OCTAVIO CAMPOS FISCHER

A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ALGUNS REFLEXOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

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

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

OCTAVIO CAMPOS FISCHER

A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ALGUNS REFLEXOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

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

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
(Orientador)

Prof. Dr. Estevão Horvath

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Profa. Dra. Betina Treiger Grupenmacher

Profa. Dra. Leila Cuellar

Curitiba, 15 de agosto de 2002.

Para minha querida esposa Karla,
sempre paciente e atenciosa.
Estou certo de que este trabalho
não teria sido elaborado se não
fosse a sua presença e ajuda.

REGISTROS INDISPENSÁVEIS

Ao longo de mais esta jornada, não posso deixar de registrar um especial agradecimento ao amigo Prof. Clèmerson Merlin Clève, pelo apoio e total disponibilidade na orientação para a elaboração do presente trabalho. Agradeço, também, aos Profs. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Roberto Vieira e Luis Edson Fachin que, como grande amigos que são, também tiveram sua quota de participação nesta tese.

Recentemente, tive o imenso prazer de conhecer dois ilustres professores portugueses, que me acolheram em Lisboa, por um breve, mas inesquecível, período de quarenta dias, auxiliando-me não só na pesquisa jurídica, mas com toda a estrutura (mais do que) necessária para a minha confortável estada em Portugal. Profs. Fernando Araújo (Faculdade de Direito Lisboa) e Jorge Bacelar (Faculdade Nova de Lisboa) são dois novos amigos, com quem, juntamente com suas respectivas esposas (Rosário e Lourdes), eu e Karla pudemos conhecer os mais bonitos "sítios" daquele país.

Mais uma vez, a meus pais e a meus irmãos, Diva, Felix, João e Deni, bem como aos demais familiares, Lotte, Vilse, Gracielli, Eliete e Acyr, em quem sempre tive o estímulo e o incentivo para essas horas trabalhosas.

Roberto Brzezinski Neto, sócio de escritório de Curitiba, com Laureano, Rafael e Kelly e Sônia, sócia do escritório em Brasília, com Ana e Isabel, que, por mais de seis meses, deixaram-me despreocupado em relação aos problemas profissionais do dia a dia; tiveram parcela considerável de contribuição na elaboração deste trabalho.

Cuando se implanta, sin una previa educación política,
una democracia constitucional plenamente articulada en un Estado,
recién liberado de la autocracia tradicional o de la tutela colonial,
es casi un milagro si toma raíces inmediatamente. (...)
Para ser real y efectiva, la constitución tendrá
que ser observada lealmente por todos
los interesados y tendrá que estar integrada
en la sociedad estatal, y ésta en ella
(LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la constitucion.*
Barcelona: Ariel, 1976. p. 217).

SUMÁRIO

RESUMO x
ABSTRACT xi

INTRODUÇÃO

1 APRESENTAÇÃO 1
2 O DIREITO COMPARADO 3

CAPÍTULO I: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

1 DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 7
1.1 Considerações Iniciais 7
1.2 O Princípio da Supremacia da Constituição 9
1.3 A Busca de Limites para a Jurisdição Constitucional 10
1.4 Os Limites estão na própria Constituição 11
1.5 A Jurisdição Constitucional e o Modelo de Constituição 11
1.6 O Caráter Político da Jurisdição Constitucional 14
1.7 O problema da Reserva do Possível e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade 16
1.8 O Direito Tributário como Instrumento de Concretização do Estado Democrático de Direito 23
1.9 Do Princípio da Normatividade Progressiva e o Direito enquanto Espaço de Lutas 25
1.10 A Separação de Poderes como Limite à Jurisdição Constitucional 28
1.11 Democracia, Princípio Majoritário e Jurisdição Constitucional 34
1.12 Em que consistiria o *ativismo judicial* no Direito Constitucional Brasileiro? 44
1.13 O Controle da Jurisdição Constitucional 49

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO 55
2.1 Considerações Iniciais 55
2.2 Apontamentos Históricos 55
2.3 Estruturação Atual 58
2.4 O Controle de Constitucionalidade em Procedimentos Administrativos 60
2.5 O Controle Difuso de Constitucionalidade 72
2.6 O Controle Difuso, o STJ e as Argüições de Inconstitucionalidade 75
2.7 O Controle Difuso, a Ação Civil Pública e o Direito Tributário 77
2.8 O Controle Concentrado de Constitucionalidade 83
2.9 Da Inconstitucionalidade por Omissão 83
2.10 Da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 85

CAPÍTULO II: A DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: OBJETO, CONTEÚDO E EFEITOS

1 INTRODUÇÃO 91

2 DO OBJETO NOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE 91
2.1 Considerações Gerais 91
2.2 Do Objeto Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 92
2.3 Do Objeto Material: Texto de Lei ou Norma? 92
2.4 Noção de Lei e de Ato Normativo 94
2.5 Do Objeto no Controle Difuso de Constitucionalidade 95
2.6 Do Objeto no Controle Abstrato de Constitucionalidade 96

3 DO CONTEÚDO DA DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 97
3.1 Considerações Gerais 97
3.2 Da Interpretação Conforme a Constituição 99
3.3 Da Declaração de Inconstitucionalidade Sem Redução de Texto 105
3.4 Do Efeito Vinculante Aplicável à *Interpretação Conforme* e à Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto 107
3.5 Do Apelo ao Legislador e a Lei ainda Constitucional 108
3.6 Da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade ou Mera Declaração de Incompatibilidade 111
3.7 Decisões Manipulativas 113

4 ASPECTOS SUBJETIVOS DA DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE 120
4.1 Considerações Iniciais 120
4.2 Efeitos *Inter Partes* e a Resolução do Senado Federal 122
4.3 Coisa Julgada, Efeitos *Intra Processuais* e a Súmula 239 128
4.4 Resolução do Senado Federal: outras considerações 136

5 ASPECTOS SUBJETIVOS DA DECISÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE 138
5.1 Considerações Iniciais: efeito *erga omnes* e o controle abstrato como processo objetivo 138
5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 138
5.3 Efeito *Erga Omnes* e o Efeito Vinculante na Declaração de Inconstitucionalidade/Constitucionalidade 139
5.4 Da não Vinculação do Supremo Tribunal Federal na Declaração de Constitucionalidade 143
5.5 Da Vinculação do Poder Legislativo no Controle Abstrato 144

CAPÍTULO III: A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ALGUNS REFLEXOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

1 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ANTES DO ADVENTO DA LEI N.º 9.868/99 146
1.1 Considerações Iniciais 146
1.2 Os Efeitos Temporais no Controle Difuso 146
1.3 Os Efeitos Temporais no Controle Abstrato 149

2 A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS E NOTAS SOBRE ALGUNS OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS 152

3 IMPRESSÕES SOBRE A VALIDADE DO ART. 27 DA LEI N.º 9.868/99 163

4 CONCEITOS OPERACIONAIS 170
4.1 Considerações Iniciais 170
4.2 O Conceito de Validade como Existência 172
4.3 Validade é diferente de Existência 183
4.4 O Que é Validade? O problema da Nulidade da Lei Inconstitucional 185

5 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 192

6 A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO "REGRA DE CALIBRAÇÃO" DO SISTEMA 194

7 O LIMITE TEMPORAL MÁXIMO PARA A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA 198

8 DUPLO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO A AUTORIZAR A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS 201

9 DO DEVER DE MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS 203

10 A REPRISTINAÇÃO E A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 204
10.1 Considerações Gerais 204
10.2 Da Revogação Tácita e da Revogação Expressa 205
10.3 Revogação e Inconstitucionalidade 207
10.4 Repristinação e Manipulação dos Efeitos 210

11 DA ILUSÃO DA REMOÇÃO TOTAL DO PASSADO 211
11.1 Considerações Iniciais 211
11.2 Do Efeito "Ex Tunc" contra os Contribuintes 213
11.3 Do Efeito "Ex Tunc" contra a Fazenda Pública 217
11.4 Do Efeito "Ex Tunc e a Inconstitucionalidade de Norma Sancionatória 225
11.5 A Manipulação dos Efeitos e Reflexos Indiretos nas Sanções 227

12 CONTROLE DIFUSO COMO SEDE APROPRIADA PARA A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS 228

CONSIDERAÇÕES FINAIS 230

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 236

RESUMO

A presente tese objetiva analisar, a partir do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, a possibilidade do Poder Judiciário, no exercício da atividade de fiscalização da constitucionalidade, de manipular os efeitos decorrentes da decisão de inconstitucionalidade, e alguns reflexos dessa atuação no âmbito do Direito Tributário. No Capítulo I, nossa preocupação foi de demonstrar a dificuldade que se tem na delimitação das fronteiras das atividades do Judiciário quando se encontra em jogo o exercício da jurisdição constitucional, principalmente, em se tratando da manipulação dos efeitos daquela decisão. Já no Capítulo II, buscamos preparar caminho para uma melhor compreensão da decisão de inconstitucionalidade, analisando seu objeto, conteúdo e eficácia subjetiva. Enfim, no Capítulo III, procuramos analisar a questão propriamente dita: a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e alguns reflexos no Direito Tributário.

ABSTRACT

The following thesis has the objective to analyze, from art. 27, Law nº 9,868/99, the possibility of the Judiciary Power, in the practice of its activity of inspecting the constitutionality, to manipulate the effects derived from the decision of unconstitutionality, and some consequences of this acting in the scope of the Tributary Law. In Chapter I, our concern was to show the difficulty experienced with the delimitation of the boundaries of the Judiciary activities, when the practice of the constitutional jurisdiction is concerned, mainly, concerning the manipulation of the effects of that decision. In Chapter II, we attempted to prepare a way to a better understanding of the decision of unconstitutionality, analyzing its object, content, and subjective effectiveness. At last, in Chapter III, we attempted to analyze the question itself: the manipulation of the effects of the declaration of unconstitutionality and some consequences in the Tributary Law.

INTRODUÇÃO

1 APRESENTAÇÃO

A presente tese tem por objetivo analisar os efeitos temporais da decisão de controle de constitucionalidade no direito tributário brasileiro, a partir do prescrito no art. 27 da Lei n.° 9.868/99 e no art. 11 da Lei n.° 9.882/99 [1], especificamente no que se refere à autorização conferida ao Supremo Tribunal Federal para restringi-los, em caso de *segurança pública ou de excepcional interesse social*.

Trata-se de tema sobremaneira importante e atual. De um lado, porque a maioria das questões tributárias resolvem-se a partir de estudos que discutem a constitucionalidade do aumento ou da criação de tributos. Então, é necessário que todo o conhecimento da teoria constitucional seja transmitido ao campo tributário. É dizer, os tributaristas não podem estar alheios às discussões ocorridas no direito constitucional e, especificamente, no âmbito da fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, principalmente quando temos uma Constituição que tratou de forma tão minuciosa a matéria tributária, dedicando-lhe uma especial atenção. Afinal, não se vê na Constituição de 1988 uma outra área do conhecimento jurídico que tenha sido tão bem regulada como ocorreu com o direito tributário.

Neste sentido, é comum dizer-se que há todo um sistema constitucional tributário, envolvendo normas que estabelecem quem pode tributar, quais são os tributos que podem ser criados e quais são os limites e as diretrizes a serem seguidas nesta atividade. É que, ao assim proceder, ao conferir especial atenção ao direito tributário, é inegável que a Constituição refletiu, inversamente, a prática do poder público de não respeitar o que são considerados direitos e garantias fundamentais para se alcançar e realizar um Estado Democrático de Direito.

Todavia, não basta a mera e extensa previsão de normas delineando o atuar do poder tributário. Se elas existem justamente para forçar um comportamento que o poder público não teria na sua ausência, logo é mais do que lógica a tendência deste de

---

[1] Em razão de possuir um conteúdo semelhante ao do mencionado art. 27, não será necessário, também, mencionar, doravante, o art. 11 da Lei n.° 9.882/99.

sempre tentar escapar das amarras constitucionais. Há, portanto, uma visível e cotidiana tensão entre o atuar do poder público e as prescrições feitas pela Constituição. Não que toda e qualquer norma sempre seja desrespeitada, mas sempre que uma norma se torna um incômodo limite, o poder público tende a desrespeitá-la. E, no direito tributário, a possibilidade de que isto ocorra é maior do que na maioria dos outros ramos do direito.

Neste quadro, desponta como fundamental a existência de um sistema de controle da validade da atuação dos poderes públicos em frente à Constituição. Mais do que ter normas, prescrevendo limites e garantias, é importante que os direitos daí decorrentes sejam passíveis de uma adequada tutela[2]. Adequada, afinal, porque não basta a previsão de instrumentos que não promovam os efeitos desejados pela sociedade. Mecanismos inócuos somente criam expectativas e, por conseqüência, desilusões para aqueles que esperam pronta eficácia da Constituição.

Mesmo assim, apesar dessas considerações e muitas outras que poderíamos traçar, poucos são os estudos dedicados especialmente às questões derivadas do controle de constitucionalidade em matéria tributária[3].

Por outro lado, o tema da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade também é importante porque se insere em um debate mais amplo e profundo e que há pouco tempo ganhou imenso espaço na teoria constitucional brasileira. Estamos a nos referir ao problema da legitimidade da jurisdição constitucional. Não há como deixar de mencionar a estreita ligação que tais questões têm entre si. Restringir ou não os efeitos da decisão de inconstitucionalidade é um problema que tem implicações com o limite da atuação do Poder Judiciário frente aos

---

[2] Segundo Lênio Luiz Streck, "É por demais evidente que a Constituição de 1988 (...) é uma Constituição dirigente, contendo no seu ideário a expectativa de realização dos direitos humanos e sociais até hoje (só)negados à Sociedade brasileira. Mas não basta a vigência do texto; o que é preciso é efetivá-lo" (STRECK, Lênio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamento e a crise de efetividade da Constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 250).

[3] Por justiça e mérito, é necessário fazer menção à clássica obra de Sacha Calmon Navarro Coelho e, dentre poucos outros, aos recentes livros de Marco Aurélio Greco com Helenilson Cunha Pontes e de Paulo Pimenta.

demais poderes. É verificar, por exemplo, se o Juiz está atuando como verdadeiro legislador (positivo) e se isto é admissível perante nosso ordenamento jurídico.

Portanto, a tese que ora apresentamos, antes de analisar a específica questão trazida pelo art. 27 da Lei n.° 9.868/99, percorrerá, brevemente, os temas acima mencionados. Verificaremos como se opera o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, com especial atenção para o direito tributário, bem como em que medida o tema da legitimidade da jurisdição constitucional é relevante para este ramo do direito.

Enfim, cumpre notar que a adoção da explícita previsão para a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, em nosso modo de entender, tem como alvo principal, mas não único, o direito tributário. De fato, é perfeitamente possível que esta técnica de decisão seja utilizável em outros ramos do direito, como, por exemplo, no direito administrativo. Todavia, o impacto causado pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária é muito mais sentida pelo poder público, simplesmente porque pode atingir o mais importante instrumento financeiro de atuação deste: o tributo. Daí a nossa preocupação em tentar contribuir para um melhor delineamento dos parâmetros da atuação do Poder Judiciário na utilização da sua competência de manipular aqueles efeitos.

O tema, sem dúvida, é rico e cativante, mas, sobretudo, complexo e de difícil aproximação. Por isso, não temos a pretensão de esgotá-lo ou sobre ele emitir uma opinião definitiva.

2 O DIREITO COMPARADO

Por outro lado, não será demais advertir, desde o início, que, muito embora seja grande a tentação, procuraremos sempre manter uma atitude cautelosa para com as contribuições da doutrina e da jurisprudência estrangeira. Estamos trabalhando com categorias jurídico-positivas, que, apesar de terem sido criadas sob a forte influência de outros ordenamentos jurídicos, uma vez inseridas no direito brasileiro, passaram a ter uma coloração e conteúdo próprios.

A importação de teorizações desenvolvidas em outros países pode, sem dúvida alguma, ajudar a abrir novos caminhos para a compreensão do nosso direito, mas é uma tarefa muito árdua, complexa e que deve ser realizada com muita cautela, sem precipitações. Não basta, simplesmente, verificar a existência de normas semelhantes no direito estrangeiro, porque, ainda que o sistema jurídico de dois países fosse totalmente idêntico, a experiência social envolvida em cada um deles os tornaria distintos. Lembramos aqui que o ordenamento jurídico é formado por normas e não por textos de lei. E aquelas, na lição de Paulo de Barros Carvalho[4], são o resultado do juízo que fazemos da leitura destes. Portanto, se um texto de lei pode ser o mesmo em dois países, a norma que dele deriva, certamente, terá grandes chances de ser diferente, porque, aí, estamos lidando com o componente humano, com o intérprete, sua história, crenças e convívio social.

Neste sentido, diz Andreas Krell, baseando-se em João M. Adeodato, que "os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira". E continua: "Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos socioculturais e econômicos-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos"[5-6].

Além disto, o jurista, no estudo da comparação, deve procurar analisar atenciosamente (i) todo o sistema no qual se inclui a regra que ele busca estudar; (ii) qual a interpretação que a doutrina e a jurisprudência conferem a esta regra; (iii) qual a

---

[4] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 7-8.

[5] KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 36.

[6] Sobre o assunto, também, são importantes as considerações desenvolvidas no livro *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, organizado por Diego L. Garrido, Marcos F^{co} Massó Garrote e Lúcio Pegoraro (GARRIDO, Diego L.; GARROTE, Marcos F. M.; PEGORARO, Lúcio. *Nuevo Derecho Constitucional comparado.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 46-47).

eficácia da regra jurídica no ordenamento comparado e, finalmente, além de outros, (iv) os problemas de tradução e da linguagem jurídica[7].

Assim, o que temos de reter em mente é que as especificidades do direito brasileiro devem ser testadas e postas em prática no seu limite pelo Poder Judiciário, sem a preocupação de que isso possa ou não ter correspondência alguma com o que se pratica no direito alienígena. Evidentemente, esta atitude pode levar ao rompimento de tradições e afetar concepções já solidificadas. Mas, o operador jurídico no Brasil deve saber aplicar a Constituição brasileira a partir de seus próprios pressupostos e não à luz do que foi construído em outras comunidades, porque, do contrário, podemos cair em qualquer uma das situações mencionadas por Martin Shapiro[8]:

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

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

---

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

[8] SHAPIRO, Martin. The success of judicial review. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. *Constitutional dialogues in comparative perspective*. New York: St. Martin's Press, Inc., 1999. p. 193-194.

Destarte, não se quer fazer defesa de um xenofobismo teórico, e sim fixar a idéia de que as soluções propostas na presente tese não serão buscadas irrefletidamente no direito comparado. Queremos consignar que o apoio no direito alienígena far-se-á apenas e na medida em que o mesmo seja necessário e útil para conferir melhor e maior efetividade ao direito brasileiro, porque, voltamos a frisar, se, de um lado, o estudo do direito comparado é importantíssimo, pois oferta-nos a possibilidade de melhor conhecer e aperfeiçoar o nosso próprio direito[9], por outro, é um campo cheio de armadilhas, onde o jurista pode ser levado a fazer importações inócuas, inoportunas e até mesmo perigosas para o desenvolvimento do direito brasileiro[10].

---

[9] É o que ensina René David (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 5).

[10] Em erudita palestra, José Carlos Barbosa Moreira, tratando dos mitos que envolvem o discurso a respeito do futuro de uma Justiça melhor, toca na delicada questão da "supervalorização dos modelos estrangeiros". Para este renomado processualista, há uma enorme e relevante diferença entre "a atenção crescente ao direito comparado" e "o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros", recomendando "cautela necessária para não submeter o transplante [do direito estrangeiro] ao risco manifesto de rejeição" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 102, p. 233, 235, 2001).

CAPÍTULO I: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

1 DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Considerações Iniciais

Um dos principais pontos de discussão do direito constitucional moderno encontra-se na problemática da legitimação da jurisdição constitucional[11]. Trata-se de questão antiga que, como lembra Garcia de Enterria, surge periodicamente "con una asombrosa capacidad de permanencia, cada vez que surge algún *judicial activism* o, inversamente, un eventual desfallecimento, de los respectivos Tribunales Constitucionales"[12]. No Brasil, porém, a doutrina acordou tardiamente para a relevância deste tema. E isso ocorreu com maior intensidade após o advento da Constituição de 1988 ou, mais propriamente, após o início do movimento de alterações do texto constitucional, quando se sentiu a necessidade de desenvolver com maior precisão e eficácia os mecanismos e os meios que o nosso ordenamento dispõe para (i) impedir os ataques às normas constitucionais, por um lado, e, por outro, (ii) forçar o cumprimento das prescrições impostas por estas.

Não se quer negar valor às contribuições anteriormente feitas pela doutrina brasileira, mas apenas constatar que somente há pouco o problema da legitimidade da jurisdição constitucional ganhou destaque e tornou-se um dos alvos principais de preocupações da nossa teoria constitucional.

Na discussão deste tema, podemos visualizar duas grandes pautas de análise. Por um lado, há um setor da doutrina, principalmente proveniente dos Estados Unidos[13], que ainda procura manter aceso o debate sobre a possibilidade de existir um

---

[11] HORN, Hans-Rudolf. Justicia constitucional y consenso básico. In: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo II: derecho comparado. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. p. 1053-1054.

[12] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994. p. 157.

[13] Ver, por exemplo, ABRAHAM, Henry J. *The judicial process*: an introductory analysis of the courts of the United States, England and France. 5. ed., New York: Oxford University Press, 1986. p 331 et seq.

órgão que venha a contrastar com a vontade da maioria, impressa nos textos legais. Aí temos uma discussão sobre a *legitimidade de base* da jurisdição constitutional, saber se o direito admite que a vontade soberana do povo seja limitada e substituída pela vontade de umas poucas pessoas que não possuem representatividade, nem responsabilidade perante o corpo eleitoral.

De outro lado, grande parte da doutrina entende estar de tal forma superado este problema, que "seria uma actividade quase arqueológica reabrir hoje a discussão"[14], seja porque, para uns, "a questão já foi decidida pelo Tribunal da História, perante o qual a justiça constitucional não só foi absolvida de tão graves encargos, como que se tornou definitivamente uma técnica essencial do governo humano"[15], seja porque, na maioria dos países, a função de controle de constitucionalidade encontra-se prevista na própria Constituição.

Em nosso entendimento e com o apoio em autores do nível de German Bidart Campos[16], Gustavo Binenbojm[17], José Adércio Leite Sampaio[18], José de Sousa e Brito[19], André Ramos Tavares[20] e Alexandre de Moraes[21], a jurisdição constitucional é legítima pelo simples fato de estar prevista no texto da Constituição. Não há qualquer argumento que, contra este, possa ser levantado e sustentado. Aqui, sim, tem-se a vontade soberana do povo, expressada através do Poder Constituinte, de estabelecer

---

[14] ESTEVES, Maria da Assunção. Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 132. Também, Vital Moreira questiona se passados tantos anos de experiência, ainda seja necessário discutir sobre a legitimidade da jurisdição constitucional (MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional...*, p. 177).

[15] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitucion como norma...*, p. 175.

[16] CAMPOS, German Bidart. *La interpretacion y el control constitucionales en la jurisdiccion constitucional.* Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 261.

[17] BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira:* legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

[18] SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada:* pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 100.

[19] BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional...*, p. 40.

[20] TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional.* São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 76.

[21] MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais:* garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 68-69.

uma limitação aos demais poderes, para que não haja ofensa aos valores mais fundamentais, consagrados na Constituição.

1.2 O Princípio da Supremacia da Constituição

Aliás, a jurisdição constitucional existe basicamente para dar proteção e eficácia à Constituição. Do contrário, esta não se põe como norma, muito menos como norma fundamental e superior[22-23]. E, quanto maior for a dimensão da Constituição tanto maior serão a responsabilidade e as tarefas daquela jurisdição[24]. Em um país como o Brasil, por exemplo, onde temos uma Constituição vinculante, dirigente e compromissória, que se preocupou em regular em pormenores vários segmentos da vida política, econômica e social, a atuação da jurisdição constitucional é a principal garantia da força normativa e hierárquica da Constituição[25]. Por isso concordamos com Clèmerson Merlin Clève, quando leciona que "A supremacia constitucional é dependente, em princípio, da rigidez constitucional. Mas a rigidez não é capaz, por si só, de assegurar a supremacia da Constituição. (...) A supremacia constitucional...reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte"[26]. É dizer, uma Constituição somente é norma e norma suprema de

---

[22] DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Breves notas sobre o primado da Constituição. In: _____ (org.). *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 118.

[23] Oportuno citar a bela advertência escrita por Dworkin sobre a supremacia constitucional: "A idéia da Constituição como o Direito fundamental está tão cimentada nos pressupostos comuns que constituem nossa ordem jurídica que uma interpretação que a negasse seria a interpretação de outra coisa completamente diferente, como uma interpretação de estilos arquitetônicos que afirmasse que a catedral de Chartres não é gótica; ou uma interpretação de Hamlet que ignorasse o príncipe" (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 49).

[24] Como diz Oscar Vilhena Vieira, "A constitucionalização de diversos temas, antes à margem de qualquer regulamentação jurídica, ou limitados à legislação ordinária, aumentou as atribuições do Supremo Tribunal Federal..." (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência política. São Paulo: RT, 1994. p. 18).

[25] Neste sentido, bem leciona Garcia de Enterria, pois se reconhecermos a Constituição como norma, "sua eficácia deve ser assegurada jurisdicionalmente" (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitucion como norma...*, p. 176). Igualmente: MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade..., p. 192; SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular:* estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 251-252; e DALLARI, Dalmo. Controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1977. p. 154.

[26] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000. p. 32-33.

uma Comunidade se houver mecanismos que a proteja tanto dos atos (comissivos e omissivos) dos poderes públicos como, em certa medida, da própria sociedade civil.

Claro que todos devem zelar pela Constituição de 1988. Em rigor, tanto o Executivo como o Legislativo também estão obrigados não só a obedecer a ela, como também a protegê-la[27]. Entretanto, preferiu a Constituição confiar a sua guarda e tutela, especialmente, ao Poder Judiciário e, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal.

1.3 A Busca de Limites para a Jurisdição Constitucional

Assim, havendo previsão na Constituição e sendo um importante componente para a manutenção e a realização da força normativa desta, o foco da discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional é transferido para os limites da sua atuação[28]. Atualmente, portanto, busca-se averiguar até onde esta pode atuar para garantir a efetividade das normas constitucionais, sem afrontar o próprio texto constitucional. Afinal, estamos em um delicado campo em que existe um grande risco de ruptura do sistema, o qual justamente deveria ser protegido pela jurisdição constitucional[29].

Não se trata, portanto, de uma questão de fácil solução. Sua complexidade é perceptível já pela inexistência de um catálogo que expressamente estabeleça quais são os limites a serem observados, o que causa, segundo Helmut Simon, uma certa sensação de impotência e leva a doutrina a buscar um caminho mais seguro, recomendando ao Judiciário que "exerça um judicial *self-restraint*"[30].

---

[27] Já Hans Kelsen, na sua batalha teórica contra C. Schmit, posicionava-se neste sentido (KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constituición*. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1999. p. 67).

[28] MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade..., p. 180. Dentre outros, também, SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernst. et al. (coord.). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 847; e QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990. p. 168.

