⁰ Assim, *verbi gratia*: ADIn 2.209-PI, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19/3/2003, *in DJU* 25/4/2003, p. 32; ADIn 2.622-RO, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 08/8/2003, *in DJU* 21/02/2003, pp. 27-28; RE 275.480-PR, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07/11/2002, *in DJU* 07/02/2003, p. 27; ADIn 1.597-4-DF, maioria, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 19/11/1997, *in DJU* 19/12/2002, p. 69; ADIn 1.170-7-AM (MC), unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/10/2002, *in DJU* 31/10/2002, p. 19; ADIn 2.596-1-PA, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/8/2002, *in DJU* 27/9/2002, p. 81; RE 241.292-0-BA, maioria, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13/12/2000, *in DJU* 31/8/2001; ADIn 1.127-8-DF, maioria, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 06/10/1994, *in DJU* 29/6/2001, p. 32; ADIn 1.642-3-MG, unânime, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 16/12/1998, *in DJU* 14/6/2002, p. 126; RE 183.952-0-RS, unânime, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 19/3/2002, *in DJU* 24/5/2002, p. 69; ADIN 1.531-1-DF, maioria, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 24/6/1999, *in DJU* 14/12/2001, p. 22; ADIn 2.084-6-SP, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 02/8/2001, *in DJU* 14/9/2001, p. 49; ADIn 1.946-5-DF, maioria, Rel. Min.

Assim ocorreu, exemplificativamente, na ADIn 1.758-4-DF (com pedido de suspensão liminar), ajuizada pelo Governador do Estado de Pernambuco, a propósito do disposto no artigo 28 da Lei Federal n.º 9.532, de 10/12/1997, que estabelece linearmente a incidência de imposto de renda “sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica imune ou isenta, nas aplicações em fundo de investimento”. A Corte Suprema, ao

Sydney Sanches, j. 29/4/1999, *in DJU* 14/9/2001, p. 48; ADIn 1.117-1-DF, maioria, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 16/9/1994, *in DJU* 08/6/2001, p. 05; ADIn 1.480-3-DF, maioria, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/9/1997, *in DJU* 18/5/2001, p. 429; ADIn 2.083-8-DF, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/8/2000, *in DJU* 09/02/2001, p. 18; ADIn 1.797-0-PE, maioria, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 21/9/2000, *in DJU* 13/10/2000; ADIn 1.303-30-SC, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/12/1995, *in DJU* 01/9/2000, p. 104; ADIn 565-SP (MC), maioria, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 24/11/1994, *in DJU* 18/12/1998, p. 48; ADIn 1.552-4-DF (MC), maioria, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17/4/1997, *in DJU* 17/4/1998, p. 02; ADIn 1.662-7-SP (MC), unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11/9/1997, *in DJU* 20/3/1998, p. 04; ADIn 1.719-9-DF (MC), unânime, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/12/1997, *in DJU* 27/02/1998, p. 01; ADIn 1.586-9-PA, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 07/5/1997, *in DJU* 29/8/1997, p. 40.215; ADIn 1.556-7-PE, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17/4/1997, *in DJU* 22/8/1997, p. 38.759; ADIn 1.620-2-DF, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/6/1997, *in DJU* 15/8/1997, p. 37.035; ADIn 1.443-9-CE, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/11/1996, *in DJU* 25/4/1997, p. 15.197; ADIn 1.236-3-DF, maioria, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29/3/1995, *in DJU* 26/4/1996; ADIn 120-5-AM, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20/3/1996, *in DJU* 26/4/1996; ADIn 1.194-4-DF (MC), unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/02/1996, *in DJU* 29/3/1996, p. 9.344; ADIn 1.348-3-RJ, maioria, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 04/10/1995, *in DJU* 07/12/1995, p. 42.607; RE 169.740-7-PR, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/9/1995, *in DJU* 17/11/1995, p. 39.217; ADIn 234-RJ, maioria, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22/6/1995, *in DJU* 15/9/1995, p. 29.628; ADIn 927-3-RS (MC), maioria, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03/11/1993, *in DJU* 11/11/1994, p. 30.635; RE 150.755-1-PE, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18/11/1992, *in DJU* 20/8/1993, p. 16.322; ADIn 319-4-DF (QO), maioria, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/3/1993, *in DJU* 30/4/1993, p. 7.563. Em relação a todo este exemplário, está ele disponível em inteiro teor na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Captura efetuada em 28/4/2003.

invés de suspender a aplicação desse dispositivo, emprestou interpretação conforme a Constituição à expressão *inclusive pessoa jurídica imune* e com isso decidiu que ela “não alcança as pessoas públicas que gozam de imunidade recíproca”¹³¹, na forma do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal.

No manejo da interpretação conforme a Constituição é preciso ter-se presente que não se trata de “simples” regra interpretativa, mas, ao revés, o de que se trata é de vera *técnica de decisão*¹³², como agora referida expressamente no parágrafo único do artigo 28 da Lei n.º 9.868/99, vendo-a Jorge Miranda como “um método de fiscalização da constitucionalidade”¹³³. Canotilho observa que a interpretação conforme “é fundamentalmente um princípio de controlo”, tendo como função assegurar a constitucionalidade da interpretação¹³⁴, notando prestigiosa doutrina que ela se situa, mesmo, no âmbito do controle de

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. ADIn 1.758-4-DF. Governador do Estado de Pernambuco *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Marco Aurélio. Acórdão de 16.4.1998. Unânime. DJU 22/5/1998, p. 2. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003.

¹³² Assim, *exempli gratia*: ALVES, José Carlos Moreira. “A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil”. In: *As garantias do cidadão na justiça*, p. 10. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 46. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 71. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 262-63. SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 828.

¹³³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, n. 64, p. 267; *Teoria do Estado e da Constituição*, n. 224, p. 455. No mesmo sentido: SCHIER, Paulo Ricardo. “A interpretação conforme a Constituição”, p. 1. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*, pp. 170-71.

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.210.

constitucionalidade, ao invés de singela regra de interpretação¹³⁵, não obstante anotar Hesse¹³⁶ que se trata de “um princípio de interpretação”.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação 1.417-DF, deixou essa verdade assentada:

“Representação de inconstitucionalidade do § 3.º do artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, introduzido pela Lei Complementar n.º 54/86.

– O princípio da *interpretação conforme à Constituição* (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.

(...)”.¹³⁷

Quando o de que se trata – como agora vem a talho – é de perscrutar o *fundamento* que justifica a interpretação conforme a Constituição, não há, decididamente, uniformidade doutrinária sobre o ponto.

¹³⁵ É o caso, entre outros, de: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 47. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 175. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 225.

¹³⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 70.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. Rp 1.417-DF. Procurador-Geral da República *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Moreira Alves. Acórdão de 09/12/1987. Unânime. *DJU* 15/4/1988, p. 8.397. *RTJ* 126/48. Inteiro teor disponível também na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003 – os destaques em itálico são do original.

É ver, a propósito, Jorge Miranda encontrando justificativa “em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos actos jurídicos”, não aceitando para esse fim a presunção de constitucionalidade da norma¹³⁸. Canotilho, por seu turno, preferindo falar em várias “dimensões” que a formulação da interpretação conforme comporta, assim as resume:

“(…) (1) o *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como *a melhor orientada para a Constituição*”.¹³⁹

Mas o fato é que o fundamento da interpretação conforme a Constituição está mesmo, como de último vem apontando a doutrina majoritária,

¹³⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, n. 64, p. 267; *Teoria do Estado e da Constituição*, n. 224, p. 455.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pp. 1.210-11 – os destaques (em itálico) são do original.

na (i) *supremacia da Constituição* e na (ii) *presunção de constitucionalidade da lei*.^{140 141}

¹⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 263. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 281. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, pp. 297-98. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, p. 274; *Direito constitucional*, p. 43.

¹⁴¹ Numa construção um pouco diferenciada, Luís Roberto Barroso menciona somente a unidade do ordenamento jurídico, aí embutida a supremacia da Constituição (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 178). Também Bonavides, embora apontando a supremacia constitucional e a unidade da ordem jurídica (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 518). Arthur de Castilho Neto, por seu turno, finca a unidade da ordem jurídica e a presunção de constitucionalidade da lei (CASTILHO NETO, Arthur de. “Reflexões críticas sobre a ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal”. In: *Revista da Procuradoria-Geral da República*, v. 2, p. 11 (14). Já André Ramos Tavares faz alusão à (a) unidade da ordem jurídica, ao (b) princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos referido por Jorge Miranda (há pouco citado no texto), mencionando ainda (c) a supremacia da Constituição e a legitimidade das leis e de sua origem (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, pp. 225-26). E Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Júnior, embora não fixem *textualmente* qual o fundamento, ambos parece estarem em que o fundamento seja a presunção de constitucionalidade da lei, na medida em que registram que “(...) a norma infraconstitucional deve ser interpretada no sentido da sua constitucionalidade, ou seja, deve-se presumir que o desejo do legislador infraconstitucional foi incrementar a vontade da Constituição, e não o contrário” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 46). Por fim, é mister observar que a referência, por parte dos estudiosos aqui citados, à *unidade da ordem jurídica*, acaba entrando em sintonia com aqueles outros que falam diretamente na *supremacia da Constituição*, como, aliás, faz corretamente Luís Roberto Barroso (na obra e página nesta nota de rodapé indicadas), ao apontar para a “ (...) unidade do ordenamento jurídico, e, dentro desta, (...) a supremacia da Constituição”. Afinal, o fundamento de validade (Kelsen) da ordem jurídica estatal é a Constituição, que nessa vertente é, para falar com Santi Romano, a base e a estrutura que sustém e mantém a unidade da ordenação estatal (ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 126).

Deveras, é por força de lido prestígio da *supremacia da Constituição* que o operador jurídico, quando do labor exegético, tem a incumbência de procurar afeiçoar a esta (à Constituição) todas as demais leis do Estado.

De outra parte, *não se pode* começar a interpretar dada lei, partindo-se da presunção de que a pretensão do legislador foi a de afrontar ou de qualquer modo malferir a Constituição, produzindo lei inconstitucional. *O contrário* é que deve ocorrer: a presunção, desde a largada, deve ser necessariamente a de que a produção legiferante sempre consoa com o texto constitucional, com o que se fala, destarte, em *presunção de constitucionalidade da lei*.

Doutrina e jurisprudência reconhecem que a interpretação conforme a Constituição encontra *limites*, tal ocorrendo já na (i) literalidade da lei, já na (ii) vontade do legislador, no que atina ao objetivo por ele inequivocamente perseguido.¹⁴²

¹⁴² Nesse sentido, entre outros, além daqueles que vão citados no texto: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 47. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 178. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, pp. 169-70. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, pp. 519-24. CASTILHO NETO, Arthur de. “Reflexões críticas sobre a ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal”. In: *Revista da Procuradoria-Geral da República*, v. 2, p. 11 (14). MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 298. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, pp. 281-82. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, pp. 274-75. SCHIER, Paulo Ricardo. “A interpretação conforme a Constituição”, p. 2. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*, pp. 171-72.

Afinal, não se pode descurar que a função de regular normativamente as condutas intersubjetivas é atribuída fundamentalmente ao legislador, de modo que se deve evitar, até o limite, que o órgão jurisdicional acabe, com o manejo da multicitada interpretação conforme a Constituição, substituindo-se ao próprio órgão legislativo.

Daí peremptoriamente advertir Canotilho¹⁴³ no sentido de que a interpretação conforme a Constituição só portará o timbre da legitimidade quando houver um “espaço de decisão”, no sentido de admissibilidade de várias possibilidades interpretativas. Nessa diretriz, tanto que haja, em dado caso, como resultado interpretativo, situação em que a norma interpretada esteja em manifesta antinomia com a Constituição, alternativa outra não há que não a da *rejeição* dessa norma, por inconstitucional, não sendo permitido ao Tribunal efetuar sua *correção* (da norma inconstitucional). Para além disso, não há lugar para a interpretação conforme a Constituição se, em lugar do resultado almejado pelo legislador, o que se obtém, diversamente, é uma *nova e distinta* regulação, em contradição com o sentido literal ou objetivo da lei ou com o objetivo querido pelo legislador.

Para mais dos dois limites apontados, Gilmar Mendes¹⁴⁴ intenta a possibilidade de *outras limitações* à interpretação conforme a Constituição, que “podem decorrer do caráter peculiar da disposição a ser interpretada”. É o que se passa, como refere Mendes, com a aplicação dessa técnica de decisão quando o

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.211.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã”. In: *RDA* 193/13 (25).

de que se tratar seja de *emenda constitucional*, já que se não trata, no caso, de atividade legislativa que busca a concretização da Constituição. É que a emenda constitucional pode acabar provocando “completa mudança da Constituição”, situação que pode encontrar limitação nas *cláusulas pétreas*, de modo que a emenda há de ter sua constitucionalidade avaliada à luz dos princípios constantes dessas *cláusulas pétreas*, sendo verdadeiramente problemático ou mesmo impossível o emprego da interpretação conforme a Constituição quanto à emenda constitucional, em virtude do novo significado atribuído pela emenda ao ordenamento constitucional.

Retornando, parece demasiadamente clara a idéia, que permeia todas as dobras da interpretação conforme a Constituição, de *manutenção* do ordenamento, tal como plasmado e rearranjado diuturnamente pelo órgão legislativo, na medida em que, vá lá a obviedade, esteja em sintonia com o texto constitucional.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de vetar, categoricamente, o emprego da técnica em referência quando o sentido da norma é *unívoco*, bem porque, como bastas vezes redito aqui, a interpretação conforme somente é manejável quando a lei impugnada admite multiplicidade de interpretações, uma delas compatível com a Constituição. Tal ocorreu no julgamento da ADIn 1.344-1-ES:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida liminar. § 1º do artigo 71 da Lei Complementar nº 46, de 31 de janeiro de 1994, do artigo 2º da Lei Complementar nº 48, de 19 de abril de 1994, e artigo 1º da Lei Complementar nº 50, de 18 de julho de 1994, todas do Estado do Espírito Santo.

(...)

- Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente.

(...)”.¹⁴⁵

O Tribunal Constitucional da Espanha tem, mesmo, advertido que “(...) O Tribunal Constitucional é intérprete supremo da Constituição, não legislador, e só cabe solicitar-lhe pronunciamento sobre adequação ou inadequação dos preceitos em relação à Constituição”.^{146 147}

Também tem o Tribunal Constitucional espanhol reiteradamente acentuado, a propósito da ali chamada “sentença interpretativa”, que o órgão jurisdicional não é juiz da correção técnica, oportunidade ou utilidade das leis, ao tempo em que realça, com o emprego da técnica da interpretação conforme, a necessidade de conservação da lei.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. ADIn 1.344-1-ES (medida liminar). Governador do Estado do Espírito Santo *versus* Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: ministro Moreira Alves. Acórdão de 18/12/1995. Unânime. *DJU* 19/4/1996, p. 12.212. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003.

¹⁴⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional: Pleno. Recurso de inconstitucionalidad. Sentencia referencia número 5/1981. Ponente: don Francisco Tomás y Valiente. Fecha aprobación: 13-02-1981. Publicación BOE: 24-02-1981 [“BOE” num. 47]. Número Registro: 189/1980. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do Tribunal Constitucional da Espanha: www.tribunalconstitucional.es. Capturado em 21/4/2003.

¹⁴⁷ No original: “(...) El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución”.

Tem, do mesmo passo, dado ênfase aos *limites* da interpretação conforme, negando terminantemente que com essa técnica uma norma acabe sendo *reconstruída*, assim como não admite que por intermédio da interpretação conforme a Constituição seja ignorado ou desfigurado o sentido de um enunciado legal claríssimo ou unívoco.

Pomos aqui um ou outro exemplo, agora ao alcance da mão:

“(…)

Este Tribunal não é, de modo algum, Juiz da correção técnica, oportunidade ou utilidade das leis (porque o juízo de constitucionalidade não o é de técnica legislativa) nem pode, em outra ordem de coisas, pronunciar-se sobre a interpretação dos preceitos constitucionais à margem do julgamento que deva fazer, em um processo como este, das concretas disposições de lei impugnadas. Em relação à suposta improcedência de que o Tribunal chegue a ditar uma sentença interpretativa sobre a constitucionalidade de uma ou várias disposições de lei que afetem direitos fundamentais, devemos afirmar que o fundamento de todo pronunciamento interpretativo está no princípio de conservação da lei e na exigência de sua interpretação conforme à Constituição, critérios que, contudo, têm também seus limites, pois não pode o Tribunal ‘reconstruir uma norma que não esteja devidamente explícita em um texto, para concluir que esta é a norma constitucional’ (STC 11/1981), como tampouco pode ‘ignorar ou desfigurar o sentido de enunciados legais meridianos’ (SSTC 22/1985 e 222/1992) [F.J. 2].

(…)”.^{148 149}

¹⁴⁸ No original:

“(…)

3. Este Tribunal ni es, en modo alguno, Juez de la corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes (porque ‘el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa’: STC

“(…)

Se se admite a distinção entre norma como ordem e texto legal como signo sensível mediante o qual a ordem se manifesta ou o meio de comunicação que se utiliza para dar-lhe a conhecer, a conclusão a que se deve chegar é que o objeto do processo constitucional é basicamente o último e não o primeiro.

Isto não significa que o Tribunal tenha que renunciar a poder estabelecer o que se tem chamado acertadamente uma sentença interpretativa, através da qual se declare que um determinado texto não é inconstitucional se se entende de uma determinada maneira. Observar-se-á que este labor interpretativo tem por objeto o estabelecimento do sentido e significação do texto, mas não, no entanto, o que poderia entender-se como interpretação em um sentido mais amplo, que seria a dedução ou

109/1987) ni puede, en otro orden de cosas, pronunciarse sobre la interpretación de los preceptos constitucionales al margen del enjuiciamiento que deba hacer, en un proceso como éste, de las concretas disposiciones de ley impugnadas. En cuanto a la supuesta improcedencia de que el Tribunal llegue a dictar un fallo interpretativo sobre la constitucionalidad de una o varias disposiciones de ley que afecten a derechos fundamentales, debemos afirmar que el fundamento de todo pronunciamiento interpretativo está en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de su interpretación conforme a la Constitución, criterios que, con todo, tienen también sus límites, pues no puede el Tribunal ‘reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional’ (STC 11/1981), como tampoco puede ‘ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos’ (SSTC 22/1985 y 222/1992) [F.J. 2].

(…)”.

¹⁴⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional: Pleno. Recurso de inconstitucionalidad. Sentencia referencia número 341/1993. Ponente: don Fernando García-Mon y González-Regueral. Fecha aprobación: 18-11-1993. Publicación BOE: 10-12-1993 [“BOE” num. 295]. Número Registro: 11045/192, 1279. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do Tribunal Constitucional da Espanha: www.tribunalconstitucional.es. Capturado em 21/4/2003.

reconstrução da ordem normativa, mediante a interação de textos. Pode o Tribunal estabelecer um significado de um texto e decidir que é o conforme com a Constituição. Não pode, no entanto, tratar de reconstruir uma norma que não esteja devidamente explícita em um texto, para concluir que esta é a norma constitucional.

(...)”.^{150 151}

Fica, então, demasiadamente clara, assim em doutrina, que em jurisprudência, aqui, como alhures, a superior atenção que é dispensada aos *limites* que brilham a propósito do emprego da interpretação conforme a Constituição, sempre e sempre em ordem a evitar que a jurisdição degenere sua

¹⁵⁰ No original:

“(…)”

Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último e no el primero.

Lo anterior no significa que el Tribunal tenga que renunciar a poder establecer lo que se ha llamado acertadamente una sentencia interpretativa, a través de la cual se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. Se observará que esta labor interpretativa tiene por objeto el establecimiento del sentido y significación del texto, pero no, en cambio, lo que podría entenderse como interpretación en un sentido más amplio, que sería la deducción o reconstrucción del mandato normativo, mediante la puesta en conexión de textos. Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que esta es la norma constitucional.

(…)”.

¹⁵¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional: Pleno. Recurso de inconstitucionalidad. Sentencia referencia número 11/1981. Ponente: don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Fecha aprobación: 08-04-1981. Publicación BOE: 25-04-1981 [“BOE” num. 99]. Número Registro: 192/1980. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do Tribunal Constitucional da Espanha: www.tribunalconstitucional.es. Capturado em 21/4/2003.

feição para a de legislador positivo, de que não se forrará toda vez que aqueles dois limites não forem respeitados.

2.2 Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto

Guardando reconhecida proximidade com a técnica anterior, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto aponta para o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma das hipóteses de aplicação da lei.

Típica situação em que tem adequado cabimento a utilização dessa técnica é a que concerne à criação ou aumento de tributo, em que a aplicação dessa gravosa lei tributária pretenda ser efetuada já no mesmo exercício financeiro da instituição ou majoração, em desabrida agressão ao princípio da anterioridade da lei tributária, estampado no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.

Não obstante não se consiga lobrigar aí inconstitucionalidade formal, tampouco material, tal se dá no que atina à pretendida aplicação dessa lei naquele mesmo exercício financeiro em que houve a criação ou o aumento.

O caso, então, não é de pura e simplesmente declarar-se a inconstitucionalidade (nulidade) da lei, varrendo-a do ordenamento jurídico, uma vez que no exercício financeiro seguinte poderá (*rectius*: deverá) ela ser validamente aplicada. Nessa linha, mediante o emprego da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, o Tribunal limitar-se-á a declarar inconstitucionalidade somente de determinada hipótese de aplicação da lei (aquela que diz respeito à sua eficácia no mesmo exercício financeiro em que

criado ou aumentado o tributo), sem qualquer supressão ou redução de alguma parte sua (da lei questionada).

Foi precisamente o que ocorreu com o assim chamado imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF), veiculado pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17/3/1993, que em seu artigo 2.º estabeleceu (também) que em relação a esse imposto não se aplicaria o princípio da anterioridade da lei tributária (CF, art. 150, inc. III, alínea “b”).

Na medida cautelar postulada na ADIn 939-7-DF¹⁵², que teve como objeto essa Emenda Constitucional e a Lei Complementar n.º 77, de 13/7/1993 (que instituiu o IPMF), o Supremo Tribunal Federal, deferindo-a (a medida cautelar), suspendeu os efeitos daquela Emenda e dessa Lei *somente até 31/12/1993*, a fim de que, como se vê, ficasse preservado o princípio da anterioridade da lei tributária.

Posteriormente, quando do julgamento do mérito da ADIn 939-7-DF, o Pretório Excelso lançou mão da técnica ora em referência, com a seguinte ementa, no que aqui importa imediatamente:

“Direito Constitucional e Tributário.

Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar.

IPMF.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. ADIn 939-7-DF (medida cautelar). Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Sydney Sanches. Acórdão de 15/9/1993. Maioria. DJU 17/12/1993, p. 28.066. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003.

Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF.

Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, *b*, e VI, *a*, *b*, *c* e *d*, da Constituição Federal.

(...)

III – Em conseqüência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.7.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’ da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, LC nº 77/93).

IV – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993”.¹⁵³

Embora, como inicialmente registrado, a declaração parcial de nulidade sem redução de texto tenha proximidade¹⁵⁴ com a interpretação conforme a Constituição, notadamente do ponto de vista prático, é preciso vincar,

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. ADIn 939-7-DF. Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Sydney Sanches. Acórdão de 15/12/1993. Maioria. *DJU* 18/3/1994, p. 5.165. *RTJ* 151/755-56. Inteiro teor disponível também na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003.

¹⁵⁴ Clèmerson Clève demonstra, com vasta indicação de casos julgados, que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal as duas técnicas assumiram, em dado momento, identidade própria, sofrendo, em seguida, processo de equivalência, embora não se possa afirmar, com segurança, que na jurisprudência da Corte Suprema a interpretação conforme a Constituição há de ser, sempre, equiparada a uma declaração de nulidade sem redução de texto (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 267-69).

como intui Gilmar Mendes¹⁵⁵, que na interpretação conforme o Tribunal emite provimento no sentido de que em dada direção interpretativa a lei é constitucional, ao passo que na declaração parcial de nulidade sem redução de texto o que ocorre é expressa exclusão de determinada hipótese de aplicação do programa normativo, por inconstitucional, sem que haja alteração expressa do texto legal. Tem-se, assim, que na hipótese de se pretender destacar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não apenas se mostra a tecnicamente adequada, como fornece maior clareza e segurança jurídica expressa no dispositivo da decisão.