[29] GRACIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitucion como norma*..., p. 223.

[30] SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional, p. 848-849.

1.4 Os limites estão na própria Constituição

Se, por um lado, não existem normas estabelecendo expressamente quais são os limites da atuação da jurisdição constitucional, nem por isto, entretanto, devemos abdicar desta tarefa e escolher aquela opção mais tranqüila, pela qual o Judiciário apenas teria que interpretar restritivamente a Constituição. Afinal, entendemos que sustentar a *auto contenção judicial* é uma posição que, em verdade, serve apenas para tornar mais difícil a solução da presente questão. Nas corretas palavras de John Agresto[31]

> the demand for judicial self-restraint is hardly a sufficient solution to the problem of judicial power within a democracy. The demand for self-restraint is usually ineffectual when addressed to most holders of political power. It may be especially fruitless when those holders of power can also see themselves as possessing special insight into constitutional mandates and constitutional right. And (...) if the fear is that the nondemocratic element may become the antidemocratic element, ruling in place of the democracy, then calls for self-restraint will be not only inappropriate but probably ineffective.

Com isso, estamos querendo justificar a idéia de que, em contraposição à inexistência de limites explícitos, também não há na Constituição de 1988 qualquer tipo de determinação para uma atuação restritiva da jurisdição constitucional. Mas, de qualquer forma, a resposta a este problema somente pode ser encontrada nas dobras do sistema constitucional. É o todo normativo da Constituição que nos levará ao conhecimento dos possíveis limites da jurisdição constitucional.

1.5 A Jurisdição Constitucional e o Modelo de Constituição

Não se pode, entretanto, pretender que toda e qualquer Constituição imponha o mesmo delineamento à jurisdição constitucional. A advertência feita na introdução sobre a cautela que se deve ter ao analisar as prescrições contidas no direito comparado muito bem serve para a compreensão deste específico tópico.

---

[31] AGRESTO, John. *The Supreme Court and constitutional democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 1984. p. 37-38.

É dizer, não encontraremos na Constituição de 1988 a mesma jurisdição constitucional que se tem nos Estados Unidos, na Áustria, na Alemanha ou na Itália. Não só porque as normas atinentes a este problema foram elaboradas com uma estrutura e uma função diversas, mas, principalmente, em razão do contexto constitucional em que elas se encontram. Se nos Estados Unidos é bem aceita a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não significa que a mesma deva ser aceita no direito brasileiro. Se na Itália há as chamadas sentenças manipulativas, isso não implica que o Brasil também tenha que aceitá-las. Para além disso, a jurisdição constitucional no Brasil, sob o influxo dos modelos americano e europeu, construiu um peculiar sistema de controle, sem paralelo em outros ordenamentos jurídicos.

Enfim, é importante asseverar que os limites e o campo de atuação da jurisdição constitucional somente podem ser corretamente compreendidos à luz do modelo de Estado e de Constituição em que tal atividade se encontra. Daí que, por exemplo, em um Estado Totalitário, a tendência é de que inexista controle de constitucionalidade dos atos do poder público ou, existindo, que o mesmo seja de tal forma limitado, que, de fato, pareça inócuo.

Sobre o assunto, é correto o pensar de Marcelo Rebelo de Sousa: "a concretização da justiça constitucional depende das famílias de Direito. (...) Por outro lado, dentro de cada família de Direito, (...), os elementos determinantes da configuração material da justiça constitucional são o regime político e, consequentemente, o sistema de governo 'lato sensu'"[32].

Assim é que, em um Estado Liberal, em que o Estado não é chamado a intervir na sociedade e na economia, e em que à Constituição reserva-se a regulamentação das estruturas de poder, bem como a garantia de direitos fundamentais de primeira geração, o papel da jurisdição constitucional é mais restrito, com uma função negativa, de garantia das normas constitucionais contra as ações por comissão do Poder Público. Gustavo Binenbojm expõe, neste sentido, que, no constitucionalismo liberal, a

---

[32] SOUSA, Marcelo Rebelo de. Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional...*, p. 217.

justificação da jurisdição constitucional estava na garantia da "supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral"[33].

Já em um Estado Democrático de Direito, em que se impõem tarefas tanto ao Estado como à Sociedade, a idéia de força normativa da Constituição implica uma outra postura no exercício da jurisdição constitucional, até porque, como leciona Vital Moreira, quanto maior e mais extensa a Constituição, menor o "âmbito da liberdade de conformação do legislador"[34].

Se temos uma Constituição como norma e que impõe tarefas, há de se ter instrumentos que garantam o satisfatório cumprimento destas por parte do Poder Público, sob pena de transformarmos em mito a "força normativa" daquela. Este é o problema crucial da teoria constitucional brasileira. Não podemos aceitar que uma Constituição, encarada como norma, contenha preceitos que não sejam obrigatórios aos seus destinatários. Mas, temos de concordar que a força normativa da Constituição somente existirá, em sua plenitude, se a própria Constituição nos oferecer mecanismos (e o Judiciário se convencer de que pode utilizá-los com força máxima) para que a mesma seja assegurada. E, aqui, fica ainda mais evidente o questionamento que já enunciamos acima: "até que ponto poderá atuar a jurisdição constitucional, até que ponto ela poderá atuar tendo em vista, inclusive, a promoção da eficácia integral da Constituição?"[35].

Com efeito, o operador constitucional não pode ser romântico e idealista a ponto de sustentar uma visão mais ativa da jurisdição constitucional sem ter consciência de que esta postura implica em mexer com vários dogmas da tradicional teoria constitucional, que não serão revisados facilmente. Como implica, também, em um componente político altamente perigoso: ninguém que exerce alguma forma de poder gosta de ser limitado e, ainda por cima, direcionado no seu atuar.

---

[33] BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*..., p. 55.

[34] MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade..., p. 180-181.

[35] CLÈVE, Clèmerson. Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, A. G. M. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 56.

1.6 O Caráter Político da Jurisdição Constitucional

Contudo, um dos mais antigos argumentos para limitar a jurisdição constitucional, com origem na polêmica Schmitt x Kelsen, funda-se no caráter político que a mesma possa ter. Fala-se em "politização da Justiça" e em "judicialização da Política", no intuito de demonstrar os perigos que o Poder Judiciário ou o Tribunal Constitucional podem trazer, substituindo um ato político (do Legislador) por outro (do Judiciário).

O caráter político da jurisdição constitucional estaria em pelo menos quatro níveis: (i) na nomeação dos membros do Tribunal encarregado de fiscalizar a constitucionalidade de uma norma, (ii) na dimensão política da própria Constituição, (iii) nos efeitos políticos que podem surgir da decisão daquela e, por fim, (iv) na possibilidade de análise de questões políticas.

Não nos parece, porém, correto caminhar em qualquer uma destas direções. Em nosso sistema constitucional, por mais que discordemos de uma ou de outra decisão, não nos é lícito, *só por isso*, sustentar que ela foi feita à margem do direito, baseando-se em critérios políticos. Pensamos que a jurisdição constitucional somente poderia ser considerada política se o próprio ordenamento autorizasse (o que não ocorre) que as suas decisões fossem sustentadas em interesses políticos e não em critérios jurídicos[36].

O fato (i) de aqueles que exercem a jurisdição constitucional serem nomeados por um político (Presidente da República, por exemplo) não torna a atividade política, porque, de um lado, o ordenamento jurídico impõe que a escolha seja pautada por certos critérios que vedam a indicação de qualquer pessoa. Para além de reputação ilibada, o art. 101 da CF/88, prescreve que somente poderá ser escolhido para Ministro do Supremo Tribunal Federal quem tiver *notável saber jurídico*. De outro lado, porque, após a nomeação, o escolhido passa a ter independência, não estando vinculado politicamente àquele que o indicou. Se assim não fosse, todos os escolhidos

[36] É claro que pode haver uma decisão à margem do direito, calcada estritamente em opções políticas, mas, neste caso, há a possibilidade de reformá-la.

por um determinado Presidente da República jamais teriam condições de controlar as atividades deste, o que inviabilizaria a própria jurisdição constitucional[37].

A Constituição, por sua vez, não é um documento político. É norma jurídica que regula o mundo social, nele incluído o mundo político. Portanto, (ii) quando questões políticas afetam o ordenamento jurídico e, especialmente, a Constituição, a jurisdição constitucional não está autorizada a decidir pautando-se em interesses políticos. Deve, ao contrário, utilizar-se de critérios jurídicos. Se em países como o Brasil, onde existe o controle difuso, sustentarmos que a jurisdição constitucional é política, porque a Constituição tem esta natureza, então teríamos que sustentar que todos os juízes são políticos e, mais ainda, por conseqüência, que o direito seria, todo ele e não apenas a Constituição, uma mera *folha de papel*. Afinal, de nada valeria o direito, se o Judiciário não se pautasse por critérios impostos por ele.

Pode-se, também, sustentar que (iii) a jurisdição constitucional é política em razão dos efeitos da sua decisão. Afinal, principalmente, em países onde somente existe o controle concentrado, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade (ainda que, formalmente, possam ser *inter partes*) tendem a refletir em toda a comunidade. Este problema, porém, não afeta somente a jurisdição constitucional.

Com efeito, reclama-se de todo o Poder Judiciário uma sensibilidade especial para os reflexos que as suas decisões podem trazer. Isto não o autoriza, entretanto, a abandonar o mundo jurídico e constitucional para adotar uma postura exclusivamente pessoal ou política sobre o que é justo ou não. É verdade que, aqui, estamos em um ponto no qual se revela difícil separar o jurídico do político, mas, para além de Otto Bachof, segundo o qual não existe uma divisão clara entre questões políticas e jurídicas[38], também, entendemos que não se pode admitir política feita contra o direito.

---

[37] Se, na prática, algum magistrado mostrar-se vinculado aos interesses do Presidente da República ou de algum partido, o próprio ordenamento jurídico oferece instrumentos para corrigir tal situação. André Ramos Tavares lembra, também, que a vitaliciedade dos membros do Poder Judiciário é um outro aspecto que muito contribui para que o Judiciário seja independente (TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 35).

[38] BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Tradução: Rodrigo B. Cano. Madrid: Civitas, 1987. p. 60.

A política somente é válida se estiver dentro do permitido pelo direito, âmbito no qual devem manter-se todos os setores do Poder Público[39].

Esta linha de raciocínio torna-se mais fácil de ser compreendida se voltarmos as atenções para o modelo adotado pela Constituição de 1988, a partir do qual é perfeitamente possível extrair um "parâmetro de justiça"[40]. A materialização do ordenamento jurídico, produzida pela Constituição de 1988, oferece-nos a possibilidade de perquirir a respeito dos ideais de justiça, considerados fundamentais pela sociedade, sem ser necessário apelar para concepções subjetivas ou jusnaturalistas.

Para além disto, é possível que uma decisão judicial seja correta juridicamente, seja justa, mas, ainda assim, implique efeitos problemáticos e desastrosos. Neste caso, seria lícito ao Poder Judiciário abandonar ou, pelo menos, mitigar o rigor da correção e da justiça da sua decisão para evitar que um mal de maiores proporções seja causado?

1.7 O Problema da Reserva do Possível e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade

A resposta a esta indagação é altamente complexa e esconde pressupostos mais profundos, que fogem ao objetivo da presente tese. Mas, neste âmbito, surge um aspecto que a ela está intimamente ligado e que, por isso, precisa ser abordado, ainda que brevemente. A princípio, na fiscalização da constitucionalidade, a atividade jurisdicional deve fundamentar-se tão somente em critérios jurídicos. Uma ação normativa (por comissão ou omissão) será inconstitucional ou não em razão do que prescreve a Constituição e não em razão de interesses políticos, sociais ou econômicos.

---

[39] Novamente, aqui, são aplicáveis as lições de Bachof, que, em outro estudo, asseverou que o direito constitucional não é um direito político, mas um direito para questões políticas (BACHOF, Otto. Estado de Direito e poder político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política, p. 12).

[40] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao direito:* homenagem a Carlos Henrique de Carvalho - o editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995. p. 44-45.

Assim, deve o Magistrado abster-se de verificar os possíveis impactos sociais, econômicos ou políticos que poderiam ser produzidos pelos efeitos da sua decisão.

Este raciocínio, perfeitamente justificável, desde um ponto de vista estritamente normativo, pode, não raras vezes, produzir resultados altamente indesejáveis e prejudiciais para a própria sociedade e, por conseqüência, para o próprio ordenamento jurídico. Não se pretende, aqui, *simplesmente* sustentar que, diante da análise de uma norma, o Judiciário possa aplicá-la quando contrária à Constituição. Mas, estamos diante de uma *delicada* situação, na qual se reclama uma adequada compreensão do fenômeno constitucional.

Modernamente, após a defesa teórica da normatividade constitucional, verificou a doutrina que a Constituição, enquanto norma, conforma a realidade e por ela, também, é conformada. Porque, como leciona Konrad Hesse, a pretensão de vigência da Constituição não pode desvincular-se das condições históricas da sua realização, dentre elas as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais[41]. A isto, pois, o Judiciário deve estar sensível, principalmente porque deve buscar um equilíbrio entre norma e realidade, sem que esta aniquile aquela e nem aquela ignore esta. Por isto que as decisões judiciais não devem estar apartadas de suas conseqüências práticas[42].

É o que adverte Bachof:

> Os tribunais constitucionais consideram-se (...) não só autorizados mas inclusivamente obrigados, ao ponderarem as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. (...) Mas a verdade é que um resultado injusto (...) é também em regra - embora não sempre - um resultado juridicamente errado[43].

---

[41] HESSE, K. La fuerza normativa de la constitucion. In: _____. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 62.

[42] BASTOS, C. R. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997. p. 160.

[43] BACHOF, Otto. Estado de Direito e poder político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política, p. 17.

Afinal, discute-se uma nova postura da Magistratura; reclama-se um Poder Judiciário mais ativo e que seja capaz de responder aos anseios da população na busca pela concretização de todos os direitos consagrados pela Constituição de 1988. Todavia, aquela dúvida - *quais são os limites da jurisdição constitucional na realização desta tarefa?*- aparece de uma maneira mais vigorosa, a partir de questões que se apresentam sob uma perspectiva que, a princípio, pode ser considerada não jurídica: será que o Poder Judiciário pode impor tarefas aos demais Poderes e, em caso de resposta afirmativa, pode impor tarefas que venham a comprometê-los economicamente? De modo mais abrangente, é admissível uma decisão judicial que possa trazer dificuldades para a sua própria concretização, por motivos de ordem econômica ou, mesmo, social ou política?

Seria o caso, por exemplo, de uma decisão judicial determinando ao legislador estabelecer um valor de tal modo elevado para o salário-mínimo, nos termos do art. 7° da CF/88, para imaginarmos os transtornos econômicos que da mesma possam advir, a ponto, inclusive, de prejudicar a sua própria operacionalização, se o magistrado não tiver em conta as possibilidades efetivas de uma tal decisão.

Eros Roberto Grau, em parecer requisitado por Gilmar Ferreira Mendes, analisou minuciosamente a presente questão sob o ângulo do conflito entre dois relevantes princípios: o princípio da obediência às decisões judiciais e o princípio da legalidade da despesa pública. Segundo o seu entendimento, de um lado, o ordenamento jurídico tem como idéia básica a de que todos, incluindo os poderes públicos, devem obediência às decisões judiciais. Por outro lado, a de que, em face de decisões que venham a onerar os cofres públicos, há a incidência de normas que vedam gastos para além da previsão orçamentária, mais especificamente os arts. 167, II, V, VI, 85, VI, 166 e 169 da CF/88.

Esta questão torna-se mais relevante diante do fenômeno conhecido por exaustão orçamentária, quando "inexistem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais. Não há

(...) disponibilidade de caixa que lhe permita cumpri-las"[44]. Em face disso, para o citado doutrinador, se houver não apenas mera alegação, mas inequívoca demonstração de problemas de "caixa", deve prevalecer o princípio da legalidade da despesa e a Administração não deverá "cumprir as decisões do Poder Judiciário"[45].

Em certa medida, concordamos com esta orientação. Principalmente no que se refere à exigência de uma cabal demonstração de que a Administração Pública não tem condições financeiras para cumprir uma decisão judicial. Contudo, nossa conclusão distancia-se em relação à autorização para o descumprimento da decisão com base na existência do conflito entre os supracitados princípios.

É que não vislumbramos a existência desse conflito normativo. Quando a Constituição de 1988 constrói, a partir dos arts. 85, 166, 167 e 169, o princípio da legalidade da despesa, tem em mira situações deflagradas por vontade da própria Administração Pública. Assim, veda-se que esta *realize despesas ou assuma obrigações que excedam o orçamento* (art. 167, II), mas não há incidência de uma tal norma quando a realização de despesa ou o nascimento de uma obrigação decorre, não da vontade da Administração, mas sim de uma decisão judicial.

No campo tributário, nossas preocupações também podem ganhar as mesmas dimensões. Pense-se em um tributo que há anos é destinado ao custeio da educação, mas que, após uma década de vigência, é julgado inconstitucional, em razão de um grave vício, tardiamente descoberto pela doutrina e jurisprudência. Será que, aqui, o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sob o argumento de que, muito embora os contribuintes, em um primeiro momento, tenham o direito à repetição do indébito, esta, se for levada a efeito, provocará graves prejuízos ao patrimônio público e, consequentemente, à sociedade? Ou, indo além, poderia o Poder Judiciário deixar de declarar inconstitucional um tributo para não comprometer o orçamento já estabelecido?[46]

---

[44] GRAU, E. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas - o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 2, p. 144.

[45] Ibid., p. 148.

[46] Garcia de Enterria sustenta que o Juiz constitucional não pode, em nenhum momento, perder de vista, as conseqüências práticas e políticas da sua decisão (GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 179). Lança o mesmo tipo de indagação: "é

Tais indagações situam-se dentro do delicado e complexo tema da Reserva do Possível[47], que, recentemente, vem sendo muito estudado pela doutrina brasileira, principalmente, no que se refere ao problema da efetivação dos direitos sociais e econômicos[48].

Nesta linha, após uma forte euforia constitucional, com o advento da Carta de 1988, verificou-se que por mais otimista que se possa ser em relação aos limites da atuação da jurisdição constitucional, não se pode desconhecer, segundo Ana Paula Barcellos, que "para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado (...), é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo"[49].

Aliás, trata-se de preocupação que não é originária do Brasil. Pelo contrário. Noticia Andreas Krell que "essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (...), que entende que a construção de

---

permitido ou deve declarar ineficaz a execução de uma lei aplicada durante largos anos declarando uma nulidade que privará de suporte a inumeráveis atos jurídicos ou, talvez, derrubar setores administrativos ou econômicos inteiros em razão de uma infração constitucional tardiamente descoberta?" (Ibid., p. 181). Todavia, sustenta que o Juiz constitucional não pode deixar de considerar inválida um lei somente em razão das conseqüências políticas dela advindas. Pois, em "caso de conflito entre o Direito e a política o juiz está só vinculado ao Direito" (Ibid., p. 184).

[47] Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 354.

[48] Normalmente, entende-se que só os direitos sociais e econômicos demandam um certo esforço financeiro do estado. "Já os direitos de defesa", diz Ingo W. Sarlet, "- precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva - podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 259). Todavia, pensamos que todos os direitos dependem, inevitavelmente, da capacidade financeira do estado. Sobre o assunto, em recente estudo, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, corretamente, asseveraram que "property rights depend on a state that is willing to tax and spend. Property rights are costly to enforce. To identify the precise monetary sum devoted to the protection of property rights, of course, raises difficult issues of accounting. But this much is clear: a state that could not, under specified conditions, 'take' private assets could not protect them effectively, either" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. Nova York: Norton, 1999, p. 61).

[49] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236-237.

direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos."[50]

Deste modo, Sérgio Moro lembra que a "reserva do possível constitui (...) severo obstáculo para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestações materiais, estatais ou privadas, porque o juiz não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto", já que "... não se pode olvidar que são escassos os recursos orçamentários"[51-52].

Ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ao impor tarefas ao Poder Público, em razão de uma omissão, o Poder Judiciário depara-se, portanto, não só com possíveis limites normativos, mas, também, com restrições fáticas, decorrentes dos efeitos que a sua decisão pode provocar e que se traduz no sério problema: será viável declarar inconstitucional uma norma ou atribuir efeitos *ex tunc* a tal declaração se esta via mostrar-se mais onerosa e prejudicial do que a manutenção da norma ou do que a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade?

Trata-se, evidentemente, de um *hard case*, porquanto o ordenamento não nos oferece uma resposta prévia para esta questão. O Poder Judiciário vê-se na contingência, novamente, de buscar apoio em *argumentos de princípio* e ponderar sobre qual dos valores em jogo tem mais peso; não só abstratamente, mas em relação às situações em concreto. A insegurança jurídica toma, aqui, proporções bem mais

---

[50] KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 52. Ingo W. Sarlet traz como exemplo uma "decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 261). Esta preocupação, também, é sentida em Portugal, conforme podemos verificar das lições de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 369 e MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 348 *et seq*. Sobre o direito comparado, há uma interessante pesquisa feita por José Adércio Leite Sampaio (SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada...*, p. 844-848).

[51] MORO, Sérgio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 98.

[52] Sobre o assunto, ver, também, KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *A Constituição*

assustadoras aos olhos dos operadores tradicionais e dos leigos, já que podemos dizer que não há outra solução a não ser a tentativa de buscar um consenso, através do discurso/diálogo, da argumentação e do convencimento (presumido ou real).

Para tornar ainda mais complexa essa questão, devemos mencionar que "Reserva do Possível" é um conceito vago, indeterminado e que, na prática, é muito difícil de ser averiguado. Até porque, se analisarmos a partir do ponto de vista *orçamentário*, poderíamos, inclusive, chegar à conclusão de que o Poder Judiciário sempre estará autorizado a, pelo menos, atribuir efeito *ex nunc* às decisões que importassem em algum custo extra para o Governo.

Neste sentido, entendemos que, antes de tratarmos de uma "Reserva do Possível", é necessário trabalharmos com a ausência de "vontade política" na realização dos valores constitucionais. Com efeito, parece-nos que o direcionamento da discussão a respeito da efetividade das normas constitucionais para o campo da disponibilidade financeira do Estado pode transformar-se em uma desculpa perfeita e inquestionável para a não realização dessas. Afinal, "os números não mentem"!

Assim é que, o Poder Público, diante das dificuldades teóricas para sustentar a validade de leis contrapostas à Constituição, sistematicamente tem levantado a bandeira dos prejuízos financeiros que as decisões judiciais podem causar aos cofres públicos. É comum ouvirmos que, se determinada decisão for levada a efeito, haverá um prejuízo fiscal de alguns milhões de reais. Contudo, sem querer, neste capítulo, fechar as portas para uma análise mais profunda da questão, é necessário asseverar que o discurso da "Reserva do Possível" deve ser tomado a sério pelo Poder Judiciário. Não pode este deixar-se levar por qualquer argumentação, que visivelmente tenha o intuito de inviabilizar a concretização de direitos dos cidadãos.

Do contrário, o argumento da "Reserva do Possível" tornar-se-á, inevitavelmente, um forte e intransponível obstáculo ao "desenvolvimento e efetivação judicial de normas constitucionais"[53].

---

concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 29.

[53] MORO, Sérgio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, p. 99.

1.8 O Direito Tributário como Instrumento de Concretização do Estado Democrático de Direito

Neste particular, nosso raciocínio pode ser um pouco mais aprofundado com considerações a partir do direito tributário. Tem-se, então, que a uma atuação mais ativa do Poder Judiciário contrapõe-se à capacidade financeira do Poder Público. Sem dúvida e não há motivos para discórdia, como leciona Clèmerson Merlin Clève, que a Constituição de 1988 exige "uma atuação do Poder Judiciário voltada para a plena realização dos comandos constitucionais. Está-se a referir a um judiciário comprometido com a racionalidade material inscrita na Constituição e, mais do que isso, com uma atuação capaz de compensar, no quadro da pura atividade jurisdicional, as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade humana"[54]. Todavia, não podemos esquecer que "a máxima de que há necessidades e desejos ilimitados e recursos limitados continua válida"[55].

Por outro lado, nosso enfoque não se restringe a esta constatação de que o Poder Judiciário pode ter sua atuação constrangida em razão de problemas financeiros que afetam todo o Estado.

Partimos, aqui, do pressuposto de que a Constituição de 1988 possui um mínimo de coerência e, paralelamente à previsão de gastos com as atuações do Poder Público, estabeleceu recursos suficientes para o custeio dos mesmos.

Neste ponto é que surge o direito tributário como o principal instrumento para a concretização do Estado Democrático de Direito[56]. Como um todo, a Teoria da Tributação da segunda metade do século XX firmou orientação de que o conjunto de normas que formam o direito tributário tem por precípua função a defesa do contribuinte. Estaríamos diante de um conjunto protetivo de normas frente às

---

[54] CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: *Debates*: A Constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, n.º 20, 1999.

[55] BARCELLOS, Ana Paula. op. cit., p. 235.

[56] Sobre o assunto, não se pode deixar de consultar o magnífico estudo de Marçal Justen Filho: Sistema constitucional tributário: uma aproximação ideológica. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, n. 30.

arbitrariedades do Fisco. No embate de forças *Fisco x Contribuinte*, este estaria garantido por uma série de regras e princípios que balizam a atividade daquele.

Porém, esta visão é presa a um determinado modelo de Estado. Assim concebido, o direito tributário nada mais é do que uma decorrência do Estado Liberal. Com efeito, as mudanças estruturais por este sofridas deveriam ter forçado a ciência do direito tributário a verificar que, antes de ser um conjunto de defesas de um seleto grupo de cidadãos, o direito tributário, na conjuntura de um Estado Democrático de Direito, é um forte instrumento para a realização de *uma sociedade livre, justa e solidária.*

A junção de componentes do Estado de Direito e do Estado Social leva, portanto, a uma superação (mas não abandono) da concepção do direito tributário como sendo apenas um *Estatuto do Contribuinte*, porque, para além de regras defensivas e garantidoras dos direitos dos contribuintes, há normas que impõem valores e fins outros ao direito tributário. Pelo que, como ensina Marçal Justen Filho, "o direito tributário é a via de apropriação dos recursos privados para o cumprimento dos fins e funções do Estado"[57], sendo, portanto, "um dos instrumentos mais poderosos para a produção da justiça social"[58].

Com esta argumentação, verificamos que a tributação será tanto maior quanto mais extensas forem as atividades do Poder Público, porque manter o mesmo nível de tributação do Estado Liberal no Estado Democrático de Direito é tornar este inoperante.

Na Constituição de 1988, em que houve uma preocupação especial com a atividade tributária, regulamentou-se minuciosamente as normas de competência. Há todo um sub-sistema ditando quem deve tributar, o que pode ser tributado, quais são os limites e quais são as diretrizes para a tributação. Estabeleceu-se, assim, à luz do

---

[57] Ibid., p. 220.

[58] Ibid., p. 223. Em caminho semelhante é o estudo de Élcio Fonseca Reis: "não há dúvida de que o Estado Fiscal deve buscar nas receitas tributárias sua fonte primária de recursos, que serão utilizados no financiamento das instituições democráticas, na busca dos objetivos impostos pelo Estado Democrático de Direito, ou seja, realização da justiça social, busca da liberdade e da igualdade, traduzidas na dignidade da pessoa humana, diminuição das desigualdades regionais, dentre outras" (REIS, Élcio Fonseca. O estado democrático de direito. Tipicidade tributária. Conceitos

princípio federativo, que todas as pessoas políticas internas possuem competência tributária. E, para além dos vários tributos privativos de cada uma delas, atribuiu-se à União Federal a competência residual em matéria de impostos e contribuições, possibilitando o aumento da carga tributária.

Diante disso, o argumento da "Reserva do Possível" torna-se ainda mais frágil, porque, havendo *seríssimos* problemas financeiros ou orçamentários, decorrentes de uma decisão da jurisdição constitucional, é perfeitamente possível o aumento da carga tributária.

Claro que esta conclusão também é relativa. Afinal, não pode o Poder Judiciário resolver implementar todas as diretrizes constitucionais de uma só vez, sob pena de também levar o Estado à inoperância ou aniquilar, de uma só vez, toda a capacidade contributiva da Sociedade.

1.9 Do Princípio da Normatividade Progressiva e o Direito enquanto Espaço de Lutas

Daí que muitos não compreendem que a força normativa da Constituição não pode ser implementada da noite para o dia. A partir de 1998, quando se completou dez anos da sua promulgação, vários foram os doutrinadores que criticaram a falta de concretização de importantes preceitos constitucionais, lamentando o fato de que, passado tanto tempo, a Constituição, em grande parte, continua a ser uma *mera folha de papel*.

Apesar de compreensível esta atitude, ela não se justifica. O discurso do operador jurídico, por óbvio, deve ser o da completa normatividade do direito e, por conseguinte, de todas as normas constitucionais. Mas, devemos estar cientes de que este atributo não é um dado, pronto e acabado, assim que se promulga um texto legal. Principalmente quando este, como a Constituição, contém princípios cujo teor de normatividade é mais fluído e abstrato. Sobre este assunto, encontramos apoio em primoroso estudo de Celso Antônio Bandeira de Mello, decorrente de uma palestra

---

indeterminados e segurança jurídica. In: *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, n.º 7, p. 48, 2000).

realizada nos idos de 1982 e, portanto, ainda sob o teto de um Estado autoritário, quando esse festejado autor lecionava que muito da força normativa constitucional vem da perseverança em sustentá-la. Pela riqueza das suas palavras, vale a pena transcrevê-las[59]:

> Muitas regras atinentes à Justiça Social correm o risco de persistirem letra morta se não forem avivadas pela prática dos Poderes Públicos e especialmente pela prática jurisprudencial. Ora, ambas são diretamente influídas pela consciência jurídica existente.
> Daí a conveniência da realização e reiteração de estudos que se proponham a aclarar a força normativa de certos preceitos constitucionais, que, a um primeiro súbito de vista, podem parecer inócuos e despidos de força cogente. Perseverar em exibir-lhes a real potestade, contribui para adensar a 'juris comunis opinio' e termina por influir em sua efetiva positividade fática. É este o meio normal por cuja via sedimenta-se o assentimento jurídico sobre a obrigatoriedade de obediência a determinados preceitos, em nome da própria normação instaurada.

E, continua:

> Obviamente, não se imagina que basta atrair a atenção sobre o verdadeiro teor da eficácia que lhes é inerente para solver entraves e dificuldades ubicados em outro sítio: o da realidade sócio-política subjacente. Contudo, pretende-se que a formação de uma consciência jurídica ou sua focalização intensiva sobre a real impositividade normativa das regras constitucionais existentes, concorre para induzir a uma aplicação mais ampla de seus comandos.

Com base nestas lições, podemos dizer que a eficácia de um ordenamento jurídico deve ser vista como um *processo*. Processo este que será tanto mais longo e complexo quanto mais diretiva e compromissória for uma Constituição. Portanto, não é intento nosso sustentar uma posição radical a respeito do assunto, situando-nos ou entre aqueles que entendem ser a Constituição uma norma ou entre aqueles que a entendem ser norma e, também, conselho. Mais, somos contra a imensa expectativa e conseqüente frustração que o discurso da *imediata força normativa global* da Constituição pode causar.

Afinal, como exigir que uma Constituição como a de 1988, transformadora, emancipatória e utópica, possa romper, de um momento para outro, com tradições e pré-conceitos de toda uma cultura estabelecida sob paradigmas completamente diferentes? Vale lembrar que se a Constituição é nova, o mesmo não se verifica com os

---

[59] MELLO, Celso Antônio Bandeira. de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça

seus operadores. Quiçá para se ter uma pronta normatividade da Constituição deveríamos ter, já em 1988, um novo Judiciário, um novo Executivo, um novo Legislativo e (por que não?) uma nova Sociedade!

Mas o direito é um *espaço de lutas*, como bem leciona Clèmerson Merlin Clève[60]. O debate constituinte não termina com a promulgação da Constituição. Prolonga-se nas diárias tentativas de implementação dos valores constitucionais. O tom *transformador* da Constituição de 1988 e a peculiar conjugação de ideais e utopias contrapostas entre si potencializam e acentuam a disputa pela concretização dos interesses constitucionalmente protegidos. Compreensível, até certo ponto, portanto, que, passados mais de treze anos da promulgação daquela, ainda hoje muitas das normas constitucionais não tenham sido efetivadas em sua totalidade, porque estamos em um processo de amadurecimento constitucional jamais visto em nossa história.

Neste contexto, é importante compreender que, até aqui, muito já foi feito, principalmente, para um país, como o Brasil, que, aos sobressaltos, experimentou poucos momentos democráticos[61]. Não alcançamos o ideal de Estado e de Sociedade, mas estamos em processo de consolidação da democracia para abrirmos caminho para o Estado Democrático de Direito prescrito na Constituição de 1988. Não se imagine, também, que será um caminho linear e sem outros percalços. Como democracia nova e pluralista, precisamos ter consciência das inúmeras dificuldades a serem enfrentadas e não esmorecer diante delas, cada vez que se apresentarem. O importante, neste processo de concretização da força normativa da Constituição, é manter firme e inalterável um ingrediente fundamental: a "vontade constitucional"[62].

---

social. In: *9ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Florianópolis, 1982. p. 6-7.

[60] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos:* elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 156 et seq.

[61] Luís Roberto Barroso reforça esta nossa compreensão do fenômeno constitucional brasileiro. "A viagem no tempo reforça a constatação evidente: um País muito melhor do que antes. Conforme o espírito e a ideologia de cada um, pode-se ter maior ou menor apreço pelo elenco; pode-se criticar o enredo, o texto e até, supremo preconceito, a incultura da platéia. Mas é inegável", temos uma história de sucesso. (BARROSO, L. R. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 4).

[62] Sobre a idéia de *vontade constitucional* e sua importância para a força normativa da Constituição, há o clássico trabalho de Konrad Hesse. HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

Portanto - voltamos a repetir - quando se diz que os direitos dependem de recursos financeiros e de uma discricionariedade do poder público no direcionamento destes, antes de tudo é importante verificar se há "vontade política" na concretização de certos valores constitucionais.

Jayme Benvenuto Lima Jr. tem entendimento que em muito se aproxima do nosso. Aliás, este autor é um dos poucos a conjugar a importante temática da "Reserva do Possível" com a necessidade de se pensar a concretização dos direitos humanos, sociais e econômicos a partir da idéia de progressividade. Com isso, também, critica o fato de que a "excessiva importância dada aos recursos financeiros, na verdade, tem impossibilitado a realização de muitos direitos humanos econômicos, sociais e culturais".[63]

Portanto, reconhece-se, aqui, que a atividade da jurisdição constitucional tem limites não só jurídicos, como também fáticos. Porém, estes como aqueles não podem servir de aniquilamento da força normativa da Constituição.

1.10 A Separação de Poderes como Limite à Jurisdição Constitucional

Agora, por sua vez, uma compreensão inadequada da força normativa não pode impor à jurisdição constitucional uma atuação que importe na destruição de institutos da Constituição, inclusive daqueles mais fundamentais. Insere-se, aqui, um outro problema que é o da limitação da jurisdição constitucional através da incidência do princípio da separação dos poderes[64]. Argumenta-se que, pela concepção de tal

---

[63] LIMA JR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 101. Com críticas tão contundentes quanto, Andreas Krell assevera que "o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de 'caixas cheios' do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*; a subordinação aos 'condicionamentos econômicos' relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados 'direitos de segunda categoria' (...) Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado" (KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial*..., p. 54).

[64] Como diz Habermas, "a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes" (HABERMAS, J. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 298). Interessante estudo sobre o assunto é o de Otto Kimminich (KIMMINICH, O. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n.º 92, p. 17-33, 1989).

princípio, o Legislador deve editar leis e o Judiciário deve aplicá-las, não podendo jamais imiscuir-se na função própria daquele. Neste quadro, a jurisdição constitucional somente poderia ser aceita se restrita à simples verificação de agressão ao texto da Constituição, sem contudo regulamentá-la em caso de inércia do Legislador ou, mesmo, substituí-lo[65].

O grande equívoco na compreensão desta específica questão está em pensar que a separação dos poderes é um "conceito lógico jurídico"[66], estruturado e aplicável da mesma forma (i) em todo e qualquer momento histórico e (ii) em todo e qualquer ordenamento jurídico que o acolhe[67]. Além disso, talvez por uma questão de segurança jurídica, mantém-se como paradigma de compreensão deste princípio, a formulação clássica de Montesquieu, em que o Poder Judiciário é apenas *a boca da lei*.

A teoria do direito do século XX encarregou-se, porém, de demonstrar, a partir da já mencionada separação entre texto de lei e norma, que o direito é uma construção de sentido e que, nas lições de Otto Bachof, "em toda interpretação judicial de uma norma sempre existiu, ao mesmo tempo, um desenvolvimento de dita norma e que cada valoração judicial tem implicado sempre um elemento de decisão autêntica e originária sobre o ordenamento jurídico", de modo que jamais algum juiz correspondeu àquela fórmula de Montesquieu[68].

---

[65] Normalmente, do ponto de vista psicológico, quanto mais fundamental for um princípio - como é o caso da separação de funções - maior será a tendência em torná-lo absoluto e a salvo de conflitos normativos. Isto ocorre, também, com o princípio da federação, onde ainda existe uma corrente doutrinária sustentando que o direito brasileiro adotou a mesma configuração desenvolvida pelo direito norte-americano. Consequentemente, v.g., o município não seria um ente federativo. Não abriremos espaço para discutir este assunto. Deixamos registrado, apenas, que, em nosso entendimento, o Município faz parte da federação brasileira.

[66] Sobre a diferença entre *conceito lógico-jurídico* e *conceito jurídico-positivo*, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.

[67] Na linha de Otto Bachof, podemos dizer que não existe nenhum esquema patenteado de divisão de poderes que possa funcionar em todas as épocas e sob os mais diversos quadros sociais. Depende das condições sociais e políticas concretas de uma época e de um povo (BACHOF, Otto. *Jueces y constitucion*, p. 58). No mesmo sentido, se bem preocupado com questão diversa, é o entendimento de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla defesa e conhecimento de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 25, p. 71, 1997).

[68] BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*, p. 24. Mesmo em França já se admite que o Juiz tem uma função criativa. Como lembra Jacqueline Lucienne Lafon, "today a jurisprudence creative of law exists in the different branches of French law" (LAFON, Jacqueline. France. In: VALLINDER, Torbjörn.; TATE, C. Neal (ed.) *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 291).

Em verdade, como todo e qualquer princípio, o da separação de funções[69] não é absoluto, pois, quando inserido em uma Constituição, deve amoldar-se aos demais princípios constitucionais. Não é um dogma[70], mas, sim, um "conceito jurídico-positivo. Ao ângulo jurídico, a separação dos Poderes", leciona Luís Roberto Barroso, "se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrentes do próprio sistema que deseja implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui"[71].

De um lado, é interessante verificar que o princípio em tela passou por uma flexibilização no que se refere às relações entre Poder Executivo e Poder Legislativo. As inúmeras demandas sociais, políticas e econômicas soterraram o legislador, que teve de abrir mão de parcela da sua função típica em favor do Executivo. Surge daí o problema da atividade legislativa primária deste, que, no Brasil, enfrenta a polêmica em torno do instituto da Medida Provisória.

Por outro lado, a história tem demonstrado uma crescente desconfiança para com o Legislador. Verificou-se que o próprio representante do povo é capaz de trair a confiança deste, ferindo os seus direitos. A omnipotência do legislador passa, então, a ser questionada. Diz Clèmerson Merlin Clève que

> a compreensão inicial era, afinal de contas, de que o legislador seria incapaz de ofender os direitos fundamentais, seria incapaz de agredir a igualdade e a liberdade, exatamente porque ele encarnava a vontade popular, e encarnando por meio da representação a vontade popular, sendo ele mesmo o povo, não seria capaz de agredir a si mesmo. A história constitucional demonstrou justamente o contrário. E o curioso é que o sufrágio universal (...) talvez tenha sido o responsável pela compreensão de um novo papel da lei e, ao mesmo tempo, pela visualização da lei como, possivelmente, um instrumento de agressão à Constituição e

---

[69] Sobre a diferença entre *separação de poderes* e *separação de funções*: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

[70] Alexandre de Moraes, também, sustenta que o principio em tela não pode ser visto de modo tão rígido: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*..., p. 72-73.

[71] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 169. Sobre o assunto, clássica é a obra de José Luiz Anhaia Mello, para quem o controle de constitucionalidade dignifica o princípio da separação de poderes, "aplica-o, não o destrói. (...) Na oportunidade em que age a Justiça Constitucional, nos casos de inconstitucionalidade, estamos mais no campo da harmonia ou melhor dizendo, no campo do respeito que os poderes devem ter entre si, conforme os ditames do poder constituinte" (MELLO, J. L. A. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*: as cortes constitucionais. São Paulo: RT, 1968. p. 64-67).

> também aos direitos fundamentais. (...) acabamos por descobrir que a lei não é uma declaração, não carrega necessariamente uma idéia de justiça (...) A lei é o resultado de um amplo debate político e, por isso, a lei não é declaração, (...), a lei constitui. A lei, portanto, é o resultado da atuação no espaço de luta, é a manifestação da vontade política majoritária em dado momento histórico, e essa vontade pode carregar o melhor conteúdo, mas pode, em determinadas circunstâncias, agredir conquistas históricas e até a Constituição e os direitos fundamentais[72].

Por decorrência, modernamente, nota-se um movimento de reformulação das idéias de Montesquieu, porque foram absorvidas de tal forma pela doutrina tradicional, sem crítica alguma, que se tornaram um mito da ciência política ocidental; um mito da organização política perfeita[73], sem o que, inclusive, não se teria Constituição, como pregava a *Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão* de 1789. Segundo Hans-Rudolf Horn, "cresce a convicção de que a teoria clássica de uma separação exata entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário necessita de algumas modificações para atualizá-la. A doutrina do liberalismo clássico, partindo da opinião simplista de que foi necessário separar os poderes públicos para garantir a liberdade do indivíduo, não se mostra suficiente para explicar as funções atuais do Estado"[74].

Se, então, a separação de funções funcionava a contento, em um Estado Liberal, com o fim de garantir a liberdade dos cidadãos[75], é importante lembrar as lições de Konrad Hesse no sentido de que se trata de um "princípio histórico". Afinal, as "doutrinas da divisão de poderes de Locke, Montesquieu ou do federalista, (...), mal tem em comum algo com as dogmatizações posteriores"[76].

---

[72] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia..., p. 54. Também: GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 133; MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais...*, p. 64; BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*, p. 46, 48; e CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'justiça constitucional'. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, p. 31, 2001.

[73] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito em relação:* ensaios. Curitiba: Veja, 1983, p. 69; e _____. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 26.

[74] HORN, Hans-Rudolf. *Justicia constitucional y consenso básico*, p. 1065. Também, MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. In: REIGOTA. João Manoel dos Santos. et al. *Direito, ciência e arte:* estudos jurídicos interdisciplinares. Campinas: Edicamp, 2001. p. 14.

[75] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 35.

[76] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 368.

No mesmo sentido, Loewenstein critica o fato das Constituições do pós 2ª guerra adotarem tal princípio "sem ter em conta a sua superação e distanciamento da realidade do século XX, porque a invenção da teoria da separação de funções esteve determinada pelo tempo e pelas circunstâncias como um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia no século XVII e XVIII"[77].

Há, inclusive, aqueles que, como Hans Girardi, vão mais longe e sustentam que "o princípio da separação dos poderes não tem hoje a mesma relevância de outras épocas"[78]. Logo, se tal princípio passa a ser um empecilho para a realização dos direitos fundamentais, não há motivos para mantê-lo de forma rígida. Com isso, retornaríamos a Loewenstein para sustentar que a separação de funções "não é essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo tempo"[79].

Sob esta ótica, seria perfeitamente possível defender o entendimento de que, enquanto estiver protegendo e realizando a Constituição, a jurisdição constitucional não entra em conflito com os Poderes Legislativo e Executivo, pois cada qual "está no exercício de sua mais estrita atribuição constitucional"[80].

Claro que tal formulação poderia levar ao extremo oposto, em que o Judiciário passaria a acumular as funções de julgador, controlador e legislador. Correríamos até mesmo o risco de inverter radicalmente a proposta de Montesquieu, fazendo do legislador a *boca da jurisprudência.*

Mas esta tensão entre os Poderes Públicos é natural em países que prezam o regime democrático. Ademais, a *era de incertezas*, nascida sob o *pós-modernismo*, rechaça fórmulas prontas e preestabelecidas para resolver problemas de princípio. Diante de dois pólos extremos (por um lado, o aumento da função do controle que leva, necessariamente, a "uma diminuição proporcional do poder do Legislativo e do

---

[77] LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 55-56.

[78] GIRARDI, H. apud FERRAZ FILHO, Tércio Sampaio O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 9, p. 47, 1995.

[79] LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 56.

[80] TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 97.

Executivo"[81], e, por outro, o fato de que a jurisdição constitucional não pode anular a separação de funções[82]), devemos lançar mão daquele que Willis S. Guerra F° chamou de princípio dos princípios: o "princípio da proporcionalidade"[83].

Em cada situação, o Poder Judiciário deverá ponderar sobre os limites de sua atuação. Trata-se de tarefa sobremaneira mais complexa do que a subsunção de um caso concreto à determinada regra[84], mas que o tempo encarregar-se-á de auxiliar na construção de uma *cultura de princípios*, em prol da *optimização constitucional*. Sim, existe um *mínimo irredutível* do princípio em tela, a partir do qual a agressão será contra a própria Constituição e, por óbvio, que a jurisdição constitucional não pode agir neste sentido. Porém, é inquestionável que a separação de poderes não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a concretização e garantia dos direitos do ser humano[85]. Antes, no Estado Liberal, dos direitos de primeira dimensão; agora, em um Estado Democrático de Direito, dos direitos de primeira, segunda, terceira e quarta *dimensões*.

Por isso, concordamos com Ana Paula Barcellos, no sentido de que, a princípio, "a separação de poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle pelo Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, aí incluída a determinação de prestações positivas com fundamento constitucional"[86].

---

[81] BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*, p. 27.

[82] Corretamente, Christian Starck adverte que "Constitutional review will tend, over time, to limit the political freedom to legislate". Por isto que "The judicial interpretation of constitutional goals must take account that the conclusion determines a division of function between Constitutional Court and legislature. If is is not to go astray constitutional interpretation must be guided by the correct function of each organ". In: STARCK, Christian (ed.). *Main principles of German Basic Law: the contributions of the Federal Republic of Germany to the First World Congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983. p. 52.

[83] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 55.

[84] Hans Peter Schneider cita uma decisão do Tribunal Constitucional alemão onde se profetiza que a "elcaboración de un instrumental adecuado que respete la libertad de configuración del legislador será posiblemente una de las tareas principales de la jurisprudencia en las próximas décadas" (SCHNEIDER, Hans Peter Jurisdiccion constitucional y separacion de poderes. In: _____. *Democracia y constitucion*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 196)

[85] BARCELLOS, Ana. P. op. cit., p. 225.

[86] Ibid., p. 217.

O que se tem que observar é a forma como tal princípio foi modelado pelo direito brasileiro, para, então, termos a possibilidade de concluir, de forma segura, se a jurisdição constitucional pode ter uma feição mais ativa, suprindo omissões ou substituindo as incorreções dos demais Poderes.

1.11 Democracia, Princípio Majoritário e Jurisdição Constitucional

Paralelamente ao problema derivado da separação de funções, enuncia-se outra sorte de limitação à jurisdição constitucional a partir da aplicação do princípio da maioria. Este princípio nada mais é do que um resquício do princípio da supremacia do Parlamento, que procura sobreviver em meio à pujança do princípio da constitucionalidade.

Claus Öffe trabalha muito bem com o princípio majoritário. Com ele, podemos concordar que se trata da "regra de decisão mais importante nos sistemas políticos das sociedades industriais modernas do Ocidente"[87]. Esclareça-se que, em verdade, não se trata de um conflito "entre uma minoria e uma maioria, mas sim decorre de uma questão prévia: se o tema a ser decidido é ou não passível de tratamento segundo a regra majoritária"[88]. Mesmo assim, tal princípio não pode ser visto de forma absoluta, pois "há uma multiplicidade de objetos de decisão em que a defesa da liberdade pode conflitar com o princípio majoritário"[89].

Sobre este assunto, porém, visualizamos dois planos de análise. Um primeiro, sobre o qual brevemente enunciamos nosso posicionamento no início deste capítulo, no sentido de que a jurisdição constitucional encontra seu fundamento na própria Constituição, de forma que contra isto não se pode erguer o princípio majoritário. Assim, a vontade da maioria está limitada pela própria idéia de supremacia constitucional. Até porque, se não houvesse controle da Constituição, esta sempre estaria ameaçada. É dizer, se o princípio da maioria for levado à última instância, de

---

[87] ÖFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Tradução: Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 324.

[88] Ibid., p. 327.

[89] Ibid., p. 326.

forma absoluta, não há lei inconstitucional e a Constituição, de rígida, passa a ser flexível e se põe no mesmo patamar das demais leis[90].

Vital Moreira, em brilhante exposição sobre o tema, sustenta, corretamente, que a "vontade da maioria de cada momento (vontade infraconstitucional) não pode prevalecer sobre a vontade da maioria constitucional"[91]. Inclusive, é interessante notar que o princípio majoritário é limitado constitucionalmente não só pela atuação do Poder Judiciário, como, igualmente, na atuação do Poder Executivo, quando este, por exemplo, não sanciona um projeto de lei.

Por esta via, também, não se há de considerar a jurisdição constitucional como antidemocrática, pois tanto ela como a decisão da maioria são "dois processos de desenvolvimento da democracia, cada um dos quais tem a sua própria racionalidade"[92]. Ocorre, apenas, que a decisão da jurisdição constitucional é a última palavra institucional, pois, a princípio, não está sujeita a controle posterior[93]. De qualquer forma, é interessante lembrar as lições de Mauro Cappelletti, para quem parece "bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia"[94-95].

Assim, com as palavras de Louis Fisher, entendemos que

> To call judicial review antidemocratic is tempting, but misleading. The Constitution establishes a limited republic, not a direct or pure democracy. Popular sentiment is filtered through a system of representation. Majority vote is limited by various restrictions in the Constitution: candidates must be a certain age, Presidents may not serve a third term -

---

[90] Até porque, não se pode fechar os olhos para o argumento de Grimm, trazido por Gilmar Mendes, no sentido de que "nos modelos não dotados de um sistema especial de controle de constitucionalidade, eventuais conflitos de índole constitucional resolvem-se pela interpretação da maioria, o que pode acabar por eliminar a possibilidade de qualquer consenso entre as forças políticas" (MENDES, Gilmar. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 462).

[91] MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade..., p. 179.

[92] BRITO, J. de Sousa. e. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, p. 43.

[93] BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional brasileira...*, p. 49.

[94] CAPPELLETTI. M. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 107.

[95] Para André Ramos Tavares, o princípio democrático "não se restringe ao princípio majoritário" (TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 81).

> regardless of what the people want. (...) Majority rule is further constrained by checks and balances, separation of powers, federalism, a bicameral legislature, and the Bill of Rights[96].

Um outro aspecto do problema, refere-se mais de perto aos limites da jurisdição constitucional. Especificamente, situamo-lo naqueles casos em que, dado o caráter aberto da norma constitucional, o legislador infraconstitucional parece ter uma maior liberdade de atuação, de forma que não caberia ao Judiciário repudiar a escolha por ele feita.

Na doutrina estrangeira, notadamente nos EUA, apresenta-se esta questão a partir da disputa teórica entre interpretativistas (literalismo) e não interpretativistas (não literalismo), cada uma destas contendo duas posturas básicas, que merecem ser expostas, ainda que brevemente[97].

Há o interpretativismo estrito ou originalismo, em que se sustenta que os preceitos constitucionais devem ser interpretados de acordo com a vontade dos *fundadores* da Constituição dos Estados Unidos. O Judiciário não pode inovar, limitando-se "a declarar a inconstitucionalidade das normas que contradizem apenas o significado unívoco da Constituição"[98]. E, qualquer elemento de "ativismo judicial, qualquer tentativa de atualização evolutiva de disposições constitucionais vetustas, segundo a nova realidade social, é tida pelos originalistas como ilegítima, pois importaria em uma ação do Judiciário não autorizada pela Lei maior na sua vontade seminal"[99].

---

[96] FISCHER, Louis. *Constitutional dialogues*: interpretation as political process. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 62.

[97] Esta exposição baseia-se, especialmente, no estudo de Javier D. Porras (PORRAS, J. D. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos:* una polémica sobre la interpretación constitucional. Madrid: Dykinson, 1997). No direito brasileiro, verifica-se, ultimamente, uma proliferação de profundos estudos sobre o tema da jurisdição constitucional, voltando-se, particularmente, para a análise do direito norte-americano e das contribuições de autores já consagrados como Habermas, Ely, Dworkin, Perry, Alexy, dentre outros. Não será o caso, aqui, de seguir o mesmo caminho, dado que o objetivo do presente trabalho é outro. Mas, para um completo panoramo do assunto, sugerimos a leitura dos seguintes textos: SOUZA NETO, C. P. de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional brasileira...*; e, também, SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada...*

[98] PORRAS, J. D. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, p. 8.

[99] BINENBOJM, G. A nova jurisdição constitucional brasileira..., p. 95.

No Brasil, não encontramos autor ou jurisprudência que tenha pretendido levar a sério este entendimento, que muito se assemelha ao que aqui conhecemos por interpretação da vontade do legislador[100]. "Cuida-se da tarefa de investigar a vontade do legislador histórico, através do estudo do processo de criação do texto legal que se está a interpretar"[101]. Uma situação típica pode ser encontrada na análise do art. 150, VI, *d* da CF/88. Este dispositivo constitucional estabelece a conhecida *imunidade de livros, jornais, periódicos e do papel destinado à sua impressão*. Com o rápido avanço tecnológico, realizado no mercado editorial, verifica-se que tais objetos circulam sob outras formas que não tão somente o papel. Fala-se, agora, também, em *livro eletrônico*, abarcando a publicação em outros suportes físicos.