Aliás, no destrinçar as duas técnicas, é importante ter-se presente que com o advento da Lei n.º 9.868, de 1999, mais um passo se deu nesse rumo, na medida em que o artigo 28, parágrafo único, nitidamente faz referência separada à interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

2.3 Declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade

Tem-se, aqui, técnica em que a decisão, por assim dizer, anuncia formalmente um *vir-a-ser* inconstitucional. O texto legal, aqui e agora, é pela Corte Constitucional reputado em sintonia com a Constituição, mas, do mesmo passo, há uma advertência de que ele está caminhando rumo à inconstitucionalidade.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 286.

Há um “processo de inconstitucionalização da lei como decorrência de mudanças nas relações fáticas”, que culminará, adiante, na censura judicial.¹⁵⁶ Como bem explica Clèmerson Clève¹⁵⁷, “A Corte Constitucional, neste caso, declara constitucional a norma impugnada mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade”.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro já experimentou, mais de vez, o emprego dessa técnica de decisão:

(i) Primeiramente, em 1994, ao examinar a constitucionalidade do parágrafo 5.º do artigo 5.º da Lei n.º 1.060, de 05/02/1950, acrescentado pela Lei n.º 7.871, de 08/11/1989, ao determinar a contagem em dobro de todos os prazos para a Defensoria Pública. O STF entendeu que a prescrição legal é constitucional até que essas Defensorias estejam devidamente organizadas e estruturadas. Eis a parte da ementa que trata do assunto:

“Direito Constitucional e Processual Penal.

Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade.

‘Habeas corpus’. Nulidades.

Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos.

1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p. 92.

¹⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 261, nota de rodapé n.º 284.

08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.

(...)”.¹⁵⁸

Ao enunciar voto, o Ministro Moreira Alves assim resumiu a aplicação da técnica em referência:

“(...)”

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar”.¹⁵⁹

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. HC 70.514-6-RS. Pacientes: Marco Aurélio Rodrigues da Cruz e outro; Impetrante: Edson Brozoza; Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: ministro Sydney Sanches. Acórdão de 23/3/1994. Maioria. *DJU* 27/6/1997, p. 30.225. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. HC 70.514060RS. Demais dados já citados na nota imediatamente anterior. Trecho do voto do ministro Moreira Alves.

A conclusão do voto foi no sentido de considerar o dispositivo em causa constitucional enquanto não estiverem devidamente estruturadas as Defensorias Públicas, tornando-se ele inconstitucional quando essa circunstância de fato deixar de existir, ocasião, então, em que não mais haverá justificativa para a disparidade de tratamento, quanto ao prazo, entre a Defensoria Pública e o Ministério Público.

(ii) Noutra ocasião, a discussão tinha a ver com a disposição do artigo 68 do Código de Processo Penal (CPP), que ao Ministério Público confere legitimidade para promover execução da sentença penal condenatória ou ação de indenização *ex delicto*, quando o titular do direito for pobre. Questionou-se a constitucionalidade dessa regra do CPP, na medida em que a orientação e a defesa dos necessitados, com a Constituição de 1988, ficou a cargo da Defensoria Pública, na forma do artigo 134 da Carta. O STF, do mesmo modo, entendeu que a prescrição legal é constitucional até que essas Defensorias estejam devidamente organizadas e estruturadas, com o que, até lá, tem o Ministério Público legitimidade para a promoção referida:

“(…)

INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA – VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS – SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal,

estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. (...)”.¹⁶⁰

(iii) Ainda uma vez o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 147.776-8-SP¹⁶¹, ao reafirmar a legitimidade do Ministério Público para promover, no Juízo cível, o ressarcimento do dano resultante de crime quando pobre o titular do direito à reparação, voltou a acentuar o assim (também) chamado “processo de inconstitucionalização das leis”.

2.4 Outras técnicas de decisão

Novas e criativas técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade têm surgido, em ordem a falar-se, hodiernamente, na existência de uma já “complexa tessitura” dessas técnicas¹⁶², não vindo obviamente ao propósito central deste trabalho o inventário e a dissecação de todas elas.

Empreendeu-se, como parece ter ficado claro, verificação da prática dessas técnicas pelo Supremo Tribunal Federal, com o que foram abordadas

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. RE 135.328-7-SP. Estado de São Paulo *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: ministro Marco Aurélio. Acórdão de 29/6/1994. Unânime. DJU 20/4/2001, p. 137. Inteiro teor disponível na Internet, no site do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Primeira Turma. RE 147.776-8-SP. Estado de São Paulo *versus* Geralda Cardoso de Paula. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Acórdão de 19/5/1998. Unânime. DJU 19/6/1998, p. 09. Inteiro teor disponível na Internet, no site do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003.

¹⁶² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999, p. 305.

aquelas de que amiúde a Corte Suprema tem lançado mão, sempre e sempre no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Assim é que com base na vertical investigação empreendida por Clèmerson Merlin Clève¹⁶³, podem ser apontadas, para além das até aqui verificadas, a “dissociação temporal entre a declaração de inconstitucionalidade e a sua publicação”, as “decisões manipulativas” (aditivas e substitutivas), a “simples declaração da incompatibilidade da norma com a Constituição sem a pronúncia da nulidade”, a técnica do “apelo ao legislador” etc.

¹⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, esp. pp. 259-263.

Capítulo III

A MODELAGEM DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

1. Apontamentos de direito comparado¹⁶⁴

1.1 Áustria

¹⁶⁴ Por força do recorte metodológico que vimos desenhando a pouco e pouco, toca-nos aqui o dever de esclarecimento de que (i) não é este, a olhos vistos, um trabalho de direito comparado acerca da modelagem dos efeitos da decisão (abstrata) de inconstitucionalidade, objeto que refoge completamente do âmbito do presente texto. Vem daí que na escolha dos sistemas estrangeiros (ii) selecionamos aqueles mais conhecidos e que guardam maior proximidade com o brasileiro, a partir da Lei n.º 9.868/99.

Fortemente influenciado por Hans Kelsen, que aliás foi o autor do projeto da Constituição de 1.º de outubro de 1920, elaborado a pedido do governo¹⁶⁵, o sistema austríaco toma a lei como *anulável* e não nula.

É que para Kelsen¹⁶⁶, dizer-se, de uma lei válida, que é contrária à Constituição, é verdadeira *contradictio in adjecto*, já que uma lei só pode ser válida com fundamento na Constituição. O fundamento de validade de uma lei reside na Constituição. “De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica”.

Não admitia o mestre de Viena¹⁶⁷ a existência de algo como a nulidade dentro de uma ordem jurídica, com o que “uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável”. A nulidade, em verdade, é apenas o grau mais alto de anulabilidade. Essa anulabilidade, contudo, pode ter diferentes graus, isto é, se a regra é a de que a anulação produz efeitos para o futuro, em ordem a deixar intocados aqueles já produzidos, também pode ocorrer a anulação com efeito retroativo, destruindo os efeitos jurídicos passados. De qualquer modo, insistia Kelsen, “a lei foi válida até à sua anulação. Ela não era nula desde o início”.

Vem daí que no sistema austríaco a lei inconstitucional é apenas *anulável*, de modo que a ineficácia ocorre, como regra, a partir da data da

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 68.

¹⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 367.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 374; *Teoria geral do direito e do Estado*, pp. 161-62.

publicação da decisão. A Corte Constitucional, como observa Cappelletti¹⁶⁸, “não declara uma nulidade, mas *anula, cassa* (‘aufhebt’) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*, posto que inconstitucional”.

Eis o que preceitua o artigo 140 da Constituição austríaca:

“Artigo 140. (1) O Tribunal Constitucional reconhece de ofício sobre a inconstitucionalidade de uma lei Federal ou Estadual a requerimento do Tribunal Administrativo, do Supremo Tribunal, nas decisões em segunda instância de um Tribunal competente ou Senados Administrativos, contanto que o Tribunal Constitucional deva aplicar essas leis em causas pendentes. Ele reconhece a inconstitucionalidade de leis estaduais também a requerimento do Governo Federal e sobre a inconstitucionalidade de leis federais também a requerimento de um Governo Estadual, um terço dos membros do Conselho Nacional ou um terço dos membros do Conselho Federal. Através da Lei Constitucional Estadual pode ser determinado que tal direito de requerimento com respeito à inconstitucionalidade de leis estaduais caiba também a um terço dos membros da Assembléia Legislativa. O Tribunal Constitucional reconhece além disso sobre a inconstitucionalidade de leis a requerimento de uma pessoa, que alega ter seus direitos feridos diretamente por essa inconstitucionalidade, contanto que a lei tenha se tornado eficaz para essa pessoa sem uma decisão judicial ou sem a decretação de uma ordem; para esses requerimentos aplica-se analogicamente o artigo 89, parágrafo 3.

(2) Constatando-se a parte sem ação, em uma causa pendente junto ao Tribunal Constitucional, na qual o Tribunal Constitucional aplicou

¹⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 116.

uma lei, então prossegue-se, todavia, um processo já iniciado para o exame da constitucionalidade da lei.

(3) O Tribunal Constitucional só deve anular uma lei por inconstitucionalidade, se sua anulação foi expressamente requerida ou se o Tribunal Constitucional tivesse que aplicar a lei em suas causas pendentes. Se o Tribunal Constitucional entretanto chegar à compreensão que toda a lei foi promulgada por um Órgão Legislativo não competente segundo a repartição de competências, ou foi promulgada por meios inconstitucionais, deverá o Tribunal anular toda a lei como inconstitucional. Isso não tem validade quando a anulação de toda a lei evidentemente contrariar os interesses da parte, que propôs requerimento com base na última frase do parágrafo 1 ou quando ocorreu de ofício um processo de exame da lei.

(4) Se no momento da pronúncia da sentença do Tribunal Constitucional já não vigorar mais a lei e o processo tiver sido iniciado de ofício ou por requerimento de um Tribunal ou uma pessoa, que alega ser diretamente ferida em seus direitos pela inconstitucionalidade da lei, deverá o Tribunal Constitucional dizer se a lei era inconstitucional. O parágrafo 3 se aplica analogamente.

(5) O conhecimento do Tribunal Constitucional, pelo qual uma lei inconstitucional é anulada, obriga o Chanceler Federal ou o competente governante estadual a tornar conhecida imediatamente a anulação. Isso se aplica analogamente no caso de uma pronúncia conforme o parágrafo 4. A anulação vigora na data da publicação, quando o Tribunal Constitucional não estabelecer um prazo para o fim da vigência. Esse prazo não pode exceder 18 meses.

(6) Caso seja uma lei anulada pelo Tribunal Constitucional em virtude de inconstitucionalidade, começam a vigorar novamente as determinações legais que haviam sido anuladas pelas leis declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, se a sentença não pronunciar

diferentemente. Na publicação sobre a anulação da lei, deve-se também comunicar se e quais determinações voltam a vigorar.

(7) Se uma lei é anulada por inconstitucionalidade ou se o Tribunal Constitucional pronuncia de acordo com o parágrafo 4, que uma lei era inconstitucional, então estarão todos os Tribunais e Órgãos Administrativos vinculados ao Tribunal Constitucional. Aos fatos consumados antes da anulação, com exceção do caso que originou a decisão, a lei deve continuar a ser aplicada, contanto que o Tribunal Constitucional não pronuncie algo diferente na sentença anulatória. Se o Tribunal Constitucional na sua sentença anulatória determinar um prazo de acordo com o parágrafo 5, deverá se aplicar a lei a todos os fatos consumados até o fim desse prazo, com exceção do caso que originou a decisão”.¹⁶⁹

¹⁶⁹ “Artikel 140. (1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes auf Antrag des Verwaltungsgerichtshofes, des Obersten Gerichtshofes, eines zur Entscheidung in zweiter Instanz berufenen Gerichtes oder eines unabhängigen Verwaltungssenates, sofern aber der Verfassungsgerichtshof ein solches Gesetz in einer anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte, von Amts wegen. Er erkennt über Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auch auf Antrag der Bundesregierung und über Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auch auf Antrag einer Landesregierung, eines Drittels der Mitglieder des Nationalrates oder eines Drittels der Mitglieder des Bundesrates. Durch Landesverfassungsgesetz kann bestimmt werden, daß ein solches Antragsrecht hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auch einem Drittel der Mitglieder des Landtages zusteht. Der Verfassungsgerichtshof erkennt ferner über Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist; für solche Anträge gilt Art. 89 Abs. 3 sinngemäß.

(2) Wird in einer beim Verfassungsgerichtshof anhängigen Rechtssache, in der der Verfassungsgerichtshof ein Gesetz anzuwenden hat, die Partei klaglos gestellt, so ist ein bereits eingeleitetes Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes dennoch fortzusetzen.

(3) Der Verfassungsgerichtshof darf ein Gesetz nur insoweit als verfassungswidrig aufheben, als seine Aufhebung ausdrücklich beantragt wurde oder als der Verfassungsgerichtshof das Gesetz in der bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte. Gelangt der Verfassungsgerichtshof jedoch zu der Auffassung, daß das ganze Gesetz von einem nach der Kompetenzverteilung nicht berufenen Gesetzgebungsorgan erlassen oder in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurde, so hat er das ganze Gesetz als verfassungswidrig aufzuheben. Dies gilt nicht, wenn die Aufhebung des ganzen Gesetzes offensichtlich den rechtlichen Interessen der Partei zuwiderläuft, die einen Antrag gemäß dem letzten Satz des Abs. 1 gestellt hat oder deren Rechtssache Anlaß für die Einleitung eines amtswegigen Gesetzesprüfungsverfahrens gegeben hat.

(4) Ist das Gesetz im Zeitpunkt der Fällung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bereits außer Kraft getreten und wurde das Verfahren von Amts wegen eingeleitet oder der Antrag von einem Gericht oder von einer Person gestellt, die unmittelbar durch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, so hat der Verfassungsgerichtshof auszusprechen, ob das Gesetz verfassungswidrig war. Abs. 3 gilt sinngemäß.

(5) Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem ein Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben wird, verpflichtet den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung. Dies gilt sinngemäß für den Fall eines Ausspruches gemäß Abs. 4. Die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten.

(6) Wird durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ein Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben, so treten mit dem Tag des Inkrafttretens der Aufhebung, falls das Erkenntnis nicht anderes ausspricht, die gesetzlichen Bestimmungen wieder in Wirksamkeit, die durch das vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehoben worden waren. In der Kundmachung über die Aufhebung des Gesetzes ist auch zu verlautbaren, ob und welche gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft treten.

(7) Ist ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben worden oder hat der Verfassungsgerichtshof gemäß Abs. 4 ausgesprochen, daß ein Gesetz verfassungswidrig war, so sind alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlaßfalles ist jedoch das Gesetz weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. Hat der Verfassungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis eine Frist gemäß Abs. 5 gesetzt, so ist das Gesetz auf alle bis

Embora, como dito, em regra a ineficácia ocorra a partir da publicação da sentença, pode ser o caso de a Corte Constitucional fixar um outro prazo para que a lei inconstitucional deixe de produzir efeitos, que não pode, contudo, ser superior a dezoito meses, como estabelece o artigo 140.5 da Constituição austríaca. Tem-se, então, que mesmo após a anulação da lei, por inconstitucional, ela continuará sendo aplicada às situações de fato consumadas antes da anulação, salvo naquele caso que originou a decisão, a menos que o Tribunal disponha diversamente na decisão de anulação.

É bem de ver, todavia, que se o Tribunal fixar prazo para que se dê a cassação da vigência da lei, esta terá aplicação a todos os fatos que se consumarem antes de ultimado aquele prazo, exceto no que concerne àquele que deu causa à sentença cassatória, nos moldes do que prescreve o artigo 140.7, segunda parte, da Constituição austríaca.

Esta ordem de considerações demonstra que no sistema austríaco a decisão de inconstitucionalidade funciona de modo análogo ao de revogação da lei, porque a sentença faz com que a lei atacada perca a eficácia, despejando efeitos *ex nunc*. A lei cassada, ao invés de ser tida como inválida desde o início, mantém sua força jurídica até o momento da cassação e retirada do ordenamento, embora, insiste-se, possa suceder de a Corte Constitucional marcar data posterior para que a sentença produza efeito, data essa que não pode ser posterior a dezoito meses, o que a doutrina¹⁷⁰ compara a uma *vacatio legis*, tendo por objetivo conceder ao legislador prazo razoável para colmatar a lacuna deixada no ordenamento pela declaração de inconstitucionalidade.

zum Ablauf dieser Frist verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlaßfalles anzuwenden“.

¹⁷⁰ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999, p. 181.

A Corte Constitucional austríaca recebeu da Constituição considerável margem de discricionariedade para dispor acerca das conseqüências jurídicas de suas decisões, no âmbito do controle de constitucionalidade. Não obstante a regra seja a produção de efeitos *pro futuro*, pode a Corte estabelecer para tanto prazo de até dezoito meses, dentro do qual a lei continuará a ser aplicada normalmente, como pode determinar que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não acobertados pela coisa julgada.¹⁷¹

1.2 Alemanha

Diversamente, no modelo alemão a lei inconstitucional é tradicionalmente considerada nula *ipso iure*, com efeitos, por conseguinte, *ex tunc*, entendimento a que chegou a doutrina dominante com base no princípio da supremacia da Constituição, embora esse pensamento não encontre repouso expresso na Lei Fundamental ou mesmo na Lei Orgânica da Corte Constitucional; de qualquer sorte, a opinião predominante é de que se deve conferir hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional.¹⁷²

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 197, nota de rodapé n.º 5, e p. 200, nota de rodapé n.º 18. Também reconhecendo a existência da discricção mencionada no texto: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 116. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999, p. 181.

¹⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 198.

Conforme constata Gilmar Mendes¹⁷³, os tipos de decisão emitidos pela Corte Constitucional alemã são assaz matizados, registrando ele que “Em nenhum sistema de controle de normas, seja ele *incidental* ou *concentrado*, logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional”. Pouco importando se a decisão em proferida em sede de controle abstrato ou concreto, tem ela a mesma natureza; as sentenças são publicadas no órgão oficial e têm força de lei.

Assim é que se tem a declaração de nulidade da lei sem a pronúncia de sua nulidade, para além da interpretação conforme a Constituição, já tendo o Tribunal desenvolvido outras espécies de decisão. Há decisão de lei ainda constitucional, mas tendendo a tornar-se inconstitucional, com apelo ao legislador, para correção da situação em determinado prazo, o que se dá fundamentalmente em razão de mudanças nas relações fáticas ou jurídicas.

Mas é bem verdade que ultimamente a doutrina vem percebendo um *abrandamento* das posições da Corte Constitucional alemã no que diz respeito ao seu posicionamento tradicional, de nulidade *ab initio* da lei inconstitucional, conforme entre nós é demonstrado por Paulo Bonavides¹⁷⁴, com base em lições dos alemães Klaus Stern e Klaus Schlaich.

Assim é que ao invés de “simplesmente” aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição, a Corte Constitucional, ao mesmo tempo, mantém provisoriamente a validade da lei, evitando que esta, com a declaração de inconstitucionalidade, seja de imediato retirada do ordenamento jurídico. A Corte, de tempos recentes a esta parte, deixou de declarar a invalidade de uma norma inconstitucional, exortando o legislador a promover a compatibilização

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, pp. 196-97.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, esp. pp. 338-43.

constitucional, não raro vinculando diretivas de como o legislador deverá proceder.

De modo cada vez mais freqüente aquele Tribunal tem empregado a técnica de declarar a lei somente incompatível com a Constituição e não nula, como tradicionalmente procedia. Atenta a exigências de segurança jurídica, a Corte tem reconhecido que prescrições legais, não obstante inconstitucionais, devem existir ou ter eficácia durante certo prazo de transição, considerando que a pura e simples declaração de nulidade acabaria produzindo situação “mais inconstitucional” do que a provocada pela manutenção temporária da validade da lei, então apenas declarada incompatível com a Constituição. O legislador, então, dentro de certo lapso temporal, cuidará de revogar a lei, ou mesmo modificá-la ou completá-la, conforme o que dispuser a decisão do Tribunal.

1.3 Espanha

A Constituição espanhola, em seu artigo 164, 1¹⁷⁵, proclama que as sentenças do Tribunal Constitucional têm valor de coisa julgada a partir do dia seguinte ao de sua publicação, contra elas não cabendo recurso algum; aquelas que declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo têm eficácia *erga*

¹⁷⁵ “Artículo 164.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, se los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”.

omnes. Outrossim, no artigo 164, 2, é estabelecido que subsistirá a vigência da lei questionada na parte não afetada pela inconstitucionalidade.

Contudo, em homenagem ao princípio da retroatividade benigna, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional prescreve, em artigo 40, 1¹⁷⁶, que a declaração de inconstitucionalidade alcance processos penais ou contencioso-administrativos referentes a um procedimento sancionador em que, como consequência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução da pena ou da sanção ou uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade.

A Constituição espanhola não prescreve, textualmente, que a lei inconstitucional é *nula*, tampouco que é *anulável*, somente deixando claro que o texto legal declarado inconstitucional seja expulso do ordenamento jurídico, como inclusive Zeno Veloso¹⁷⁷ percebe. Contudo, é bem de ver que o artigo 39, 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional preceitua que quando a sentença declarar a inconstitucionalidade, declarará igualmente a nulidade dos preceitos impugnados.¹⁷⁸

¹⁷⁶ “Artículo cuarenta.

Uno. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

(...)”.

¹⁷⁷ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdiccional de constitucionalidade*: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999, p. 179.

¹⁷⁸ “Artículo treinta y nueve.

Apesar disso, mais recentemente tem havido o entendimento de que essa nulidade pode ser atenuada ou excluída, pelo Tribunal Constitucional, em casos determinados¹⁷⁹. E realmente, aquele Tribunal tem acentuado que não ocorre, sempre e necessariamente, conexão entre inconstitucionalidade e nulidade, não obstante o que dispõe o mencionado artigo 39, 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. Calha aqui à fiveleta a sentença n.º 45, de 1989, da qual transcrevemos o trecho do “extracto” que aqui pertine imediatamente:

“(…)

14. De acordo com o disposto na Lei Orgânica deste Tribunal (art. 39.1), as disposições consideradas inconstitucionais não de ser declaradas nulas, declaração que tem efeitos gerais a partir de sua publicação no ‘Boletim Oficial do Estado’ (art. 38.1 LOTC) e que, enquanto comporta a imediata e definitiva expulsão do ordenamento dos preceitos afetados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º), impede a aplicação dos mesmos desde o momento antes indicado, pois a Lei Orgânica não faculta a este Tribunal, à diferença do que em algum outro sistema ocorre, para adiar ou diferir o momento de efetividade da nulidade.

Nem essa vinculação entre inconstitucionalidade e nulidade é, não obstante, sempre necessária, nem os efeitos da nulidade no que toca ao passado vêm definidos pela Lei, que deixa a este Tribunal a tarefa de precisar seu alcance em cada caso, dado que a categoria da nulidade não tem o mesmo conteúdo nos distintos setores do ordenamento.

Uno. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

(…)”.

¹⁷⁹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdiccional de constitucionalidade*: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999, p. 179.

A conexão entre inconstitucionalidade e nulidade quebra, entre outros casos, naqueles em que a razão da inconstitucionalidade do preceito reside, não em determinação textual alguma deste, senão em sua omissão.

(...)”^{180 181}.

Tem-se, assim, que não obstante a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional prescreva que a lei inconstitucional é *nula*, aquela Corte tem procedido a um por assim dizer balanceamento das situações que lhe são apresentadas, deixando de simplesmente declarar a nulidade da lei inconstitucional para, ao revés, fixar o alcance dos efeitos da sentença, conforme o caso.

¹⁸⁰ No original:

“(…)”

14. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’ (art. 38.1 LOTC) y que, en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º), impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.

Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quebra, entre otros casos, en aquéllos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión.

(…)”.

¹⁸¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional: Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad. Sentencia referencia número 45/1989. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Fecha aprobación: 20-02-1989. Publicación BOE: 02-03-1989 [“BOE” num. 52]. Número Registro: 1837/1988. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do Tribunal Constitucional da Espanha: www.tribunalconstitucional.es. Capturado em 21/4/2003.

1.4 Portugal

A Constituição da República Portuguesa trata diretamente da questão relativa aos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Certamente assim resolveu proceder o legislador constitucional português por ter percebido as dificuldades que o tema dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade tem suscitado em outros países¹⁸². Daí o disposto no artigo 282.º daquela Carta portuguesa:

“Artigo 282.º (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 infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem,

¹⁸² MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, p. 533.

podará o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”.