Entretanto, quem estiver apegado à vontade original do constituinte pode entender que quando a publicação for feita em CD Rom ou estiver à disposição na internet (para download ou não) deixa de ser considerado um livro ou periódico. Isto porque, como lembra Oswaldo Othon de P. Saraiva Filho, foi objeto de rejeição pelo Constituinte proposta de Ives Gandra para que fosse ampliada a imunidade do art. 150, VI, "d", e, assim, atingisse aqueles bens.[102]

Mesmo nos Estados Unidos, lembra-nos Luís Roberto Barroso, verificou-se exótica decisão baseada no originalismo, em que a Suprema Corte americana "no julgamento de Omstead vs. United States (...) considerou que a interceptação não violava a 4ª Emenda (que veda provas ilegais e buscas e apreensões sem ordem judicial) porque, quando seu texto foi redigido, em 1791, não existia telefone"[103].

---

[100] Segundo Pontes de Miranda, "Já Bacon de Verulam considerava a 'vontade do legislador' como *idolum fori*, *idolum theatri*, *suppositio phantastica*; e, decerto, como encobrir o fetichismo e a natureza subjetivista de tão obscuro conceito? Qual a vontade do legislador, se eram muitos ou se o texto pode não ter sido querido por nenhum deles? O que é admirável é a obstinação, com que gerações e gerações passaram a procurar descobrir, e a resolver em nome de coisa fantástica" (MIRANDA, F. P. de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Tomo 2, Campinas: Bookseller, 2000. p. 217).

[101] SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 125.

[102] SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon. de P. Imunidade tributária. In: MARTINS, I. G. da S. (Coord.). *Imunidades tributárias*. São Paulo: RT, 1998, p. 343.

[103] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 134.

Em nosso entender, o grande problema do originalismo[104] encontra-se na dificuldade de se determinar (i) a vontade dos *constituintes* e (ii) as várias fontes para se alcançá-la[105]. De forma mais específica, Dworkin também demonstra a dificuldade em se saber qual vontade que prevaleceu na votação da Constituição. Afinal,

> um determinado representante pode não ter tido nenhuma intenção sobre certa questão, ou sua intenção pode ter sido indeterminada. As dificuldades obviamente aumentam quando tentamos identificar a intenção do Congresso ou de uma convenção constitucional como um todo, porque se trata de uma questão de combinar intenções individuais em alguma intenção de grupo geral. Mesmo quando cada congressista ou representante tem uma intenção determinada e averigüável, a intenção do grupo pode (...) ser indeterminada[106].

Enfim, é possível dizer que a *original intent* depende de quem esteja interpretando a Constituição, o que a torna praticamente incerta. Afinal, o que pode ser hoje interpretado como a vontade original dos constituintes, pode não ser aceito amanhã e assim por diante.

Isso não significa que devemos abandonar os elementos históricos contidos na formação das leis e, principalmente, da Constituição. Pelo contrário, "os materiais legislativos podem servir como um bom instrumental na atividade interpretativa, podendo auxiliar o intérprete em sua busca de descobrimento do sentido da lei, conquanto, face às próprias peculiaridades do processo legislativo, devam ser sopesados com cautela e utilizados com circunspecção"[107].

Aliás, é muito comum o operador jurídico utilizar-se de expressões que indiquem que sua interpretação obtém respaldo na vontade do legislador. E o faz com o nítido intuito de reforçar a sua linha de argumentação e convencer os seus interlocutores.

Mas o interpretativismo estrito também traz bastantes dificuldades. Mesmo se fosse possível identificar a vontade do legislador, a sua adoção não seria recomendável, pois pode produzir uma *petrificação do direito e da sociedade*. As

---

[104] Para outras considerações críticas sobre os problemas do interpretativismo, v. FISHER, Louis. Constitutional dialogues: interpretation as political process, p. 65 et seq.

[105] PORRAS, J. D. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, p. 48.

[106] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 50. Nesta obra, Dworkin critica, também, a distinção entre as teorias interpretativistas e não-interpretativistas (Ibid., p. 44 e ss.).

[107] SILVA, Celso. de A. *Interpretação constitucional operativa*, p. 126.

relações sociais, econômicas e políticas seriam, em razão do seu instinto natural, impulsionadas para a evolução, mas estariam, artificialmente, presas a concepções jurídicas historicamente ultrapassadas.

Teoricamente, o originalismo levaria ao lado oposto da disputa sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, pois a tentativa de impor um limite radical a esta cairia no próprio questionamento da legitimidade dos fundadores em aprisionar eternamente os destinos de uma sociedade[108]. Até porque, por exemplo, o processo de elaboração da Constituição norte-americana não é dos melhores exemplos de legitimidade, já que o mesmo se realizou praticamente às portas fechadas.

Há, porém, um interpretativismo moderado, que pode, eventualmente, adaptar-se ao direito brasileiro. Esta postura defende que existe "um significado unívoco para os preceitos constitucionais, mas que não decorre da vontade dos constituintes e sim de um processo de construção a partir das premissas constitucionais"[109]. Aqui, é necessária uma atitude ativa da jurisdição constitucional.

Ronald Dworkin, segundo Javier Porras, é um dos autores que se encaixa nesta corrente. Para o festejado professor de Oxford e Nova York, que desenvolve seu raciocínio a partir da distinção entre *conceitos* e *concepções*[110], há somente uma concepção verdadeira e se não for esta a escolhida pelo legislador, pode haver uma declaração de inconstitucionalidade. "É dizer, a Constituição tem um significado unívoco, inclusive naqueles preceitos nos quais se estabelece um conceito e não uma concepção"[111]. Ocorre que as concepções devem ser atualizadas pelo Poder Judiciário, a partir da manipulação dos princípios, que são *standards* de justiça[112].

---

[108] Imagine-se, por hipótese, se a Constituição dos EUA tivesse sido promulgada na época da grécia antiga, qual seria o grau de dificuldade dos originalistas em tentar reger a sociedade atual pelos parâmetros então vigentes!

[109] PORRAS, J. D. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, p. 8.

[110] Ibid., p. 77.

[111] Ibid., p. 79. É para sustentar esta idéia que Dworkin lança mão da hipotética figura do juiz Hércules, dotado de habilidade e conhecimento tais que o possibilitam encontrar *a única resposta correta*. Um dos problemas que se levanta, aqui, é: "o que ocorre se tivermos dois Hércules? Ambos (...) podem alcançar várias respostas não equivalentes porém igualmente bem fundadas" (AARNIO. Apud. PORRAS, J. D. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, p. 84).

[112] CLÈVE, Clèmerson Merlin. As modernas formas de Interpretação Constitucional. In: Congresso Brasileiro de Direito Constitucional: 10 anos de Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 42. Por isto, não se pode dizer que, para Dworkin, "os juízes e os advogados podem

Na sua luta contra o positivismo, Dworkin busca juntar o direito com a ética e a política e fazer uma leitura moral da Constituição, porque o ordenamento não é somente formado por normas. Nele há, também, os princípios. Mas, não se trata de uma posição jusnaturalista, já que "os princípios morais não resultam de um processo 'contemplativo', mas, ao contrário, de um processo 'construtivo'. Com efeito, Dworkin supõe que a argumentação moral constrói historicamente princípios capazes de justificar as instituições da sociedade"[113]. É o que se passa com as cláusulas da igualdade e do devido processo legal. "Nosso sistema constitucional descansa sobre uma determinada teoria moral, a saber, que os homens têm direitos morais contra o Estado. (...) Por conseguinte, um tribunal que assuma a tarefa de aplicar plenamente tais cláusulas como direito deve ser um tribunal ativista no sentido de que deve estar preparado para formular e resolver questões de moralidade política"[114].

Contudo, os juízes não possuem discricionariedade e não estão autorizados a emitir decisões baseadas em sentimentos pessoais. Afinal, para os casos difíceis, devem ser obedecidos os princípios, os quais possuem o mesmo conteúdo deontológico que as demais normas[115]. Assim, os Tribunais devem "tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral"[116].

Neste passo, a jurisdição constitucional é contra-majoritária, pois a essência do direito é que um indivíduo tem o direito de proteger-se contra os desejos da maioria[117] e até mesmo contra o interesse geral. Nas palavras de Maria da Assunção Esteves:

---

livremente legislar qualquer teoria moral. Até certo ponto estão limitados pelos materiais com que trabalham: Constituição, estatutos, princípios de direito comum. O poder do juiz não é o de impor a sua própria moral" (WOLFE, Christian. *La transformacion de la interpretacion consitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 466).

[113] CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva:* elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 187.

[114] DWORKIN, R. *Los derechos en serio.* Barcelona: Ariel, 1997. p. 230-231.

[115] CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva...*, p. 189.

[116] DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*, p. 101. Mais adiante continua: "Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião, nem de profecia. Chamo isso de Direito" (p. 103).

[117] DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, p. 229.

> o fundamento da 'judicial review' é a protecção dos direitos dos indivíduos e das minorias e sustenta a prioridade dos 'arguments of principle' sobre as 'policies', ou seja, a prioridade dos direitos individuais sobre os fins colectivos, assumindo deste modo uma concepção liberal-democrática do constitucionalismo - concepção antecipada na afirmação de Kant de que a função do Estado era a realização do Direito (...) e não a realização de fins de bem-estar ou de polícia[118].

Este pensamento de Dworkin, porém, não pode ser trazido para o direito brasileiro. Trata-se de "uma teoria particular, pensada para explicar e justificar um determinado modelo jurídico-político, no qual se respeitem os direitos dos indivíduos"[119]. Mais do que isso, em um país como o Brasil, os *argumentos de política*, relegados a um segundo plano por Dworkin, aqui, também, são *argumentos de princípio*. Melhor dizendo, não se concorda com esta divisão, pois uma decisão baseada no *bem estar social* pode ser tão válida quanto uma outra, apoiada em um direito individual, porque no constitucionalismo de um Estado Democrático de Direito, fala-se em até quatro dimensões de direitos e não somente em uma - as dos direitos individuais - que, em várias situações, até mesmo poderão entrar em conflito.

O interpretativismo ganha oposição mais ampla dos não-interpretativistas. Temos, então, um não-interpretativismo moderado ou teoria da deferência judicial, que restringe a revisão judicial à análise dos preceitos constitucionais claros, pois em caso de cláusulas vagas ou indeterminadas, a interpretação que deve prevalecer não é a do Judiciário, mas sim a da autoridade competente para regulamentá-las[120]. John Hart Ely seria um renovador desta postura[121], com uma teoria procedimental, chamada *representation-reinforcing*, pela qual, "no que respeita aos valores mais substanciais do que os do processo democrático, os juízes constitucionais não têm senão que respeitar a vontade da maioria"[122]. Segundo Garcia de Enterria, o "enfoque que Ely propõe é análogo ao que nos assuntos econômicos se chama 'orientação antitrust', no

---

[118] ESTEVES, Maria da Assunção. *Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário*, p. 128.

[119] PORRAS, J. D. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, p. 83.

[120] Ibid., p. 9.

[121] Ibid., p. 101.

[122] BRITO, J. de Sousa. e. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, p. 41.

sentido de que a intervenção se produz unicamente quando o mercado (político, no caso) está mal constituído". Assim, "em uma democracia representativa, a determinação dos valores deve ser feita por nossos representantes eleitos"[123].

Em certa medida, o pensamento de Habermas também pode ser visto sob esta perspectiva. Segundo Gustavo Binenbojm, "sua teoria pressupõe (...) uma justificação procedimental (...) dos direitos fundamentais, que passam a ser compreendidos como condições viabilizadoras da participação dos cidadãos na formação do consenso democrático"[124].

Com efeito, sustenta o filósofo alemão que "na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos"[125]. Assim, "o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos (...) e examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático"[126-127].

Em que pese o respeito pelo profundo e complexo raciocínio de Habermas, não podemos deixar de consignar, em poucas linhas, que o mesmo, também, não se adapta ao direito brasileiro. Seria um golpe muito forte contra a normatividade constitucional da Carta Magna de 1988 limitar a jurisdição constitucional a uma atuação voltada apenas à verificação do respeito ao processo deliberativo, deixando-se de lado grande parte dos valores nela embutidos.

---

[123] GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 220-221.

[124] BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional brasileira...*, p. 108. Todavia, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, "a perspectiva habermasiana não inclui (...) as exigências de participação popular efetiva inscritas no modelo de Häberle, mas tão-somente condições possibilitadoras da participação" (SOUZA NETO, Cláudio P. de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, p. 325).

[125] HABERMAS, J. *Direito e democracia...*, p. 321-322.

[126] Ibid., p. 326.

[127] Ver, também, CATTONI, Marcello. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos 2001. p. 245 e ss. e MALISKA, Marcos. A. Acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade. In: *Crítica Jurídica*: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, Curitiba: Faculdades do Brasil, n. 18, p. 131 e ss., 2001.

Mas o problema mais profundo que visualizamos em relação a esta questão é que, se de um lado a jurisdição constitucional não é antidemocrática, pois a restrição ao princípio majoritário parte da própria Constituição, de outro, também, não se tem como defender a tese da jurisdição constitucional ser pura e simplesmente contra-majoritária, porque teria por função proteger a vontade da minoria contra as decisões tomadas por um grupo político majoritário.

De fato, em uma democracia, a vontade da maioria não pode oprimir a minoria, nem lhe retirar o direito de voz e de participação. Afinal, como lecionava Geraldo Ataliba, "toda minoria deve ter efetiva e real garantia de possibilidade de transformar-se, pela discussão, pregação e crítica, em maioria. A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas"[128].

Contudo, tomando de empréstimo as palavras de José Adércio Leite Sampaio, não se pode fazer "do tribunal um outro palanque para a revanche de uma luta política perdida para a maioria do Parlamento"[129]. É dizer, não é função da jurisdição constitucional sustentar uma posição minoritária, porque, em nosso entendimento, esta ou a majoritária sempre terão guarida se as suas pretensões estiverem de acordo com a Constituição, de forma que não é só porque houve decisão majoritária que se tem uma agressão ao texto constitucional. Além do mais, é processo normal das leis a sua aprovação por uma *maioria*!

Por outro lado, uma inconstitucionalidade pode dar-se, inclusive, por vontade unânime dos representantes do povo. Pode ser que, em razão de um déficit qualquer de representatividade, um grupo político, representante de uma minoria, deixe, momentaneamente ou não, de defendê-la e passe a votar em algumas matérias de acordo com os desejos do grupo majoritário. Neste caso, por óbvio, que a jurisdição constitucional não estará impedida de atuar, com base no argumento de que se até mesmo os representantes da minoria votaram a favor (por exemplo, de uma discriminação contra grupos minoritários) é porque a lei, em verdade, não ofende a

---

[128] ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 98.
[129] SAMPAIO, José Adércio Leite. L. *A Constituição reinventada...*, p. 78.

Constituição. Em suma, a legitimidade da jurisdição constitucional não está vinculada ao modo como a lei foi aprovada.

Se assim não fosse, teríamos também um problema de difícil resolução em relação àqueles atos normativos que emanam de apenas uma pessoa, a saber, do Poder Executivo. Aqui, então, fica claro que a idéia da jurisdição constitucional ser contra-majoritária não está ligada apenas ao processo de aprovação do ato, mas sim à sua representatividade. Se ela representa ou não os interesses de uma maioria.

Contudo, mesmo sob este prisma, tal caracterização da jurisdição constitucional não é admissível, pois, como já dissemos, a inconstitucionalidade deve ser verificada à luz da Constituição e não do interesse político de algum setor da sociedade. Em suma, a jurisdição constitucional deve apenas estar preocupada em saber se a lei está ou não em acordo com a Lei Fundamental.

Por sua vez, ao lado do não interpretativismo moderado, tem-se o não-interpretativismo estrito, pelo qual, "diante de cláusulas constitucionais vagas, o juiz deve estabelecer uma interpretação única em cada caso, mesmo que ela não provenha inteiramente da Constituição"[130].

Entretanto, também não concordamos com este entendimento, que, eventualmente, pode ser razoável em outros ordenamentos jurídicos, como no caso dos EUA. É que, a partir da premissa de que a Constituição de 1988 é Lei Fundamental, qualquer atuação da jurisdição constitucional que ultrapasse os seus limites estará rompendo com essa característica de Lei Suprema.

1.12 Em que consistiria o *ativismo judicial* no Direito Constitucional Brasileiro?

De fato, o maior problema em relação à jurisdição constitucional no Brasil refere-se aos limites da sua atuação frente à necessidade da implementação normativa de todos os dispositivos da Carta Magna. Esta questão é relevantíssima, pois não se pode simplesmente transplantar a discussão da doutrina norte-americana e pensar que, com isso, encontraremos alguma solução satisfatória. Afinal, uma das maiores

---

[130] PORRAS, J. D. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, p. 9.

polêmicas em torno da atuação do Poder Judiciário nos EUA, mas que, à luz do direito brasileiro não seria considerada como exemplo de ativismo judicial, decorreu de uma postura de resistência daquele em aceitar "a evolução do Estado de Direito, baseado nos postulados do liberalismo (tanto econômico como político), ao Estado social e democrático de direito, que incluía o reconhecimento de direitos de caráter social e o intervencionismo econômico do Estado para corrigir o individualismo liberal"[131].

Aqui, se considerarmos que toda a Constituição de 1988 é norma, o Poder Judiciário brasileiro deve ter um papel atuante, mesmo que isso possa causar certo desconforto perante aqueles que ainda se encontram presos a uma visão mais tradicional do princípio da separação de funções.

Claro que o Poder Judiciário encontra limites nesta tarefa, pois não pode aniquilar o Legislativo e acumular as funções de julgar e legislar. Neste particular, emprestamos a posição de I. Maus, para sustentar que em "nenhum nível do processo de decisão o poder político pode simplesmente legitimar-se pelo direito que ele mesmo normatizou"[132].

Mas a determinação desses limites não se faz *a priori*[133-134]. Até porque entendemos que o ativismo judicial, no Brasil, é mais complexo, apresentando-se em dois sentidos: negativo e positivo.

O ativismo negativo funda-se em uma atuação corretiva do Poder Judiciário, mas em setores considerados arredios a qualquer interferência externa, como no caso das questões políticas[135]. Trata-se de assunto dos mais delicados, no qual Paulo

---

[131] FERNANDEZ, Ana María Bravo. Separación de poderes en Estados Unidos. Corte Suprema frente a Legislativo y Executivo entre 1933 y 1937. In: *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*: curso 1993-1994. Madrid, p. 54, 1995.

[132] MAUS, I. apud HABERMAS, J. *Direito e democracia...*, p. 324.

[133] Não se pode esquecer, também, que o Poder Judiciário está limitado pela experiência jurídica, condensada pela história do direito e pela evolução da dogmática jurídica, não sendo jamais uma atividade criadora totalmente livre. Se o Juiz não é mero leitor da ordem jurídica, também não pode abandoná-la, pura e simplesmente.

[134] Com outras considerações, há um interessante trabalho sobre *ativismo judicial*, de autoria de Evandro Gueiros Leite, ministro aposentado do STJ (LEITE, Evandro G. Ativismo judicial. In: *STJ: dez anos a serviço da Justiça*, v. VI, Brasília, Consulex, p. 29-55, 1999).

[135] Didaticamente, podemos trabalhar com a divisão apresentada por Cristiano Viveiros de Carvalho em (i) questões políticas do tipo *interna corporis* e (ii) questões políticas *em sentido estrito* (CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 105). Para um estudo aprofundado do problema, com reflexões interessantes sobre o direito

Bonavides entende que a dificuldade "em caracterizar o que seja questão política para fazê-la defesa ao exame de constitucionalidade dos juízes e tribunais é tanto maior quanto se politizaram no Estado social contemporâneo os direitos individuais, com a perda conseqüente daqueles traços que na época do liberalismo tão nítida fizeram a fronteira entre o indivíduo e o Estado. As regras de distinção se afrouxaram"[136-137].

Ocorre que há um forte segmento doutrinário e jurisprudencial que reluta em aceitar a possibilidade de controle de questões políticas, já que estariam dentro do campo da liberdade de conformação e atuação dos poderes públicos.

Outra parcela da doutrina sustenta que o controle é possível quando houver violação de direitos individuais. É o pensamento de Bonavides[138], dentre outros.

Enfim, há autores que entendem ser necessário o controle de todo e qualquer ato político que afronte o texto constitucional. Vital Moreira, corretamente segundo pensamos, defende a posição de que não se trata do juiz limitar-se a pretexto de estar diante de *questões políticas*, pois se o legislador estiver vinculado pela Constituição e a violou neste particular "não resta ao juiz constitucional senão tirar a conseqüência da inconstitucionalidade, independentemente da natureza, 'política' ou não, das questões envolvidas"[139-140].

Nesta perspectiva, pode-se afirmar, na esteira de Fábio Comparato, que o juízo de constitucionalidade deve verificar se os atos políticos são compatíveis com os

---

comparado, tem-se a tese de José Adércio Leite Sampaio (SAMPAIO, J. Adércio Leite. *A Constituição reinventada...*). Ver, também, VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 57-58, p. 46 e ss., 1981; QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 49; e SILVA FILHO, Derly Barreto. e. Controle jurisdicional dos atos políticos do poder executivo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 8, p. 123-134, 1994.

[136] BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 290.

[137] Lourival Vilanova sustenta semelhante entendimento: "é difícil demarcar materialmente quais os atos que se inscrevem sob a fórmula 'questões políticas'" (VILANOVA, L. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal, p. 52).

[138] BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, p. 292.

[139] MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade..., p. 194.

[140] No mesmo caminho, SILVA FILHO, Derly B. e. Controle jurisdicional dos atos políticos do poder executivo, p. 131.

objetivos constitucionais e, também, "com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade"[141].

Porém, não vamos tão longe a ponto de sustentar o entendimento de Cristina Queiroz, para quem "o 'acto de governo' como categoria jurídica autónoma, pura e simplesmente, não existe. Todos esses actos são afinal objectos de um 'direito judicial de controle', desde que para tanto se proceda a uma interpretação jurídico-constitucional 'adequada' das normas de competência das diferentes jurisdições"[142].

Isso porque há certos atos dos poderes públicos que, efetivamente, não podem ser controlados pelo Poder Judiciário, mas que, por outro lado, também, não suscitam qualquer ofensa à Constituição. Veja-se, por exemplo, o ato de exoneração de um Ministro de Estado. Nele, a princípio, não há possibilidade alguma de vislumbrarmos uma inconstitucionalidade, por mais criativa que nossa imaginação possa ser.

Contudo, a partir do momento em que um ato, político ou não, intentar uma agressão ao texto constitucional, então será necessária a intervenção do Poder Judiciário. Nosso entendimento, portanto, é simples e se resume a dizer que a discricionariedade que caracteriza o ato político não o torna imune e incontrolável. O que variará será a extensão e o grau de controle, que, efetivamente, não tem como ser mensurados *a priori*.

Exemplo típico deste problema encontramos no âmbito da Medida Provisória. O art. 62 da CF/88 estabelece que o Presidente da República pode utilizá-la somente em *caso de relevância e urgência*. Todavia, se a existência destes pressupostos não for controlável pelo Judiciário, será o mesmo que entender que o chefe do Executivo é livre para legislar através de Medida Provisória. A doutrina pátria não discorda quanto a isto[143]. Há restrições, apenas, no âmbito jurisprudencial, muito embora, timidamente, tem-se notado um certo progresso[144].

---

[141] COMPARATO, Fábio. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso A. Bandeira de. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2*: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 356.

[142] QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p. 127.

[143] Sobre o assunto, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 229 et seq.; NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 90 e ss. Mais delicado seria, por exemplo, o controle de atos como a declaração de guerra (Art. 86, XIX da CF/88) ou a nomeação de ministros para o Supremo Tribunal

O problema do controle dos atos políticos permeia, também, mas não exclusivamente, a análise do que chamamos de ativismo positivo. Aqui, não há lugar para uma atuação corretiva/substitutiva do Poder Judiciário, mas, antes, substitutiva em relação às ações/omissões dos demais Poderes. Por isso, a jurisdição constitucional torna-se mais incômoda e, assim, suscetível a críticas mais severas. Afinal, já se disse acima que se nenhum poder gosta de ser controlado, com maior razão não admitirá injunções que direcionem a sua atividade.

No direito brasileiro, esta questão adquire foros de maior relevância diante da existência de uma Constituição dirigente e compromissória e da necessidade de instrumentos que possam levar à completa concretização das normas constitucionais que impõem tarefas aos demais poderes públicos[145].

Na doutrina, há autores, como Sérgio Moro, que raciocinam no sentido de que se não há proibição expressa no texto constitucional, então não se pode negar poder ao Judiciário de suprir omissão legislativa[146] e, por outro lado, autores, como Otto Bachof, para quem o Tribunal Constitucional atua mais como um órgão que corrige as irregularidades de outros e que somente pode atuar repressivamente[147-148].

Entretanto, para este tipo de questão, também não se tem uma resposta pronta e definitiva. Podemos enunciar algumas linhas gerais, sem contudo quedar em um desses dois extremos. O ponto de partida é a verificação de que a omissão dos poderes

---

Federal. Mas, segundo o entendimento esposado acima, qualquer ato público que atentar contra a normativa constitucional será passível de controle.

[144] ADINMC 22150/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJU I de 28.04.00, p. 71.

[145] Também há este tipo de preocupação no direito português. Recentemente, Cristina Queiroz defendeu que "os direitos económicos, sociais e culturais não se apresentam como 'tarefas não justiciáveis'. Não podem ser relegados para o estalão de normas isentas de validade jurídica, isto é, de normas unicamente detentoras de uma validade moral ou política, simples 'programas políticos', 'apelos a instâncias políticas', cuja realização ou cumprimento seria garantido pelo recurso à publicidade, mas não pelo recurso ao poder judicial." (QUEIROZ, Cristina. Jurisdição constitucional e interpretação constitucional. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976:* evolução constitucional e perspectivas futuras. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. p. 581).

[146] MORO, Sérgio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, p. 84.

[147] BACHOF, O. *Jueces y constitución*, p. 59. No mesmo sentido, Vital Moreira (MOREIRA, V. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade..., p. 195-197).

[148] É, também, o entendimento de Canotilho (CANOTILHO, J. J. G. Jurisdição constitucional e intranqüilidade discursiva. In: MIRANDA, J. (org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 883).

públicos não pode passar incólume. Em uma Constituição como a de 1988, a liberdade de conformação do legislador e do Executivo é reduzidíssima, ao mesmo passo em que os poderes da jurisdição constitucional são ampliados[149]. Porém, o ponto crítico da jurisdição constitucional brasileira está no excesso de instrumentos e na ausência de resultados satisfatórios para as demandas que se põem em pleno início de século XXI. Com efeito, é importante repisarmos nosso entendimento de que a jurisdição constitucional de hoje, no Brasil, não pode atuar, espelhando-se seja no modelo que se tinha há mais de cem anos, seja no modelo de outros países. Por isso, à luz da disciplina ofertada pela Constituição de 1988, não hesitamos em sustentar que tanto o que chamamos por ativismo negativo como por ativismo positivo devem ser exercidos pelo Poder Judiciário brasileiro, desde que se encontre respaldo naquela. Podemos, inclusive, tomar emprestadas as palavras de José Adércio Sampaio, para dizer que

> a força política da Corte e seu vigor em enfrentar as situações-limite vão residir na capacidade de sua atuação firme e destemida, na catálise da multiplicidade de expressões da vida política e social, na intermediação presente na tensão entre a norma e a realidade, na sua legitimação e afirmação por esse resultado que fomenta o consenso, evita a ruptura e medo de fugirem os dedos além dos anéis.[150]

Porém, como se vê, nossa conclusão não indicou, objetivamente, quais são os meios constitucionais que servem para apoiar uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional. Deixamos isto, propositadamente, para o próximo capítulo.

1.13 O Controle da Jurisdição Constitucional

Por outro lado, a postura que sustentamos até o momento enfrenta muitas resistências. De um lado, porque não impõe limites claros à atuação do Poder

---

[149] Como diz Oscar Vieira: "Os tribunais passam de uma posição meramente negativa ou de bloqueio, para uma situação em que lhes são atribuídas competências positivas. Se a implementação da vontade constitucional depende em larga medida de uma ação positiva dos poderes públicos e essa não existir, a sociedade recorrerá ao judiciário para ver realizar seus direitos constitucionais. A atribuição de poderes positivos ao poder judiciário, para suprir essas omissões, provoca dificuldades tanto técnicas, como de justificação do seu poder, frente a uma teoria democrática. Isto porque não estão os juízes treinados para a função de 'decision makers', nem legitimados democraticamente para isto" (VIEIRA, Oscar. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política, p. 35).

[150] SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada....*, p. 339.

Judiciário e, por outro, porque esta seria, a princípio, incontrolável. Com efeito, em sua maioria, os sistemas jurídicos modernos apostaram no controle judicial da validade dos atos dos poderes públicos. Se há normas a serem obedecidas, deve haver um controle e o Judiciário foi o escolhido para uma tal importante função. Considera-se este, portanto, como tendo a última palavra a respeito das questões jurídicas[151]. No direito brasileiro, é assim, basicamente, que se estrutura o sistema de fiscalização da constitucionalidade, pois que não vislumbramos a possibilidade de um controle para além da decisão em última instância do Supremo Tribunal Federal. E, não poderia ser diferente, porque, do contrário, cairíamos em uma situação semelhante a de um "jogo de espelhos"; sem fim.

Contudo, não deixamos de reconhecer que esse tipo de preocupação é importante, afinal quem assegura que o órgão investido da função de fiscalização, também, não incorrerá em equívocos, alguns até mais prejudiciais do que aqueles contidos nos atos controlados? Mais importante. Se a Constituição é norma suprema, então, inclusive, os atos do Poder Judiciário devem ser fiscalizados, pois, em momento algum, podem ir contra aquela. Dalmo Dallari, há mais de vinte e cinco anos, muito embora tendo reconhecido uma situação excepcional do Poder Judiciário, pois é o julgador de seus próprios atos, defendeu uma tal posição, porque, se assim não fosse, "estaria sendo criada uma área de arbítrio, sempre dotada de um grande perigo potencial e frontalmente contrário à doutrina da supremacia da Constituição"[152].

Tal questão, porém, se não for bem conduzida, pode, inclusive, levar-nos a reabrir o problema da legitimidade de base da jurisdição constitucional. Afinal, se não há controle do Poder Judiciário, este seria antidemocrático e, portanto, inadmissível perante o Direito Constitucional moderno.

Entretanto, para além de sabermos que uma decisão judicial é, em certa medida, controlável pela repercussão social e política que possa ter, parte da doutrina

---

[151] Por exemplo, MAGIERA, Siegfried. The interpretation of the basic law. In: STARCK, Christian (ed.). *Main principles of German Basic Law: the contributions of the Federal Republic of Germany to the First World Congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1983, p. 103.

[152] DALLARI, Dalmo. Controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, p. 159.

vislumbra a possibilidade da interferência do Poder Legislativo para alterá-la[153]. Não se trata de qualquer interferência, é verdade.

Há situações (i) em que, após a aplicação de uma norma pelo Poder Judiciário, o Poder Legislativo convence-se de que é necessária a alteração da lei, para fins de neutralizar (para o futuro) a decisão judicial, que se mostrou indesejada. É o caso no qual, diante de dúvida a respeito de qual alíquota deve ser aplicada a uma operação, surge uma decisão judicial entendendo ser a mesma isenta e o Legislativo, não concordando com isto, elabora nova lei, estabelecendo, para dali em diante, a alíquota pretendida.

Em outros casos, como ocorreu com a Contribuição sobre o Pro-Labore, (ii) o Legislativo edita nova norma para se adaptar a um entendimento do Poder Judiciário. Assim, quando uma decisão judicial declarar que um tributo é inconstitucional porque somente pode ser criado de acordo com certa forma, o Legislativo pode voltar a exercer a sua competência tributária.

Outro recente exemplo deste segundo tipo de alteração legislativa foi o que ocorreu com a chamada progressividade do IPTU. Sistematicamente, o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo que a única progressividade admitida para esse imposto seria aquela prevista no art. 182, §4°, II da CF/88, não havendo possibilidade, portanto, para a progressão de alíquotas de acordo com a capacidade contributiva. Inconformado, o Poder Legislativo resolveu lançar mão da Emenda Constitucional n.° 29/2000, para autorizar os Municípios a utilizarem-se da progressividade em razão do valor do imóvel, bem como da diferenciação de alíquotas, "de acordo com a localização e o uso do imóvel".[154]

Enfim, (iii) vislumbra-se, ainda, uma terceira modalidade de interferência, mais suscetível a críticas, porque o objetivo principal é aniquilar os efeitos da decisão judicial, mesmo em relação às situações por esta tratada. Aqui, sim, verifica-se

---

[153] Em certas situações, inclusive o próprio Poder Executivo, através de medidas provisórias.

[154] Sobre o assunto, há um interessante estudo de Leonardo Pietro Antonelli (ANTONELLI, L. P. A correção de decisões judiciais pelo Poder Legislativo. In: MATTOS, Mauro Roberto G. de; ALVES, Geraldo Mazela (coord.). *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, v. III, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 163-178), onde o autor indica, também, uma vasta bibliografia.

verdadeiro controle legislativo sobre as decisões do Poder Judiciário, pois a edição do novo ato normativo objetivará substituí-las.

Nos EUA, apesar de que isto somente tenha ocorrido quatro vezes em toda a história[155], através da doutrina do *amending power*, parece ser amplamente admissível esta via. Afinal, como diz C. Hermann Pritchett

> As with any wielder of power, the Supreme Court may abuse its position of supremacy. If so, there are ways of disciplining it. If the Court makes mistakes - it has done so in the past and can be counted on to do so in the future - there are effective ways of correcting them. The Court's decisions are opinions offering themselves for belief. There is, in the long run, nothing to support them but the strength of their reasoning and their faithfulness to American ideals.[156]

Normalmente, em relação a este assunto, a doutrina brasileira lembra a previsão do parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937 para mencionar que já foi admitida a anulação de decisões judiciais por parte do Poder Legislativo. Todavia, à luz da Constituição de 1988, algumas restrições impossibilitam a aceitação desta tese.

Com efeito, trata-se de um perigoso caminho para a estabilidade constitucional, tornando-se o Poder Judicial frágil e aniquilando, até mesmo, a supremacia constitucional. Por exemplo, do modo como estava redigido o citado preceito da Constituição de 1937, se o imaginássemos perante a atual Carta Magna, a interferência do Poder Legislativo levaria uma norma a permanecer no ordenamento, porque *necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional*

---

[155] Como esclarecem Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, o Congresso somente obteve sucesso na reforma de uma decisão judicial quando da edição das Emendas Constitucionais n.ºs 11 (Chisholm v. Georgia), 14 (Scott v. Sandford), 16 e 26, pois, por mais desastrosa que seja, uma decisão da Suprema Corte raramente "provoca ação retaliadora dos demais atores políticos" (SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model*. New York: Cambridge University Press, 1993, p. 327).

[156] PRITCHETT, C. Hermann. Judicial supremacy from Marshall to Burger. In: HARMON, M. Judd (ed.). *Essays on the Constitution of the United States*. Port Washington, N.Y.: National University Publications, 1978. p. 112. Garcia de Enterria, neste sentido, sustenta que se o povo entender que o Tribunal decidiu de modo equivocado, "poderá por em movimento o poder de revisão constitucional" (GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 201).

de alta monta, apesar de inconstitucional. E, mais, com a cláusula implícita da incontrolabilidade pelo Poder Judiciário[157].

Mas, mesmo que o controle pelo Legislativo não fosse político e, sim, jurídico, haveria (a) ofensa ao princípio da segurança jurídica[158], bem como (b) desvio de poder. Porque concordamos com o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade é tarefa atribuída somente ao Poder Judiciário[159], não podendo realizá-la quer o Legislativo quer o Executivo[160], por falta de expressa atribuição constitucional. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, na ADIN n.° 221, Rel. Min. Moreira Alves, já esposou entendimento semelhante[161].

Não descartamos, porém, a possibilidade do Poder Legislativo revogar uma lei que entender ser contrária à Constituição antes do Poder Judiciário declará-la inconstitucional. É que os motivos que levaram à revogação não transformam a atividade legislativa em jurisdicional. Não se admite, porém, que a revogação tenha efeitos retroativos, atingindo situações já consolidadas.

Talvez, a única forma de uma revogação ser considerada como um controle de decisões judiciais encontra-se quando o Supremo Tribunal Federal declara constitucional uma norma. Mesmo assim, é vedada a atribuição de efeitos retroativos para tal revogação.

---

[157] Esta afirmação parece ser importantíssima. Se o Poder Legislativo tiver a possibilidade de anular uma decisão judicial, para manter válida uma norma declarada inconstitucional, o Poder Judiciário não mais poderia analisar a nova norma. Caso contrário, entraríamos, novamente, em um círculo vicioso, com infindáveis controles mútuos entre ambos os poderes.

[158] Com a possibilidade do Judiciário ser controlado pelo Legislativo, os cidadãos jamais teriam condições de estabelecer uma previsibilidade em relação às condutas dos poderes públicos.

[159] PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade:* conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 241; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999. p. 332 e RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis:* vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 233. É interessante notar o disposto no art. 49, V da CF/88, segundo o qual o Poder Legislativo somente teria poderes para *sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar*. Sob esta ótica, o Legislativo não tem poderes para sustar decisões judiciais.

[160] Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade no âmbito dos procedimentos administrativos, trataremos mais adiante. No caso do poder de veto à lei, por inconstitucionalidade, há doutrina que entende haver um controle de constitucionalidade por parte do Poder Executivo. Mas, neste caso, não há declaração de inconstitucionalidade, apenas um ato de veto, pois norma ainda não há.

[161] ALVES, Moreira apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, p. 313-314.

Portanto, em nosso entendimento, a interferência legislativa (seja do Executivo, seja do Legislativo) em decisões judiciais somente é admitida nas duas primeiras hipóteses acima mencionadas. Trata-se do que podemos chamar de interferências indiretas, pois, em verdade, não se está reformando decisão judicial alguma, mas apenas conferindo novo tratamento normativo às situações analisadas pelo Poder Judiciário. Já no caso de interferências diretas, como na última situação, em que o poder controlado passa a ser o poder controlador, há verdadeira quebra da ordem constitucional, não sendo, por isso, admitida. Este é o motivo pelo qual comungamos do entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, para quem a própria ordem jurídica pátria veda a inserção, através de Emenda Constitucional, de norma semelhante àquela já mencionada constante da Constituição de 1937[162].

Em verdade, pensamos que mesmo as interferências indiretas sofrem restrições, advindas dos arts. 5°, XXXVI[163] e 60, §4° da CF/88. De um lado, porque não pode haver Emenda Constitucional que atinja *o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.* Assim, se há uma decisão da jurisdição constitucional no sentido de que um tributo foi criado em desacordo com a Constituição, é inadmissível que, posteriormente, seja promulgada uma lei (mesmo que seja Emenda Constitucional) procurando atingir fatos anteriores e, anulando a decisão judicial, revalidar a norma declarada inconstitucional. Afinal, a nova norma somente pode atingir situações futuras.

Também, a nova norma (mesmo que seja Emenda Constitucional) não pode atingir o "núcleo duro" da Constituição, formado pelas prescrições contidas no art. 60, §4°. Assim, se o Poder Judiciário declarar que um tributo foi criado em ofensa ao art. 154, I da CF/88, não poderá uma Emenda Constitucional pretender excepcionar tal garantia individual, autorizando uma nova criação do mesmo tributo sem que fosse necessário obedecer ao referido dispositivo constitucional.

---

[162] "Parece que, diante de um modelo constitucional que consagra as chamadas 'garantias de eternidade', tal fórmula não poderia jamais ser estabelecida" (MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, p. 310).

[163] No caso do direito tributário, também, o art. 150, III, "a" da CF/88.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

2.1 Considerações Iniciais

Superadas as questões acima expostas, torna-se necessário direcionar, aos poucos, os nossos esforços para a análise do tema da presente tese. Próximo passo rumo a tal objetivo pensamos ser radiografar, muito brevemente, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Afinal, segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha, a

> Constituição da República de 1988 adotou talvez o mais completo sistema de controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos acolhido no constitucionalismo contemporâneo. (...) No sistema que passou a vigorar em 1988 mudou-se o eixo do sistema, mudou-se a ênfase do paradigma: o eixo pontuou-se no exercício do controle abstrato, para o qual a competência se concentra no órgão máximo da jurisdição nacional, que é o Supremo Tribunal Federal[164].

Em especial, volta-se a atenção para o modo como a fiscalização de constitucionalidade opera no campo do direito tributário brasileiro. Isto porque consideramos que há, aí, certas peculiaridades que merecem um pouco mais de destaque.

2.2 Apontamentos Históricos

Sabe-se da influência do direito norte-americano no desenvolvimento do controle de constitucionalidade[165]. A Constituição de 1891 implementou definitivamente o modelo difuso de fiscalização[166], pelo qual todo o Poder Judiciário pode verificar a compatibilidade de uma norma com a Constituição. Antes, na Constituição Imperial, era o Legislativo o encarregado da sua guarda. Contudo, a

---

[164] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os 10 anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil. In: In: *Debates*: A Constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, n.º 20, p. 13, 1999.

[165] Há um breve, mas cuidadoso, estudo de Adhemar Ferreira Maciel, que merece ser consultado (MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: _____. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 253-268.

[166] Segundo Clèmerson Merlin Clève, antes, "a Constituição Provisória de 1890 (Decreto 510, §1°, 'a' e 'b') conferiu ao Judiciário idêntica competência, o mesmo ocorrendo com o Decreto 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que instituiu a Justiça Federal" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 83).

importação não prestou atenção para as peculiaridades do controle existente nos EUA e, em 1934, a nova Constituição passou a prever a exigência de que a declaração de inconstitucionalidade deveria se dar somente com decisão amparada em maioria absoluta dos votos. Mais, atribui-se ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou do ato declarado inconstitucional pelo Judiciário. Assim, leciona Lênio Luiz Streck, "é pelo texto de 1934 que começa a ser resolvido o problema da ausência do efeito erga omnes inexistente na Constituição de 1891"[167].

Com a Constituição de 1934, apareceu também o que Gilmar Ferreira Mendes chamou de "a mais fecunda e inovadora alteração introduzida por esta Carta"[168], a Representação Interventiva. Era um indício do aparecimento do controle concentrado de constitucionalidade de uma lei[169], que "condicionava a eficácia da lei interventiva...à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal"[170].

Na Constituição de 1937, houve a inserção da já mencionada regra que autorizou o Presidente da República a submeter ao Congresso a lei julgada inconstitucional, para que fosse mantida no ordenamento jurídico. As críticas em relação a esta competência aumentaram quando o Presidente da República passou a validar as leis declaradas inconstitucionais através de Decretos-Leis[171]. Mencione-se que a Lei Magna de 1937, igualmente, (i) proibiu o Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas[172], bem como (ii) não mencionou a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei julgada inconstitucional e (iii) não cuidou da representação interventiva[173].

---

[167] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, p. 345.

[168] MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 176.

[169] Ainda que à época mantinha um cunho concreto, segundo PALU, Oswaldo L. *Controle de constitucionalidade...*, p. 268.

[170] MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade...*, p. 176.

[171] Porém, como bem colocou Paulo Napoleão Nogueira da Silva, isto decorreu do fato de que, naquele período, praticamente inexistiu "um 'parlamento' em atividade" (SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992. p. 61).

[172] O que já foi previsto na Reforma de 1926 e na Constituição de 1934.

[173] MENDES, G. F. *Controle de constitucionalidade...*, p. 181.

A Constituição de 1946 não produziu mudanças significativas, procurando, em verdade, restaurar o "princípio do *judicial review* em sua plenitude"[174]. Assim, restaurou (i) a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, (ii) a exigência de maioria absoluta dos votos dos membros dos Tribunais para as decisões de inconstitucionalidade, bem como (iii) a Representação Interventiva, mas com uma feição um pouco diversa, porque o seu objeto já não era mais o ato de intervenção e, sim, o ato ou lei estadual[175]. Por outro lado, não se reproduziu o parágrafo único do art. 96 da Carta anterior.

Já a Emenda Constitucional n.° 16/65 inaugurou, claramente, o controle abstrato de constitucionalidade, ao introduzir a Representação Genérica por Inconstitucionalidade. A partir de então não somente atos estaduais que ensejassem intervenção sofreriam fiscalização por parte do Supremo Tribunal Federal, mas qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual. Como se sabe, porém, a titularidade para a propositura desta ação foi atribuída somente ao Procurador-Geral da República.

Outra inovação importante dessa Emenda Constitucional foi a previsão de que os Estados poderiam instituir a fiscalização abstrata, pelos seus Tribunais, de leis ou atos municipais em face das suas Constituições. Com a Emenda Constitucional n.° 01/69, os tribunais estaduais passaram também a ter a possibilidade de julgar representação interventiva em razão de lei municipal que ferisse algum dos princípios sensíveis previstos na Constituição estadual. No mais, destaque-se que a Emenda Constitucional n.° 07/77 estabeleceu a chamada Representação para fins de Interpretação, com o fim de fixar a correta compreensão da lei[176], o que não foi mantido pela Carta Magna atual.

---

[174] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 86-87.

[175] SILVA, Paulo N. N. da. *Evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, p. 64. A Ação Direta Interventiva ainda subsiste em nosso ordenamento jurídico, como pressuposto para a decretação da intervenção.

[176] MENDES, G. F. *Controle de constitucionalidade...*, p. 193.

2.3 Estruturação Atual

Mas foi com a Constituição de 1988 que a jurisdição constitucional brasileira ampliou-se sobremaneira, criando-se novos mecanismos de controle dos atos dos poderes públicos. Em linhas gerais, aperfeiçoou-se o sistema concentrado, alargando o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como também a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. No que toca o controle difuso, criou-se o mandado de injunção. Manteve-se, porém, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional. Com a Emenda Constitucional n.° 03/93, novo instituto foi inserido: a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que nada mais é do que uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com "sinal trocado", mas que foi objeto de fortíssimas críticas por respeitado segmento doutrinário.

Atualmente, se não temos um perfeito e ideal sistema de controle de constitucionalidade, podemos considerá-lo bastante amplo e complexo. Não almejamos, porém, que esse sistema se torne completo, no sentido de conter minuciosamente todas as melhores formas e instrumentos de garantia e de realização da supremacia constitucional. Porque se houvesse relação direta e estreita entre esta e o número de meios de fiscalização da constitucionalidade, o Brasil, de longe, seria o país onde a Constituição teria maior força normativa. Ao contrário, esperamos que o já existente sistema seja capaz de propiciar uma Constituição suprema e vinculante, porque de nada adiantará um sistema completo e minucioso, se não houver *vontade constitucional* para garantir, implementar e concretizar todos os preceitos da Constituição de 1988.

O sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade firmado pela atual Constituição é, portanto, misto. A princípio, há a possibilidade de controle político ou judicial, preventivo ou sucessivo e pelas vias (i) difusa e concreta, (ii) abstrata e concentrada ou (iii) concreta e concentrada. Desta forma, temos um engenhoso modelo que não encontra paralelo em nenhum outro país.

O controle político, assim chamado, porque realizado por órgão distinto do Poder Judiciário e não porque fundado em argumentos políticos, no Brasil, é preventivo, porque atinge a norma antes da sua completa elaboração (ainda não se tem uma norma) e encontra previsão no §1° e ss. do art. 66. Trata-se de um controle realizado pelo Presidente da República sobre projeto de lei considerado, *no todo ou em parte, inconstitucional*.

A rigor, porém, não podemos considerá-lo como uma forma de fiscalização de constitucionalidade, pois tal decisão do Presidente da República ficará sujeita a uma nova apreciação pelo Congresso Nacional, que poderá rejeitar o veto, por questões políticas, mesmo que isto acarrete a introdução no ordenamento de uma norma inconstitucional.

Não se confunda com o que ocorre em França. Por força de uma concepção mais rígida e radical do princípio da separação de poderes, lá houve um receio muito grande na atribuição da possibilidade de fiscalização de constitucionalidade pelo Poder Judiciário[177]. Por isso que, mesmo atualmente, com uma maior aceitação da jurisdição constitucional, esta é exercida pelo Conselho Constitucional, que é um órgão composto pelos ex- Presidentes da República e por pessoas escolhidas discricionariamente pelo Presidente da República e pelo Parlamento. Não se tem, portanto, um controle realizado pelo Poder Judiciário.

A atual Constituição francesa prevê a possibilidade de controle preventivo[178], realizada pelo Conselho Constitucional, quando, (i) na tramitação de um projeto, houver conflito entre o Governo e o Presidente da República e qualquer um desses órgãos requerer que aquele se manifeste, o que deverá fazê-lo no prazo de oito dias. Há, também, (ii) a submissão obrigatória de projetos de leis orgânicas e dos regulamentos e, enfim, (iii) a possibilidade de controle preventivo de qualquer lei, antes da sua promulgação, desde que à requisição do Presidente da República, do

---

[177] Sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade em França, seus aspectos históricos, filosóficos e estruturais, ver: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, p. 272-282.

[178] Assim, uma vez promulgada a legislação, os poderes públicos nada mais poderão fazer senão cumpri-la. "Após a promulgação, não haverá lugar, portanto, para a manifestação de qualquer mecanismo de aferição da legitimidade constitucional da lei" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 62).

Primeiro Ministro, do Presidente da Assembléia Nacional, do Presidente do Senado ou também de 60 deputados ou de 60 senadores[179].

Por outro lado, no Brasil, o controle preventivo também pode ser realizado pelo Poder Judiciário. Não de forma abstrata[180], mas concretamente, através de mandado de segurança impetrados por membros do Congresso Nacional[181]. Contudo, trata-se de meio excepcional de provocação do processo de fiscalização de constitucionalidade. Afinal, enquanto o ato normativo não estiver completamente formado, não há que se falar em agressão ao ordenamento jurídico, já que até mesmo há a possibilidade do ato não entrar na ordem jurídica.

2.4 O Controle de Constitucionalidade em Procedimentos Administrativos

Portanto, em regra, o nosso ordenamento jurídico propicia o controle sucessivo ou repressivo, de titularidade exclusiva do Poder Judiciário e que pode ser realizado de forma concentrada ou difusa sobre o ato do poder público já elaborado. Há, contudo, uma relevante discussão a respeito da possibilidade (i) do Poder Executivo descumprir uma lei que considere inconstitucional[182] ou, ainda, (ii) da não aplicação da lei em procedimentos administrativos em razão de sua inconstitucionalidade[183].

---

[179] MORAES, A. de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais...*, p. 144-145.

[180] Conforme ADIMC n.° 466/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU I de 10.05.91, p. 05929. Há, porém, doutrina contra o entendimento do Supremo Tribunal Federal (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 74).

[181] Conforme MS n.° 23.565/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU I de 17.11.99, p. 33. Na doutrina, VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 172-180.

[182] Sobre o assunto, há um erudito e profundo parecer de Luís Roberto Barroso, onde este autor, além de admitir tal hipótese, cita doutrina e jurisprudência, inclusive, do STF no mesmo sentido (BARROSO, Luís Roberto. Norma incompatível com a Constituição. Não aplicação pelo Poder Executivo, independentemente de pronunciamento judicial. In: _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 321-339). Em sentido contrário, há, dentre outros, o estudo de Alexandre Camanho de Assis (ASSIS, Alexandre C. de. Inconstitucionalidade de lei: Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo : RT, N. 91, p. 117-122, 1989).

[183] Para um panorama geral desta problemática no direito estrangeiro, notadamente no direito português, há os estudos de Rui Medeiros (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999) e de Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional:* inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2001).

Nossa preocupação específica no presente trabalho restringe-se à segunda hipótese, porque muito se discute na teoria do direito tributário brasileiro se os Conselhos de Contribuintes podem deixar de aplicar uma lei que entendam ser inconstitucional. No entanto, a conclusão que alcançarmos serve para ambas as situações. Apenas fizemos esta distinção porque pode-se, eventualmente, encontrar entendimento que o chefe do Poder Executivo deve descumprir uma lei que entenda ser inconstitucional, mas que rejeita a possibilidade de outros órgãos da Administração Pública assumirem a mesma postura.

Há, porém, uma diferença entre as duas posturas que merece ser esclarecida. Se a resposta for afirmativa para ambas, é de se entender que enquanto o chefe do Poder Executivo apenas não aplica a lei que para ele é inconstitucional, o Conselho de Contribuintes decide pela declaração da inconstitucionalidade. Esta é uma distinção que não é percebida corretamente pela doutrina e pela jurisprudência em geral. Aliás, muitos sustentam que o Conselho de Contribuintes tem competência para deixar de aplicar uma lei e não para declará-la inconstitucional. Contudo, mais à frente, quando tratarmos do controle difuso, exercido pelo Poder Judiciário, explicitaremos melhor esta nossa posição. Para o momento, entenda-se que se se concluir que o Conselho de Contribuintes tem competência para averiguar a validade de uma lei e entendê-la em desconformidade com a Constituição, deve declará-la inconstitucional e não, simplesmente, afastar a sua aplicação em determinado caso.

Outro esclarecimento há de ser feito. Caso seja admitido o controle de constitucionalidade em sede de procedimento administrativo, entendemos que se trata de uma fiscalização difusa e concreta. Não nos parece possível que, mesmo através de atribuição legal, possa um Conselho de Contribuintes ter a competência para julgar pedidos abstratos de declaração de inconstitucionalidade de lei, porque a Constituição de 1988 somente atribuiu ao Supremo Tribunal Federal (e também aos Tribunais estaduais) a competência para o exercício do controle concentrado e abstrato.

Por fim, entendemos que, caso seja viável a declaração de inconstitucionalidade em procedimento administrativo tributário, a mesma orientação aplica-se a qualquer outro procedimento administrativo. Assim, se, por exemplo, um

médico argüir, em defesa administrativa, que determinada lei aplicada à sua profissão é inconstitucional e, que, portanto, não merece ser punido com base nela, o órgão administrativo encarregado de julgar a questão também deve conhecer e analisar uma tal argumentação.

Com essas considerações introdutórias, passemos à análise do assunto em questão.

Sabe-se que uma dívida tributária somente pode ser exigida do contribuinte nos termos de lei válida perante a Constituição. Igualmente, a legislação pátria tem admitido que, uma vez feito o lançamento tributário, o contribuinte tem o direito de defender seus interesses já perante a própria administração pública, através de impugnações e recursos administrativos. Trata-se, é bem verdade, de um direito disponível, pois o contribuinte, diante de uma exigência que considere indevida, pode deixar de lado o procedimento administrativo e optar por dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário.