Para logo, tem-se que a regra geral é a de que a decisão, em sede abstrata, de declaração de inconstitucionalidade da lei, que tem – a decisão – força obrigatória e geral, implica a *nullidade ipso iure* da impugnada lei, com o que a produção de efeitos opera-se *ex tunc*, isto é, desde a data em que entrou em vigor dita lei. Como reflete Canotilho¹⁸³, a decisão de inconstitucionalidade produz “efeito de invalidação da norma” já que os seus efeitos retroagem à data da entrada em vigor da lei inconstitucional. “Se os efeitos fossem apenas *ex nunc*, contados a partir da data da publicação da decisão do Tribunal, a declaração de inconstitucionalidade produziria somente um *efeito revogatório*”.

Na explicação de Jorge Miranda¹⁸⁴, essa eficácia *ex tunc* se dá por dois motivos centrais: a um, porque a Constituição, como fundamento de validade da lei em causa, deve prevalecer incondicionalmente desde o momento em que esta é emitida ou em que ocorre a contradição ou desconformidade, e não apenas a partir do instante em que a contradição é reconhecida. A dois, porque o só estabelecimento de eficácia *pro futuro* pode ensejar diferenças de tratamento de pessoas e situações, umas sujeitas ao comando constitucional e outras, subordinadas ao sentido da norma inconstitucional, ao sentido de uma norma juridicamente inválida.

Não obstante a regra da eficácia *pro praeterito*, ressalvados ficam os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.001.

¹⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. VI, n. 78, p. 254.

norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido (art. 282.º, n.º 3).

Mas o Tribunal Constitucional pode limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 282.º, n.º 4), quando o exigirem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado; diante de tais casos, poderá o Tribunal fixar os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo 282 da Constituição portuguesa, com o que se pode corretamente falar, por conseguinte, em um modelo de retroatividade atenuável.¹⁸⁵

Canotilho¹⁸⁶ adverte para a particular importância dessa norma, porque ao permitir ao Tribunal Constitucional manipular os efeitos das decisões de declaração de inconstitucionalidade, confere-lhe a possibilidade de exercer “poderes tendencialmente normativos”.

A propósito do emprego das técnicas de decisão, não vê este por derradeiro citado doutrinador português¹⁸⁷ cobertura constitucional para a relativa à simples declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição, sem as conseqüências jurídicas da nulidade, entendimento de que compartilha Rui Medeiros¹⁸⁸, desde logo porque essa inadmissibilidade parte do disposto no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição portuguesa. Resta inviável, desde este ponto de

¹⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (cpc, art. 741, par. ún.). In: *RePro* 106/38 (44).

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.005.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Obra citada*, p. 1.006.

¹⁸⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, p. 521.

vista, a prolação de decisão com efeitos ainda mais restritos do que os da anulabilidade com eficácia *ex nunc*.

Igualmente desprovida de suporte constitucional entende-se em Portugal ser a técnica da declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade. Do mesmo modo, o entendimento prevalecente é o de que falta suporte normativo constitucional para a dissociação temporal entre a declaração de inconstitucionalidade e a sua publicação, lembrando criticamente Rui Medeiros¹⁸⁹ que ao menos num caso, que relata, o Tribunal Constitucional parece ter-se socorrido do instrumento da retardação da publicação do respectivo acórdão para atingir o objetivo alcançável através de uma limitação de efeitos *pro futuro*. Mas relata Gomes Canotilho¹⁹⁰ casos em que o Tribunal Constitucional adotou a técnica de decisões manipulativas, também Rui Medeiros¹⁹¹ reconhecendo que essa técnica está presente na jurisprudência constitucional portuguesa.

2. A situação no Brasil anteriormente à Lei n.º 9.868/99

Já tivemos oportunidade de demonstrar que no Brasil o entendimento largamente prevalecente foi desde sempre no sentido de que a lei contraventora da Constituição é *nula ab initio* e não simplesmente *anulável*, como, não é exagero dizer, de nossa tradição. Por influência da doutrina e jurisprudência norte-americanas, para aqui trazidas originariamente por Rui Barbosa, restou firmado no Brasil o pensamento de que a inconstitucionalidade implica em

¹⁸⁹ MEDEIROS, Rui. Obra citada, p. 691.

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 1.007.

¹⁹¹ MEDEIROS, Rui. Obra citada, esp. p. 473.

nulidade, ficando a lei, portadora desse vício jurídico máximo, contaminada desde o seu nascimento.

Com efeito, a pena autorizada de Clèmerson Clève¹⁹² chega a grafar, indelevelmente, que “Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*”, porque “(...) o Direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo”.

Para além da doutrina que seletivamente já arrolamos, também no âmbito do Supremo Tribunal Federal esse pensar, de nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, com destruição dos efeitos de todos os atos no passado praticados, adquiriu foros praticamente axiomáticos, sendo copiosa a jurisprudência nesse sentido¹⁹³, do que ao menos uma convém transcrever, quanto mais não seja, porque assaz expressiva da posição da Suprema Corte:

¹⁹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide”. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política* 19/279 (288).

¹⁹³ Exemplificativamente: RE 35.370-PR, maioria, Rel. Min. Cunha Vasconcellos, j. 15/01/1960, *in RTJ* 19/127; RE 49.735-RN, unânime, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 19/4/1966, *in RTJ* 37/165; RMS 17.976-SP, unânime, Rel. Min. Amaral Santos, j. 13/9/1968, *in RTJ* 55/744; Rp 933-RJ, unânime, Rel. Min. Thompson Flores, j. 05/6/1975, *in RTJ* 76/342 (346); RE 84320-PR, unânime, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 15/6/1976, *in DJU* 01/10/1976 (inteiro teor disponível também na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br); Rp 971-RJ, maioria, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 03/11/1977, *in RTJ* 87/758; ERp 930-DF, unânime, Rel. Min. Décio Miranda, j. 25/10/1978, *in RTJ* 89/367; Rp 1.016-SP, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20/9/1979, *in RTJ* 95/993 (999); Rp 980-SP, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, j. 21/11/1979, *in RTJ* 96/496 (508 e 509); RE 93.356-MT, unânime, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 24/3/1981, *in RTJ* 97/1.369; Rp 1.005-RJ, unânime, Rel. Min. Soares Muñoz, j. 13/02/1980, *in RTJ* 98/542 (544); Rp 1.077-RJ, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26/02/1981, *in RTJ* 101/499 (503); RE 93.173-SP, unânime, Rel. Min. Firmino Paz, j. 15/6/1982, *in RTJ* 102/671; RE 103.619-RJ,

“Ação direta de inconstitucionalidade. Controle normativo abstrato. Natureza do ato inconstitucional. Declaração de inconstitucionalidade. Eficácia retroativa. O Supremo Tribunal Federal como legislador negativo. Revogação superveniente do ato normativo impugnado. Prerrogativa institucional do Poder Público. Ausência de efeitos residuais concretos. Prejudicialidade.

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de *menor* grau de positividade jurídica guardem, *necessariamente*, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade.

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquína de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.

(...)”¹⁹⁴

unânime, Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 08/02/1985, *in RDA* 160/80; ADIn 652-MA (Questão de Ordem), unânime, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02/4/1992, *in RTJ* 146/461-62; ADIn 1.434-SP (medida liminar), maioria, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/8/1996, *in RTJ* 164/506-09.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. ADIn 652-MA (Questão de Ordem). Procurador-Geral da República *versus* Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: ministro Celso de Mello. Acórdão de 02/4/1992. Unânime. *DJU* 02/4/1993, p. 5.615. *RTJ* 146/461. Inteiro teor disponível também na

Contudo, é bem de ver que há muito o Supremo Tribunal Federal percebeu as dificuldades que a rigidez desse entendimento acaba por espertar, não raro mais criando do que resolvendo problemas. Mais de vez, então, ao longo do tempo, a Corte Suprema, não obstante quase sempre em sede de controle difuso de constitucionalidade, houve por bem atenuar o efeito *ex tunc* por assim dizer *puro*, de eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade (nulidade), reconhecendo e mantendo, ao revés, aqui e ali, efeitos outrora produzidos por lei inconstitucional, com o que acabou decidindo com efeitos *ex nunc*.

Deveras, por ocasião do julgamento do RE 78.594-SP, ficou decidido que não obstante proclamada a ilegalidade de investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em virtude da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou essa designação, os atos por ele praticados, como oficial de justiça *de fato* (funcionário de fato), são válidos, ficando inequívoca, por conseguinte, a atribuição de efeito *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade.

Reconheceu o Relator, na ocasião, que a natureza da lei (civil, penal, administrativa etc.) tem importantes conseqüências na conceituação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que exige que se deve ter em vista, no estudo dessa matéria, de um lado, a inconstitucionalidade declarada e de outro, a natureza da lei impugnada. O acórdão ficou assim ementado:

“Funcionário público. Exercício da função de Oficial de Justiça. Ilegalidade de investidura. Validade do ato praticado por funcionário de fato.

Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido.

Recurso não conhecido”.¹⁹⁵

Não foi só. Em outra oportunidade (RE 78.533-SP), o STF voltou a enfrentar o problema da “função de fato”¹⁹⁶, em que funcionário do Poder Executivo passou a exercer a função de oficial de justiça com base em lei estadual. Foi essa lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo a Corte, posteriormente, reputado válidos os atos processuais praticados por aquele meirinho *de fato* (funcionário de fato):

“*Administrativo*. Funcionário de fato. Investidura baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional. A nulidade não envolve uma das fases de ato complexo, de mera execução de ordem legítima, com a sua conseqüência normal e rotineira. Aparência de legalidade e inexistência de prejuízo. Recurso extraordinário pela letra *c* do art. 119, III, da Constituição, não conhecido”.¹⁹⁷

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: 2.^a Turma. RE 78.594-SP. João Duarte & Cia. Ltda. *versus* Estado de São Paulo. Relator: ministro Bilac Pinto. Acórdão de 07/6/1974. Unânime. *RTJ* 71/570.

¹⁹⁶ Que ocorre quando o sujeito, que pratica o ato, está irregularmente investido no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem toda aparência de legalidade (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 198).

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: 2.^a Turma. RE 78.533-SP. Fundação e Modelação Ivaí Ltda. *versus* Estado de São Paulo. Relator (para o acórdão): ministro Décio Miranda. Acórdão de 13/11/1981. Maioria. *RTJ* 100/1.086.

Houve mais. No julgamento do RE 105.789-MG, o Supremo Tribunal admitiu a validade de pagamentos efetuados a magistrado com base em norma inconstitucional. É que a Corte, na Representação n.º 861-MG¹⁹⁸, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 103 da Constituição do Estado de Minas Gerais, que estabelecia determinadas regras para contagem de tempo de serviço público. Como dado magistrado, que obtivera contagem de tempo de serviço, para efeito de quinquênios, viu suprimido esse lapso temporal, em razão do decidido na Rp 861-MG, postulou, em mandado de segurança, a manutenção da contagem temporal, que se fizera sob a égide do dispositivo depois declarado inconstitucional.

Denegada a segurança, e manejado o apelo extremo, o STF entendeu que a modificação da qualificação do tempo de serviço averbado acabava malferindo a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados. Verificou o Supremo Tribunal que não obstante a declaração de inconstitucionalidade, era necessário preservar a estabilidade da remuneração do juiz, que foi atingida com a negativa do que já lhe era reconhecido e já integrava seu patrimônio, entendendo a Corte que a garantia da irredutibilidade de vencimentos supera o efeito ‘ex tunc’ da declaração de inconstitucionalidade. A segurança foi concedida, com o que a decisão de declaração de inconstitucionalidade (nulidade) do mencionado artigo da Constituição mineira não despejou efeito retroativo, em relação ao impetrante:

“Magistrado. Garantia constitucional da irredutibilidade de vencimento.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. Rp 861-MG. Procurador-Geral da República *versus* Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Relator: ministro Oswaldo Trigueiro. Acórdão de 23/8/1972. Unânime. RTJ 63/592.

A nova qualificação do tempo de serviço, anos depois de averbado e de haver produzido efeitos pecuniários em favor do magistrado, malfere a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, que torna intangível o direito que já nasceu e não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo.

Recurso conhecido e provido”.¹⁹⁹

Sobremais, no RE 122.202-MG, o Supremo Tribunal Federal assentou que o pagamento de gratificação de servidor público declarada inconstitucional não deve ser devolvida em relação ao período em que teve validade a lei respectiva, inconstitucional. Deu-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concedeu segurança a juízes mineiros, aposentados e em atividade, determinando que continuassem a ser pagas vantagens contempladas em lei declarada inconstitucional pelo STF. No recurso extraordinário manejado pelo Estado de Minas Gerais, o Supremo Tribunal estabeleceu a subsistência dos pagamentos efetuados:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO.

Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão ‘erga omnes’ da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: 2.^a Turma. RE 105.789-MG. Simonides Loddi *versus* Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: ministro Carlos Madeira. Acórdão de 15/4/1986. Unânime. *RTJ* 118/300.

inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.

Recurso extraordinário provido em parte”.²⁰⁰

Outrossim, é importante conferir relevo à circunstância de que no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal houve iniciativa, embora sem prosperidade, no sentido de mudança de rumo no entendimento solidificado, de *nulidade* da lei inconstitucional, para que a Corte passasse a reputar como *anulável* a lei contraveniente da Constituição. Tal se deu quando do julgamento do RE 79.343-BA, de que foi relator o Ministro Leitão de Abreu, com a seguinte ementa:

“Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 322, de 7 de abril de 1967 (R.T.J. 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que se acharia o agente de haver concluído o contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido”.²⁰¹

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: 2.^a Turma. RE 122.202-MG. Estado de Minas Gerais *versus* Emerson Tardieu de Aguiar Pereira e outros. Relator: ministro Francisco Rezek. Acórdão de 10/8/1993. Unânime. *RDA* 202/161. Inteiro teor disponível também na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 28/4/2003.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: 2.^a Turma. RE 79.343-BA. José Pereira César *versus* Aurélio Paz Boulhosa. Relator: ministro Leitão de Abreu. Acórdão de 31/5/1977. Unânime. *RTJ* 82/791.

O ilustrado voto do Relator (acolhido pela *unanimidade* dos demais Ministros presentes à sessão²⁰²) esteve essencial e declaradamente afinado pelo diapasão kelseniano, no sentido da *anulabilidade* da lei inconstitucional (sobre cuja teoria já dissemos algumas palavras anteriormente), não aceitando o Relator que se possa ter como nulo desde o início um ato legislativo que ingressou no mundo jurídico portando presunção de validade, em virtude do que ele se impõe, *per si*, à observância geral “enquanto não declarado inconstitucional”.

Daí o entendimento manifestado, “de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade”²⁰³. Reputou-se correta a tese de que a lei inconstitucional tem eficácia, ao menos enquanto assim (inconstitucional) não proclamada, podendo gerar conseqüências que não se pode ignorar. Raciocinou-se que a “tutela da boa-fé” impõe, em dadas circunstâncias, notadamente quando foram estabelecidas relações jurídicas entre o particular e o Poder Público, que com prudência se apure “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”.²⁰⁴

A Corte Suprema, no entanto, seguiu firme no entendimento que já estava então firmado, de que a lei inconstitucional é *nula*, projetando efeito *ex tunc* a decisão que assim a declara.

²⁰² Que eram, além do relator, os Ministros Djaci Falcão (presidente), Xavier de Albuquerque, Cordeiro Guerra e Moreira Alves.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: 2.^a Turma. RE 79.343-BA. Demais dados já indicados. *RTJ* 82/791 (795).

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: 2.^a Turma. RE 79.343-BA. Demais dados já indicados. *RTJ* 82/791 (795).

Neste passo, é indispensável registrar que não se pode dizer, em verdade, que o Ministro Leitão de Abreu tenha voltado a aderir àquele entendimento largamente majoritário do STF, como pode parecer pela leitura somente da ementa do acórdão relativo ao RE 93.356-MT, de que foi Relator:

“Declaração de inconstitucionalidade em ação direta. Efeito *ex tunc*, assim reconhecido pelo acórdão local. Inocorrência de ofensa à Constituição Federal. Dissídio não demonstrado na forma regimental. Recurso extraordinário de que se deixa de conhecer”.²⁰⁵

Inspeção visual do *inteiro teor* desse acórdão põe imediatamente a descoberto que aquele precedente, de que foi relator o Ministro Leitão de Abreu (RE 79.343-BA), também já agora relator desse RE 93.356-MT, foi aqui expressamente invocado²⁰⁶.

O Ministro Leitão de Abreu, após transcrever trecho do voto que naquelo outro recurso extraordinário (RE 79.343-BA) proferiu, registrou literalmente: “Tenho mantido essa opinião, a de que a regra da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade comporta temperamentos”²⁰⁷. O que se passou, contudo, foi que a situação envolvida no RE 93.356-MT era *diversa*: a tese defendida pelo referido Ministro tinha como pressuposto “a existência de situação jurídica formalmente constituída, com base em ato praticado, de boa-fé,

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: 2.^a Turma. RE 93.356-MT. Pantaleão Blanc Rinald *versus* Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: ministro Leitão de Abreu. Acórdão de 24/3/1981. Unânime. *RTJ* 97/1.369.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a Turma. RE 93.356-MT. Demais dados já indicados. *RTJ* 97/1.369 (1.371).

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a Turma. RE 93.356-MT. Demais dados já indicados. *RTJ* 97/1.369 (1.372).

sob lei que só posteriormente se declarou inconstitucional”, o que *não era* o caso dos autos (RE 93.356-MT).²⁰⁸

Aliás, perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal o Ministro Leitão de Abreu manteve expressamente essa tese, buscando ver aplicado temperamento ao dogma da *nulidade* da lei inconstitucional, restando vencido.

Tal se deu, com efeito, no RE 89.108-GO²⁰⁹, em que se discutia se a (posterior) declaração de inconstitucionalidade de lei estadual, sob a égide da qual dadas pessoas concorreram a cargo público, com provimento, privava de efeito a investidura, obtida de boa-fé, dos nomeados. No caso, o resultado do concurso foi homologado em 1970, nesse mesmo ano nomeados os aprovados, somente no ano seguinte (1971) vindo a ser declarada inconstitucional a lei estadual com base na qual houve a “classificação” dos aprovados.

A sustentação do Ministro Leitão de Abreu²¹⁰, nesse caso, foi no sentido de que se deveria fazer temperamento em relação à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, para que os efeitos das nomeações fossem mantidos íntegros (eficácia *ex nunc* da decisão), porque se tratava, ali, de “situações jurídicas, cujos titulares procederam de boa-fé, na presunção da legitimidade da lei, presunção de que participavam todos os que concorreram à conquista de tais situações”²¹¹.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a Turma. RE 93.356-MT. Demais dados já indicados. *RTJ* 97/1.369 (1.372).

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. RE 89.108-GO. Darcy Rodrigues Carrijo *versus* Estado de Goiás, Eurípedes Barsanulfo Junqueira e Francisco José Taveira. Relator: ministro Cunha Peixoto. Acórdão de 28/8/1980. Maioria. *RTJ* 101/207.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. RE 89.108-GO. Demais dados já indicados. *RTJ* 101/207 (219-222).

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. RE 89.108-GO. Demais dados já indicados. *RTJ* 101/207 (222).

Ficou vencido o Ministro Leitão de Abreu, entendendo a maioria dos Ministros da Corte (em Tribunal Pleno) que a declaração de inconstitucionalidade da aludida lei estadual tinha eficácia retroativa integral, apagando todos os efeitos que a lei inconstitucional produzira.

Em época mais recente o assunto voltou à balha, com a importante peculiaridade de que desta feita tal se deu em sede de controle *abstrato* de constitucionalidade. Assim se passou quando do julgamento da ADIn 1.102-2-DF²¹² (com julgamento conjunto das ADIns 1.102-2, 1.108-1 e 1.116-2), visando à declaração da inconstitucionalidade das expressões “empresários” e “autônomos” contidas no artigo 22, inciso I, da Lei n.º 8.212, de 25/7/1991, que “Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências”.

Como a Procuradoria Geral da República, ao tempo em que opinou pela procedência do pedido, postulou que à decisão fosse atribuído efeito *ex nunc*, o relator, Ministro Maurício Corrêa, tanto que proferiu voto, manifestou-se *positivamente* sobre essa sugestão. Articulou o Ministério Público Federal, a partir da lembrança da evolução do direito constitucional comparado, *principalmente* com a larga repercussão que a decisão com efeito *ex tunc* acarretaria para os cofres da Previdência Social, em ordem a recomendar que naquele caso o efeito fosse estabelecido tendo como *dies a quo* a data da concessão da liminar na medida cautelar que fora proposta, por ser a solução “que melhor consulta à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. ADIn 1.102-2-DF. Confederação Nacional da Indústria *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Maurício Corrêa. Acórdão de 05/10/1995. Maioria. DJU 17/11/1995, p. 39.205. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 09/4/2003.

sociais e individuais indisponíveis”. Demais disso, foi estimada “uma avalanche de ações de repetição de indébito” ajuizadas a propósito dos valores pagos indevidamente, além dos descontos, através de compensação, passíveis de serem efetuados na forma da legislação que foi apontada, tudo com consonância com o verbete da Súmula 546, do STF.

Reputou o relator ser de “inteira procedência” a irresignação ministerial acerca dos efeitos retroativos que o STF “tem emprestado à declaração de inconstitucionalidade, principalmente, quando, como na espécie, os resultados consequenciais da decisão impõem drásticas restrições ao orçamento da seguridade social, abalada por notória insuficiência de caixa”. Declaradamente, posicionou-se no sentido de que o Supremo Tribunal deveria passar a adotar a sistemática de estabelecer, caso a caso, o efeito (*ex nunc* ou *ex tunc*):

“Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluísse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o ‘dies a quo’, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar”.

Ao final do voto, contudo, ressaltando sua posição pessoal no sentido de que “em nome da conveniência e da relevância da segurança social” deveria ser atribuído efeito à decisão a partir da concessão da cautelar, o Ministro Maurício Corrêa (relator) registrou que “*si et in quantum*” se rendia “ao que tem decidido o STF”, no sentido de que a decisão que em ação direta declara a inconstitucionalidade de lei tem efeito *ex tunc*.

Também o Ministro Sepúlveda Pertence, embora ressaltando que “O caso presente (...) não é adequado para suscitar a discussão”, declarou-se favorável à ruptura do dogma da nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional:

“Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade ‘ex radice’ da lei inconstitucional, facultando-se ao tribunal protrair o início da eficácia ‘erga omnes’ da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade”.

Conquanto o Supremo Tribunal Federal não tenha aí resolvido modular o efeito que teria a decisão (com sugestão de que o fosse a partir da data da concessão da liminar na medida cautelar), tendo declarado a inconstitucionalidade daquelas expressões mencionadas, na forma do pedido, com eficácia *ex tunc*, a nós nos parece que esse é um importante indicador de que paulatinamente, antes mesmo do advento da Lei n.º 9.868/99, a Corte Suprema vinha evoluindo no sentido de abrandar o tradicional posicionamento de atribuição de efeito *ex tunc* à decisão, o que cresce consideravelmente de tomo quando se tem em conta que tal se deu em sede de controle *abstrato* de constitucionalidade.

Nesta análise perpassante da evolução do sistema brasileiro, com verificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anteriormente ao advento da Lei n.º 9.868/99, pelo menos três ilações é possível com segurança extrair-se: *uma*, a de que sempre predominou (e predomina) no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a lei inconstitucional é *nula ipso iure*, propagando efeito *ex tunc* a decisão que assim declara; *outra*, a de que a Corte Suprema não era inexoravelmente infensa à atribuição de efeito *ex nunc* às suas

decisões, como já vinha vez a vez procedendo; *terceira*, a de que tentativa já houve visando a que o Supremo Tribunal deixasse de lado a teoria da nulidade da lei inconstitucional, para adotar a da anulabilidade, sem sucesso embora.

3. A manipulação dos efeitos da decisão na Lei n.º 9.868/99

3.1 A legalização da manipulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Neste passo desta jornada, parece já ter ficado demasiadamente claro que não apenas no âmbito da doutrina como também – e de modo deveras expressivo – no do Supremo Tribunal Federal com frequência era revelado o sentimento de que o sistema tradicional de eficácia *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei precisava ser revisto, para receber abrandamento, precisamente na esteira do mais moderno direito constitucional comparado.