Todavia, desde que escolha a via administrativa, a Constituição Federal de 1988 garante-lhe *o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (art. 5°, LV). É dizer, não pode haver procedimento administrativo que não assegure tais direitos. Assim, sob esta perspectiva, sustenta-se que a cláusula da "ampla defesa" impõe o conhecimento de argumentos de inconstitucionalidade.

O problema, todavia, está em que, em tema de direitos e garantias fundamentais, é comum encontrarmos posições radicais que os tornam absolutos. Já nossa orientação alicerça-se em outros pressupostos. Partimos do princípio da unidade da Constituição e do princípio da concordância prática[184], pelo que não se tem o ordenamento "separado em caixinhas", nem como um aglomerado de preceitos contraditórios e excludentes entre si. Regras e princípios constitucionais devem ser harmonizados e não tomados isoladamente. Portanto, ampla defesa, assim como qualquer outro preceito constitucional, insere-se e participa de um contexto que influencia a sua compreensão. Uma coisa é analisarmos um preceito abstratamente,

---

[184] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 1208-1209.

sem apego a qualquer sistema em concreto, outra, bem diferente, é contextualizá-lo. Na primeira situação, teremos uma compreensão mais ampla, na segunda, mais restrita, porque a mútua interação das normas impõe-lhes uma relativização, que variará de grau de ordenamento para ordenamento, de momento histórico para momento histórico, de ambiente sócio-político para ambiente sócio-político e assim por diante.

Com isso encaminhamos nossa compreensão da matéria em destaque para uma direção oposta àquela assumida pela doutrina majoritária.

Autores de elevado reconhecimento do direito público brasileiro há que se manifestam no sentido de que não só o chefe do Poder Executivo pode deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional, como também as autoridades julgadoras em procedimentos administrativos podem assumir a mesma postura. Parte-se do atraente argumento de que se a Constituição é a Lei Suprema, a Lei das leis de um ordenamento jurídico, então, não há como privilegiar uma lei infraconstitucional em seu detrimento. Ainda, o direito à ampla defesa assegura que todas as questões possam ser levantadas pelo contribuinte, pois, do contrário, não se teria uma verdadeira "ampla defesa"[185]. Nesta linha, engenhoso é o raciocínio de Gustavo Miguez de Mello. Para ele, a questão deveria ser posta de modo inverso e, assim, indagar: é possível que "a autoridade administrativa deixe de aplicar a Constituição

---

[185] Ainda que com variações, tem-se os seguintes doutrinadores: Mary Elbe Gomes Queiroz Maia (MAIA, M. E. G. Q. *Do lançamento tributário:* execução e controle. São Paulo: Dialética, 1999. p. 79), Paulo César Conrado (CONRADO, P. C. Controle de constitucionalidade pelos tribunais administrativos. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 71, p. 162-197, 1998), Heron Arzua (ARZUA, H. Aspectos do procedimento administrativo fiscal. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 71, p. 69, 1998), James Marins (MARINS, J. *Direito processual tributário brasileiro:* administrativo e judicial. São Paulo: Dialética, 2001. p. 314), como, também, Ives Gandra da Silva Martins, Min. José Augusto Delgado, Diva Malerbi, Ricardo Lobo Torres, Maria Teresa de Cárcomo Lobo, Valdir de Oliveira Rocha, Plínio Marafon, Francisco de Assis Alves, Wagner Balera, José Eduardo Soares de Melo, Marilene Talarico, Yoshiaki Ichihara, Kiyoshi Harada, Moisés Akselrad, Antônio José da Costa, Fernando Facury Scaff, Antônio Manoel Gonçalez, Vinícius T. Campanile, Luiz Antônio Caldeira Miretti, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Fernando de Oliveira Marques (Ver MARTINS, Ives G. da S. (coord.). *Processo administrativo tributário*. Pesquisas tributárias - Nova Série - 5. São Paulo: RT, 1999). Por conseqüência, tem-se o entendimento de Edvaldo Brito, para quem, uma vez não conhecida a questão de constitucionalidade pela autoridade administrativa, haverá indevida inscrição em dívida ativa, pois o crédito não será nem líqüido nem certo (BRITO, Edvaldo. A decisão administrativa que não conhece de argumentos de inconstitucionalidade da exigência, possibilita a sua inscrição válida na dívida ativa,

quando atua como julgadora do processo administrativo fiscal?"[186]. Se a resposta for afirmativa, estaríamos, segundo este autor, diante de uma norma constitucional inválida por contrariar norma legal, o que não é admissível. Logo, "a Administração, ao julgar processos em que se impugna a constitucionalidade de norma jurídica, não pode, em caso algum, deixar de aplicar um princípio ou norma constitucional"[187].

Marçal Justen Filho também sustenta que é possível o conhecimento de questões de constitucionalidade de uma lei em sede de procedimento administrativo. Argumenta, inicialmente, que "todos os cidadãos têm o dever de cumprir a Constituição"[188] e que a competência do Judiciário para a fiscalização da constitucionalidade, em momento algum, exclui a possibilidade de apreciação por parte do Executivo de questões desta ordem. Para fortalecer o seu entendimento, lança mão do profundo e convincente argumento de que se formos levados a compreender rigidamente o princípio da separação de poderes, então, o Poder Executivo sequer poderia apreciar questões de legalidade de um ato administrativo, pois isto, também, se insere na competência do Judiciário. Logo, não se poderia utilizar dois critérios para situações semelhantes. Se somente o Judiciário pode examinar a constitucionalidade de uma lei, também somente o Judiciário pode examinar a legalidade de um ato administrativo, o que soa inadmissível[189]. "Em suma", continua o jurista paranaense, "teria de afirmar-se que a tarefa de "julgar" seria privativa do Judiciário. Então, estariam eliminadas todas as figuras recursais da Administração Pública e não mais se poderia cogitar da fiscalização dos próprios atos pelo Executivo"[190]. Para além do mais, se não for permitido o conhecimento de questão de inconstitucionalidade perante

---

aparelhadora da execução fiscal? In: ROCHA, Valdir de O. (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. 3° volume, São Paulo: Dialética, 1999. p. 129).

[186] MELLO, Gustavo Miguez de. O processo administrativo tributário: algumas questões relevantes. In: MARTINS, Ives G. da S. (coord.). *Processo administrativo tributário*, p. 705.

[187] Ibid., p. 706.

[188] JUSTEN Filho, Marçal. Ampla defesa e conhecimento de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo, p. 72. No MS n.° 16.003, STF, o Min. Eloy da Rocha entendeu que o Presidente da República assume o compromisso de respeitar as leis e a Constituição.

[189] Ibid., p. 72.

[190] Ibid., p. 73.

os Conselhos de Contribuintes, estar-se-á não só ferindo o princípio da ampla defesa como que tornando inútil o próprio procedimento administrativo[191].

Helenílson Cunha Pontes busca trilhar caminho um pouco diverso para alcançar a mesma conclusão. Apoia-se na concepção de que a aplicação/interpretação de um preceito envolve, em verdade, a aplicação/interpretação de todo o ordenamento jurídico. Não se aplica/interpreta o direito em tiras. Portanto, diante de uma situação a ser analisada pelo Conselho de Contribuintes, verifica-se a sua validade e juridicidade à luz da Constituição e não de leis infraconstitucionais[192]. Deste modo, a competência da Administração Pública está direcionada não para a declaração da inconstitucionalidade da lei, mas para a verificação da validade do ato administrativo impositivo.

Contra este entendimento[193], pensamos que sequer o chefe do Poder Executivo possa deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional. Especificamente em relação ao problema desenvolvido acima, e por conseqüência, pensamos que também em sede de procedimento administrativo é inadmissível uma decisão que deixe de aplicar ou, mais corretamente, declare a inconstitucionalidade de uma lei.

Estudo que reputamos melhor traduzir nossa orientação foi elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Este respeitado autor entende que o Poder Executivo não tem o poder de retirar uma norma do ordenamento jurídico, pois é irrelevante o seu juízo sobre a validade de uma lei; seu dever é apenas obedecer a

---

[191] Ibid., p. 75.

[192] PONTES, Helenílson Cunha. Processo administrativo tributário. In: MARTINS, I. G. da S. (coord.). *Processo administrativo tributário*, p. 584.

[193] Para Vittorio Cassone (CASSONE, V. *Processo tributário: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 56), Hugo de Brito Machado, Sacha Calmon Navarro Coelho, Francisco de Assis Praxedes, Vittorio Cassone, Edison Carlos Fernandes, Dirceu Antônio Pastorello, Marcello Motta Filho não é possível o conhecimento de questões de constitucionalidade em procedimentos administrativos (Ver MARTINS, Ives G. da S. (coord.). *Processo administrativo tributário*. Pesquisas tributárias - Nova Série - 05. São Paulo : RT, 1999). Já Marco Aurélio Greco entende que, havendo dúvida sobre a constitucionalidade da lei, a autoridade administrativa deve "sobrestar o julgamento e representar o Chefe do Poder Executivo suscitando a questão que julga pertinente. Cabe ao Chefe do Poder Executivo analisar se, a seu juízo, há ou não inconstitucionalidade. Se houve, poderá promover as medidas adequadas (inclusive Ação Direta de Inconstitucionalidade); por outro lado, se entender que não há inconstitucionalidade, a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar a lei" (GRECO, Marco Aurélio. Processo administrativo tributário. In: MARTINS, Ives G. da S. (coord.). *Processo administrativo tributário*, p. 682).

ela[194]. Afinal, "compete ao Presidente da República sancionar, promulgar, fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos, para a sua fiel execução, é isso que está escrito no texto, esta é a função do Executivo: cumprir a lei. E se a função do Executivo é cumprir a lei, ele tem de cumprir. Se estiver insatisfeito, existe a via própria, uma ação direta de inconstitucionalidade"[195]. Por outro lado, se o Presidente da República, chefe do Poder Executivo, não vetou o projeto de lei, significa que todos os seus subalternos devem considerar tal atitude como uma orientação de que a lei deve ser cumprida porque de acordo com a Constituição.

Claro que qualquer um pode entender que uma norma é inconstitucional, mas isto não vale para fins de retirá-la do ordenamento jurídico. Este, aliás, preocupou-se em estabelecer não só o modo de produção como também o modo de eliminação das normas, sendo que, neste último caso, a competência é do Judiciário[196].

Aliás, entendemos que, até em nome da segurança jurídica, não se pode vislumbrar uma tal competência ao Poder Executivo. Se ele já teve a oportunidade de vetar o projeto de lei e não o fez, se tem a possibilidade de ingressar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e não o faz, o seu puro descumprimento legal mostra-se como uma atitude arbitrária e contrária ao direito. Pode, inclusive, significar, do ponto de vista psicológico (se assim nos fosse permitido trabalhar a questão), que o Poder Executivo receia que o veto seja derrubado ou que a ADIN seja julgada improcedente e, por isso, simplesmente, descumpre a lei; o que é mais fácil.

Há, ainda, um outro argumento, centrado no princípio da indisponibilidade do interesse/bem público, que nos parece bastante relevante, porque, ao contrário do que ocorre em sede das relações regidas pelo direito privado, no direito público, a Administração não pode, por *vontade própria*, abdicar do patrimônio público. Não se tem em jogo um interesse da Administração, mas o interesse público que com ele não

---

[194] MELLO, Celso A. Bandeira de. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 75, p. 15, 1999.

[195] Ibid., p. 17.

[196] Ibid., p. 16. Esclarecemos que a expulsão de uma norma do ordenamento pode se dar, também, através da sua revogação por outra norma, editada pelo Poder Legislativo e, às vezes, pelo Poder Executivo. Portanto, caso o Poder Executivo não esteja contente com uma determinada norma que edite outra, revogando-a, através de Medida Provisória.

se confunde necessariamente. Assim, existente um tributo a ser cobrado e exigido, a Administração somente poderá deixar de agir neste sentido se autorizada por lei ou pelo Poder Judiciário. Caso contrário, poderíamos até conceber uma burla ao princípio da legalidade no estabelecimento dos benefícios fiscais. Isto é, conviveríamos com a possibilidade de concessão pelo Poder Executivo de uma espécie de isenção branca[197].

Por isso, nossa concepção do princípio da legalidade é diversa daquela que é sustentada pela doutrina que defende a possibilidade de argüição de questões de constitucionalidade perante a Administração Pública. Não vamos aqui passar a entender que a Constituição não é norma jurídica. Todavia, quando a Constituição fala que o Poder Executivo e toda a Administração Pública deve obedecer à lei (art. 37), tem em vista a obediência às leis infraconstitucionais[198].

Em regra, a Administração Pública somente pode atuar se a sua competência constitucional for concretizada em lei infraconstitucional. É o caso da competência tributária. Tributo somente pode ser criado por lei. Se admitirmos, porém, que, nesta concepção de lei está incluída a Constituição, então teremos que entender o princípio da legalidade como determinando que o tributo somente pode ser exigido se criado por norma constitucional originária ou por emenda constitucional; isto é, se tais leis (constitucionais) estabelecerem a norma de conduta para o pagamento do tributo!

Em nosso entendimento, porém, o princípio da legalidade tributária exige que haja lei infraconstitucional para que o Executivo atue, não se contentando com a existência apenas da norma constitucional. Esta estabelece a competência, mas não autoriza o Executivo a movimentar-se por si. Afinal, não é só porque existe a previsão constitucional do imposto sobre grandes fortunas que a Administração Pública já pode exigi-lo. Do contrário, teríamos, inclusive, que modificar a concepção tradicional a respeito dos regulamentos autônomos. Afinal, se se entender que na idéia do princípio da legalidade está incluída a Constituição, somente existirá regulamento autônomo se o mesmo atuar para além da Constituição e não de alguma lei infraconstitucional.

---

[197] Tecnicamente, esta expressão não é utilizada pela doutrina, mas foi a única que encontramos para descrever o comportamento do Poder Executivo de conceder, indiretamente, isenções, ao deixar simplesmente de arrecadar tributos.

[198] O que não significa que não precisa observar a Constituição. Mas, isto é muito diverso de emitir um juízo sobre a validade das leis infraconstitucionais.

Logo, seria admissível um regulamento que fosse além da lei infraconstitucional, mas que não seria considerado autônomo, porque poderia estar dentro do quadro de uma outra lei, que é a Constituição!

Neste sentido, para robustecer nossa linha de raciocínio, buscamos apoio nas precisas lições de Romeu Felipe Bacellar Filho. Em sua tese de doutoramento, este ilustre publicista, ainda que não tendo opinado sobre a possibilidade de conhecimento de questões de constitucionalidade no processo administrativo, fornece-nos importante instrumental para solucionar o problema que se põe a respeito da legalidade. Para ele, em pesquisa doutrinária que realizou, encontra-se uma visão ampla e uma visão estrita desse princípio. Na primeira, sustentada por Lúcia Valle Figueiredo, Carmem Lúcia Antunes Rocha e Odete Medauar, legalidade significa juridicidade. Isto é, legalidade significa obediência não só à lei infraconstitucional, mas, também, a todo o direito, incluindo-se as normas constitucionais. Por outro lado, legalidade em sentido estrito significa que a Administração Pública deve atuar segundo a lei infraconstitucional. Segundo Romeu Bacellar, é esta a concepção adotada pela Constituição de 1988. Por duas razões:

> O primeiro argumento é de ordem lógica. Ora, se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despido de sentido afirmação de outros princípios constitucionais da Administração Pública. Afinal, o que sobraria para os demais?
> Se a Constituição coloca, ao lado do princípio da legalidade, o princípio da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, resta subjacente que a legalidade não esgota a regulação jurídica da Administração.
> De outra parte, adotar o conceito amplo permite a confusão entre legalidade e constitucionalidade. Perverte-se a hierarquia das fontes do direito (são colocados no mesmo plano blocos distintos na pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados (por exemplo, na fixação do objeto do recurso extraordinário e do recurso especial)[199].

Portanto, tomando como nossas estas conclusões, entendemos que, no caso de procedimentos administrativos, o que se tem não é um juízo acerca da validade da lei, mas mera verificação da sua correta aplicação a um caso concreto. Se a Administração deve aplicar a lei, há situações em que ela pode fazê-lo através de um ato isolado ou

---

[199] BACELLAR, Romeu. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 160.

através de um procedimento. Agora, se admitirmos hipótese contrária a que sustentamos aqui, também teremos que admitir que toda vez que um ato administrativo for aplicado, o agente responsável pela sua prática poderá verificar se ele ou se a lei em que ele se baseia é ou não constitucional. Daí que teremos uma possibilidade de situações anômalas, criadoras de insegurança jurídica. Neste sentido, é o entendimento do Ministro Moreira Alves:

> Se a lei tem a presunção de constitucionalidade, é de se perguntar: 'Pode qualquer funcionário da Administração colocar o seu entendimento no sentido de que a Constituição é que deve ser aplicada, e não aquela lei?' Os senhores já imaginaram o que seria isso nesse país? Cada funcionário, na sua cabeça, sem conhecer direito constitucional ou mesmo conhecendo?[200].

Em suma, não seria mais necessário e obrigatório obedecer à lei, mas somente a lei que o funcionário entendesse válida.

Isto até pode ser interessante quando a lei considerada inconstitucional é contrária aos interesses dos contribuintes. Agora, o que pensar de uma hipótese em que o funcionário entenda que uma lei que favorece os contribuintes é inconstitucional? Será que o funcionário simplesmente pode dizer que a referida lei é inválida e sair por aí autuando os contribuintes sujeitos a ela? Creio que muitos não titubeariam em sustentar que não, mas, para manter a coerência, deveriam responder afirmativamente. Com o que, o caos estaria definitivamente instaurado.

Este último argumento, por certo, é mais retórico do que técnico. Mas, os autores que não se conformam quanto à impossibilidade do Executivo de deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional, não podem esquecer que o próprio ordenamento jurídico apresenta uma outra situação em que até mesmo o Poder Judiciário também encontra-se impedido de analisar questões constitucionais.

É a específica situação prevista para o Superior Tribunal de Justiça. Esta Corte Especial não tem por função analisar questões constitucionais. Sua tarefa é verificar e aplicar o direito federal, de modo que, havendo uma questão constitucional, a parte

---

[200] Conferência inaugural - XXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: MARTINS, Ives G. da S. (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas tributárias - Nova série - 6. São Paulo: RT, 2000. p. 34.

interessada deve promover a interposição de recurso para o Supremo Tribunal Federal. É claro que, como veremos a seguir, o Superior Tribunal de Justiça tem a possibilidade de julgar as argüições de inconstitucionalidade, porém, fora esta hipótese, não lhe cabe aplicar a Constituição. Deve dar preferência ao direito federal ou enviar a questão para o STF, se houve interposição de Recurso para o mesmo.

Mais despropositada ainda é a pretensão de que a Administração Pública deve ser responsabilizada se não deixar de aplicar uma lei que é inconstitucional. Muitos autores, que defendem que a Administração Pública pode (ou deve) deixar de aplicar lei inconstitucional, sustentam que se assim não proceder poderá ela ser responsabilizada pelos danos causados aos contribuintes. Em verdade, entendemos que a responsabilização somente pode ser imputada à Administração Pública que aplicar uma lei que já foi julgada inconstitucional definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto isso não ocorrer, porém, presume-se que a lei é válida e deve ser obedecida. Do contrário, a Administração Pública, para não ser responsabilizada, terá que deixar de aplicar toda e qualquer lei em relação a qual haja alguma dúvida (por menor que seja) sobre a sua validade. Paradoxalmente, se isso ocorrer, o funcionário que deixar de aplicar a lei, poderá ser responsabilizado, como prescreve, por exemplo, o Código Tributário Nacional.

É claro que, retoricamente, podemos dizer que "o Executivo pode deixar de aplicar uma lei que entenda ser inconstitucional". Aliás, qualquer pessoa pode agir assim. O problema é que, caso a validade da lei seja confirmada pelo Judiciário, aí sim será possível falarmos em responsabilidade da pessoa que, obrigada a cumprir a lei, tiver causado algum dano pelo seu não cumprimento.

Uma última consideração. Se o que até agora foi desenvolvido não se considerar como suficiente para repudiar a tese de que o Poder Executivo pode deixar de aplicar uma norma que entender inconstitucional, há uma outra dimensão desta questão que pode se demonstrar desarrazoada e, até mesmo, grotesca.

Em pleno século XXI, os teóricos do direito finalmente acordaram que o fenômeno jurídico não é um dado, mas um construído. Com isso, não se tem uma concepção verdadeira ou falsa a respeito do direito, mas uma concepção que mais se

adapta a um paradigma social, político e econômico, sendo, portanto, mais aceita e adotada pela comunidade do que outra. Neste sentido, podemos dizer que, atualmente, há um predomínio da visão do direito enquanto direito positivo. Isto não exclui, porém, a possibilidade de, internamente, em uma comunidade, grupos menores sustentarem uma posição jusnaturalista, de que o direito não se esgota nas normas positivadas, mas que estas devem obedecer a um direito que lhes é superior.

Imagine-se, então, se neste grupo, encontrarmos um fiscal da Receita que entenda que a imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos deve sofrer uma restrição, à luz de algum princípio superior ao direito escrito, pois a sua atual amplitude gera situações gritantes de injustiça. Afinal, segundo o referido funcionário, não se pode admitir que o direito escrito considere imune à tributação uma revista pornográfica, mas não o considere o arroz, o feijão e todos os alimentos básicos e necessários para que a população tenha uma vida saudável.

Diante desta posição de indignação do fiscal, será que o mesmo pode deixar de reconhecer a imunidade, porque entende que uma tal norma constitucional é inválida perante um direito supraconstitucional? Afinal, se legalidade significa juridicidade, se aplicar a lei significa aplicar o direito e se obedecer à lei significa obedecer a maior "Lei", então, no caso, o funcionário poderia simplesmente descumprir uma norma constitucional, porque para ele a Lei Magna não seria a Constituição, mas algum outro corpo normativo superior e não escrito. Para ele, portanto, aplicar a lei, aplicar o direito é aplicar a lei natural, o direito natural, com o que, perfeitamente, é admissível uma restrição da imunidade acima mencionada.

Nosso entendimento, porém, como já frisamos acima, é de que o princípio da legalidade implica na obediência à lei infraconstitucional. Consequentemente, em um procedimento administrativo, a autoridade pública deve obedecer ao princípio supra, aplicando a lei, sem emitir juízo de valor sobre ela.

Se, eventualmente, a Administração não concordar com a sua validade, pode comunicar este entendimento às autoridades superiores competentes para promoverem o seu adequado questionamento judicial. Contudo, até o Poder Judiciário decidir

definitivamente sobre a questão, deve-se obedecer à lei e aplicá-la, sob pena de responsabilidade.

2.5 O Controle Difuso de Constitucionalidade

Com as considerações acima, sedimentamos nosso pensamento de que apenas o Poder Judiciário está autorizado a declarar a inconstitucionalidade de uma lei[201].

Como influência do direito constitucional norte-americano, desde 1891 admite o direito brasileiro que todas as instâncias do Poder Judiciário avaliem a legitimidade de um ato do poder público em face da Constituição. O período iniciado com a Constituição de 1988, muito embora tenha fortalecido o controle concentrado, manteve a tradição do controle difuso de constitucionalidade. Sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro, aliás, é por muitos defendida como uma forma de realização do acesso à justiça e de concretização do princípio democrático. Além, evidentemente, de propiciar uma maior conscientização da supremacia constitucional. É que todo cidadão inconformado com a validade de uma lei tem a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para questioná-la[202].

A titularidade da provocação do controle difuso está, portanto, nas mãos de todos os cidadãos, brasileiros ou não, que sintam ameaçados os seus direitos por uma lei ou ato do poder público (ou de quem lhe faz às vezes). Admite-se, porém, que até mesmo o Ministério Público pode requerer ou o próprio Poder Judiciário, de ofício[203], pode conhecer a questão de inconstitucionalidade.

---

[201] Isto não significa que os demais órgãos, entes e pessoas não devam pautar suas condutas de acordo com a Constituição. Afinal, como leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o "problema da inconstitucionalidade não é tão-só do STF; é de todos! Não se constrói uma democracia sem o respeito, geral, de uma ordem mínima, cada um assumindo o seu papel; e respondendo por ele" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 184, 1995).

[202] É interessante notar que o "recurso constitucional" alemão ("amparo" ou "queixa constitucional") tem este mesmo sentido de ser um forte instrumento de desenvolvimento da cidadania. Ainda mais porque a sua utilização não tem ônus, nem necessita de um advogado, o que não ocorre no Brasil (HÄBERLE, Peter. *La 'verfassungsbeschwerde' nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 9). Pondere-se, todavia, que, estruturalmente, o "recurso constitucional" alemão e o controle difuso são bastante diversos.

[203] Note-se que há acórdão no sentido de que, apesar da ausência do prequestionamento, é possível que o Supremo Tribunal Federal analise, de ofício, a constitucionalidade de lei (RE n.º

É necessário frisar, porém, que este controle difuso, feito por qualquer órgão do Poder Judiciário, não pode atingir uma norma em abstrato. Por isso que se trata de uma fiscalização *incidenter tantum* e que não pode figurar como objeto principal do processo. Deve ser uma preliminar para a solução do mérito deste.

É o que ocorre, também, nos Estados Unidos, berço desse modelo. Segundo Allan R. Brewer-Carías: "Judicial review of legislation, whether exercised by lower courts or by the Supreme Court in its original or appellate jurisdiction, is always a power that can only be exercised by the courts within the context of a concrete adversary litigation, when the constitutional issue becomes relevant and necessary to resolved in the decision of the case"[204].

Com isso, é relevante que a parte tenha interesse na questão da constitucionalidade e que esta seja importante para o deslinde da controvérsia[205]. Assim, em um processo judicial, a parte não pode simplesmente alegar que toda uma lei é inconstitucional, se, para resolver o mérito desse, apenas será necessário verificar se um dispositivo dela é válido ou não.

Todavia, ao contrário do que se passa nos Estados Unidos, onde, como lembra Allan R. Brewer-Carías, "the courts must not decide constitutional questions when they are conviced that the parties are acting in accord"[206], no Brasil, não é possível (ou talvez seja difícil) verificar e coibir a prática de processos simulados pelas partes apenas para se alcançar uma decisão de inconstitucionalidade[207]. Basta a presença de

---

264289, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU I de 14.12.01, p. 87), de ofício. Porém, Paulo Bonavides sustenta que "sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial" em qualquer instância (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 272).

[204] BREWER-CARÍAS, Allan. R. *Judicial review in comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 144.

[205] Assim, também, em Portugal, pois, como leciona Jorge Miranda, "a questão de inconstitucionalidade só pode e só deve ser conhecida e decidida na medida em que haja um nexo incindível entre ela e a questão principal objecto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional...*, t. VI, p. 193; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 891).

[206] Ibid., p. 145. Leciona Clèmerson Merlin Clève que, diante do posicionamento da Suprema Corte de que não poderia haver fiscalização de constitucionalidade sem um caso concreto, "para forçar a manifestação do Judiciário a respeito de alguma questão constitucional, os advogados americanos passaram a simular demandas" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 93).

[207] Claro que não se descarta a punição em situações de litigância de má-fé.

uma demanda, para que o jurisdicionado possa argüir uma questão de constitucionalidade que seja necessária para resolver aquela.

Há situações, porém, em que apenas uma tênue linha separa o controle abstrato do concreto. Principalmente no direito tributário, muito se discutiu a respeito do cabimento do mandado de segurança preventivo, porque, segundo alguns autores, importaria em um questionamento de lei em tese.

Destarte, mais recentemente, a própria jurisprudência tem aceito que a impetração preventiva não necessariamente significa atacar uma lei em tese. É verdade que não se pode admitir que um mandado de segurança seja direcionado apenas e simplesmente contra uma lei, porque, como leciona Eduardo Arruda Alvim, "inexiste interesse processual na impetração de mandado de segurança contra a lei, sem que haja atrelamento a uma situação concreta."[208] É necessário, a princípio, que haja um ato de uma autoridade, fundado em uma lei, que venha a causar ofensa a um direito líquido e certo. Ocorre que, em muitas circunstâncias, diante da iminência da prática de ato coator, verificou-se a necessidade de se admitir uma tutela inibitória, para impedir que o cidadão tenha o seu direito afetado e nenhum dano lhe seja causado.

Tem-se, aí, respaldo, inclusive, do art. 5º, LXIX da CF/88, quando, prescrevendo que o mandado de segurança será concedido *para proteger direito líquido e certo*, indica que é possível a sua utilização preventiva. Justamente, porque *proteger* significa, também, impedir que algo ocorra; no caso, ofensa a direito líquido e certo.

Portanto, impetração preventiva indica que o contribuinte já se encontra sob a incidência da lei e que, mais dia menos dia, sofrerá o ataque de um ato do poder público nela fundado, motivo pelo qual se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário. Isto é, ainda que não exista o ato, há justo receio de que o mesmo venha a ser praticado. Assim, esclarecendo bem a questão, diz Hugo de Brito Machado que "não é o ato de aplicar a lei, mas a ocorrência de seu suporte fático, que faz com que a

---

[208] ALVIM, Eduardo A. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: RT, 1998. p. 136.

lei possa ser considerada já no plano concreto"[209]. Por isso que, em sede tributária, vários são os contribuintes que se dirigem, preventivamente, ao Judiciário, com o fim de impedir uma atuação com supedâneo em lei considerada inconstitucional.

2.6 O Controle Difuso, o STJ e as Argüições de Inconstitucionalidade

Se, em primeira instância, o julgamento de inconstitucionalidade não demonstra maiores dificuldades, perante os Tribunais há certas situações mais delicadas. Em regra, órgão fracionário de Tribunal não pode analisar questão de constitucionalidade, pois o art. 97 da CF/88 determina que a declaração de inconstitucionalidade somente pode ser realizada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial.

Assim, suscitada e acolhida a questão, o órgão fracionário lavra acórdão e a submete ao órgão especial ou ao plenário. Após a decisão sobre a inconstitucionalidade, o processo retorna ao órgão fracionário para julgar o caso concreto à luz da referida decisão[210].

Isto deveria ocorrer em cada uma das situações que fossem submetidas aos Tribunais. Porém, em caso de repetição de julgado, em que, por exemplo, a questão constitucional já foi apreciada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal ou pelo pleno ou órgão especial dos demais Tribunais, por uma medida de economia processual, a nova redação do art. 481 do CPC passou a prescrever que o órgão fracionário já pode decidir a causa, tomando por base a decisão precedente, sem a necessidade de levantar nova argüição[211].

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça, criado para tratar, eminentemente mas não exclusivamente, de questões de direito infraconstitucional, também, pode declarar a inconstitucionalidade de leis. Há a possibilidade de

---

[209] MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 230.

[210] Isto só não ocorre em relação ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, além de julgar a questão de constitucionalidade, analisa, também, os demais aspectos da causa.

[211] Lênio Streck não concorda com esta regulamentação (STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, p. 371-375). Porém, entendemos que suas razões, neste particular, não são procedentes.

julgamento de argüição de inconstitucionalidade perante o STJ, que, através, da sua Corte Especial, analisará se há ou não ofensa ao texto constitucional[212].

Recentemente, foi objeto de argüição de inconstitucionalidade, nessa Corte, questão relativa a não aplicação da Taxa Selic em matéria tributária. No julgamento da AIRESP n.º 215881/PR[213], decidiu-se que, não dispondo o STJ de competência para analisar questões constitucionais em sede de Recurso Especial, somente poderá ser dado provimento à argüição, caso o resultado da mesma não beneficie o autor do recurso. Em outras palavras, *no exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.* Contudo, nas situações previstas nos incisos I e II do art. 105, *livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.*

Um pouco diverso, porém, é o nosso entendimento sobre o assunto. A rigor, pensamos que não cabe argüição de inconstitucionalidade quando do julgamento de Recurso Especial; seja em favor do recorrente, seja em favor do recorrido. Isso porque o regime jurídico do Recurso Especial impede que, no seu julgamento, sejam conhecidas questões constitucionais[214]. Ou a matéria é de direito infraconstitucional e, portanto, o STJ pode analisá-la ou é matéria de direito constitucional, quando será necessário declinar da apreciação do recurso em favor de manifestação do Supremo Tribunal Federal em recurso apropriado[215].

---

[212] O Supremo Tribunal Federal entende de forma mais ampla esta questão, pois já decidiu que "até ao STJ, na instância do recurso especial, seria dado declarar incidentemente, e de ofício, a inconstitucionalidade da lei ordinária que, se válida, teria de aplicar: seria paradoxal que, em situação similar, não o pudesse fazer o Supremo Tribunal, 'guarda da Constituição', porque não prequestionada a sua invalidade"(RE n.º 264289/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU I de 14.12.01, p. 87).

[213] Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Rel. Min. Franciulli Neto, Rel. p/ acórdão Min. Nilson Naves, DJU I de 08.04.2002, p. 111, julgado em 18.04.2001. Sobre o assunto, ver NAVES, Nilson Vital. O Superior Tribunal de Justiça e a questão constitucional. In: Revista dos Tribunais, n.º797, São Paulo: RT, 2002, p. 27-42 e FRANCIULLI NETO, Domingos. Argüição de inconstitucionalidade em Recurso Especial. In: Revista de Processo, n.º 103, São Paulo: RT, 2001, p. 175-188.

[214] Entretanto, há entendimento, como o do Min. Moreira Alves, de que, na hipótese do inc. III, b do art. 105 da CF/88, tem-se uma questão constitucional (Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 110).

[215] Sobre os problemas decorrentes da convivência da competência entre o STJ e o STF, há um profundo estudo de Ari Pargendler (PARGENDLER, A. O recurso especial e o Código Tributário

Todavia, concordamos que, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 105, em que há competências em matéria constitucional, pode o Superior Tribunal de Justiça proceder o julgamento de argüição de inconstitucionalidade.

Em matéria tributária, porém, poucas serão as oportunidades de argüição de inconstitucionalidade perante o Superior Tribunal de Justiça, justamente porque os incisos I e II do art. 105 não abrem muito espaço para questões desse tipo.

O que deve ser observado é que a discricionariedade do órgão fracionário (de qualquer Tribunal) em admitir a argüição de inconstitucionalidade restringe-se apenas à verificação da existência da questão constitucional. Assim, se entendido que a solução da questão deve passar por uma análise da Constituição, que poderá importar na rejeição da legislação infraconstitucional, é de ser acolhida a argüição e remetida ao órgão competente.

2.7 O Controle Difuso, a Ação Civil Pública e o Direito Tributário

No controle difuso, tem-se, ainda, interessantes questionamentos a respeito da possibilidade de utilização de Ação Civil Pública para o fim de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do poder público, principalmente em matéria tributária. Mas, ao contrário de grande parte da doutrina, não vislumbramos qualquer empecilho jurídico para aceitar um tal uso desse instrumento constitucional.

Argumenta-se (i) que, em razão dos efeitos *erga omnes* do julgamento da Ação Civil Pública, que (ii) por se tratar de um processo objetivo, sem partes, ela pode ser equiparada a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, usurpando, assim, a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (e dos Tribunais de Justiça estaduais, quando for o caso) para o exercício da fiscalização abstrata das leis, bem como (iii) que, a decisão na ACP, por valer apenas para a jurisdição de onde emanou, implicará em situações contraditórias, pois a lei não valerá em uma parte do território, mas poderá ser aplicada em outra.

Nacional. In: *STJ: dez anos a serviço da Justiça*, v. VI, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 361-370).

Esta é a linha de raciocínio utilizada por Gilmar Ferreira Mendes, pois, sendo um processo *sem partes*, com eficácia *erga omnes* (poderes estes que nem o STF tem em sede de controle concreto), a medida visa a atingir a própria lei ou ao ato normativo, devendo-se, por isso, "admitir a completa inidoneidade da ação civil pública"[216].

Especificamente em relação à questão tributária, alude-se ainda ao fato de que o conceito de contribuinte não se confunde com o de consumidor, bem como que se trata de direito disponível[217]. Foi o que, recentemente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça[218] e o Supremo Tribunal Federal[219].

Contudo, estamos convencidos de que, por trás desse posicionamento, esconde-se uma *pré-compreensão* da fiscalização de constitucionalidade, que, a princípio, não se mostra compatível com o sistema jurídico pátrio.

Ao que nos parece, a concepção dominante construiu uma idéia sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, que nos leva a entendê-lo como se fosse resultado de uma simples positivação conjunta dos principais aspectos dos modelos difuso e concentrado, tais como se apresentavam nos países que originariamente os

---

[216] MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, p. 381.

[217] Na doutrina, é o entendimento de Hugo de Brito Machado (MACHADO, Hugo de B. Ministério Público e ação civil pública em matéria tributária. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 52, p. 90, 2000), Ives Gandra da Silva Martins (MARTINS, Ives G. Ação Civil Pública é veículo imprestável para a defesa de direitos individuais disponíveis. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 32, p. 111, 1998), Francesco Conte (CONTE, F. Notas sobre o descabimento da ação civil pública em matéria tributária. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 30, p. 44-45, 1998) e Osmar Tognolo (TOGNOLO, O. Ação Civil Pública em matéria tributária. In: *Revista de Estudos Tributário*, Porto Alegre: Síntese, n. 10, p. 157, 1999). Igualmente, Luís Roberto Barroso, ainda que entenda possível a fiscalização de constitucionalidade, via Ação Civil Pública, em outros setores do direito (BARROSO, Luís R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas...*, p. 233). A favor da utilização da Ação Civil Pública em matéria tributária estão, dentre outros, Welber Barral (BARRAL, W. Notas sobre a ação civil pública em matéria tributária. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, p. 154, 1995), Antônio Souza Prudente (PRUDENTE, A. S. Ação Civil Pública em matéria tributária: legitimação constitucional do Ministério Público. In: *Revista de Estudos Tributário*, Porto Alegre: Síntese, n. 10, p. 154, 1999) e James Marins (MARINS, J. *Direito processual tributário brasileiro...*, p. 502-509).

[218] RESP 259679/RJ, Relator Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJU I de 25.03.2002, p. 185 e AGRESP 333016/PR, Rel. Min. Paulo Medina, 2ª Turma, DJU I de 18.03.2002, p. 232.

[219] Recurso Extraordinário n.º 206781/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU I de 29.06.01, p. 56. Noticiou, recentemente, o Informativo STF n.º 261 a pendência de um julgamento sobre a possibilidade de utilização de Ação Civil Pública em controle difuso. Depois do voto favorável

criaram. Por este caminho, é verdade, dificilmente vamos encontrar espaço para a utilização da Ação Civil Pública, porque ela se posiciona em um meio caminho entre os dois modelos, o que tornaria a sistemática brasileira ainda mais complexa. Afinal, tradicionalmente, ou o controle deve ser feito de forma difusa, com efeitos entre as partes litigantes ou deve ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada, em processo objetivo, com efeitos *erga omnes*.

Não nos convencemos, porém, de que o sistema brasileiro possa ter sua complexidade reduzida a tal ponto. Não nos devemos prender, por outro lado, na literalidade do texto constitucional. Afinal, se assim caminharmos, vamos ter que concluir que inexiste atribuição de poderes de controle de constitucionalidade aos juízes de primeira instância[220].

Chamamos a atenção para o fato de que somente iremos encontrar a verdadeira estrutura do controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos a partir de uma leitura sistemática da Constituição de 1988. Com isso, inevitavelmente, iremos concluir, na esteira de Oswaldo Palu, que "o modo difuso de controle de constitucionalidade tem sido subestimado em suas reais potencialidades, com as características que sempre o distinguiram, o de ser um sistema acessível e democrático"[221].

A leitura que fazemos é que se o modelo brasileiro inspirou-se, progressivamente, no direito americano e no direito dos países europeus, isto não implicou em uma total assunção dos pressupostos adotados por esses sistemas. Há peculiaridades no controle de constitucionalidade da Carta Magna de 1988, que não se encaixam no tradicional e simples binômio controle difuso-controle concentrado.

Agora, se, eventualmente, esta construção que estamos buscando trazer à tona ferisse algum parâmetro de justiça e democracia, com certeza não poderíamos admiti-la. Porém, não é isto o que se verifica. Ao contrário, a tentativa de encarar a Ação Civil Pública como mais um instrumento de fiscalização difusa de constitucionalidade

---

do Min. Carlos Velloso, houve pedido de vista de outro Ministro (RCL 1.503-DF e RCL 1.519-CE, rel. Min. Carlos Velloso, 21.3.2002).

[220] Afinal, qual dispositivo faz expressa menção a tal competência?

[221] PALU, O. *Controle de constitucionalidade...*, p. 279.

tem por fim aprimorar os métodos de garantia da supremacia e da força normativa da Constituição e, assim, consolidar o Estado Democrático de Direito.

Não se trata, porém, de uma tentativa que ignore os limites e as prescrições do texto constitucional em sede de controle de constitucionalidade, mas parte-se do princípio de que este, na modalidade difusa, pode ser realizado através de qualquer ação constitucional, incluindo a Ação Civil Pública, justamente porque não há restrição na Constituição[222].

O fato de, eventualmente, haver sobreposição de meios e instrumentos pode causar uma ou outra dificuldade, o que é bastante compreensível[223]. Todavia, não se põe como motivo relevante para obstar a nossa linha de raciocínio. O problemático, sim, seria inexistir métodos adequados para o controle de constitucionalidade.

Portanto, não concordamos quando se alega que não teria sentido a Lei Magna, de um lado, atribuir ao Supremo Tribunal Federal a relevante competência de analisar a validade de um lei com efeitos gerais e, por outro, conferi-la a todo o Poder Judiciário, através da ACP. Até porque não se pode falar em usurpação de competência daquele se o único ponto de contato entre a ADIN e a Ação Civil Pública está na eficácia *erga omnes* de suas decisões, com a peculiaridade de que, na segunda, os efeitos restringem-se ao âmbito territorial da jurisdição em que foi prolatada a decisão, bem como às pessoas que se relacionam com a situação concreta que gerou a sua utilização. Todavia, no mais, a ACP deve obedecer aos mesmos requisitos exigidos para o controle difuso, inclusive no que se refere à necessidade de Resolução do Senado Federal para retirar a norma do ordenamento por completo.

A partir deste raciocínio, somos levados a concluir que é inconstitucional a vedação de utilização de ACP em matéria tributária, prescrita pelo art. 6° da Medida

---

[222] Sobre o assunto, indicamos a leitura de estudo de Gilberto Schäfer (SCHÄFER, G. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002). Também, Clèmerson Merlin Clève e Cibele Fernandes Dias (CLÈVE, Clèmerson Merlin; DIAS, Cibele Fernandes. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: BASTOS, E. de C.; BORGES JÚNIOR, O. (org.). *Novos rumos da autonomia municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000) e Lênio Luiz Streck (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, p. 388), dentre outros.

[223] É o que, em certa medida, ocorre com a argüição de descumprimento de preceito fundamental em relação à ação direta de inconstitucionalidade, apesar do disposto na Lei n.° 9.882/99

Provisória n.º 2.180-35 (de 24.08.2001)[224], pelo simples motivo de que restringe o âmbito de atuação da jurisdição constitucional; o que só uma Emenda Constitucional poderia fazê-lo e, ainda assim, observadas certas limitações.

Não concordamos, então, com o argumento de que a Ação Civil Pública tem por objeto matérias que não englobam o direito tributário. Até porque, em relação à legitimidade do Ministério Público, clara é a Constituição ao dispor, em seu art. 129, III, que tal instituição pode utilizar-se do referido instrumento para proteger (i) o patrimônio público e social e (ii) outros interesses difusos e coletivos[225].

No que se refere ao item (i), é interessante notar que, a partir de uma interpretação bastante ampla, é lícito argumentar que exigir tributos sem o correto respaldo constitucional pode significar futura ofensa ao patrimônio público, se o Poder Público tiver que restituir o montante arrecado indevidamente. Portanto, o Ministério Público tem a competência para ajuizar uma Ação Civil Pública com o fim de impedir a cobrança indevida de tributo.

Por outro lado, é indisputável que o conceito de *interesses difusos e coletivos* abrange o interesse de *contribuintes* e não se restringe ao conceito de *consumidor*, porque o art. 1º da Lei n.º 7.347/85, prescreve que a Ação Civil Pública tem por objetivo proteger qualquer interesse difuso ou coletivo, além daqueles referentes ao meio ambiente, ao consumidor e a direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Enfim, o argumento de que o interesse do contribuinte é disponível e que, portanto, ninguém poderia pleitear em seu nome, sem o seu consentimento, é de ser rejeitado. Até porque, o interesse do consumidor, em certa medida, também não deixa de ser disponível.

É importante lembrar que a Ação Popular também pode ser utilizada para fins tributários. Pense-se, por exemplo, no caso de um benefício tributário concedido indevidamente pelo Poder Público. Certamente, o mesmo é de ser considerado lesivo

---

[224] Em razão da Emenda Constitucional n.º 32/2001, ainda que não tenha sido reeditada, encontra-se em vigor até que outra Medida Provisória a revogue ou até que seja rejeitada pelo Congresso Nacional.

[225] É o que, aliás, determina o art. 5º da Lei n.º 75/93.

ao patrimônio público. Com o que qualquer cidadão poderá utilizar-se desse instrumento para impedir a concessão do benefício.

Por fim, o mandado de segurança coletivo, igualmente, pode ser usado como instrumento de controle difuso de normas, inclusive tributárias. Esta postura só se torna um pouco mais delicada em relação ao mandado de segurança coletivo impetrado por partido político[226].

Dispõe o art. 5°, inc. LXX da CF/88, que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por (i) partido político com representação no Congresso Nacional e (ii) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No que se refere aos partidos políticos, como parece cristalino da leitura do supracitado dispositivo, não se faz exigência alguma que o mesmo esteja em funcionamento há pelo menos um ano ou que a impetração seja para defender interesses de seus filiados. Desta forma, entendemos que se a Constituição Federal de 1988 quisesse estabelecer para os partidos políticos as mesmas condições para impetrar o mandado de segurança coletivo, que prescreveu para as demais entidades, referidas na supramencionada alínea *b)*, teria dado ao inc. LXX uma redação única e conjunta, sem alíneas, ou, pelo menos, teria dado à alínea *a)* redação semelhante a da alínea *b)*. Mas não o fez.

Isso leva à imediata conclusão de que os partidos políticos, através do mandado de segurança coletivo, podem tentar proteger direitos líqüidos e certos dos cidadãos/contribuintes na sua totalidade, em razão da prática de atos ilegais e inconstitucionais por parte de autoridades públicas, tendentes a exigir tributos indevidamente. Este raciocínio não se encontra isolado. Pelo contrário, somos escoltados pela melhor doutrina e jurisprudência pátria[227].

---

[226] No que se refere à impetração com base na alínea *b)*, a jurisprudência tem-na admitido: Superior Tribunal de Justiça, ROMS n.° 9709, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU I de 20.09.1999, p. 48 e Resp n.° 208.525, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU I de 16.08.1999, p. 53.

[227] Dentre outros, ALVIM, E. A. *Mandado de segurança no direito tributário*, p. 361-362-363.

2.8 O Controle Concentrado de Constitucionalidade

No direito brasileiro, a partir da Lei n.° 9882/99, que operacionalizou a argüição *incidental* de descumprimento de preceito fundamental, pode-se dizer que o controle *concentrado* de constitucionalidade apresenta-se sob as modalidades *abstrata* e *concreta*. Claro que a referência à forma concreta decorre apenas do fato de que o controle a ser exercido pelo STF surge de um determinado litígio, porque, sob o ângulo dos efeitos, a argüição incidental aproxima-se da argüição direta e, portanto, do controle abstrato.

Atualmente, portanto, o controle concentrado é realizado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Se, num passado não distante, a regulamentação destes institutos era precária (e, até mesmo, inexistente), atualmente, com o advento da Lei n.° 9868/99 e da Lei n.° 9882/99, consolida-se a forma como alguns deles devem ser manejados.

2.9 Da Inconstitucionalidade por Omissão

Preocupa-nos um pouco mais, no âmbito do controle de constitucionalidade, a falta de um instrumento que seja capaz de forçar os poderes públicos a regulamentar satisfatoriamente a Constituição.

Tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Contudo, mais do que cientificar o órgão omisso não pode ela fazer[228]. No máximo, o que entendemos plenamente cabível, uma responsabilização do poder público pelos danos decorrentes da omissão[229].

---

[228] Para André Ramos Tavares, "com relação à declaração da inconstitucionalidade da omissão é que certamente haveria usurpação de funções se o Tribunal pretendesse emitir, em caráter geral, a norma requerida pela Constituição" (TAVARES, André R. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 98).

[229] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 347 e 349.

Muitos criticam a opção por um instrumento de controle que não proporciona maiores resultados, mas, no caso específico da omissão constitucional, até certo ponto esta escolha do constituinte pode ser justificada. Afinal, não teria sentido atribuir eficácia limitada a certos preceitos constitucionais, para, em seguida, determinar a sua regulamentação pelo legislador infraconstitucional, sob pena de regulação integral e *erga omnes* pelo Poder Judiciário. Seria mais inteligente não atribuir uma tal tarefa e, desde logo, conferir plena eficácia ao preceito. Contudo, em razão de determinantes das mais variadas, a opção pela integração normativa a ser feita pelo legislador infraconstitucional denota uma certa atribuição de discricionariedade a este. Seu dever é legislar, mas quando e na medida em que entender oportuno e necessário. Surge, aí, então, a necesidade de trabalhar com o princípio da razoabilidade, para demonstrar que, mesmo não existindo um prazo para legislar, não pode a omissão estender-se demasiadamente no tempo.

Com isso, abrem-se as portas para a declaração judicial da omissão e, por conseqüência, para a responsabilização do poder público.

Ocorre que, em tema de omissão constitucional, maior problema encontra-se na tímida operacionalização do mandado de injunção. Aliás, sua indevida equiparação à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão apenas contribui para uma mais rápida erosão da força normativa da Constituição, porque, aqui, o art. 5º, LXXI da CF/88, é inequívoco, atribuindo um poder de conferir efetividade aos direitos subjetivos.

Todavia, apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal, parcela respeitável da doutrina, com a qual concordamos, ainda insiste em sustentar que o mandado de injunção pode, evidentemente, suprir, para o caso concreto, a omissão do órgão responsável[230]. E isto funcionará até mesmo como uma advertência de que a falta de providências pelo poder omisso, aliada à concessão de inúmeras injunções, poderá acarretar situações mais indesejáveis do que uma pronta atuação daquele no cumprimento do seu desígnio constitucional.

---

[230] BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas...*, p. 252. Sua proposta, porém, é de que se autorize ao Judiciário suprir a lacuna através de recursos no próprio sistema à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Aliás, pensamos que o mandado de injunção, no quadro do controle de constitucionalidade, é o instrumento por excelência que legitima o *ativismo judicial* no Brasil, porquanto a atuação do Poder Judiciário não será, aqui, corretiva, mas supletiva.

2.10 Da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Recentemente, porém, a discussão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário tomou novo impulso com a edição da Lei n.º 9.882/99, que tratou da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Esta regulamentação veio à tona, porém, quando a comunidade jurídica já não mais sentia falta deste instrumento; quando já se estava acostumado a fazer uso dos meios disponíveis, ainda que nos estritos limites concebidos pelo Poder Judiciário. Para além do mais, entendemos que, nos termos em que a referida lei foi concebida, seria melhor mesmo que a argüição não tivesse sido regulamentada.

Primeiro, porque a titularidade para o seu exercício restou restringida às mesmas pessoas legitimadas para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade[231], com a diferença de que se escolhida esta, não será necessário demonstrar se o preceito é ou não fundamental, porquanto, ao contrário da argüição, a ADIN pode ter por objeto a ofensa a qualquer dispositivo constitucional.

Segundo, porque, com a equivocada adoção do princípio da subsidiariedade, que pode receber uma compreensão bastante estrita, a argüição perde, praticamente, a sua utilidade. Basta, para tanto, verificar que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF 03, conforme nos lembra o Min. Carlos Velloso, "decidiu no sentido de que outro meio eficaz de sanar a lesividade poderia ser buscado

[231] Dentre outros problemas, veja-se que, muito embora agora é possível questionar, em nível abstrato, a validade de uma lei ou ato normativo municipal, faltou coerência na elaboração da lei. Se com ela quis-se permitir esse tipo controle, a legitimidade ativa, também, deveria ser estendida ao Prefeito e a algum órgão do Legislativo municipal, o que não ocorreu.

no controle difuso, vale dizer, em qualquer ação ou recurso, inclusive o recurso extraordinário, ou em quaisquer meios judiciais eficazes para se sanar a lesividade"[232].

Houve avanços, por certo[233], mas, ficou-se aquém do esperado. Por isto, nosso inconformismo. Não acreditamos que a Constituição estabeleceu um instrumento para apenas *fechar lacunas do sistema de fiscalização*. Neste sentido, o parágrafo único do art. 4° da Lei n.° 9.882/99 mostra-se inconstitucional. A não ser que entendimento contrário ao que aqui se defende seja rejeitado com base no tão utilizado argumento do "excesso de serviço e do possível congestionamento dos trabalhos do STF"[234] que uma interpretação mais ampla da ADPF possa provocar.

Todavia, preferimos adotar o entendimento de André Ramos Tavares, no sentido de que a "argüição é cabível sempre, *absolutamente sempre*, que houver violação de preceito constitucional fundamental"[235]. Haverá, portanto, pontos de contato entre a ADPF e a ADIN, a ADC e a ADIO, porém é preferível a cumulação de instrumentos do que um vácuo na proteção constitucional. Não concordamos, é verdade, com a proposta desse autor, no sentido de que, ao contrário da subsidiariedade da argüição, "o mais coerente e constitucionalmente admissível será para ela desviarem-se todos (...) os casos de descumprimento de preceitos fundamentais"[236], porque, se assim fosse, a própria Constituição teria restringido o

---

[232] VELLOSO, Carlos. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: MARTINS, I. G. da S. (coord.). *Direito contemporâneo:* estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 41.

[233] De uma maneira ou de outra, com a regulamentação da ADPF, o sistema tornou-se mais exaustivo, pois, como ensina Gilmar Mendes, "as questões que até então não podiam ser apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (...) serão objeto de exame no âmbito do novo procedimento" (MENDES, Gilmar. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei n.º 9.882/99*, p. 135).