O proceder, como vinha fazendo o Supremo Tribunal Federal, chegando ao ponto de em controle difuso ressaltar situações consolidadas, atribuindo efeito *ex nunc* à sua decisão de inconstitucionalidade; as manifestações de seus Ministros, formalmente, até mesmo em controle concentrado, registrando a insatisfatoriedade do modelo ortodoxo; a busca de técnicas de decisão que permitam, no limite, contornar o radical efeito retroativo destrutivo etc., põem à mostra, cruamente, que notadamente no âmbito do Supremo Tribunal era sentida a falta de *chave* que lhe permitisse abrir o armário onde fossem encontrados instrumentos aptos a, inda que excepcionalmente, fincar limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

É lembrar, por oportuno, que inclusive em conferências, seminários etc., seus Ministros (do STF) passaram a reclamar dessa falta, como ocorreu, por exemplo, com o Ministro Carlos Velloso, que em palestra sugeriu que “No que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, deve a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade”.²¹³

A propósito, Enterría, na esteira da própria doutrina americana, desenvolvendo acerca da posição prospectiva na declaração de ineficácia das leis inconstitucionais, brada que a alternativa à prospectividade das sentenças não é a retroatividade destas, senão a abstenção na descoberta de novos critérios de efetividade da Carta, a paralisação em sua interpretação, “a renúncia, pois, a que os Tribunais Constitucionais cumpram uma de suas funções capitais, a de fazer uma *living Constitution*, a de adaptar paulatinamente esta às novas condições sociais”.²¹⁴

²¹³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição”. In: *RDA* 192/1 (23).

²¹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”. In: *RDP* 92/5 (14): “La técnica permite, pues, gradualizar progresivamente la efectividad de la Constitución sin el precio de una conmoción social a cada nuevo escalón. La alternativa real a la prospectividad de las Sentencias no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una ‘living Constitution’, la de adaptar paulatinamente ésta a las nuevas condiciones sociales, a ‘la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas’, en los términos aporéticos del artículo 3.º-1 del Código Civil”.

Assim foi que o legislador nacional, sensível a esses reclamos e dificuldades, resolveu, com a Lei n.º 9.868, de 10/11/1999, que “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, introduzir no sistema o quanto prescreve o artigo 27²¹⁵:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

3.2 A questão da constitucionalidade do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99

Essa prescrição contida no artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, é de duvidosa constitucionalidade. Com efeito, tramita, perante o Supremo Tribunal Federal, a ADIn 2.154-2-DF²¹⁶, a ela apensada, por identidade parcial de objeto, a ADIn 2.258-0-DF²¹⁷, em que (também) esse assunto está em discussão.

²¹⁵ De modo semelhante prescreve o artigo 11 da Lei n.º 9.882, de 03/12/1998, que “Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1.º do art. 102 da Constituição Federal”:

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

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2.154-2-DF. Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator:

Naquela (ADIn 2.154-2-DF), a sustentação, basicamente, é de que o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 é inconstitucional porque o efeito da declaração de inconstitucionalidade é sempre *ex tunc*, não se admitindo que a lei inconstitucional tenha “sequer um minuto de sua vigência”. Na outra (ADIn 2.258-0-DF), a tese é de que a inconstitucionalidade do precitado artigo 27 “por ofensa ao Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) e ao princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF)”, ao “permitir que atos normativos ou leis inconstitucionais, assim declarados por decisão do STF, produzam algum tipo de efeito em algum momento do tempo”, com o que somente o constituinte originário poderia tratar do assunto. Sustenta-se, ali, ser sempre *nula* a lei inconstitucional, não se admitindo atribuição de outro efeito à decisão.²¹⁸ Ambos os processos aguardam julgamento do pedido de liminar.

Em sede doutrinária, reputando inconstitucional o mencionado artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, há, entre outros, pronunciamentos de Américo Bedê

ministro Sepúlveda Pertence. Inteiro teor das informações disponível na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 09/4/2003.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2.258-0-DF (apensada aos autos da ADIn 2.154-2-DF). Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Inteiro teor das informações disponível na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 09/4/2003.

²¹⁸ Ilustrativamente, é bom registrar que com relação (também) ao artigo 11 da Lei n.º 9.882/99, mencionado atrás, nestas notas de rodapé, há, pendente de decisão, semelhante discussão. Trata-se da ADIn 2.231-8-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face do Presidente da República e Congresso Nacional, relator o ministro Néri da Silveira. Levada a questão da medida liminar a julgamento, após o voto do relator, foi interrompido o julgamento, em virtude do pedido de vista do ministro Sepúlveda Pertence.

Freire Júnior, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, José Adércio Leite Sampaio e Paulo Roberto Lyrio Pimenta.²¹⁹

Há, outrossim, visão no sentido de menor abrangência do vício de inconstitucionalidade que contamina o referido artigo 27, porquanto encontra inconstitucionalidade somente ali onde o dispositivo confere ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de atribuir à decisão de inconstitucionalidade efeito *pro futuro*, isto é, um instante posterior à data de seu (da decisão) trânsito em julgado, com o que uma lei declarada inconstitucional continuaria, por algum tempo, sendo aplicada. É o sentir, por exemplo, de Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Oswaldo Luiz Palu etc.²²⁰

Inconstitucionalidade *não é* detectada por estudiosos como Alexandre de Moraes, Daniel Sarmento, Eduardo Talamini, Gilmar Mendes e Ives Gandra

²¹⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. “A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária”. In: *Revista dialética de direito tributário* 56/19-24. MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões”. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n.º 9.882/99*, pp. 173 e 178-79. DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*, pp. 244-46. SAMPAIO, José Adércio Leite. “Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil”. In: *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*, pp. 210-11. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, pp. 99-100.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos”. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n.º 9.882/99*, pp. 161-64. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, pp. 541-45. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, pp. 186-87.

Martins, Gustavo Binenbojm, Hugo de Brito Machado, Patrícia Calmon Nogueira da Gama, Teori Albino Zavascki, Zeno Veloso etc.²²¹

Assim é que Gustavo Binenbojm²²², por exemplo, reflete que o fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, consistente em variar (diferentemente de *ex tunc*) o efeito da decisão de inconstitucionalidade não reside no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99. Estará, isso sim, na proteção de outros valores e princípios constitucionais, ligados à segurança jurídica ou ao excepcional interesse social, tudo, visando a evitar os riscos danosos que uma decisão retroativa esperta. O Supremo Tribunal Federal, então, não estará sobrepondo a Lei n.º 9.868/99 à Constituição. Estará, ao contrário, “ponderando valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional”.

Zeno Veloso²²³, por seu turno, registra que sempre manifestou sua firme convicção quanto à mais alta necessidade, utilidade e importância de introduzir-se, entre nós, a possibilidade de o STF, excepcionalmente, ante

²²¹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, pp. 279-81. SARMENTO, Daniel. “A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade”. In: *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*, pp. 123-29. TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (cpc, art. 741, par. ún.)”. In: *RePro* 106/38 (48-49). MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, pp. 313-24. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, pp. 184-86. MACHADO, Hugo de Brito. “Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal”. In: *Revista dialética de direito tributário*, 57/72 (79). GAMA, Patrícia Calmon Nogueira da. “Breves anotações sobre o controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei 9.868/99”. In: *RT* 778/91 (98). ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, pp. 49-51. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*, pp. 195-96.

²²² BINENBOJM, Gustavo. Obra citada, pp. 184-85.

²²³ VELOSO, Zeno. Obra citada, p. 190.

exigências do interesse público, fincar limites para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

Veloso²²⁴ volta sua atenção para a preocupação quanto à influência que possa exercer o Poder Executivo, de si forte e autoritário, no sentido de reverter em seu favor essa possibilidade de estabelecimento de limitações à declaração de inconstitucionalidade, exemplificando inclusive com a situação de um tributo declarado inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, em que poderá o Supremo Tribunal Federal atribuir eficácia à decisão somente a partir de seu trânsito em julgado, afastando por aí o direito à repetição do indébito. Quanto a isso, no entanto, assegura enfaticamente: “O perfil, a dignidade, a independência do Supremo Tribunal nos levam a ter convicção de que esses receios são vãos e infundados”.

Vai ainda mais longe Daniel Sarmento. Esse autor, falando também com o peso de quem – na qualidade admirável de procurador da República – tem a elevadíssima função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição Federal (CF, art. 129, inc. II), registra, com todas as letras, que “(...) a inovação introduzida pelo artigo 27 da Lei nº 9.868 é, em linha geral, digna de encômios, na medida em que outorgou ao STF os poderes necessários para que este tenha como exercer, a contento, a sua missão de guardião da Lei Maior”.²²⁵

É bem verdade que Sarmento reputa merecedor de críticas o modo como estabelecida a eficácia *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade, sem estipulação de qualquer limite temporal. Mas é igualmente verdade que reconhece ele que com auxílio de interpretação teleológica e do princípio da

²²⁴ VELOSO, Zeno. Obra citada, p. 196.

²²⁵ SARMENTO, Daniel. “A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade”. In: *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*, p. 125.

razoabilidade é possível traçar limites para a subsistência da lei inconstitucional na ordem jurídica, estimando que esse tempo não pode ser superior a seis meses.²²⁶

A propósito, na ADIn 2.154-2-DF, o presidente da República prestou as informações que foram confeccionadas pelo consultor da União André Serrão Borges de Sampaio, aprovadas pelo então advogado-geral da União Gilmar Ferreira Mendes.

A sustentação ali desenvolvida, a breve trecho, é de que o multicitado artigo 27 apenas conferiu ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de empreender ponderação entre o princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional e os princípios da segurança jurídica e o excepcional interesse social, também de *status* constitucional, o que leva necessariamente a concluir-se pela legitimidade daquele dispositivo.

Convém deitar aqui algumas passagens mais significativas daquelas informações, na medida em que também contribuem para entender-se em que consiste a sustentação da constitucionalidade do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99:

“(…)

É lição comezinha da doutrina constitucional contemporânea a existência de tensões entre princípios constitucionais (...). A solução de tais conflitos de princípios jurídicos não se dá, todavia, por meio da exclusão de um dos princípios colidentes, mas antes por meio de uma ponderação em que se determina, *sob determinadas circunstâncias*, a prevalência de um dos princípios contrapostos. Esse procedimento metódico recebe diversas denominações (ponderação, colisão de direitos ou princípios fundamentais,

²²⁶ SARMENTO, Daniel. Obra citada, pp. 127-28.

equilíbrio de direitos, etc.) que podem ser reconduzidas à idéia geral de cotejo da adequação de cada princípio às circunstâncias fáticas e normativas do caso a decidir (...). De fato, a regra inserta no art. 27 da Lei sob exame traduz uma autorização legislativa (...) para que a Corte Constitucional proceda à ponderação entre o princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional e as ‘razões de segurança ou de excepcional interesse social’, por meio da qualificadíssima maioria de dois terços de seus membros.

(...)

Se se tem presente que é somente a possibilidade de uma tal ponderação o que o legislador veio a facultar à Corte Constitucional, é forçoso concluir pela sua legitimidade, pois os princípios em face dos quais será ponderado o princípio da nulidade da lei inconstitucional possuem hierarquia igualmente constitucional – como acima sugerido. (...) Ao se considerar que tal fato amplia ainda a capacidade decisória do Supremo Tribunal Federal e permite uma adequada, universal e ótima ponderação entre todos os valores constitucionais envolvidos ou afetados por determinada decisão, seria legítimo supor que a concessão à Corte Constitucional de faculdade semelhante àquela inscrita no art. 27 da Lei n° 9.868, de 1999, é, antes, exigida pelo complexo sistema constitucional brasileiro. Essa exigência decorreria exatamente da necessidade de promover, por meio da ponderação, a *concordância prática* (...) entre os distintos bens, direitos e valores constitucionais afetados em uma decisão da jurisdição constitucional. Nessa medida, inexistente, tal como demonstrado, ilegitimidade alguma na disposição inserida no art. 27 da Lei n° 9.868, de 1999”.²²⁷

²²⁷ BRASIL. Presidência da República: Advocacia-Geral da União. Informações n.º AGU/AS-01/2000, de 8 de março de 2000. Conforme solicitação da Mensagem n.º 325, de 8 de março de 2000. Processo n.º 00001.001310/2000-40. Origem: STF – Ofício n.º 463/R, de 01.03.2000. Assunto: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2154. Consultor da União:

É bem de ver, todavia, que o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, segundo nos parece, acaba encerrando inconstitucionalidade formal.

É que o tracejamento legislativo dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tem imediatamente a ver com aspecto *substancial* e não apenas *processual*. Como por todos pondera Jorge Miranda²²⁸, “O problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade não é um problema de Direito processual, mas sim um problema de Direito substantivo”, porque, como explica esse autor, trata-se de estabelecer as alterações que a decisão provoca, ou não, não apenas no âmbito da lei inconstitucional, como no conjunto do ordenamento jurídico.

Vem daí que no plano *ordinário* (infraconstitucional) não há lugar para normatização do assunto. Sendo assim, a regulamentação efetuada pelo aludido artigo 27 não poderia sê-lo por lei ordinária, tal como se deu com a Lei n.º 9.868/99.²²⁹

Apesar dessa constatação, a nosso juízo há um ponto que se antepõe logicamente a essa questão da constitucionalidade desse tantas vezes referido artigo 27 da Lei n.º 9.868/99.

André Serrão Borges de Sampaio. Advogado-Geral da União: Gilmar Ferreira Mendes. Informações adotadas por despacho de 08/3/2000. *DOU* n.º 60, de 28/3/2000, Seção 1, pp. 3-10 (8 e 9) – os destaques são do original.

²²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. VI, n.º 77, p. 252.

²²⁹ Salientando a inconstitucionalidade formal do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, entre outros: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. “A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária”. In: *Revista dialética de direito tributário* 56/19-24. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, pp. 99-100.

Isso porque, a nosso aviso, para que o Supremo Tribunal Federal possa fazer a modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não há imprescindibilidade da existência de uma tal autorização *expressa e específica* como a que veio nesse artigo 27, que desnecessário para tanto era. Na linha do que estamos referindo, a propósito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta²³⁰ diz textualmente, e com razão, que “esse dispositivo é de grande inutilidade no direito brasileiro”.

Com efeito, já deixamos demonstrado em passagem anterior deste texto, com espeque em doutrina de superior quilate, que no sistema brasileiro a nulidade da lei inconstitucional ostenta dignidade *princípial*, em virtude do que verdadeiramente há, entre nós, o *princípio* da nulidade da lei inconstitucional, de hierarquia constitucional.

Ora, possuindo esse atributo, sua aplicação não há de ser feita como ocorre quando o de que se trata é de *regra* jurídica. Afinal, para as regras jurídicas é que se tem em conta que elas estabelecem conseqüências jurídicas definitivas, *ordenando, proibindo* ou *permitindo* que se faça ou deixe de fazer algo definitivamente. Daí Robert Alexy²³¹ chamá-las de *mandamentos definitivos* (*mandatos definitivos*).

As regras, assim, “são normas que sempre ou bem são satisfeitas ou não o são. Se uma regra vale e é aplicável, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige; nada mais e nada menos”.²³² Por outro giro verbal, já agora para

²³⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, p. 99.

²³¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, pp. 75 e 162.

²³² ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 162: “(...) las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos”.

ilustrar com Dworkin²³³, “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

Por aí, então, não haveria alternativa válida, caso a nulidade da lei inconstitucional fosse simples *regra* existente no sistema brasileiro, hipótese em que, lamentavelmente ou não à base do “tudo-ou-nada” (Dworkin), e não houvesse o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, não haveria o que fazer: concluindo o Supremo Tribunal Federal que a lei sindicada é inconstitucional, o “mandamento definitivo” (Alexy), dirigido ao Supremo Tribunal, seria o de que a declaração de sua *nulidade*, com eficácia *ex tunc*, apareceria como inexorável, rígida, implacável.

Mas não é assim que se passam as coisas com os *princípios* jurídicos. À diferença das *regras*, que “só podem ser cumpridas ou não”²³⁴, os princípios, ao revés, “são *mandamentos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas”.²³⁵

²³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39. Na tradução espanhola está assim a passagem transcrita: “Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (*Los derechos en serio*, p. 75).

²³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87: “(...) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”.

²³⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86: “(...) los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.

Os princípios, por conseguinte, não têm a feição de *mandatos definitivos*, como as regras; eles estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas para tanto. “Os princípios apresentam razões que podem ser deslocadas por outras razões opostas”.²³⁶

Tem-se, então, que as conseqüências jurídicas atinentes aos princípios não são aplicadas automática e inevitavelmente quando as condições estão presentes. A dimensão dos princípios, como explica Dworkin, não está presente no âmbito das regras, porque eles possuem a dimensão do “peso ou importância”, de modo que quando (os princípios) se inter cruzam, aquele que tem a missão de resolver o conflito “tem de levar em conta a força relativa de cada um”, fazendo sentido, então, perguntar “que peso ele tem ou quão importante ele é”.²³⁷ Como textualmente refere esse estudioso²³⁸, “O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como ‘válido’”.

Isso põe à mostra, por conseguinte, que o *princípio* (constitucional) da nulidade da lei inconstitucional pode ser *relativizado* diante do caso que a Corte Suprema tiver em julgamento, quando entrar em rota de colisão com outro ou

²³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 99: “Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas”.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, pp. 42-3; *Los derechos en serio*, pp. 77-8.

²³⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 114; *Los derechos en serio*, p. 135: “Por consiguiente, quien debe decidir el problema se ve ante la exigencia de evaluar todos los principios conflictivos y contradictorios que sobre él inciden, y de llegar a partir de ellos a una resolución, en vez de identificar a uno solo, entre los demás, como ‘válido’”.

outros princípios, em virtude do que em uma dada situação de declaração de inconstitucionalidade o aludido princípio pode ser cumprido em diferente grau, dependendo, a medida de seu cumprimento, não somente “das possibilidades reais senão também das jurídicas”, tudo dependendo do “peso ou importância” de cada um dos princípios intercruzados, como se passará, exemplificativamente, na constatação de que a aplicação pura e simplesmente de efeito *ex tunc* a uma declaração de inconstitucionalidade de lei (princípio da nulidade da lei inconstitucional) colidirá com situações amparadas por outros princípios tanto por tanto constitucionais, como o da segurança jurídica, o da moralidade administrativa etc.

A solução de uma tal “tensão” entre princípios encontrará extraordinário instrumental no princípio da proporcionalidade, na busca que necessariamente será empreendida (ponderação), rumo à descoberta de qual deles tem maior peso na situação concreta. Aliás, Alexy reconhece que entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma inegável e estreita conexão, assegurando que “o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela”.²³⁹

De feito, como verifica Humberto Bergmann Ávila, “É exatamente do modo de solução da colisão de princípios que se induz o dever de proporcionalidade. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas”. A solução, explica Humberto Ávila, somente advirá empreendendo-se uma ponderação no

²³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111: “(...) Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla”.

plano concreto, em função da qual se estabelece que, naquelas condições, “um princípio sobrepõe-se ao outro”.²⁴⁰

O princípio da proporcionalidade, então, em suas três vertentes ou elementos²⁴¹, terá inteira aplicação aqui, inclusive em ordem a evitar o risco danoso de eventual decisão arbitrária, assumindo lídima feição, aliás, de um dos maiores limitadores e um dos freios mais fortes à discricionariedade²⁴². *Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* atuarão eficazmente quando a aplicação *dura* (com eficácia *ex tunc*) do princípio da nulidade da lei inconstitucionalidade ameaçar de malferimento outro princípio ou valor constitucional. Como explica Robert Alexy, a *proporcionalidade estrita* indica que os princípios são *mandamentos de otimização* com relação às *possibilidades jurídicas*; já a *adequação* e a *necessidade* apontam para o caráter

²⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. In: *RDA* 215/151 (158-59).

²⁴¹ Tais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. “Uma medida é *adequada* se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; *necessária*, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; *proporcional ou correspondente*, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos” (ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. In: *RDA* 215/151 (172) – os destaques em itálico são do original). No mesmo sentido, extensivamente: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pp. 269-70. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, pp. 72-84. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, pp. 79-82.

²⁴² SILVA, Almiro do Couto e. In: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 7 (prefácio).

dos princípios como *mandamentos de otimização* com relação às *possibilidades fáticas*.²⁴³

Rui Medeiros, a propósito, enfatiza que as mencionadas três vertentes do princípio da proporcionalidade têm aplicação aqui, com elevada relevância no que concerne à proporcionalidade em sentido estrito. Calha aqui a talho de foice a explicação desse autor:

“A proporcionalidade, nesta terceira vertente, tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as conseqüências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, para o efeito, a ponderação dos diferentes interesses em jogo e, concretamente, o confronto entre os interesses afectados pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória.

Todavia, ainda quanto a esta terceira vertente do princípio da proporcionalidade, não é constitucionalmente indiferente perspectivar o problema das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade do lado da limitação de efeitos ou do lado da própria declaração de inconstitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* tem, manifestamente, prioridade de aplicação. Todo o sistema de fiscalização da constitucionalidade português está orientado para a

²⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 112-13: “De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades *fáticas*” (é do original o destaque em itálico).

expurgação de normas inconstitucionais. É, aliás, significativa a recusa de atribuição de força obrigatória geral às decisões de não inconstitucionalidade. Não basta, pois, afirmar que ‘o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica – que a eficácia *ex tunc* da declaração plenamente potencia – com o interesse na eliminação do factor de incerteza e de insegurança – que a retroactividade, em princípio, acarreta’. É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroactiva e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de um interesse público de excepcional relevo”.²⁴⁴

Passando-se assim as coisas, tem-se que independentemente da existência do artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, ao Supremo Tribunal Federal, quando da decisão de inconstitucionalidade toca o dever-poder de realizar esse juízo de ponderação do princípio da nulidade da lei inconstitucional com os demais princípios ou valores que a Constituição Federal prestigia (dignidade humana, boa-fé, segurança jurídica etc.).

O princípio da nulidade da lei inconstitucional, parece claro, deverá pela Corte Suprema ser abrandado quando ficar demonstrado, em ponderação efetuada no caso em julgamento, que a declaração pura e simples (com eficácia *ex tunc*) de inconstitucionalidade pode emascular a segurança jurídica, o interesse público de excepcional relevo ou outro valor constitucionalmente prestigiado.

²⁴⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, pp. 703-04 – os destaques são do original.

Aliás, o que estamos dizendo em verdade não encerra nenhuma novidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Deveras, desde muito e muito antes do aludido artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, a Corte Suprema adicionou temperamentos à ortodoxa declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*. É ver, a propósito, os vários casos que no Capítulo anterior recortamos na jurisprudência da Suprema Corte, onde a eficácia integralmente cassatória decorrente do princípio da nulidade da lei inconstitucional foi abrandada, em franco prestígio à segurança jurídica, ora emprestando peso relevante à teoria do funcionário de fato, ora prestigiando o princípio da irredutibilidade de vencimentos etc.

Tem-se, portanto, em acanhada síntese, que ainda mesmo na ausência completa de texto legislativo como aquele do artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, ao Supremo Tribunal Federal, como outrora já vinha aqui e ali procedendo, é dado, em juízo de proporcionalidade, limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sempre que a ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e outro princípio constitucional revelar que a aplicação pura e simples do princípio da nulidade com efeito *ex tunc* poderá enfraquecer ou malferir outro princípio ou valor constitucional.

3.3 Requisito formal para a modulação dos efeitos temporais

Para que a declaração de inconstitucionalidade tenha seus efeitos limitados, exige o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 um *quorum* qualificado, residente em dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Há quem veja inconstitucionalidade nessa exigência²⁴⁵, porque o artigo 97 da Constituição Federal impõe somente maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração abstrata de inconstitucionalidade.

Não parece que assim seja. De fato, como por todos observa corretamente Gustavo Binbenojm²⁴⁶, quando o artigo 97 da Constituição Federal se refere à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, tal se dá apenas no que diz respeito à decisão por assim dizer ordinária, aquela que sem mais proclama a nulidade da lei inconstitucional, com efeitos *ex tunc*. De todo modo, a decisão que a um só tempo reconhece a incompatibilidade da lei com a Constituição, mas limita no tempo seus efeitos (da decisão), constitui-se num *plus*, substancialmente considerado, em relação àquela que “tão-só” declara a nulidade com eficácia retroativa, exigindo-se, então, para aquela primeira hipótese, muito mais cautela e até mesmo legitimidade (quantitativa) da decisão, à face do grau de responsabilidade e a repercussão social e política que carrega, indubitavelmente guardando o *quorum* qualificado, no caso, uma relação de proporcionalidade com essa exigência.

De mais a mais, nota Daniel Sarmento²⁴⁷ que essa exigência de *quorum* qualificado é positiva, “na medida em que visa impedir uma possível banalização das decisões prospectivas no controle de constitucionalidade das leis”. O *quorum* qualificado, então, atua como fator que minimiza o risco até mesmo de que a Corte Suprema acabe adotando como regra a eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.

²⁴⁵ É o caso, por exemplo, de: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, p. 100.

²⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, pp. 186-88.

²⁴⁷ SARMENTO, Daniel. “A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade”. In: *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*, p. 126.

3.4 Pressupostos materiais para a modulação dos efeitos temporais

Como pressupostos materiais para a modelagem dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 estabelece dois conceitos jurídicos indeterminados: “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

A segurança jurídica é conatural ao Estado Democrático de Direito, reclamando, sempre, previsibilidade da ação estatal, assegurando-se confiança aos cidadãos e ponderações de justiça em face das circunstâncias mutáveis da vida social.²⁴⁸ O princípio da segurança jurídica, não há negar, tranquiliza as pessoas, com o que lhes é possível o planeamento de ações futuras, de que conhecem a disciplina jurídica, confiantes no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Do mesmo passo, a certeza quanto ao tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado.²⁴⁹

Excepcional interesse social, não obstante a reduzida densidade que a expressão abriga, precisa ser sempre reconduzido a valores jurídicos. Daí, tomando por empréstimo a reflexão de Rui Medeiros²⁵⁰, formatando-a para o

²⁴⁸ No sentido do texto: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. VI, n.º 81, p. 267.

²⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 147.

²⁵⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, p. 710. A lição de Medeiros toma em consideração especificamente o n.º 4 do art. 282 da Constituição Portuguesa, que faz referência a “segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”. Por isso,

texto brasileiro desse artigo 27, a expressão abrange todos os interesses constitucionalmente protegidos que não sejam subsumíveis na noção de segurança jurídica; os fundamentos da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, portanto, residem na própria Constituição. Vem bem para aqui esse extrato de Rui Medeiros: “Só os interesses protegidos constitucionalmente justificam uma limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade”.²⁵¹

Outrossim, ainda a partir das lições de Medeiros²⁵², é preciso não olvidar que o Supremo Tribunal Federal deverá não apenas atender ao princípio da motivação das decisões judiciais (Constituição Federal, art. 93, inc. IX), a que por óbvio também está submetido, senão que quando pretender limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade com base em “excepcional interesse social”, deverá apontar inequivocamente o interesse constitucional que pretende salvaguardar com a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e as razões concretas que impõem tal medida.

3.5 As modulações possíveis dos efeitos temporais da decisão

I – Esforço já empreendemos – que nos não parece tenha sido estéril – visando a revelar que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a eficácia (preponderantemente) declaratória que porta, traz consigo o *natural* efeito retroativo (*ex tunc*).

esse prestigiado autor português anota que a expressão interesse público de excepcional relevo abarca “todos os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade”.

²⁵¹ MEDEIROS, Rui. Obra citada, p. 715.

²⁵² MEDEIROS, Rui. Obra citada, pp. 710-11.

Assim, com esboço inclusive em instrumental fornecido pela Teoria Geral do Direito, apuramos que a *regra geral*, bem aqui no que pertine à decisão de inconstitucionalidade, também é a de que o ato nulo é ineficaz, retrotraindo, até a raiz (*ab initio*), esse efeito da decisão.

O que se tem, de tal arte, é que a regra, para a generalidade dos casos de decisão de inconstitucionalidade, é a de que a lei inconstitucional é nula, tendo efeito retroativo a decisão que assim a declara.

Somente em casos excepcionais, onde fique demonstrado, com base numa ponderação concreta, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia puramente retroativa afeta desmesuradamente outro valor constitucional, com agressão à segurança jurídica ou a excepcional interesse social, será dado ao Tribunal afastar a eficácia retroativa.²⁵³

II – Para além dessa por assim dizer possibilidade-regra (atribuição de efeito retroativo à decisão), prescreve o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 que o Supremo Tribunal pode “restringir os efeitos daquela declaração”. Com isso, será dado à Corte Suprema, já agora ingressando na excepcionalidade de que vínhamos falando, mitigar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, fixando retroativamente uma data, posterior à da lei, a partir de quando a decisão emitirá eficácia.

III – Ademais, também excepcionalmente, autoriza aquele artigo 27 o Supremo Tribunal Federal a decidir que a declaração “só tenha eficácia a partir

²⁵³ Nesse sentido: MEDEIROS, Rui. Obra citada, p. 716. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. VI, n.º 81, p. 269.

de seu trânsito em julgado”, produzindo ela, então, efeitos *ex nunc*, tendo como válidos todos aqueles (efeitos) até aí produzidos.

IV – Sobremais, e sempre no fio da excepcionalidade, o aludido dispositivo preceitua que o Supremo Tribunal Federal poderá decidir que a declaração de inconstitucionalidade produzirá efeitos a partir de “outro momento que venha a ser fixado”, com o que se terá, então, eficácia *pro futuro*, em que será estabelecida uma data, no porvir, a partir de quando a decisão derramará seus efeitos, aplicando-se, até lá, a lei declarada inconstitucional.

Grassa franco dissenso aqui, havendo quem entenda que a autorização legal para essa atribuição de efeito prospectivo (futuro) é inconstitucional, como é o caso, por exemplo, de Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Oswaldo Luiz Palu²⁵⁴, entendimento que está em antinomia, ainda *verbi gratia*, com o de Walter Claudius Rothenburg e Daniel Sarmento²⁵⁵, que não lobrigam aí nódoa de inconstitucionalidade.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos”. In: *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n° 9.882/99*, pp. 161-64. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, pp. 544-45. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, pp. 163-65, 178 e 179-80.

²⁵⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. “Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei n° 9.868/99”. In: *O controle de constitucionalidade e a lei n° 9.868/99*, pp. 284-85. SARMENTO, Daniel. “A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade”. In: *O controle de constitucionalidade e a lei n° 9.868/99*, pp. 127-28. Este último autor (Sarmento), a bem da verdade, embora sem vislumbrar inconstitucionalidade na prescrição em referência (atribuição de eficácia *pro futuro* à decisão de inconstitucionalidade), critica o fato de um prazo máximo não ter sido fixado, reputando razoável o estabelecimento de até seis meses, para retardamento de produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Parece claro em demasia que essa atribuição, ao Supremo Tribunal Federal, de em situações verdadeiramente *excepcionais*, mediante fundamentação específica bastante, atribuir prospectividade a uma sua decisão de inconstitucionalidade, tem em mira evitar o risco negativo de essa declaração (de inconstitucionalidade) acabar criando um buraco negro na ordem jurídica, o que poderia até vir a ser um freio inibitório à própria prolação de decisão de inconstitucionalidade, ressabido como é, conforme apurou Di Manno, que “o juiz constitucional tem horror do vazio”.²⁵⁶

Pois foi esse *horror vacui* que persegue o juiz constitucional, essa sua preocupação em evitar a criação de *buracos negros*, que Di Manno reputou como sendo a atitude razoável que “o conduziu [o juiz constitucional] a forjar os instrumentos decisórios, de forma a permitir a conciliação entre as exigências da eficácia do controle de constitucionalidade e as exigências da certeza do direito”.²⁵⁷

Parece que não se pode, a partir de uma dada província do Direito, apanhada *no limite*, para logo espancar, sem mais, a possibilidade útil de o Supremo Tribunal Federal *excepcionalissimamente* atribuir, numa situação em tudo por tudo justificada, efeito *pro futuro* àquela decisão de inconstitucionalidade.

Esse olhar assim isolado, sem levar em conta todas as demais regiões jurídicas sobre que pode incidir o controle de constitucionalidade, ademais disso

²⁵⁶ DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions 'interprétatives' en France et en Italie*, p. 74: “Comme la nature, le juge constitutionnel a horreur du vide”.

²⁵⁷ DI MANNO, Thierry. *Obra citada*, p. 74: “Cette attitude raisonnable l’a conduit à se forger les outils décisives de nature à permettre la conciliation des exigences de l’efficacité du contrôle de constitutionnalité et les exigences de la certitude du droit”.

em especulação só e só teórica, desprezadora, bem por isso, das infinitas situações concretas que o mundo fenomênico a todo instante oferta, acaba toldando o progresso jurídico em geral e quase nada contribuindo para o Direito Constitucional hodierno em especial, de si cada vez mais complexo.

Calha aqui à fiveleta a advertência enérgica de Clèmerson Merlin Clève²⁵⁸: “Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias”. Já ultrapassamos, como observa Clève, o momento das palavras de ordem. O de que precisamos agora, e urgente, é da “construção de um discurso jurídico teoricamente rigoroso e capaz de superar alguns dogmas encontráveis na doutrina constitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entre os quais aquele segundo o qual a Excelsa Corte, no exercício da guarda da Constituição, só pode atuar enquanto *legislador negativo*”.²⁵⁹

Pensamos, por conseguinte, que vem bem, e representa notável e agressivo progresso da dogmática constitucional brasileira, a expressa contemplação da possibilidade de a Suprema Corte, em casos absolutamente excepcionais, atribuir eficácia *pro futuro* a uma sua decisão de inconstitucionalidade.

O estabelecimento de um tal efeito diferido, não há negar, principalmente no âmbito de um *buraco negro*, permite ao órgão legislativo providenciar tempestiva colmatação da lacuna que o exercício do controle abstrato de constitucionalidade abriu, com o que se evitará a produção de efeitos

²⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 255.

²⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 270.

que poderiam ser assaz ofensivos a interesses e valores constitucionalmente amparados.²⁶⁰

Se o *horror* que uma tal decisão pode causar vista a situação, por exemplo, pelo ângulo do Direito Tributário, tal não significa, desde logo e sem mais, que em todo e qualquer outro território jurídico o mesmo pavor espalhará a atribuição de eficácia *pro futuro* à decisão de inconstitucionalidade.

É bem verdade, é preciso reconhecer, que não se consegue, por hipótese, supor validamente uma situação de criação inconstitucional de um tributo, em que na declaração de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal estabeleça que a decisão somente produzirá efeito um ano depois (eficácia *pro futuro*), com o que, em consequência, os sujeitos passivos não somente não terão aberta a porta que dá passagem à pretensão de repetição do indébito tributário, como ainda terão que amargar o pagamento da prestação pecuniária por mais um ano à frente.

Isso, como procuraremos demonstrar mais para adiante, parece ser afronta insuportável ao próprio princípio da segurança jurídica. Todavia, a partir desse exemplo-limite, não se pode extrair a ilação de que é sempre e sempre intolerável a atribuição de eficácia prospectiva em qualquer caso.

A propósito, já há, no Supremo Tribunal Federal, pendente de julgamento, situação em que se nos afigura razoável a atribuição de efeito *pro futuro* à decisão, nos moldes de voto já proferido.

²⁶⁰ Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. “A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade”. In: *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*, p. 128.

Referimo-nos ao RE 197.917-SP.²⁶¹ Trata-se de caso em que o Ministério Público Estadual questiona em ação civil pública a composição da Câmara Legislativa do Município de Mira Estrela-SP, abrangendo o quadriênio 2001-2004, por entendê-la contrária à Constituição Federal, em face do excesso de representantes (vereadores). A sustentação do autor é de que o artigo 6.º, parágrafo único, da Lei Orgânica n.º 222, de 31/3/1990, daquele Município, que fixou em onze o número de vereadores, é inconstitucional, por ofender os parâmetros definidores da proporção exigida pela Carta de 1988, em seu artigo 29, inciso IV, alínea “a”; com apenas 2.651 habitantes, referido Município somente poderia ter nove representantes e não onze, como fixado pela Lei Orgânica municipal referida.

O voto do relator, Ministro Maurício Corrêa, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para julgar procedente, em parte, o pedido formulado na petição inicial e com isso declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6.º da mencionada lei orgânica municipal. Em seguida, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes, ficando adiado o julgamento.

Na sessão (plenária) de 10/4/2003, o julgamento foi retomado, ocasião em que o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto, desde logo sentindo que naquele caso, “se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limitem os efeitos dessa declaração *pro futuro*”. Para tanto, assim refletiu a certa altura:

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. RE 197917-SP. Ministério Público Estadual *versus* Câmara Municipal de Mira Estrela-SP. Relator: ministro Maurício Corrêa. Informações sobre o processo obtidas pela Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Captura em 21/4/2003.

“No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados”.

No fio desse raciocínio, registrou mais adiante:

“Na espécie, não parece haver dúvida de que um juízo rigoroso de proporcionalidade recomenda a preservação do modelo legal existente na atual legislatura. É um daqueles casos notórios em que a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”.

Com essas e outras longas reflexões, de que estamos transcrevendo somente as passagens que neste passo interessam imediatamente, o Ministro Gilmar Mendes concluiu seu voto da seguinte maneira:

“Não há dúvida, portanto, de que no presente caso e diante das considerações antes esposadas, acompanho o voto do relator para conhecer do RE e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6.º da Lei Orgânica 222, de 31/3/1990, do Município de Mira Estrela-SP.

Faço-o, todavia, explicitando que a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a atual composição da legislatura municipal, cabendo ao Legislativo Municipal estabelecer nova disciplina

sobre a matéria, em tempo hábil, para que se regule o próximo pleito eleitoral.

Portanto, é uma declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*.

É como voto”.²⁶²

O caso é deveras emblemático, no que atina, em robusto reforço ao que vínhamos registrando, à excepcional situação em que se tem quando menos como razoável a declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*, com a particularidade de que, nos termos do voto, a legislatura municipal relativa ao quadriênio 2001-2004 não sofrerá os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, somente após isso passando a produzir eficácia dita decisão.

Vem daí que nos não parece de todo desarrazoado nosso posicionamento, como linhas atrás expressamos, no sentido de que a possibilidade, contemplada no artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, de que – em situações demonstradamente excepcionais – à decisão de inconstitucionalidade seja atribuída eficácia *pro futuro* não encerra inconstitucionalidade.

²⁶² O voto em referência, do Ministro Gilmar Mendes, obtivemos no canal de televisão “TV Justiça” (NET Curitiba, canal 8), durante o programa “Justiça em Ação” de 20/4/2003, às 14h, quando a 1.ª parte da sessão plenária de 10/4/2003 foi transmitida, inclusive, nessa parte primeira, o voto mencionado. Após ter o Ministro Gilmar Mendes proferido o mencionado voto, pediu vista o Ministro Sepúlveda Pertence, com o que o julgamento foi novamente adiado.

4. A intercorrência da manipulação dos efeitos da decisão nas relações jurídicas tributárias

Atingido este ponto do presente estudo, somos por assim dizer *empurrados* para uma acentuada *virada* metodológica, porque quando o de que se trata é de manejo da modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Tributário, desde logo são sentidas as ingentes dificuldades que o labor esperta, a exigir redobrada cautela, o que se impõe *principaliter* ao Supremo Tribunal Federal.

Não se está, absolutamente, sequer a insinuar que o Direito Tributário seja um *reduto* ou *ilha de excepcionalidade*, que não é disso que se trata. É que conforme já Hensel²⁶³ advertia, “O Direito Tributário é um direito de arrecadação disciplinado com base nos princípios do Estado de Direito”. Daí que a retirada estatal compulsória de dinheiro do cidadão, a título de tributo, exige que essa agressão seja desenvolvida estritamente por sobre os trilhos que a Constituição Federal finca.

O Sistema Constitucional Tributário do Brasil porta as notas da *rigidez* e da *exaustividade*, em ordem a ser possível dizer-se que na Constituição Federal estão plasmados todos os contornos fundamentais em matéria tributária, entregues já finalmente modelados ao legislador ordinário, que bem por isso não

²⁶³ HENSEL, Albert. *Diritto tributario*, p. 5: “Il diritto d’imposta è un diritto di prelevamento disciplinato in base ai principi dello Stato di diritto”.

ficou este com espaço para que pudesse contribuir para a plasmação do Sistema.²⁶⁴

É a partir daí que se fala, corretamente, na existência de um verdadeiro *Estatuto (Constitucional) do Contribuinte*, vero escudo das pessoas contra abusos do Estado tributante. O estatuto do contribuinte, está visto, aponta para um conjunto de normas (*princípios* e regras), de densidade *constitucional*, de que é titular o contribuinte, armando-o contra a ação tributária do Estado, pela via legislativa, executiva ou jurisdicional; configuram direitos subjetivos assegurados constitucionalmente ao cidadão, impedientes de desbordo pelo Estado tributante. Vem bem para aqui a definição de Paulo de Barros Carvalho:

“Define-se o ‘estatuto de contribuinte’, ao pé de nossa realidade jurídico-positiva, como a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre matéria tributária, que positiva ou negativamente estipulam os direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões impositivas do Estado (aqui utilizado na sua acepção mais ampla e abrangente – ‘entidade tributante’). E quaisquer desses direitos, deveres e obrigações, porventura encontrados em outros níveis da escala jurídico-normativa, terão de achar respaldo de validade naqueles imperativos supremos, sob pena de flagrante injuridicidade”.²⁶⁵

Sintético – mas nem por isso menos correto –, Humberto Bergmann Ávila define “Estatuto do Contribuinte” como o conjunto de normas que juridiciza a forma, o conteúdo e a medida da tributação, e que deve ser

²⁶⁴ Por todos: ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*, esp. pp. 8, 21 e 37.

²⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. “Estatuto do contribuinte, direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuinte”. In: *Revista de direito tributário* 7-8/135 (138) – os destaques são do original.

interpretado com a finalidade de realizar uma – simétrica e superadora – unidade sintética entre os direitos-deveres dos contribuintes e os deveres-poderes do ente tributante”.²⁶⁶

O estatuto do contribuinte, como se vê, acaba impondo limitações aos Poderes Públicos, que com isso ficam inibidos de desrespeitarem os direitos subjetivos dos contribuintes. Não fosse assim, ao legislador tocaria a possibilidade, através de uma tributação encolerizadora, de praticar espoliação das pessoas, do que não ficaria impedida a Fazenda Pública, tampouco o Judiciário, este último por meio de decisões que franqueassem essa sanha espoliativa.²⁶⁷

O estatuto do contribuinte, então, a um só tempo configura tanto um instrumento *garantista* dos direitos dos contribuintes, como superior barreira *limitativa* do poder de tributar²⁶⁸, seja no que atina aos *limites formais*, como no que respeita aos *limites materiais*.

E é bem ali no altiplano da Constituição – insiste-se – que serão encontrados os elementos (conteúdo) que conformarão a arquitetura superior do estatuto do contribuinte. Aliás, é conveniente registrar que esse catálogo não se confrange exclusivamente nos artigos 145 a 162 da Carta Maior, menos ainda somente em seu artigo 150. Deveras, está expreso que para além daquelas não ficam excluídas outras garantias asseguradas ao contribuinte (CF, art. 150, *caput*), inclusive, seja permitida mais esta obviedade ululante, as decorrentes dos princípios adotados pela Constituição (CF, art. 5.º, § 2.º).

²⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. “Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance”, p. 25.

²⁶⁷ No sentido do texto: CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 382.

²⁶⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. “Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance”, p. 2.

Por aí é que um rol considerável (principalmente) de princípios pode ser tecido, como é o caso, por exemplo, do princípio da segurança jurídica, o princípio da estrita legalidade em matéria tributária, o princípio da anterioridade da lei tributária, o princípio da irretroatividade da lei tributária, o princípio da indelegabilidade da competência tributária, o princípio que estabelece o direito de propriedade, o princípio da universalidade da jurisdição, o princípio da isonomia das pessoas constitucionais, o princípio da liberdade de trabalho, o princípio da vedação de tributo com efeito de confisco, o princípio da uniformidade geográfica, o princípio da não-discriminação tributária em razão da procedência ou do destino dos bens etc.

Uma (i) aprofundada incursão em relação a (ii) cada um dos princípios constitucionais gerais e tributários desborda por completo do âmbito deste trabalho, em virtude do que estamos procedendo tão somente à menção daqueles que nos acorreram à mente neste passo. De todo modo, para ilustrar nosso asserto, a propósito da vertical interferência que exercem na modelagem dos efeitos da decisão em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade no sítio tributário, abordaremos *à vol d'oiseau* alguns deles em seguida, mais de espaço.

4.1 Direito de propriedade e tributação

No catálogo dos direitos fundamentais embutido está o direito de propriedade, tido na Constituição Federal não só como um dos cinco pilares dos direitos e garantias individuais (CF, art. 5.º, *caput*), como em várias passagens outras contemplado na Carta Política (CF, arts. 5.º, incs, XXII a XXX, 170, II e III, 176, 182, 183 a 186, 191 e 222). Para uma compreensão maior do direito de propriedade, todavia, adiantam-se as prescrições contidas nos incisos XXII e XXIII do artigo 5.º da Lei Fundamental.

Propriedade aí é vista como um direito subjetivo que visa a assegurar a uma pessoa o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente queiram a ela se opor.²⁶⁹

O sentido e o alcance do substantivo *propriedade*, por seu turno, hodiernamente resta afastado daquele que está no território do Direito Civil (haver, usar, gozar e dispor de uma coisa), de modo apertado, na medida em que deita fora desse âmbito todos os outros direitos patrimoniais. A referência a *propriedade*, como admitido sem dissenso na atualidade, tem a ver com direito de conteúdo econômico, tendo, então, a nota da *patrimonialidade*; direitos patrimoniais, por conseguinte, entendidos aí todos os bens materiais e imateriais.²⁷⁰

E direito de propriedade – calha também vincar, inda que assim de rota batida, como estamos fazendo –, bem entendido, não no sentido greco-romano de direito sagrado²⁷¹, mas sim com sua função fundamentalmente social

²⁶⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 133. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, 2.º v., p. 117.

²⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 300. FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*, pp. 107 e 110. PASTORELLO, Dirceu Antônio. “Direitos fundamentais dos contribuintes”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais dos contribuintes*, p. 564 (566).

²⁷¹ Que assim acabou sendo, em atenção a uma das duas preocupações máximas da burguesia – sendo a segunda a da estrita legalidade na criação e cobrança de tributos (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, pp. 145-45) –, incluída na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 17. Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.

(CF, art. 5.º, inc. XXIII); a observância da função social da propriedade, de tal arte, acaba aparecendo como fundamento para o próprio reconhecimento e garantia do direito de propriedade em sua plenitude.²⁷²

Nessa linha é que nos parece indubitável que a inviolabilidade do direito individual de propriedade acaba cedendo passo, constitucionalmente legitimado e delimitado, à tributação, que o acaba *agredindo*. Por isso se diz, corretamente, que a ação de tributar excepciona a proteção constitucional à propriedade privada. Em outras palavras, o tributo, de algum modo, esgarça o direito de propriedade.²⁷³

Deveras, incidindo o poder tributário do Estado, como incide, sobre o *dinheiro* das pessoas – que *patrimônio* é, sempre obsequiando seja-nos tolerada mais esta afirmação acaciana –, a *propriedade* é que fornece o substrato por excelência da tributação²⁷⁴, possuindo, é bem verdade, um limite máximo, para além do qual acaba aniquilando o direito de propriedade, passando o tributo a ter efeito confiscatório (CF, art. 150, inc. IV).

A constatação, então, é a de que o tributo configura vera agressão ao patrimônio do particular, cuja propriedade é erigida ao patamar de garantia individual da pessoa, ao tempo em que a proteção constitucional ao direito de propriedade exclui a possibilidade de que a tributação tenha efeito confiscatório. Portanto, como o tributo é admitido constitucionalmente, somente se pode

²⁷² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 459.

²⁷³ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, pp. 350-51.

²⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. “Direitos fundamentais do contribuinte”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 167 (169).

concebê-lo como uma ofensa ao direito de propriedade, uma *exceção* mesmo a esse direito, sob pressupostos que o afastem do confisco.²⁷⁵

Com esta visão, fica claro que as chamadas limitações constitucionais ao poder de tributar (CF, Título VI, Capítulo I, Seção II) bem por isso acabam atuando, indiretamente embora, como forma de garantir (também) o direito de propriedade.²⁷⁶ Afinal, com o exercício de suas competências tributárias, os entes tributantes não podem fazer nulas as garantias constitucionais²⁷⁷, notadamente, no que aqui importa imediatamente, a do direito de propriedade, com o que, nesta agressão, acabariam agredindo, do mesmo passo, a vedação de utilização de tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, inc. IV). Neste sentido, a propósito, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de lei estadual, do Rio de Janeiro, que estabeleceu taxa judiciária sem que tivesse um limite máximo para a sua incidência.²⁷⁸

Esta ordem de considerações põe a descoberto, destarte, que o direito de propriedade é um parâmetro material para a tributação.²⁷⁹ De fato, como o tributo, conforme já visto, configura uma agressão ao direito de propriedade, não pode ele (o tributo), notadamente no que concerne a seu montante, ir ao ponto de desfigurar esse direito individual, que restará aniquilado.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 226 (228).

²⁷⁶ VILLEGAS, Héctor B. *Curso de direito tributário*, p. 84. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 393.

²⁷⁷ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributária*, 2.º v., p. 126.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. Rp 1.077-RJ. Procurador-Geral da República *versus* Assembléia Legislativa e Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: ministro Moreira Alves. Acórdão de 28/3/1984. Unânime. *RTJ* 112/34 (58-59).

²⁷⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 565; *Direito fiscal*, p. 161.

Seria como admitir, não fosse assim, que um dado tributo recebesse oneração tal que acabasse – atropelando as limitações constitucionais ao poder de tributar – por levar o contribuinte, no limite, a entregar seu patrimônio ao Estado. Aquelas limitações, por conseguinte, atuam visando a fornecer ao contribuinte a *segurança* de que a tributação encontrará nelas o anteparo bastante para que o direito de propriedade não seja violentado, para além daquelas balizas.

Volta a ter cabimento aqui a ponderação que fizemos antes: a retirada estatal compulsória de dinheiro do cidadão, a título de tributo, exige que essa agressão seja desenvolvida estritamente por sobre os trilhos que a Constituição Federal finca, pena de ofensa (também) ao direito de propriedade.

4.2 Princípio da segurança jurídica

Dentre os corolários do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º), fulgura o princípio da segurança jurídica, “valor supremo” do Estado de Direito.²⁸⁰ No contexto deste trabalho, a etimologia do sentido fundamental da palavra *segurança* é assaz sugestiva (*se*, prefixo privativo, síncope de *sine* + *cura* = *cuidado*, *resguardo*, *cautela*, *precaução*, *preocupação*), na medida em que aponta para *tranqüilidade de ânimo*, indica *isenção de preocupações*, *cuidados*. É vocábulo que expressa *tranqüilidade*, *quietação*.²⁸¹

²⁸⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Princípios de proteção ao contribuinte: princípio de segurança jurídica”. In: *Revista de direito tributário* 47/56 (58).

²⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*, pp. 180 e 199.

É *nesse sentido* que o sobreprincípio da segurança jurídica emerge como sendo certamente um esteio²⁸² do Estado Democrático de Direito, com uma básica formulação de exigência: *previsibilidade* da ação estatal. O Estado deve atuar sempre com *lealdade* em face das pessoas (físicas e jurídicas), pautar-se invariavelmente de modo a *não surpreendê-las (não-surpresa)* com as medidas tomadas.

Deveras, bem observava Geraldo Ataliba²⁸³ que a previsibilidade da ação estatal²⁸⁴ assegura aos cidadãos a paz e o clima de confiança que lhes dão condições psicológicas para trabalhar, desenvolver-se, afirmar-se e expandir sua personalidade.

Os cidadãos, então, digamos assim, têm tranquilidade na sua vida de relação, nos seus negócios, no seu dia-a-dia enfim, porque *sabem* e têm *confiança* em que o Estado lhes não surpreenderá, não adotará medidas inopinadas que os aflijam. É lembrar, por exemplo, que *trabalho e livre iniciativa*, antes de serem um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, inc. IV), seriam em verdade mera significação de esforço ingente para iniciar de forma primorosa a Carta da República, que *desconfiança, medo, insegurança e preocupação* esconjuram incondicionalmente a *liberdade, o sossego, o planejamento* ordenado e legítimo etc.

Não é ocioso recordar a séria advertência de Geraldo Ataliba²⁸⁵, no sentido de que é preciso haver clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo para que a liberdade de iniciativa e o direito de trabalhar,

²⁸² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Mesa de debates (13.9.95): temas gerais”. In: *Revista de direito tributário* 67/43 (44).

²⁸³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 169.

²⁸⁴ Juntamente com a representatividade do órgão legislativo, acrescentava aí Ataliba.

²⁸⁵ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 178.

produzir, empreender e atuar numa economia de mercado não sejam meras figuras de retórica, sem nenhuma ressonância prática. De fato, o empresário, necessitando fazer planejamentos, estimar os desdobramentos da conjuntura econômica, avaliar custos, estimar obstáculos e obstáculos. “Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave – com suas surpresas e improvisações – as incertezas, normais preocupações e ônus da atividade empresarial”.

Por esse ângulo – e para já agora expressar com Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁶ –, é inegável que o Direito tem na segurança seu objetivo, para que as pessoas possam saber quando seus comportamentos guardam conformidade com a ordem jurídica, podendo, então, prever os eventos daí decorrentes, e quando não há essa conformidade, podendo, do mesmo modo, antever as conseqüências que advirão. “Se o Direito não fornecer isso aos indivíduos, ele não forneceu absolutamente nada”.

A segurança jurídica, de tal arte, é antessuposto que raia num Estado Democrático de Direito como exigência para que a pessoa possa conduzir com tranqüilidade sua vida de relação, em face dos atos dos poderes públicos. Reina previsibilidade do cidadão acerca da ação estatal.

Estamos empregando a expressão “poderes públicos” propositadamente. É que não podemos descurar que ainda nesse viés do princípio da segurança jurídica, como estamos procurando vincar, sua observância é exigida não só em relação ao Executivo, como igualmente no que pertine ao Legislativo e ao Judiciário. Nessa linha, para ilustrar com um bom exemplo, é o esclarecimento de Canotilho, quando, voltando-se para o princípio geral da

²⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Mesa de debates (13.9.95): temas gerais”. In: *Revista de direito tributário* 67/43 (51).

segurança jurídica em sentido amplo, para assim abranger a idéia de “proteção da confiança”, esse ilustre doutrinador lusitano, após lembrar da exigência da segurança jurídica “*perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial*”, formula o mencionado princípio nessa acepção mais ampla do seguinte modo:

“o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos”.²⁸⁷

Com isso, para não ser preciso ir adiante, para insinuar mais: a uma nova lei ou decisão judicial, por força do princípio da segurança jurídica, não é permitido *agravar* a situação do contribuinte. Assenta aqui como uma luva as seguintes palavras, de Roque Carrazza, após enaltecer a homenagem que se deve dispensar ao princípio da segurança jurídica:

“(…) o contribuinte que, cumprindo requisitos contidos em lei ao depois judicialmente declarada inconstitucional, fruiu de um benefício (v.g.,

²⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257 – os destaques são do original.

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*”.²⁸⁸

Por essas razões, que estamos alinhavando, é que o princípio da segurança jurídica é tido como o princípio cardeal garantidor dos contribuintes²⁸⁹, reconhecendo-se que “o Direito Tributário é de todos os ramos do Direito aquele em que a segurança jurídica assume a sua maior intensidade possível”.²⁹⁰

E bem quanto à articulação que estamos empreendendo, no que atina à modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no âmbito das relações jurídicas tributárias, Paulo Bonavides, refletindo sobre a necessidade de se dar nova direção jurisprudencial à inflexível e severa declaração de nulidade da lei inconstitucional, acrescenta com a precisão de sempre e o aval de Klaus Schlaich:

“Outra razão entende com a segurança jurídica que torna necessário que preceitos, embora inconstitucionais, possam existir ou ter eficácia durante um prazo de transição, levando-se em conta que a invalidade das prescrições das Constituições, ou seja, a supressão da norma por declaração de nulidade, produziria uma situação que aos julgadores se

²⁸⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 321 – os destaques são do original.

²⁸⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Princípios de proteção ao contribuinte: princípio de segurança jurídica”. In: *Revista de direito tributário* 47/56 (61).

²⁹⁰ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*, p. 44.

afigura mais ‘inconstitucional’ do que aquela provocada pela conservação temporária da validade da lei declarada apenas ‘incompatível’ com a Constituição”.²⁹¹

Esta linha de raciocínio, que estamos empregando, está em sintonia com o que desde o início estamos vincando neste texto, no sentido de que mesmo tendo a feição de nula, como ocorre com a lei inconstitucional, não se lhe pode, inflexivelmente, cassar a possibilidade de em hipótese alguma produzir efeito, porque, como pensamos que às bastas demonstramos, ao ato nulo podem ser atribuídos efeitos. Mesmo após o advento da Lei n.º 9.868/99 (art. 27), a regra continua sendo a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, podendo o Supremo Tribunal Federal, em situações excepcionais, graduar a eficácia de sua decisão. Mas no âmbito do Direito Tributário, em especial, a segurança jurídica brilhará como um valor fundamental, a nortear, sempre e sempre, essa modulação, ou não, pela Corte Suprema; as circunstâncias da situação de que se tratar é que ditarão, no juízo de ponderação, o rumo a ser tomado.

Abonação específica dessa nossa sustentação encontramos em Hugo de Brigo Machado. Com efeito, muito *antes* da Lei n.º 9.868/99 (art. 27), dissertando acerca dos efeitos da lei inconstitucional no âmbito do Direito Tributário, assegurou: “A questão de saber se a decisão que, em ação direta, declara a inconstitucionalidade de uma lei, produz efeitos somente para o futuro, ou se alcança também o passado, há de ser enfrentada tendo-se em vista a segurança jurídica, valor fundamental no Direito”.²⁹²

Está visto, então, que no território do Direito Tributário o princípio da segurança jurídica, com sua supina força garantidora dos direitos dos

²⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 340.

²⁹² MACHADO, Hugo de Brito. “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”. In: *Revista trimestral de direito público* 6/221 (224).

contribuintes, aparece como um valor que poderá dificultar sobremaneira (ou mesmo até impossibilitar, conforme o caso) a modelagem dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade, sempre que essa calibração puder ser danosa para os contribuintes. Voltaremos ao ponto, demonstrativamente.

4.3 Princípio da legalidade tributária

O princípio democrático, já lembramos, é posto na Constituição Federal como fundamental (CF, art. 1.º). O genérico princípio da legalidade, também é garantia fundamental, gravado como está no inciso II do artigo 5.º da Carta Política brasileira, assentando desde logo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

É preciso adicionar aí um *plus* de supina qualidade: quando o de que se trata é de matéria tributária, a Lei Fundamental confere tratamento específico, tal como está em seu artigo 150, inciso I, dirigindo às pessoas políticas de direito constitucional expreso comando de conteúdo imediatamente negativo: sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

É a consagração do magno princípio da estrita legalidade em matéria tributária: *nenhum tributo pode ser instituído ou majorado senão em virtude lei*. O cidadão, então, tem essa garantia singular, tem essa muralha protetora, a que os Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) não podem transpor: não está ele, cidadão, obrigado ao pagamento de qualquer quantidade de dinheiro ao Estado, a título de tributo, criado ou aumentado, sem que isso tenha origem em lei, editada pela pessoa política detentora da competência tributária respectiva.

Este não é, reconhecidamente, o *locus* pertinente para digressões feitas a partir desta noção pálida, que estamos empregando, do princípio da estrita legalidade tributária. Entretanto, não parece de todo impertinente o registro de ao menos um aspecto, relativo à cláusula *criar* tributo, para não relegar ao olvido que criar tributo significa descrever abstratamente sua (i) hipótese tributária (hipótese de incidência), o (ii) sujeito ativo, o (iii) sujeito passivo, a (iv) base de cálculo e a (v) alíquota²⁹³, não sendo admitido que ao Executivo seja delegada a tarefa de em complementação definir qualquer desses elementos, por aplicação do princípio da indelegabilidade da competência tributária.

Nesse sentido, calha à fiveleta a observação de Paulo de Barros Carvalho:

“Assinale-se que à lei instituidora do gravame é vedado deferir atribuições legais a normas de inferior hierarquia, devendo, ela mesma, desenhar a plenitude da regra-matriz da exação, motivo por que é inconstitucional certa prática, cediça no ordenamento brasileiro, e consistente na delegação de poderes para que órgãos administrativos completem o perfil jurídico de tributos. É o que acontece com diplomas normativos que autorizam certos órgãos da Administração Pública federal a expedirem normas que dão acabamento à figura tributária concebida pelo legislador ordinário. Mesmo nos casos em que a Constituição dá ao Executivo Federal a prerrogativa de manipular o sistema de alíquotas, como no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), tudo se faz dentro de limites que a lei especifica”.²⁹⁴

²⁹³ Q. cfr., por todos, CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 173.

²⁹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, pp. 60-61.

O princípio da estrita legalidade tributária, retomando o curso, estabelece que *somente por intermédio de lei é possível criar ou aumentar tributo*. Por outro giro verbal: *não há tributo sem lei*. O povo, donde promana todo o poder, não quer *mais* que o monarca (Executivo) *dite* os tributos; já então daí por diante ele (o povo) elegerá seus representantes, assim livremente escolhidos primacial e fundamentalmente para fazer leis, inclusive para, por essa via, criar tributos (autotributação).

Mas mesmo a essa ingente idéia de “sacrifício coletivamente consentido”²⁹⁵, falta um *componente*, bem se vê. Está assentado que só por lei haverá criação (ou aumento) de tributo. Mas não a lei de agorinha mesmo à noite, que ainda no frio da antemanhã embosque o cidadão. Não e não. Quer o cidadão, sim, lei que anuncie *previamente* sua *chegada* (aplicação). Não a tributação-*surpresa*, sim a tributação-*prevista*.

É que, e já agora para falar empregando as palavras de Sacha Calmon Navarro Coêlho²⁹⁶, “Com a complexificação das sociedades modernas e o acendramento dos negócios, as sociedades passam a exigir que a lei tributária seja *prévia* (*lex proevia*) de modo que as pessoas, os contribuintes, possam conhecer, com antecedência, os seus encargos fiscais”.

Está aí o *componente* que faltava: àquele *não há tributo sem lei*, adicione-se o seguinte arranjo: “*não há tributo sem lei prévia*” (*nullum tributum sine lege proevia*).

²⁹⁵ A expressão é de XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*, p. 7.

²⁹⁶ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro: comentários à Constituição e ao código tributário nacional*, artigo por artigo, p. 199.

Esta ordem de considerações, embora assim formuladas de rota batida, têm a virtude de demonstrar a enorme interferência, por vezes até vetorial, que o princípio da legalidade tributária poderá exercer quando da modelagem da decisão em controle de constitucionalidade.

É o caso, para citar-se um exemplo só, de um tributo criado por intermédio de uma portaria (como já ocorreu na história recente do Brasil, quanto à chamada *sobretarifa* (imposto) sobre serviços de telecomunicações), em que posteriormente o Supremo Tribunal Federal venha a declarar a inconstitucionalidade da exação. Em situação desse jaez, fica assaz enfraquecida tese que sustente, *rigidamente*, que o efeito da decisão de inconstitucionalidade é *sempre* e invariavelmente *ex nunc*.

Uma sustentação desse porte, assim sem mais, implicará na aceitação de criação de tributo *sem lei*, em franca agressão, não há evitar, ao *princípio* da estrita legalidade em matéria tributária. Parece-nos que somente numa situação assaz *excepcionalíssima*, resultado de rigoroso e especificamente demonstrado juízo de ponderação, seria possível cogitar-se, na situação exemplificada, de relativização do efeito *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade. Confessamos que não conseguimos recortar, no mundo físico, situação *factível*, que seja *validante*, assim no plano jurídico, como no social, de uma tal modelação.

4.4 Princípio da irretroatividade da lei tributária

Pertence à tradição do direito brasileiro, no plano constitucional, a proibição, como regra, de lei retroativa, tal seja, a que alcança fatos ocorridos no passado, antes de sua existência. Com exceção da Constituição outorgada em 1937, todas as demais contiveram a proibição da retroatividade: a Carta Imperial

de 1824 (artigo 179, inciso III), a Constituição de 1891 (artigo 11, § 3.º), a Lei Máxima de 1934 (artigo 113, item 3), a Lei Fundamental de 1946 (artigo 141, § 3.º), a Carta de 1967 (artigo 150, § 3.º) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (artigo 153, § 3.º).

A Constituição Federal de 1988, consagra a irretroatividade como direito fundamental do cidadão em seu artigo 5.º, inciso XXXVI, proclamando que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O princípio surge visando a conferir segurança e certeza às relações intersubjetivas, estabelecendo a regra de que a lei não se aplica a fatos e atos de outrora; só dispõe para o futuro. Daí a parêmia latina *lex prospicit, non respicit*, indicando que a lei se volta sempre para a frente (futuro) e não para trás (passado).

O sistema brasileiro, portanto, contém por assim dizer esse veto a que a lei nova possa ter efeito retrooperante, de modo a alcançar fato ocorrido em data anterior à sua existência.

Para além dessa proibição constitucional a que as leis *em geral* possam ter efeito retrocedente, quando o de que se trata é de lei que cria ou aumenta tributos, a Lei Fundamental, ao tracejar as “limitações do poder de tributar”, estabelece também como garantia assegurada ao contribuinte a irretroatividade dessa lei instituidora ou majoradora de tributos, numa autêntica elevação da irretroatividade, já aqui (Direito Tributário), a *status* de limitação *específica* ao poder de tributar.

Deveras, está no artigo 150, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, que às pessoas detentoras de competência tributária (União, Estados,

Distrito Federal e Municípios) é vedado “cobrar tributos (...) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”.

Se a Constituição já continha, no artigo 5º, inciso XXXVI, a irretroatividade estabelecida para as leis em geral, aí incluída, portanto, a lei tributária, ao menos ao primeiro súbito de vista parece ser desnecessário ditame específico para a lei tributária impositiva. Deu-se, contudo, que o Constituinte de 1988 notou que aquele preceito genérico, aplicável a todas as províncias jurídicas, não vinha sendo obstáculo eficaz a que as pessoas políticas gravassem com imposições tributárias novas ou majoradas fatos consolidados no passado, o que motivou, então, a inserção de regra específica a respeito.

O princípio da irretroatividade da lei tributária, portanto, está posto na altiplanura constitucional (CF, art. 150, III, *a*) no sentido de proibir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a exigência de tributos no que diz respeito a fatos ocorridos em data anterior à da vigência da nova lei tributária, isto é, a que prescreveu a instituição ou o aumento do gravame.

Antes de mais, é preciso observar que estamos propositadamente evitando empregar a expressão *fatos geradores*, contida no versículo constitucional referido, ao estabelecer ser proibido “cobrar tributos em relação a *fatos geradores* ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”, porque a expressão, em confronto com o conteúdo do princípio, deixa presente uma contradição, na medida em que *fatos geradores*, ali no texto constitucional, é locução que está empregada em seu sentido técnico-jurídico, tal como tradicionalmente utilizada em Direito Tributário.

Já nem queremos, para não elastecer demais esta observação, desenvolver considerações a propósito da expressão *fato gerador* em si mesma,

em relação ao que o Constituinte não quis dar ouvidos à advertência da equivocidade aí existente, como de último a doutrina vem formulando. É que a expressão, utilizada entre nós (também) no âmbito tributário em virtude da influência do magistério de Gaston Jèze²⁹⁷, aponta a um só tempo para *duas* realidades distintas: (i) *fato gerador* empregado para designar a descrição abstrata (em lei) de um fato com aptidão para fazer nascer a obrigação tributária; e (ii) *fato gerador* para identificar aquela ocorrência, propriamente, aquele fato concretamente ocorrido no mundo fenomênico. Daí, por exemplo, Becker²⁹⁸, tanto que constatou que “‘fato gerador’ não gera coisa alguma além de confusão intelectual”, ter sugerido (i) *hipótese de incidência* e (ii) *hipótese de incidência realizada*; Ataliba²⁹⁹ ter proposto (i) *hipótese de incidência* e (ii) *fato imponible*; e Barros Carvalho³⁰⁰ ter cunhado (i) *hipótese tributária* e (ii) *fato jurídico tributário*.

Mas o que queremos, dizíamos, é esclarecer por que evitamos empregar a expressão *fato gerador*, utilizada pelo Constituinte, que ali está posta, bem se vê, no sentido de ocorrência fática da previsão legislativa, isto é, o “fato gerador” concretamente considerado: o *fato imponible* (Ataliba) ou *fato jurídico tributário* (Barros Carvalho). Nesta acepção, o ditame constitucional da irretroatividade tributária está dirigido no sentido de proibir a exigência de tributo com base em fatos imponíveis ou fatos jurídicos tributários (“fatos

²⁹⁷ JÈZE, Gaston. “O fato gerador do imposto (contribuição à teoria do crédito de imposto)”. In: *RDA*, v. II, fasc. I, p. 50-63.

²⁹⁸ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, pp. 288-304.

²⁹⁹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, esp. pp. 49-53.

³⁰⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, pp. 239-243; *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, pp. 110-113.

geradores”) ocorridos antes do advento da nova lei tributária gravosa. E não é de fato imponível (“fato gerador” *in concreto*) que se trata.³⁰¹

Ora, se se tiver em linha de consideração que “Fato imponível é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que – por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h.i. [hipótese de incidência] legal – dá nascimento à obrigação tributária”³⁰², concluir-se-á sem dificuldade que andou mal o Constituinte ao empregar a expressão.

Afinal, se fato imponível (“fato gerador” *in concreto*) é o fato *típico* e concreto que quando ocorrido faz – bem porque *típico* – nascer a obrigação tributária, e se em relação àquele fato ocorrido no passado (dito fato imponível) a nova lei tributária não pode alcançar, não podendo ele *gerar* obrigação tributária, fato imponível não é. Ou, a ser aceita a fraseologia do modo como está na Constituição, será preciso aceitar-se que o caso é de *fato gerador que não gera...* Logo, *contradictio in terminis*.

Dos fatos que ocorrem no mundo físico, (i) uns têm a virtude de acarretar conseqüências jurídicas, a que se dá o nome de *fatos jurídicos*, ao passo que (ii) outros não têm essa aptidão, sendo estes os chamados *fatos simples* ou *fatos naturais* ou *fatos meramente físicos*. Por aí, o fato meramente físico só se

³⁰¹ Nesse sentido: ATALIBA, Geraldo. “Sistema tributário na Constituição de 1988”. In: *Revista de direito tributário* 51/140 (153); “Limitações constitucionais ao poder de tributar”. In: *Revista de direito tributário* 62/111 (118); “Periodicidade do imposto de renda II”. In: *Revista de direito tributário* 63/40 (57); BOTALLO, Eduardo Domingos. “Limitações do poder de tributar”. In: *Revista de direito tributário* 48/51 (54-55); VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “O princípio da irretroatividade da lei tributária”. In: *Revista trimestral de direito público* 15/13 (16).

³⁰² ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, p. 61.

torna fato jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese, que lhe dá (que dá ao fato) a virtude qualificadora normativa.³⁰³

Ora, um dado fato, ocorrido no mundo físico, só passa a ter dignidade jurídica, ostentando a partir daí estatura de fato jurídico, *se e na medida em que* uma norma a ele vincule efeitos. De um fato complexo total, somente o que é retido em norma é fato jurídico.³⁰⁴ Logo, entra pelos olhos que *se nenhuma* porção ou partícula desse fato é recortada pela norma, ficando *todo ele* sem receber contemplação normativa, *fato jurídico não é*.

É encerrar o discurso: a prescrição constitucional não somente não deixa livre (o que aqui ainda assim não mudaria as coisas), como, ao contrário, *proíbe* os Poderes Públicos a atribuírem efeitos tributários (obrigação tributária) aos fatos que *já* ocorreram *antes* da edição da lei tributária.

Seja-nos permitido figurar dizendo que é como se o *superior* comando constitucional dissesse *imperativamente* ao legislador tributário (*principaliter*): “quando, no exercício da competência tributária que lhe outorgo, for criar ou aumentar tributos, *proíbo-lhe* de atribuir efeito normativo aos fatos que já tiverem ocorrido ao ser editada a norma tributária inovadora”.

Significa: em relação à (nova) lei tributária *hoje* editada, o fato que *ontem* ocorreu *não é* (nem pode ser) *fato jurídico*; *não é fato gerador*; *não é fato imponible*; *não é fato jurídico tributário*. É fato *natural* só, que bem por isso continua a correr solto, livre do laço vinculador normativo tributário.

³⁰³ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 46.

³⁰⁴ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 139.

Volta a brilhar aqui, indubitavelmente, que o princípio da irretroatividade da lei tributária estará *brigando* com outros valores que o Supremo Tribunal Federal resolver estimar, quando pretender somente atribuir, na modelagem multimencionada, eficácia *ex tunc* a uma sua decisão de inconstitucionalidade. Para além disso, desnecessário frisar, por evidentíssimo, que essa modelagem há de ser efetuada sob a influência tanto por tanto direta e imediata do princípio da segurança jurídica.

É o caso, para citarmos um exemplo só, de declaração de inconstitucionalidade de lei isentiva de um dado tributo. A atribuição, *sem mais*, de eficácia retroativa (*ex tunc*) a essa decisão, produzindo efeito, por conseguinte, desde a edição dessa lei (concessiva da isenção), implicará então em que todos os fatos ocorridos nesse entretanto (desde, no *passado*, a edição da lei) poderão ser tidos como fatos jurídicos tributários, com aptidão para fazerem surgir as respectivas obrigações tributárias. Será caso, está visto, de haver, como resultado da ponderação efetuada, uma justificativa de extraordinariedade (excepcionalidade) de tal magnitude que justifique o *afastamento* do *princípio* da irretroatividade da lei tributária; ou ferido de morte restará este *princípio*.

4.5 Princípio da anterioridade da lei tributária

Ainda debuxando limitações específicas ao poder de tributar, a Constituição Federal prescreve em seu artigo 150, inciso III, alínea *b*, que “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”.

Aí está o princípio da anterioridade da lei tributária³⁰⁵, tal como com profundidade está fincado na província do Direito Tributário brasileiro. Significa que está decretado, pela Lei Suprema do país, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão *em regra*³⁰⁶ proibidos de cobrar, num dado exercício financeiro³⁰⁷, o tributo que nesse mesmo período (exercício financeiro) for criado ou aumentado.

Sem verticalizar o exame, como também aqui estamos fazendo, e portanto numa contemplação horizontal apenas, esse mandamento nuclear aponta no sentido de que um tributo criado ou majorado no exercício financeiro 1, somente torna essa novidade (criação ou aumento) concretamente sensível a partir do exercício financeiro 2. Ou por outra construção explicativa: tributo novo (instituído) ou majorado no exercício financeiro de 2003, somente a partir do exercício financeiro de 2004 pode ser exigido. Os fatos ocorridos no exercício financeiro de 2003, nesse exemplo, *não podem* ser alcançados pela novidade legislativa, isto é, pela lei que criou ou aumentou um dado tributo; somente aqueles (fatos) que vierem (futuro!) a ocorrer a partir do exercício financeiro de 2004 é que ficarão sujeitos à tributação nova (ou majorada), como prevista na *novatio legis* (nova lei).

³⁰⁵ Acerca desse princípio há estudo nosso: *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

³⁰⁶ As exceções ao princípio da anterioridade da lei tributária são aquelas estabelecidas no artigo 150, § 1.º, e no artigo 148, inciso I, da Constituição Federal.

³⁰⁷ O exercício financeiro, no Brasil, coincide com o ano civil, que vai, de tal arte, de 1.º de janeiro a 31 de dezembro, como estabelece o artigo 34 da Lei n.º 4.320, de 17/3/1964: “Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil”. Pode o exercício financeiro ser alterado, para o que se exige lei complementar (CF, art. 165, § 9.º, I).

Esse apertado debuxo conceitual, em linhas gerais, do princípio da anterioridade, está em sintonia com o que sem divergência expõe a doutrina³⁰⁸ nacional: o legislador (da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios), tanto que resolva exercitar sua competência tributária, não pode ir ao ponto de fazer sua (gravosa) inovação legislativa derramar efeito sobre o mundo exterior imediatamente. A regra³⁰⁹, de tal arte, é a de que essa lei nova,

³⁰⁸ Exemplificativamente: ATALIBA, Geraldo. “Sistema tributário na Constituição de 1988”. In: *Revista de direito tributário* 51/140 (153); “Limitações constitucionais ao poder de tributar”. In: *Revista de direito tributário* 62/111 (119-120). ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. “Segurança do direito, tributação e anterioridade: imposto sobre a renda (exame do dec.-lei 1.967/82 – Exercício social encerrado em março de 1983)”. In: *Revista de direito tributário* 27-28/51 (69). BORGES, José Alfredo. “O princípio da anterioridade em matéria tributária”. In: *Revista de direito tributário* 23-24/276 (279-80). BORGES, José Souto Maior. “Limitações temporais da medida provisória: a anterioridade tributária”. In: *Revista de direito tributário* 64/192 e ss. BOTALLO, Eduardo Domingos. “Limitações ao poder de tributar”. In: *Revista de direito tributário* 48/51 (56). CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, pp. 171-73; “Vigência e aplicação das leis tributárias”. In: *Revista de direito tributário* 17-18/144 (151). CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 156. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*, p. 315; “Princípio da legalidade como princípio fundante dos demais princípios tributários”. In: *V congresso brasileiro de direito tributário: princípios constitucionais tributários; aspectos práticos; aplicações concretas*, pp. 18-19. FANUCCHI, Fábio. “Limitações da competência tributária”. In: *Direito tributário, 5: comentários ao código tributário nacional*, v. 3, pp. 14-15. GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Eficácia e aplicabilidade das limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 126. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, p. 29. MANEIRA, Eduardo. *Direito tributário: o princípio da não-surpresa*, p. 24. MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*, p. 22. OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*, p. 56. ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*, esp. pp. 290 e 293-94. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, pp. 101-102.

³⁰⁹ Porque as exceções ao princípio em referência estão registradas no artigo 150, § 1.º, e no artigo 148, inciso I, ambos da Constituição Federal.

criando ou aumentando tributos, somente alcançará os fatos que ocorrerem no exercício financeiro subsequente.

Uma palavra mais é conveniente, porque com dizer que o princípio da irretroatividade da lei tributária proíbe a exigência de tributos quanto a fatos ocorridos em data anterior à da vigência da nova lei tributária, em confronto com o princípio da anterioridade, ficando a antecedência de exercício financeiro em relação àquela lei tributária gravosa, já se põe à mostra assim o traço distintivo entre os dois princípios, como a conexão que os enlaça.

De feito, o princípio da irretroatividade da lei tributária aparece como obstáculo a que esta se volte *para trás*, alcançando os fatos que antes de sua edição ocorreram. O princípio da anterioridade, por seu turno, voltando-se já então *para a frente* no tempo, impede que a nova lei atinja os fatos que forem praticados naquele mesmo exercício financeiro em que ela foi editada.

A consideração de *tempo presente, passado e futuro* fornece bem a nota distintiva entre os dois princípios. Seja: tomando-se uma nova lei tributária gravosa (neste passo, que cria ou aumenta tributos) posta em vigor no *tempo presente*, isto é, aqui e agora, a consideração de que ela deve ignorar o *tempo passado*, para com isso deixar fora de seu alcance os fatos ocorridos antes de si, indica a incidência do princípio da irretroatividade; projetando-se o exame no sentido temporal oposto, e com isso considerando-se o *tempo futuro*, para notar-se a proibição de que aquela lei deve deixar de lado os fatos ocorridos até o final daquele exercício financeiro de sua edição, estará aí brilhando o princípio da anterioridade da lei tributária.

Esse modo de apreciar distintivamente os dois princípios resume-se em que enquanto o princípio da irretroatividade da lei tributária tem o foco ejetor de seu comando voltado para o *tempo passado*, o da anterioridade projeta a luz

de sua decretação para o *tempo futuro*, aqui e ali tendo como referencial a lei tributária que em dado momento (*tempo presente*) cria ou aumenta tributos.

Aí está, de modo assim assaz acanhado, as linhas fundamentais do princípio da anterioridade da lei tributária, em ordem a também neste passo exaltar a enorme interferência que ele (o princípio) exerce no âmbito da modelagem dos efeitos da decisão abstrata de inconstitucionalidade.

Já nem tanto no que toca ao plano da técnica de decisão (declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto), conforme anteriormente expusemos, como fundamentalmente no que atina a uma decisão que declare a inconstitucionalidade somente de determinada hipótese de aplicação da lei tributária (a relativa à sua eficácia no mesmo exercício financeiro em que criado ou aumentado o tributo), com eventual “validação” dos pagamentos efetuados, tornando inadmissível, por conseguinte, o manejo da ação de repetição de indébito tributário por parte daqueles que tenham satisfeito às pretensões do Fisco no interregno que foi da edição da lei até o final daquele mesmo exercício financeiro. Não há o que contornar: uma decisão afinada por esse diapasão será sobremaneira dificultada (ou mesmo impossibilitada), na medida em que novamente estarão aqui, atuando como valores constitucionais impeditivos, anterioridade tributária e segurança jurídica.

4.6 Algumas variações

Esses princípios constitucionais, de que como exemplos lançamos mão, claramente põem à mostra o acerto de nossa proposição, no sentido das dificuldades que uma modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Tributário encerra e a inviabilidade de adoção, neste campo,

de posição invariavelmente rígida num ou noutro sentido da eficácia (*ex tunc/ex nunc*). O estatuto (constitucional) do contribuinte, não há negar, em um número não desprezível de casos desabridamente atuará como fator enormemente dificultoso ou mesmo impediante da colocação em prática, pelo Supremo Tribunal Federal, das possíveis modulações dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, como passos atrás inventariamos.

Pior: ficam mesmo postas de lado, por inservíveis nesta área do conhecimento jurídico (o Direito Tributário), posições que apriorística e inflexivelmente pretendem que nesta seara o efeito da decisão de inconstitucionalidade será *ex tunc* ou *ex nunc*, sem mais. A uma afirmação, como não raro se vê³¹⁰, de que em Direito Tributário a decisão de inconstitucionalidade *sempre* tem eficácia *ex nunc*, para logo se antolhará situação em que tal se não pode dar, e vice-versa, porque em xeque estarão, em maior ou menor profusão, princípios constitucionais que pugnarão em direção oposta.

Visando a dar a este pensamento cunho de veridicidade, procuramos recortar algumas situações que lhe porão realce:

I – Vem à tona, desde logo, situação de criação ou aumento de tributo sem que tal se dê por intermédio de lei formal; sem obediência, portanto, ao princípio da estrita legalidade em matéria tributária (CF, art. 150, inc. I).

No Brasil, essa não é suposição de verificabilidade só e só *acadêmica*, que seja aferível exclusivamente em nível de cogitação *teórica*, na medida em que, como todos sabemos, verdadeiros tributos já foram inúmeras vezes criados, com a tentativa de atribuir-lhes denominações sugestivas das mais diversas

³¹⁰ Por exemplo, MACHADO, Hugo de Brito. “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”. In: *Revista trimestral de direito público* 6/221 (225); *Curso de direito tributário*, p. 352.

realidades, como se não houvesse o disposto no artigo 4.º, inciso I, do Código Tributário Nacional, em que para a determinação da natureza jurídica específica do tributo é de todo irrelevante a *denominação* que se lhe dê, o *rótulo* que se lhe adira. Foi o que se passou, para citar um exemplo bem sugestivo, com a chamada “sobretarifa arrecadada para o Fundo Nacional de Telecomunicações” (FNT), criada por *portaria* editada pelo Conselho Nacional de Telecomunicações. Observando que dita “sobretarifa” tinha natureza jurídica específica de imposto (“imposto sobre serviços de telecomunicações”), o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a exação era inconstitucional.³¹¹

Pois bem; importa aqui verificar o efeito que validamente poderia ser atribuído a uma decisão de inconstitucionalidade de um tributo criado em desrespeito ao princípio da estrita legalidade em matéria tributária. É bem verdade que em princípio se poderia falar em atribuição de efeito somente *ex nunc* a uma tal decisão, com fundamento (que precisaria ser especificamente demonstrado) em razões de excepcional interesse social (Lei n.º 9.868/99, art. 27), vetando-se, com isso, a possibilidade de restituição dos pagamentos que os contribuintes efetuaram desde a edição da lei (repetição do indébito tributário).

Sucedo, no entanto, que essa solução entra em direta rota de colisão com o princípio da estrita legalidade tributária, ao tempo em que de igual morte fere o princípio da segurança jurídica, que só *insegurança* é o que restará instalado em todo o corpo social desde então.³¹² Isso sem falar, propositadamente, que aberta estará a porta do estímulo para essa prática, com

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal : Tribunal Pleno. RE 117.315-RS. União Federal *versus* Marodin S/A – Exportação. Relator: ministro Moreira Alves. Acórdão de 19/4/1990. Maioria. RTJ 132/873.

³¹² Afinal, “Se a lei nunca foi lei, não há crime, nem pena, nem tributo” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*, p. 126).

criação de tributos municipais, estaduais (e distritais) e federais por atos simplesmente administrativos, *apostando* esses administradores em que o só fato – sempre *ad exemplum* – de aplicação dos dinheiros arrecadados em setores de interesse social, com alegação de séria erosão para os cofres públicos em caso de repetição, será o suficiente para que à decisão de inconstitucionalidade seja atribuída eficácia apenas *ex nunc*. E já aqui, não há reбуçar, também o princípio da moralidade administrativa é que estará seriamente insultado.

O Supremo Tribunal Federal, certa feita, chamado a decidir em situação análoga, acabou por atribuir maior peso ao princípio da estrita legalidade em matéria tributária, atribuindo efeito *ex tunc* à decisão. Tendo o STF declarado a inconstitucionalidade de “tarifa de limpeza urbana” instituída no Rio de Janeiro por intermédio de decreto, não aceitou a Corte Suprema o argumento de que como de qualquer modo houve uma prestação de serviços, não haveria que se cogitar de devolução das importâncias cobradas e pagas, a despeito da declaração de inconstitucionalidade. O entendimento da Suprema Corte foi de que esse entendimento acabava por atirar no vazio o princípio da legalidade tributária:

“Tal entendimento, todavia, não se aplica ao caso em apreço. Se, como se ressaltou, a simples atuação estatal – nos casos de serviços públicos propriamente ditos – não autoriza ou convalida a cobrança ou o pagamento do tributo, fazendo-se necessária a imposição da taxa através de lei, não se pode reconhecer ao poder público direito de retenção das importâncias indevidamente cobradas sob o fundamento de uma eventual prestação de serviço. Em verdade, reconhecer tal direito de retenção ao ente tributante é fazer tábula rasa do princípio da reserva legal”.³¹³

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal : 1.ª Turma. RE 103.619-RJ. Alberto Craveiro de Almeida *versus* Comlurb – Cia. Municipal de Limpeza Urbana. Relator: ministro Oscar Corrêa. Acórdão de 08/02/1985. Unânime. *RDA* 160/80 (84).

Aliás, estas considerações que estamos desenvolvendo trazem à lembrança caso recente, de que já fizemos referência, que é o relativo à ADIn 1.102-2-DF³¹⁴, em que em sede de fiscalização *abstracta* foram impugnadas as expressões “empresários” e “autônomos”, contidas no artigo 22, inciso I, da Lei n.º 8.212, de 1991, que “Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências”.

Muito embora o relator, Ministro Maurício Corrêa, não tenha efetivamente proferido voto no sentido de que a decisão de inconstitucionalidade tivesse eficácia a partir da data da concessão da cautelar, verdadeira apologia foi feita no rumo de que em tais casos a decisão deve ter efeito *ex nunc*. A motivação, naquele caso, foi pura e simplesmente a *afirmação* de que resultados danosos uma decisão com efeito *ex tunc* acarretaria para os cofres da Previdência Social, além do *temor* de que houvesse “uma avalanche de ações de repetição de indébito”. Articulou-se, no voto, com afirmadas (e não *demonstradas*) “drásticas restrições ao orçamento da seguridade social, abalada por notória insuficiência de caixa”, devendo o Tribunal atuar na “salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social”.

Não “apenas” a falta de demonstração, *cumpridamente*, da devastação que uma decisão com eficácia *ex tunc* causaria nos cofres da Previdência Social, como, à frente, lembrança, embora não expressa, de segurança jurídica e moralidade administrativa fizeram com que não vingasse a sugestão. Nessa ocasião, com efeito, o Ministro Marco Aurélio, ao desde logo se posicionar contra essa sugerida direção, destacou – bem na linha do que há pouco

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. ADIn 1.102-2-DF. Confederação Nacional da Indústria *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Maurício Corrêa. Acórdão de 05/10/1995. Maioria. DJU 17/11/1995, p. 39.205. Inteiro teor disponível na Internet, no *site* do STF: www.stf.gov.br. Capturado em 09/4/2003.

observamos – “o aspecto ligado à porta que estaria aberta e quase que implementado estímulo a legislar-se, no campo tributário, em descompasso com a Carta Política da República, com inegáveis prejuízos para a sociedade, para os cidadãos como um todo”.

Vem daí nosso posicionamento no sentido de que somente em casos *excepcionalíssimos*, analiticamente *demonstrados*, poder-se-á cogitar de uma decisão com efeito *ex nunc* na situação aqui em investigação. Mediante rigoroso labor de ponderação, à mão, qual aparelho de precisão, proporcionalidade em sentido estrito, precisará ficar convincentemente caracterizada a necessidade de afastamento, entre outros, dos princípios da segurança jurídica, da estrita legalidade em matéria tributária e da moralidade administrativa.

II – Não é só, que outra situação há, tanto por tanto reveladora do raciocínio que desenvolvemos, já agora, curiosa e inversamente, mostrando a dificuldade de aplicação de efeito *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade.

Seja: em declaração de inconstitucionalidade de uma lei concessiva de isenção é dado cogitar-se de atribuição de efeito *ex tunc* a essa decisão, com o que toda a gama de beneficiários fica obrigada ao pagamento dos valores que deixara de efetuar desde a edição da lei isentiva?

Indiscutivelmente o princípio da segurança jurídica, assim como a proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada atuam com incomensurável *peso*, em ordem a apequenar (ou mesmo anular) a atribuição de eficácia *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade.

Enfático, Roque Carrazza assegura que “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)”.³¹⁵

Também não vislumbrando a possibilidade de eficácia retroativa da decisão, manifesta-se Hugo de Brito Machado³¹⁶: “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”.

De fato, a atribuição pura e simplesmente de efeito retroativo à decisão de inconstitucionalidade da lei concessiva da isenção, implicará não somente rasgadura do princípio da segurança jurídica, como inevitavelmente alcançará situações jurídicas definitivamente constituídas, ponto a que nos não parece poder chegar a declaração de inconstitucionalidade. Afinal, aquilo que não é permitido à lei, tanto por tanto permitido não é às decisões judiciais, atos infralegais por definição.³¹⁷

Nessa linha, Misabel Derzi, acerca da irretroatividade da lei tributária, averba que “O princípio não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os tribunais. O que significa que a Administração e o Poder

³¹⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 321 – o destaque (itálico) na palavra *isenção* é nosso, não do original.

³¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”. In: *Revista trimestral de direito público* 6/221 (224).

³¹⁷ BORGES, José Souto Maior. “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da contribuição para a seguridade social: lei 8.870/94. art. 25, § 2.º”. In: *Revista tributária e de finanças públicas* 30/119 (127).

Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo que se desviem da prática até então utilizada, na qual o contribuinte tinha confiado”.³¹⁸

Aliás, neste passo comporta registrar, não obstante de passagem, que na linha de entendimento que em outro trabalho³¹⁹ já registramos, no caso em exame, de inconstitucionalidade de norma isentiva, as *novas* obrigações tributárias somente surgirão a partir do exercício financeiro seguinte àquele da decisão, por incidência já aqui do princípio da anterioridade da lei tributária. Em não se raciocinando por aí, não se estará evitando *surpresa* ao contribuinte, tampouco não se lhe estará assegurando, do mesmo passo, *segurança jurídica* e *previsibilidade*.

Tem-se, então, retornando para arrematar, que não parece juridicamente viável, na hipótese em exame, atribuir-se maior peso ao princípio da nulidade da lei inconstitucional (eficácia *ex tunc* da decisão), em colisão como estará principalmente com o princípio da segurança jurídica, afrontando ainda a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5.º, inc. XXXVI).

À decisão de inconstitucionalidade de lei isentiva, segundo pensamos, somente poderá ser atribuído efeito *ex nunc*, com o que ao Fisco não será dado efetuar lançamento visando à cobrança de valores que poderiam *parecer* devidos por força da inconstitucionalidade da lei concessiva da isenção.

³¹⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 193. No mesmo sentido: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*, pp. 207-08.

³¹⁹ RABELLO FILHO, Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade da lei tributária*, p. 118. No mesmo sentido: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, p. 186.

É, ainda esta vez, o estatuto do contribuinte interferindo decisivamente no âmbito da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária, à frente o sobreprincípio da *segurança jurídica*. É preciso reconhecer que não se pode chegar ao paradoxo desmedido de que o controle jurisdicional de constitucionalidade, que tem seu alfa e ômega na *supremacia da Constituição*, fosse utilizado, bem ao revés disso, para espargir *desconfiança, medo, insegurança e preocupação* no dia-a-dia dos cidadãos.

CONCLUSÕES

Ao final do presente estudo, no epicentro de nossas preocupações remanesce, luzente, aquela que diz com nossa intenção de ao menos termos conseguido deixar entrever a linha central que dominou nosso discurso, pespontado, todo ele, com o fio precioso da linha de pensamento que em nosso espírito forjou, desde cedo – e indelevelmente –, aquele que foi nosso Orientador no curso de doutorado (como no de mestrado já o tinha sido). Referimo-nos, prazenteiros, ao desenvolvimento de uma dogmática emancipatória, onde o homem reside na posição de centro e razão do direito.³²⁰

Daí nosso apego à principiologia e valores constitucionais, à efetividade da Constituição. Por isso mesmo desde o início nossa obra foi a da supremacia da Lei Fundamental, o soerguimento de seu pedestal, com o que o traço das idéias sempre e sempre procurou debuxar nessa direção. No território do Direito Tributário em especial, nem *ex tunc* apenas, nem *ex nunc* somente

³²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Prefácio”. In: RABELLO FILHO, Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade da lei tributária*, p. 10.

pode ser o efeito da decisão de inconstitucionalidade. A visão sempre sistemática, a articulação dos princípios e regras constitucionais, o manejo inteligente da por vezes densa colisão entre esses é que, em rigoroso juízo de ponderação, com a ferramenta inestimável da proporcionalidade, dirá onde brilhará esse ou aquele efeito, sempre e sempre conforme o que o *peso* ou *preponderância* acabar indicando, demonstrativamente.

O que não nos anima, dissemos, é a suportar desvirtuamento completo da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, *ultima ratio* sobremaneira danoso ao ser humano. Seria a *mater* do paradoxo descomunal admitir-se que o controle jurisdicional de constitucionalidade, que tem seu ponto estelar na supremacia da Constituição, está, aqui ou ali, utilizado para afastar a tranqüilidade e a segurança jurídica do cidadão, para difundir desconfiança, insegurança e preocupação no dia-a-dia da sociedade.

Não ignoramos que esse desiderato reclama esforço hercúleo do Estado-juiz, à frente o juiz constitucional, que *tudo* deve realizar, sem exceção, para fazer valer, sempre, a *força normativa* da Constituição, com o que estará, do mesmo passo, assegurando à pessoa humana a inviolabilidade de seus direitos mais supinos, plasmados no altiplano constitucional. Afinal, para grafar com a inolvidável pena de Geraldo Ataliba, “Sendo a Constituição lei suprema, superior às demais, deve prevalecer sobre todas as normas, o que requer a desassombração de uma magistratura culta e imparcial – objetiva e subjetivamente imparcial, como quer Balladore Pallieri, para ver configurado o Estado de Direito –, magistratura, essa, que se mova expeditamente, provocada por órgãos e agentes públicos e privados, empenhados no postular, instar, pedir, questionar incansavelmente no sentido do prestígio constitucional”.³²¹

³²¹ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 17.

Esse postulado, para grafar agora com a admirável pena de Ferrajoli, é a própria fonte de *legitimación substancial* do poder, exigência superior do Estado de Direito. Como adverte esse genial arquiteto do *garantismo*, o estado de Direito, como sinônimo (por um dado ângulo) de *garantismo*, é caracterizado, no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado ao serviço da garantia dos *derechos fundamentales* dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das proibições de lesionar os direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos direitos sociais, assim dos correlatos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial.³²²

Pois bem; procuramos, ao longo deste estudo, compendiar as conclusões a que chegamos a propósito das investigações empreendidas. De todo modo, envidaremos, neste passo, até por exigência de cunho metodológico, efetuar um arrolamento sintético dos remates decorrentes das exposições efetuadas, a saber:

1. A Constituição é o nível mais alto do Direito nacional; representa o mais elevado escalão do direito positivo.

2. Nessa visão escalonada do ordenamento jurídico, para sobranceira a supremacia da Constituição, norma-origem no interior do sistema, sendo inegável sua supremacia em relação às demais normas da ordenação estatal.

³²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del galantismo penal*, pp. 856-57: “en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial” (os destaques em itálico são do original).

3. Essa supremacia brota não apenas do escalonamento hierárquico da ordem jurídica, como de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental, assim como decorre, de outro passo, da rigidez atribuída à Constituição, embora esta última, só por si, careça de aptidão para assegurar a supremacia constitucional.

4. O controle de constitucionalidade é o instrumento infalível para garantir a supremacia da Constituição. O controle de constitucionalidade, de tal arte, tem como fundamento jurídico assegurar a supremacia constitucional.

5. Sentença declaratória é a que reconhece, preponderantemente, a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de um documento, produzindo esse provimento efeito *ex tunc*, isto é, que retroage à data em que se formou a relação jurídica, ou àquele em que se verificou a situação jurídica declarada.

6. A sentença constitutiva, conquanto porte também declaração, preponderantemente cria, modifica ou extingue uma relação jurídica. Seu efeito normal é *ex nunc*, com o que a modificação produzida somente tem efeito a partir do instante em que a alteração se opera, embora seja também possível que sua eficácia seja *ex tunc*.

7. A sentença condenatória contém, além da declaração do direito, preponderantemente a aplicação de uma sanção ao vencido, formando assim um título executivo judicial contra ele, em ordem a possibilitar futura execução.

8. A sentença mandamental encerra a declaração atinente à relação jurídica, assim como, preponderantemente, a ordem, emitida pelo juiz, dirigida ao réu, que poderá ser autoridade estatal ou mesmo um particular, cujo não

atendimento caracterizará afronta ao Estado-juiz, ensejando a censura jurídica daí decorrente.

9. A sentença executiva *lato sensu* detém, em si mesma, força executiva, o que torna dispensável o processo de execução, de modo que ela se efetiva no próprio processo em que foi emitida.

10. O entendimento largamente prevalecente é no sentido de que a lei contraveniente da Constituição é nula, não apenas anulável.

11. Sendo nula a lei inconstitucional, o ato decisório do órgão jurisdicional que assim resolve tem natureza preponderantemente declaratória.

12. Mesmo após o advento da Lei n.º 9.868, de 1999, em especial à face do que prescreve seu artigo 27, a decisão que proclama inconstitucionalidade continua tendo natureza predominantemente declaratória.

13. A interpretação conforme a Constituição aponta no sentido de que quando o operador jurídico deparar-se com uma norma infraconstitucional de feição polissêmica, em ordem a possibilitar várias interpretações, a solução é encontrada optando por aquela que guardar conformidade com a Constituição, com isso restando afastadas aquelas interpretações que estiverem em antinomia com a Lei das Leis.

14. Guardando proximidade com a interpretação com a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto aponta para o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma das hipóteses de aplicação da lei.

15. Na declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade, tem-se técnica de decisão que anuncia um vir-a-ser inconstitucional, havendo uma advertência de que embora no momento da decisão o texto legal esteja em sintonia com a Constituição, está ele caminhando rumo à inconstitucionalidade.

16. No âmbito do sistema austríaco, a lei inconstitucional é apenas anulável, de modo que a ineficácia ocorre, como regra, a partir da data da publicação da decisão.

17. No sistema alemão, diversamente, a lei inconstitucional é tida como nula *ipso iure*, com efeito *ex tunc*.

18. A Constituição espanhola não prescreve, às expensas, que a lei inconstitucional é nula, tampouco que é anulável; não obstante a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol estabeleça que a lei inconstitucional é nula, aquela Corte tem procedido a um balanceamento das situações que decide, declarando a nulidade ou fixando os efeitos da sentença, conforme o caso.

19. Em Portugal, a regra geral é a de que a declaração de inconstitucionalidade implica nulidade *ipso iure* da lei impugnada, com efeito *ex tunc*, podendo o Tribunal Constitucional, no entanto, limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade quando o exigirem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado.

20. O entendimento tradicionalmente predominante no Brasil sempre foi o de que a lei inconstitucional é nula, tendo eficácia *ex tunc* a decisão que assim resolver. Contudo, ao longo do tempo casos houve em que a Corte Suprema atenuou o efeito *ex tunc* puro (eficácia retroativa), reconhecendo e

mantendo efeitos outrora produzidos por lei inconstitucional, com o que acabou decidindo com efeito *ex nunc*.

21. A Lei n.º 9.868, de 1999, em seu artigo 27 veio permitir ao Supremo Tribunal Federal, expressamente, fincar limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

22. O artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 encerra inconstitucionalidade formal, na medida em que o tracejamento legislativo dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade se refere a aspecto substancial, sem lugar para normatização do assunto pela via ordinária.

23. Para que o Supremo Tribunal Federal possa fazer modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não é imprescindível existir uma tal autorização expressa e específica como a do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99.

24. É requisito formal, para que a declaração de inconstitucionalidade tenha seus efeitos limitados, *quorum* qualificado, residente em dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nessa estipulação legal (Lei n.º 9.868/99, art. 27) não havendo inconstitucionalidade.

25. A existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social são pressupostos materiais para a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

26. São possíveis as seguintes modulações dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade: (i) a regra geral é a de que a lei inconstitucional é nula, tendo efeito retroativo a decisão que assim a declara; (ii) poderá a Corte Suprema, outrossim, excepcionalmente, mitigar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, fixando retroativamente uma data, posterior à da lei, a

partir de quando a decisão terá eficácia; (iii) ademais, também excepcionalmente, a eficácia poderá ocorrer somente a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*), tendo-se como válidos todos os efeitos até aí produzidos; (iv) por fim, ainda excepcionalmente, poderá o STF decidir que a declaração de inconstitucionalidade produzirá efeitos a partir de outro momento que venha a ser fixado (eficácia *pro futuro*), aplicando-se até lá a lei declarada inconstitucional, nessa excepcionalidade não havendo inconstitucionalidade.

27. O Sistema Constitucional Tributário do Brasil é rígido e exaustivo, na Constituição estando plasmados todos os contornos fundamentais em matéria tributária, entregues já finalmente modelados ao legislador ordinário, não ficando espaço para que este pudesse contribuir para a plasmação do Sistema.

28. O estatuto do contribuinte, escudo das pessoas contra abusos do Estado tributante, aponta para um conjunto de normas (princípios e regras), de densidade constitucional, de que é titular o contribuinte, armando-o contra a ação tributária do Estado, pela via legislativa, executiva ou jurisdicional; configuram direitos subjetivos assegurados constitucionalmente ao cidadão, impeditores de desbordo pelo Estado tributante, encontráveis em todo o altiplano constitucional e não apenas nos artigos 145 a 162 da Constituição Federal.

29. A tributação aparece como sendo exceção ao constitucional direito de propriedade, com o que as limitações constitucionais ao poder de tributar acabam atuando, embora indiretamente, como forma de garantir esse direito individual, passando o direito de propriedade, então, a ser um parâmetro material para a tributação.

30. O sobreprincípio da segurança jurídica é um esteio do Estado Democrático de Direito, a exigir previsibilidade da ação estatal, impondo ao Estado que atue com lealdade em face das pessoas (naturais e jurídicas),

pautando-se invariavelmente de modo a não surpreendê-las (não-surpresa) com as medidas tomadas. A observância desse princípio cardeal garantidor dos contribuintes é exigida não só em relação ao Executivo, mas igualmente no que pertine ao Legislativo e ao Judiciário.

31. No âmbito do Direito Tributário, a segurança jurídica brilhará como um valor fundamental, a nortear, sempre, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pela Corte Suprema, o que poderá dificultar sobremaneira, ou mesmo impossibilitar, conforme o caso, a modelagem dos efeitos da decisão, sempre que essa calibração puder ser danosa para os contribuintes.

32. O princípio da estrita legalidade tributária estabelece que somente por intermédio de lei prévia é possível criar ou aumentar tributo, tendo ele (o princípio) enorme interferência, por vezes vetorial, na modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária.

33. Para além do princípio da irretroatividade das leis, o princípio da irretroatividade da lei tributária proíbe a exigência de tributos relativos a fatos ocorridos em data anterior à da vigência da nova lei tributária (que cria ou aumenta tributos). Este princípio poderá entrar em rota de colisão com o princípio da nulidade da lei inconstitucional, sempre que o STF pretender atribuir eficácia *ex tunc* a uma sua decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária, não raro emergindo aí também, como fator dificultoso ou obstaculizante, o princípio da segurança jurídica.

34. O princípio da anterioridade da lei tributária não admite que tributos criados ou aumentados sejam exigidos no mesmo exercício financeiro dessa criação ou aumento, exercendo também ele (o princípio) interferência no âmbito da modelagem dos efeitos da decisão abstrata de inconstitucionalidade.

35. O estatuto do contribuinte, em um número não desprezível de casos atuará como fator enormemente dificultoso ou mesmo impediendo da colocação em prática, pelo Supremo Tribunal, das possíveis modulações dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Somente em situações *excepcionalíssimas*, analítica e *cumpridamente* demonstradas, será viável decisão de inconstitucionalidade que malfira, em qualquer ponto, o conteúdo (princípios e regras constitucionais) do estatuto do contribuinte.

36. No âmbito do Direito Tributário não se pode aprioristicamente dizer que os efeitos da decisão sempre e invariavelmente *ex tunc* ou *ex nunc*. Ingente esforço precisará ser empreendido em cada situação, com rigoroso juízo de ponderação, empregando-se inteligentemente o princípio da proporcionalidade, para que se possa decidir tendo-se em conta o que resultar do “peso ou preponderância” dos princípios e valores constitucionais em colisão, à frente o estatuto (constitucional) do contribuinte.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona : Editorial Gedisa, 1997 (Colección Estudios Alemanes, dir. Ernesto Garzón Valdés).
- *Teoría de los derechos fundamentales (Theorie der grundrechte)*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2001.
- ALVES, José Carlos Moreira. “A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo : Dialética, 1997.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 6. ed., revista e atualizada. Rio : Forense, 1989, volume II.

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2003.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- *República e Constituição*. 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo : Malheiros, 1998.
- *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1992 (Coleção Estudos de Direito Tributário).
- “Sistema tributário na Constituição de 1988”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, jan./mar. 1990, v. 51, pp. 140-154.
- “Limitações constitucionais ao poder de tributar”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Malheiros, v. 62, [s.d.], pp. 111-132.
- “Periodicidade do imposto de renda II”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Malheiros, v. 63, [s.d.], pp. 40-68.
- ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. “Segurança do direito, tributação e anterioridade: imposto sobre a renda (exame do dec.-lei 1.967/82 – exercício social encerrado em março de 1983)”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 27-28, jan./jun. 1984, pp. 51-75.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. In: *Revista de direito administrativo*. Rio : Renovar-Fundação Getúlio Vargas, v. 215, jan./mar. 1999, pp. 151-179.
- “Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance”. In: *Revista diálogo jurídico*. Salvador : CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 3, jun. 2001. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 23/5/2003.

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 6. ed., revista e aumentada. Rio : Forense, 1991, v. I.
- BARBOSA, Rui. “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”. In: *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio : Ministério da Educação e da Cultura, 1958, volume XX (1893), tomo V, pp. 7-233.
- “Anistia inversa”. In: *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio : Ministério da Educação e Cultura, 1955, volume XXIV (1897), tomo III, pp. 11-196.
- 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. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed., atualizada. São Paulo : Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo : Saraiva, 2.º volume (1989) e 4.º volume, tomo III (1997).
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo : Saraiva, 1963.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio : Renovar, 2001.
- BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho*. Rio : Renovar, 1996, v. 1.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília : UnB, 1995.

- *Teoría general del derecho*. Tradução de Eduardo Rozo Acuña. Madrid : Editorial Debate, 1999 (sexta reimpressão de la primera edición, 1991).
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2003.
- BORGES, José Alfredo. “O princípio da anterioridade em matéria tributária”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 23-24, jan./jun. 1983, pp. 276-293.
- BORGES, José Souto Maior. “Limitações temporais da medida provisória: a anterioridade tributária”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Malheiros, v. 64, [s.d.], pp. 192-200.
- “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da contribuição para a seguridade social: lei 8.870/94, art. 25, § 2.º”. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 30, jan./fev. 2000, pp. 119-137.
- BOTALLO, Eduardo Domingos. “Limitações do poder de tributar”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 48, abr./jun. 1989, pp. 51-62.
- BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. [s/trad.] Madrid : Instituto de Estudios Políticos, [s/d].
- BUSSAMARA, Walter Alexandre. “Da possibilidade do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, em matéria tributária, pelos órgãos julgadores administrativos”. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 35, abr./jun. 2001, pp. 163-181.
- BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed., revista e aumentada. São Paulo : Saraiva, 1986.
- *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1958.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio : Forense, 1977, v. I.

- CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova : Cedam, 1950.
- CÂMARA JÚNIOR, Joaquim Mattoso. *Dicionário de lingüística e gramática: referente à língua portuguesa*. 15. ed. Petrópolis : Vozes, 1986.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio-São Paulo : Freitas Bastos, 1956, volume I.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre : Fabris, 1984.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2003.
- “Vigência e aplicação das leis tributárias”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 17-18, jul./dez. 1981, pp. 144-154.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed., revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2000.
- *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- “Estatuto do contribuinte, direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuinte”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 7-8, jan./jun. 1979, pp. 135-151.
- CASTILHO NETO, Arthur de. “Reflexões críticas sobre a ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal”. In: *Revista da Procuradoria-Geral da República*. São Paulo : Revista dos Tribunais. v. 2, jan./fev./mar. 1993, pp. 11-39.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio : Forense, 1966.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo : Saraiva, 1965, v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed., revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- “Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide”. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 19, abr./jun. 1997, pp. 279-307.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro: comentários à Constituição e ao código tributário nacional, artigo por artigo*. 3. ed. Rio : Forense, 1999.
- *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 6. ed., revista e ampliada. Rio : Forense, 1996.
- *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- “Princípio da legalidade como princípio fundante dos demais princípios tributários”. In: ATALIBA, Geraldo; DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *V Congresso brasileiro de direito tributário: princípios constitucionais tributários; aspectos práticos; aplicações concretas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989.
- *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo : Saraiva, 2001.

- COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Tradução de Alcides Cruz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo : Saraiva, 1946.
- DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed., revista e aumentada. Rio : Renovar, 2001.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. In : BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio : Forense, 1998.
- DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions 'interprétatives' en France et en Italie*. Paris : Economica, 1997 (Collection Droit Public Positif).
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed., atualizada. São Paulo : Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed., atualizada. São Paulo : Atlas, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério (Taking rights seriously)*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002.
- *Los derechos en serio (Taking rights seriously)*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona : Editorial Ariel, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3.ed. (1983) Madrid : Editorial Civitas, 1994 (reimpressão).

- “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”. In: *Revista de direito público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 92, out./dez. 1989, pp. 5-16.
- FANUCCHI, Fábio. “Limitações da competência tributária”. In: *Direito tributário, 5: comentários ao código tributário nacional*. São Paulo : Bushatsky, 1977, v. 3.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal (Diritto e ragione: teoria del garantismo penale)*. Tercera edición. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*. Madrid : Editorial Trotta, 1998.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 11. ed., ampliada e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2001.
- “Princípio da supremacia da constituição e controle da constitucionalidade das leis: função constitucional do Supremo Tribunal Federal no Brasil”. In: *Revista de direito público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 17, jul./set. 1971, pp. 17-32.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão”. Disponível na Internet. URL: <http://www.factum.com.br/artigos/094.htm>. Arquivo capturado em 15/3/2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed., revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2002.
- *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed., atualizada e reformulada. São Paulo : Saraiva, 1997, v. 1.

- “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)”. In: *Revista de direito administrativo*. Rio : Renovar, v. 220, abr./jun/ 2000, pp. 1-17.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 1995.
- “Princípios de proteção ao contribuinte: princípio de segurança jurídica”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 47, jan./mar. 1989, pp. 56-61.
- “Mesa de debates (13.9.95): temas gerais”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Malheiros, v. 67, [s.d.], pp. 43-64.
- FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. “A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária”. In: *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo : Dialética, v. 56, mai. 2000, pp. 19-24.
- GALLOTTI, Maria Isabel. “A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos”. In: *Revista de direito administrativo*. Rio : Fundação Getúlio Vargas, v. 170, out./dez. 1987, pp. 18-40.
- GAMA, Patrícia Calmon Nogueira da. “Breves anotações sobre o controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei 9.868/99”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 778, ago. 2000, pp. 91-99.
- GIANNOTTI, José Arthur. *Apresentação do mundo: considerações sobre o pensamento de Ludwig Wittgenstein*. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio : Forense, 1965.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Tradução por Marco Aurélio Greco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.

- GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Eficácia e aplicabilidade das limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo : Resenha Tributária, 1997.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell. México : UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- HEGENBERG, Leônidas. *Dicionário de lógica*. São Paulo : EPU, 1995.
- HENSEL, Albert. *Diritto tributario*. Trad. (para o italiano) de Dino Jarach. Milano : Giuffrè, 1956.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20.^a edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Fabris, 1998.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- JÈZE, Gaston. “O fato gerador do imposto (contribuição à teoria do crédito de imposto)”. Tradução de Paulo da Mata Machado, da *Revue du droit public et de la science politique*, tome cinquante-quatrième, XLIV^e anée, Paris, 1937. In: *Revista de direito administrativo*. Rio : Departamento Administrativo do Serviço Público, v. II, fasc. I, jul. 1945, pp. 50-63.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed., revista e ampliada. São Paulo : Dialética, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra : Armênio Amado, 1976.
- *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo-Brasília : Martins Fontes-UnB, 1990.
- *La giustizia costituzionale*. A cura di Carmelo Geraci. Milano : Giuffrè, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio : Forense, 1984, v. I.
- *Processo de execução*. 4. ed., com notas de atualização de Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo : Saraiva, 1980.

- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 4. ed., revista e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- LORETO, Luís. “A sentença constitutiva”. Tradução de Paulo J. da Silva Pinto. In: *Revista forense*. Rio : Forense, v. 98, abr. 1944, pp. 8-15.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 13. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 1998.
- “Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal”. In: *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo : Dialética, v. 57, jun. 2000, pp. 72-87.
- “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo : Malheiros, v. 6, 1994, pp. 221-225.
- MANEIRA, Eduardo. *Direito tributário: princípio da não-surpresa*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 10. ed., atualizada. São Paulo : Saraiva, 1989, v. II.
- *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., revista. Rio : Forense, 1971, v. II.
- *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., revista. Rio : Forense, 1962, v. III.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões”. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito*

- fundamental*: análises à luz da lei n° 9.882/99. São Paulo : Atlas, 2001, pp. 172-79.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo : Saraiva, 2001.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa : Universidade Católica Editora, 1999.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio : Forense, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 1996.
- “Mesa de debates (13.9.95): temas gerais”. In: *Revista de direito tributário*. São Paulo : Malheiros, v. 67, [s.d.], pp. 43-64.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed., revista. São Paulo : Saraiva, 2000.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1980.
- *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio : Forense, 1979, v. I.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo : Dialética, 2001.
- MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

- *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- “A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro”. In: *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 3, abr./jun. 1993, pp. 21-43.
- “Aspectos da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos”. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo : Malheiros. v. 2, 1993, pp. 266-76.
- “Controle de constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã”. In: *Revista de direito administrativo*. Rio : Renovar-Fundação Getúlio Vargas. v. 193. jul./set. 1993, pp. 13-32.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo : Saraiva, 2001.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas : Bookseller, 1998, tomo I.
- *Tratado das ações*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976, tomo VI.
- *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed., revista. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973, tomo III.
- *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio : Forense, 1974, tomo III.
- *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas : Bookseller, 2000, tomo IV.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed., revista e actualizada. Coimbra : Coimbra Editora, 2000, tomo II.
- *Manual de direito constitucional*. Coimbra : Coimbra Editora, 2001, tomo VI.
- *Teoria do Estado e da Constituição*. Tradução da edição portuguesa. Rio : Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed., atualizada. São Paulo : Atlas, 2001.
- *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo : Atlas, 2000.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 2. ed., revista, aumentada e atualizada. Rio : Forense, 1994, 2.º v.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”. In: *Temas de direito processual*. Primeira série. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial*. Rio : Impetus, 2002.
- NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. Coimbra : Almedina, 2001.
- *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra : Almedina, 1998.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. “Aspectos básicos do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e breve análise da lei 9.868, de 10.11.1999, e da lei 9.882, de 03.12.1999”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 788, jun. 2001, pp. 76-91.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte”. In: MARTIS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo : Revista dos Tribunais : Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas tributárias. Nova série; n. 6).
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.
- PASTORELLO, Dirceu Antonio. “Direitos fundamentais dos contribuintes”. In: MARTIS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo : Revista dos Tribunais : Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas tributárias. Nova série; n. 6).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio : Forense, 1985, volume I.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo : Dialética, 2002.
- RABELLO FILHO, Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- ROBESPIERRE, Maximilien de. *Discursos e relatórios na convenção*. Tradução de Maria Helena Franco Martins. Rio : EDUERJ-Contraponto Editora, 1999.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 14. ed., atualizada e ampliada. Rio : Renovar, 2000.
- ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 2. ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. “Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei nº 9.868/99”. In: SARMENTO,

- Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio : Lumen Juris, 2002 (2.^a tiragem), pp. 269-292.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., revista e atualizada. Rio : Freitas Bastos, 1997.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.
- “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 : Lumen Juris, 2002 (2.^a tiragem), pp. 165-218.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3. ed., atualizada e reformulada. São Paulo : Saraiva, 1994, v. 1.
- “O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos: direito processual constitucional”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 661, nov. 1990, pp. 23-36.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed., atualizada. São Paulo : Saraiva, 1990, 1.º v.
- *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1979.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos”. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99*. São Paulo : Atlas, 2001, pp. 150-171.
- SARMENTO, Daniel. “A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio : Lumen Juris, 2002 (2.^a tiragem), pp. 101-138.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1999.

- *Direito constitucional: anotações nucleares*. Curitiba : Juruá, 2002.
- “A interpretação conforme a Constituição”. Disponível na Internet, no site da *Faculdades do Brasil*: www.unibrasil.com.br/gradedir.htm. Capturado em 27/4/2003.
- SILVA, Amaro do Couto e. “Prefácio”. In: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio : Forense, 1997, v. II.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2003.
- “Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina”. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo : PGESP, v. 13-15, dez. 1978-dez. 1979, pp. 105-171.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre : Fabris, v. 1 (1987) e v. 2 (1990).
- *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 2. ed., revista e aumentada. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Controle de constitucionalidade: com as modificações introduzidas pelas leis ns. 9.868/99 e 9.882/99*. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio : Forense, 1994.
- STRECK, Lenio 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.
- TÁCITO, Caio. “Comentário: anulação de leis inconstitucionais”. In: *Revista de direito administrativo*. Rio : Fundação Getúlio Vargas, v. 59, jan./mar. 1960, pp. 339-50.

- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: cpc, art. 461; cdc, art. 84*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.
- “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (cpc, art. 741, par. ún.). In: *Revista de processo (RePro)*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 106, abr./jun. 2002, pp. 38-83.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2002.
- *Tratado da argüição de preceito fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. São Paulo : Saraiva, 2001.
- *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo : Celso Bastos, 1998.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio : Forense Universitária, 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed., revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio : Forense, 1986, v. I.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 6. ed., atualizada. Rio : Renovar, 1999.
- “Direitos fundamentais do contribuinte”. In: MARTIS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo : Revista dos Tribunais : Centro de Extensão Universitária, 2000, pp. 167-186 (Pesquisas tributárias. Nova série; n. 6).
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988”. In: *Revista de direito público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 92, out./dez. 1989, pp. 43-54.
- “O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição”. In: *Revista de direito administrativo*. Rio : Renovar-Fundação Getúlio Vargas, v. 192, abr./jun. 1993, pp. 1-28.

- “O princípio da irretroatividade da lei tributária”. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo : Malheiros, v. 15, 1996, pp. 13-23.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais-Educ – Editora da Universidade Católica, 1977.
- *Causalidade e relação no direito*. 4. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- VILLEGAS, Héctor B. *Curso de direito tributário*. Trad. de Roque Antônio Carrazza. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- VIRGA, Pietro. *Diritto costituzionale*. Sesta edizione interamente rifatta. Milano : Giuffrè, 1967.
- XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978.
- YARSHELL, Flávio Luiz. “Tutela jurisdicional meramente declaratória”. In: *Revista de processo (RePro)*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 76, out./dez. 1994, pp. 42-54.
- WATANABE, Kazuo. “Breve reflexão sobre a natureza jurídica da sentença de nulidade de casamento”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 542, dez./1980, pp. 20-28.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Nuova edizione. Torino : Einaudi, 1992.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.