[234] Aliás, este argumento sempre foi utilizado, especialmente para legitimar a restrição de meios protetivos de normas constitucionais. Não se atentou, porém, que a "avalanche de processos" que o STF recebe anualmente decorre mais do descumprimento da Constituição, por parte dos poderes públicos, do que do excesso de instrumentos para a garantia desta. Assim, mesmo que exista tão somente um meio para que os cidadãos enviem seus pleitos ao Judiciário contra inconstitucionalidades, o "excessivo volume de processos" não diminuirá se o desrespeito à Constituição persistir na intensidade que atualmente se apresenta.

[235] TAVARES, A. R. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 233.

[236] Ibid., p. 235.

campo de atuação de cada um daqueles instrumentos de fiscalização de constitucionalidade em prol da APDF.

O fato é que a argüição, de um lado, tem um campo mais amplo de atuação do que as demais Ações Diretas, quando, a despeito da supracitada lei, está constitucionalmente autorizada a aceitar impugnações até mesmo de atos concretos e de atos não estatais[237] e, por outro lado, tem um raio de extensão mais restrito, porque a sua parametricidade "não é toda a Lei Fundamental, mas somente os preceitos fundamentais"[238].

A inconstitucionalidade da adoção daquela concepção do princípio da subsidiariedade é, então, patente, simplesmente porque onde a Constituição não distinguiu não cabe ao legislador infraconstitucional fazê-lo. Ademais, pensamos que a atribuição a este, conferida pelo §1° do art. 102 da CF/88, para regulamentar a ADPF, não consistiu em um *cheque em branco*, com o qual o seu portador pudesse fazer o uso que bem entendesse.

Em nosso sentir, a expressão *na forma da lei* significa que esta tem competência apenas para regular como deve ser processada a ADPF, sem fazer uso de prescrições que restrinjam o âmbito de atuação desta. E tal linha de raciocínio serve, inclusive, no que se refere ao art. 2°, I da lei n.° 9.882/99, que cuida dos legitimados ativos, porque quando a Constituição quis uma restrição neste âmbito, prescreveu ela mesmo, de forma que, se em relação à ADPF nada mencionou, não seria aquela lei que estaria autorizada a fazê-lo.

Porém, a idéia de subsidiariedade não é descartável. Em uma primeira leitura do sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade, pode-se imaginar, como já enunciamos acima, que seria mais tranqüilo para a pessoa legitimada a propor a ADPF que, sendo possível optar por uma ADIN, assim o fizesse; justamente para não ter a sua pretensão negada em sede de ADPF, por uma decisão que entendesse não ser fundamental o dispositivo constitucional elencado.

---

[237] Id.

[238] CLÈVE, Clèmerson Merlin; DIAS, Cibele Fernandes. Argüição de descumprimento de preceito fundamental, p. 79. Não é o caso de, aqui, tentar traçar os contornos do conceito de *preceito fundamental*. Contudo, podemos arriscar e sustentar, na linha de alguns doutrinadores que tal expressão abrange os arts. 1° a 4° e 60, §4° da CF/88, além dos chamados *princípios sensíveis*.

Para além disso, vislumbramos duas modalidades de subsidiariedade, que podemos denominá-las de (i) subsidiariedade estática e (ii) subsidiariedade dinâmica[239]. A primeira, seria aquela por nós rejeitada, no sentido de que a ADPF somente poderia ser utilizada em caso de não encontrarmos *outro meio* para combater a ofensa a um preceito fundamental. Seria estática porque confrontaria a ADPF com os outros instrumentos da jurisdição constitucional antes de efetivamente utilizá-los em alguma situação concreta. Então, o operador jurídico, diante de um caso qualquer de lesão a preceito fundamental, deveria analisar o sistema e se nenhum dos meios tradicionais servissem para sanar ou impedir a lesão, estaria autorizado a utilizar-se da ADPF. Neste sentido, a subsidiariedade, praticamente, aniquila tal instrumento.

Já a segunda subsidiariedade é chamada de dinâmica, porquanto a tônica da utilização da argüição restaria deitada não na inexistência de outro meio para sanar/evitar a lesão, mas de *outro meio eficaz*. Postos, então, em andamento todos os demais instrumentos para combater a ofensa a preceito fundamental, mas mesmo assim se esta não tivesse sido extirpada, poderia entrar em cena a ADPF.

Claro que, nesta segunda hipótese, haveria situações em que o interessado não precisaria repetir caminhos já trilhados por outras pessoas para, somente então, utilizar-se da argüição. Pense-se, por exemplo, no caso do art. 192, §3° da CF/88, em que já se tentou controle abstrato e difuso, mas mesmo assim, passados mais de doze anos da promulgação da Constituição, a ofensa a ele ainda persiste. Se, então, conseguíssemos caracterizar esse mencionado preceito como fundamental, por certo que, já há bastante tempo, poderia ter sido utilizada a ADPF.

Por outro lado, esta segunda hipótese de subsidiariedade também teria que enfrentar situações de extrema urgência e relevância, onde talvez não fosse possível esperar pela utilização de outros meios, para só, então, quando averiguada a sua ineficácia, ter autorização para ajuizar uma argüição.

De resto, tal instrumento pode entrar em searas antes intangíveis pelos demais meios de fiscalização abstrata, com o que é necessário que o STF faça uma leitura que

---

[239] De antemão, já reconhecemos que esta nomenclatura talvez não reflita satisfatoriamente a realidade que se quer traduzir.

o torne eficaz em sua plenitude. Pode haver controle de lei municipal, de lei anterior à Constituição, de atos não normativos, mas, talvez, não seja possível admitir a ADPF como substitutivo mais eficaz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou do Mandado de Injunção. Porque, do contrário, teríamos que admitir que a Constituição criou esses instrumentos, especialmente a Ação Direta por Omissão, sem atribuir-lhes muita utilidade. Afinal, quem se serviria da ADIO se com a opção pela ADPF melhor alcançasse a realização de seu direito?

É delicado, portanto, o enquadramento sistemático da argüição. De um lado, se entendermos que ela é subsidiária, não lhe sobrará muito espaço para atuar. De outro, se a compreendermos como um instrumento em situação de igualdade perante os demais, estes é que correm o risco de não terem maior utilidade.

Mas, entre uma e outra posição, se necessário fosse escolher, optaríamos pela segunda, justamente porque é a que melhor nos auxilia na tarefa de concretizar mais e mais a força normativa da Constituição; em que pese críticas feitas por defensores da tradicional construção da separação de funções. Assim, desde que diante de uma ofensa (por ação ou omissão) a preceito fundamental, é possível a utilização da ADPF, seja para expulsar o ato agressor, seja para suprir uma omissão dos poderes públicos.

Neste sentido, admitido o caráter cumulativo da ADPF e se feita uma leitura adequada da sua legitimidade ativa, sem se apegar às indevidas restrições da Lei n.º 9.882/99, importantes seriam os avanços no campo tributário. Mais precisamente, tendo em vista a postura teórica desenvolvida ao longo do presente capítulo, somos levados a concluir que a jurisdição constitucional é impulsionada com a utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, restringindo-se, consequentemente, a liberdade de atuação dos demais poderes.

Contudo, com o quadro que hoje se apresenta, sem dúvida alguma, haverá a necessidade de um grande esforço teórico para superar a conformação que a argüição de descumprimento vem adquirindo na jurisprudência e na doutrina brasileira.

Feitas estas considerações, no sentido de apresentarmos uma visão geral e breve do sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade, no capítulo seguinte, analisaremos alguns dos problemas mais importantes das decisões judiciais

neste âmbito, para, em seguida, tratarmos, especificamente, dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

CAPÍTULO II: A DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: OBJETO, CONTEÚDO E EFEITOS

1 INTRODUÇÃO

Como identificamos logo de início, o objetivo do presente trabalho é analisar o art. 27 da Lei n.° 9.868/99, que regula a possibilidade de modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental.

Ocorre que os efeitos referidos nessas disposições legais não podem ser estudados independentemente, alheios aos demais aspectos que envolvem a decisão da jurisdição constitucional.

Neste capítulo, portanto, procuraremos analisar, ainda que brevemente, tópicos que pensamos ser relevantes para uma melhor compreensão do tema supra. Pensamos, assim, ser necessário passar os olhos sobre o objeto, o conteúdo e o que poderíamos chamar de efeitos subjetivos da sentença no controle de constitucionalidade. Será o momento, então, de estudarmos que tipo de decisões podem ser tomadas, se há limites para tanto e se elas são vinculantes e em que medida.

2 DO OBJETO NOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Considerações Gerais

Nosso sistema de controle de constitucionalidade é vasto e complexo. Contudo, não é homogêneo no que se refere ao seu objeto. Há variações significativas em todos os espaços, da fiscalização concreta à fiscalização abstrata, do controle por comissão ao controle das omissões; algumas são compreensíveis, outras poderiam ter sido evitadas pelo Constituinte, para não causar tantas desavenças e perplexidades.

2.2 Do Objeto Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não se tem, entretanto, maiores dificuldades. Poder-se-ia pensar que se trata de uma ação autônoma, mas ela se encontra, em verdade, no próprio âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de modo que não "há lugar para sustentar-se a existência, no Brasil, de uma ação constitucional especial"[240]. Por conta disso, é importante notar que não se trata de qualquer omissão passível de impugnação, mas somente aquela imputável às esferas federal e estadual de governo. É dizer somente omissão ao dever de editar *ato normativo federal ou estadual.*

Não cabe, portanto, declaração de inconstitucionalidade por omissão em relação à inobservância do dever de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo municipais. Do contrário, teríamos mais uma incongruência em nosso sistema, já que o mesmo não admite o controle de inconstitucionalidade por ação de leis ou atos normativos municipais.

2.3 Do Objeto Material: Texto de Lei ou Norma ?

Já no que se refere ao controle de inconstitucionalidade por ação, é importante sabermos se o seu objeto é o texto de lei/ato normativo ou a norma propriamente dita. Com efeito, na doutrina moderna já não se confundem mais estas duas realidades, porquanto a norma é o juízo que se produz da leitura daquele. De forma que, em última instância, não se pode falar em controle de texto de lei, pois este seria intangível.

No mesmo caminho, lembra Oswaldo Palu que, apesar do STF ter decidido em sentido contrário, com "as novas técnicas de decisão expressamente previstas na Lei 9.868/99 e já utilizadas, (...) há que se afirmar que o objeto da ação de inconstitucionalidade atinge a norma e não apenas o texto formal da lei"[241].

---

[240] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 338-339.

[241] PALU, Oswaldo. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, p. 263.

Assim, torna-se mais fácil a compreensão da técnica da interpretação conforme a Constituição, quando, dentre vários sentidos (normas), declara-se que um deles (uma norma) é o aceitável.

Esta consideração será tão mais importante quanto maior for o grau de abstração do dispositivo e quanto maior forem as possibilidades hermenêuticas em torno deste, porque, deste modo, será possível termos mais de um sentido, mais de uma norma, tornando mais complexo o processo de fiscalização de constitucionalidade.

Atente-se, por outro lado, para o fato de que o conceito de norma, como ordenação material vinculativa, sustenta-se em orientações recentes da dogmática constitucional, que não admite a separação entre o *programa* e o *âmbito normativos,* que formam os dois lados da mesma moeda (da norma jurídica)[242]. Até porque, hoje leciona Gilmar Mendes, apoiando-se em autores como Ernst G. Marenholz e Horst Ehmke,

> não há como negar a "comunicação entre norma e fato"..., que, (...), constitui condição da própria interpretação constitucional. (...) Restou demonstrado então que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade[243].

---

[242] Já tivemos a oportunidade de trabalhar com esta linha de raciocínio, apoiando-se em F. Müller, R. Alexy, Canotilho, Paulo Bonavides e Clèmerson Clève, quando sustentamos que "a norma jurídica, mesmo que tenha por referência os textos do direito posto, neles não se encontra enclausurada. Seja porque, na sua construção, o sujeito cognoscente leva consigo toda uma experiência de vida e de valores, seja porque, sendo uma "estrutura triádica", considera-se, também, a situação/conduta normada. (...) Desse modo, não mais poderia perdurar a radical oposição entre "direito" e "realidade", porque, para Müller, não seriam duas coisas independentes que se devem relacionar entre si. Antes, as situações da vida que a lei regula influem no conteúdo normativo dos preceitos. Formam o que denominou "âmbito normativo", que não se apresenta como uma mera soma de fatos, mas, sim, como uma conexão de elementos estruturais extraídos da realidade social pelo "programa normativo". (...) Assim, de um lado, encontra-se o "programa normativo", parte do "iceberg normativo" e que, tradicionalmente, a doutrina tem designado por norma jurídica e, de outro lado, o pedaço da realidade - "âmbito normativo" - que por aquele é contemplado" (FISCHER, Octavio. Campos. *Contribuição ao PIS.* São Paulo: Dialética, 1999, p. 29, 30 e 31).

[243] *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 466-467.

Assim, chamado o Poder Judiciário a se pronunciar sobre a validade de uma norma (e não somente texto de lei), verificará se houve ou não ofensa a alguma norma (e não somente ao texto) contida, expressa ou implicitamente, na Constituição.

2.4 Noção de Lei e de Ato Normativo

Por outro lado, há um ponto comum entre o sistema difuso e o sistema concentrado de controle de constitucionalidade. A Constituição de 1988, ao regulá-los nos arts. 97, 102 e 103, mencionou como objeto primordial do processo de fiscalização não qualquer ato do poder público, mas somente as leis ou atos normativos.

Por ato normativo considera-se, de início, aquele que impõe uma determinada regulação, estruturado, portanto, à luz do *princípio do dever ser*. Mas, no que se refere à fiscalização abstrata, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que somente é cabível o controle de constitucionalidade em se tratando de (i) ato genérico e abstrato e de (ii) ato em colisão direta com a Constituição. Daí por que não se admite a análise (i) de leis de efeitos concretos e (ii) das inconstitucionalidades mediatas, intercalares, que se configuram como questões legais.

Ambas orientações, porém, não são aceitas pela doutrina. Ainda que o conceito de lei não seja unívoco[244], é importante mencionar que a própria Constituição não restringiu o controle de constitucionalidade às leis materiais. Pelo contrário, mencionou o vocábulo *lei* sem fazer qualquer exceção; com o que podemos dizer que, se a lei não distinguiu, ao intérprete não é lícito fazê-lo. Portanto, qualquer norma, revestida do atributo de lei, pode "desafiar o controle abstrato"[245].

Por outro lado, na relação lei-regulamento, não se trata rigorosamente ou somente de uma *questão legal*. É sim uma questão de afronta ao princípio da legalidade e, portanto, uma questão constitucional. Até porque concordamos com Gilmar Mendes, quando sustenta "que a inexistência de um sistema de controle

---

[244] Sobre o assunto: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 61 e ss.

[245] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 195 e POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 157.

judicial que permita aferir a legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma desvalorização do postulado da supremacia da lei e da reserva legal"[246]. Por outra ótica, veja-se que, se houver decreto que não regulamente fielmente uma lei, restará agredido o art. 84, IV da CF; portanto, uma questão de inconstitucionalidade.

Com isso, concordamos que precisam ser revistas as mencionadas orientações do Supremo Tribunal Federal, porque, com a regulamentação da ADPF, aquelas restrições tendem a não ter a mesma dimensão, já que com este instrumento poder-se-á *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de* (qualquer) *ato do Poder Público* (art. 1° da Lei n.° 9.882/99), mesmo que não seja um ato de cunho normativo.

2.5 Do Objeto no Controle Difuso de Constitucionalidade

Muito do que se disse acima, normalmente, é restringido ao controle abstrato. Não se encontra na doutrina brasileira literatura sobre o assunto quando o tema é o controle difuso. É dizer, dificilmente encontramos teoria que trabalhe claramente com o objeto deste. Porém, entendemos que, diante da formulação constitucional, o âmbito de incidência é muito semelhante ao controle abstrato. Assim, não se poderia cogitar do controle difuso de algo que não fosse lei ou ato normativo. O próprio artigo 52, X da CF/88, ao tratar da Resolução suspensiva do Senado Federal, mesmo que mencione apenas lei, "sintoniza com o ato normativo de qualquer categoria (lei formal ou material)", como leciona Clèmerson Merlin Clève[247], de forma que se a Resolução não pode ir além de lei ou ato normativo, por evidente que a decisão judicial também não poderá.

Neste sentido, também não é cabível controle difuso contra ato de cunho normativo praticado por particulares (p. ex., regulamentos de associações, estatutos societários...). Afinal, pelo art. 97 da Constituição Federal, os tribunais somente

---

[246] *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 175-176. Para Clèmerson Merlin Clève tem-se, ainda, que "É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata" (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 212).

[247] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 120. No mesmo sentido, VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 63-64.

poderão cogitar da declaração de lei ou ato normativo *do poder público*, o que se aplica, também, às decisões de primeira instância.

Contudo, não há restrição da origem da lei ou do ato normativo. E esta é o grande diferencial em relação ao controle abstrato, porque poderão sofrer a fiscalização concreta todos aqueles provenientes dos vários entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Município).

2.6 Do Objeto no Controle Abstrato de Constitucionalidade

Já, no controle abstrato há algumas restrições relevantes para a análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo. Não se entende, até hoje, por que há um descompasso entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade quanto ao objeto. Naquela, aceita-se impugnação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Nesta, somente quando da esfera federal. Afinal, se, como já mencionamos, a ADC é uma ADIN com sinal trocado, uma tal disparidade é, do ponto de vista lógico e jurídico, totalmente incompreensível.

Já no controle via Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como enunciamos no capítulo anterior, o objeto torna-se mais amplo, abrangendo leis ou atos normativos municipais e, em tese, sem considerar a prescrição da Lei n.º 9.882/99 (parágrafo único do art. 1º), os atos privados contrários a algum preceito fundamental[248]. Também, distintamente da ADIN e da ADC, a ADPF aceita a

[248] É o caso de uma *Convenção Coletiva do Trabalho*. No mesmo sentido, mas não vendo irregularidade na restrição imposta pela Lei n.º 9.882/99, é o pensamento de Elival da Silva Ramos (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei n.º 9.882/99*, p. 120). Por outro lado, há doutrina sustentando, de forma mais restritiva, entretanto com supedâneo na Lei n.º 9.882/99, que a expressão atos do poder público engloba, também, "atos de particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público" (SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei n.º 9.882/99*, p. 92).

impugnação de (i) ato anterior à Constituição, de (ii) ato sem cunho normativo e de (iii) provimentos judiciais[249].

Sob estes variados aspectos, trata-se, portanto, de um instrumento mais versátil que as outras duas ações; não fosse o problema de se precisar a sua parametricidade (o conceito de *preceito fundamental*).

3 DO CONTEÚDO DA DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Considerações Gerais

Após rápidas pinceladas no que se refere ao objeto dos processos que envolvem a fiscalização de constitucionalidade, é necessário tratar do conteúdo da decisão desta, um assunto que mais de perto toca com a problemática dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade, porque a variação daquele importará certamente na variação destes.

Em um olhar tradicional sobre a matéria, a análise do conteúdo da decisão em tela não importa em maiores problemas, porquanto uma norma será constitucional ou inconstitucional, sem meio termo.

Contudo, diante de uma série de situações que se apresentaram ao longo de vários processos de fiscalização de constitucionalidade, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência estrangeiras procuraram modos alternativos para viabilizar uma melhor solução para as controvérsias constitucionais, que cada vez mais se apresentavam complexas:

> Tanto en Europa como en América, la rígida alternativa "estimación-rechazo", hipotizada por Kelsen, ha mostrado bien pronto sus límites frente a la extraordinaria variedad de situaciones que los tribunales constitucionales deben regular. Bien, en una primera fase, bien, en tiempos más recientes, las constituciones y las leyes, han elaborado modelos intermedios y ulteriores de pronunciamiento. La doctrina de varios países las denomina

[249] Neste último caso, é o entendimento de Gilmar Mendes (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto, p. 143-145). Aqui, sim, infelizmente, estaríamos enveredando para o acolhimento de uma *avocatória*. Por outro lado, é importante verificar se uma tal argüição precisa esperar o trânsito em julgado da decisão ou já pode ser acionada antes mesmo de qualquer outro recurso ou simultaneamente a este.

"parciales", "interpretativas", "aditivas", "manipulativas", "optativas", "monitorias", "de mecanismo", "de principio", etc.[250]

Cumpre salientar que também aqui e talvez mais do que no item anterior, é possível o tratamento conjunto das decisões no sistema difuso e no sistema abstrato.

Para tanto, será interessante buscar apoio na sistematização feita por Vitalino Canas, ao distinguir o conteúdo típico do conteúdo atípico da decisão no controle de constitucionalidade, mas apenas com algumas adaptações.

Isto porque o referido autor lusitano, inicialmente, separa o objeto do conteúdo das decisões, entendendo ser aquele formado pelas normas jurídicas e este pelo tipo de comando/provimento que possa emanar das decisões do Tribunal Constitucional. Assim, "(i) por um lado, (...) o TC declara a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de uma norma jurídica (segmento certificativo); (ii) por outro, o TC fixa, através de comandos dirigidos a certos destinatários, quais as conseqüências dessa declaração no ordenamento jurídico (segmento dispositivo-constitutivo)"[251].

Contudo, mais à frente, Vitalino Canas, ao tratar das decisões atípicas, insere na análise quanto ao objeto, modos de atuação da jurisdição constitucional que se referem, nitidamente, ao conteúdo, como, por exemplo, a decisão com base na interpretação conforme a Constituição[252]. É que, em nosso entendimento, todas as técnicas de decisão referem-se ao conteúdo e não ao objeto desta. Assim é o que se verifica não só com a *interpretação conforme*, mas também com a declaração sem redução de texto, com a decisão de apelo ao legislador, dentre outras.

Portanto, nossa aproximação a este instigante tema tomará uma peculiar concepção do que se possa entender melhor por conteúdo típico e conteúdo atípico da decisão em sede de fiscalização de constitucionalidade. No primeiro, sem qualquer possibilidade de divergências, encontramos as decisões que simplesmente declaram a inconstitucionalidade ou rejeitam-na (controle difuso) ou declaram a constitucionalidade de uma norma (controle abstrato). No segundo, inserimos aquelas

---

[250] LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos F^co^ e PEGORARO, Lucio. *Nuevo derecho constitucional comparado*, p. 450.

[251] CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 57.

[252] Ibid., p. 81 e ss.

técnicas que procuram conferir uma maior maleabilidade às decisões, em razão de especificidades contidas nas situações normativas ou fáticas.

Com isso, somos levados a concluir que uma decisão de conteúdo atípico é exceção. Não se pode transformá-la em instrumento cotidiano de solução de controvérsias constitucionais e, mais, deve sempre ser interpretada restritivamente, como toda e qualquer exceção. Até porque, por trás, está em jogo, aqui, o princípio da separação de poderes, que muito bem deve ser balanceado em situações tais, para que o Poder Judiciário não assuma, indevidamente, tarefas atribuídas constitucionalmente aos Poderes Legislativo e Executivo.

3.2 Da Interpretação Conforme a Constituição

Toda lei tem como característica a imperatividade, no sentido de se fazer obrigatória. Para tanto, é necessário que presumamos a sua validade. Afinal, só se obedece àquilo que é válido, porque a partir do momento em que se diz que uma lei promulgada não precisa ser obedecida, o direito não cumprirá uma de suas metas principais que é conferir estabilidade e segurança às relações sociais.

Neste sentido, fala-se que as leis possuem uma presunção da constitucionalidade. Não se trata, porém, de um verdadeiro atributo destas, mas, sim, de um manto protetor, decorrente da sua vigência e eficácia, enquanto a validade não for analisada.

Parte-se, então, desse princípio para sustentar que, na análise da constitucionalidade das normas, é necessário verificar e dar preferência para o sentido destas que se harmonizem com a Constituição. É dizer,

> possuindo determinada lei (ou preceito nela contido comportando uma ou várias normas) vários sentidos possíveis, uns inconstitucionais, outros compatíveis com a Constituição, deve o intérprete optar por um destes últimos, não devendo aquela ser declarada inconstitucional enquanto uma sua interpretação possa ser considerada não desconforme com as normas constitucionais envolvidas[253].

[253] Ibid., p. 82.

Jorge Miranda sustenta que os diversos tribunais utilizam-se desse método em razão do princípio de economia jurídica, procurando "um sentido que - na órbita da razoabilidade com um mínimo de correspondência verbal na letra da lei (...) - evite a inconstitucionalidade"[254].

Rui Medeiros, por sua vez, descarta a fundamentação da interpretação conforme a Constituição nos princípios da presunção da constitucionalidade das leis[255] e da conservação dos atos jurídicos[256], para apoiá-la na interpretação sistemático-teleológica do direito[257]. Afinal, não se analisa uma norma isoladamente. Todo o direito é considerado nesta atividade, inclusive a Constituição[258]. Portanto, é imperioso que as normas passem pelo crivo desta.

A decisão, aqui, seria então de declarar a constitucionalidade (controle abstrato) ou rejeitar o pedido de inconstitucionalidade (controle difuso), com a utilização da conjunção *desde que*: uma lei é válida, desde que interpretada de uma determinada forma, que a compatibilize com a Constituição[259].

A rigor, porém, toda vez que se confirmar a validade de uma lei perante a Constituição, estaremos diante da *interpretação conforme*. Aliás, isto se dará toda vez que houver uma aplicação da lei. Portanto, a princípio, esta técnica de interpretação (e, por vezes, de controle de constitucionalidade) não se apresentaria como uma decisão de conteúdo atípico.

Nas palavras precisas de Celso Bastos, a questão toma a devida orientação:

---

[254] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional....*, t. VI, p. 73.

[255] Esta tese "sustenta que, em caso de dúvida sobre o sentido de um preceito legal, se deve presumir que o legislador quis a solução conforme (ou, eventualmente, mais conforme) com a Constituição. Trata-se de "uma espécie de benefício da dúvida que se deve conceder a todo o legislador democraticamente eleito" e presumivelmente 'fiel ao texto fundamental'" (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 291).

[256] Afinal, "quando não está em causa uma interpretação inconstitucional, não tem sentido falar em conservação de normas. Já vimos que o recurso à interpretação conforme a Constituição também se justifica nos casos em que nenhuma das interpretações possíveis da lei conduz à sua inconstitucionalidade" (Ibid., p. 294).

[257] É o entendimento, também, de Peter Oberndorfer (OBERNDORFER, Peter. Tribunal da Áustria: A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais. In: VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus: Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987. p. 159).

[258] *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 296.

[259] MENDES, Gilmar. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p. 48.

> Pode-se dizer que o mandamento da interpretação conforme à Constituição não significa extrair-se um sentido da lei, mas mais do que isso, determina ele proceder-se a uma redução ou mesmo a uma ampliação da eficácia da norma legal, segundo os termos constitucionais. Se assim não fosse, esta técnica não apresentaria peculiaridade alguma, digna de destacar-se como técnica autônoma Entender-se esta como apenas escolher o significado da lei que esteja de acordo com a Constituição nada mais é do que aplicar o dogma da supremacia da Constituição[260].

Portanto, o que tem chamado a atenção nesta seara é um outro nível de *interpretação conforme*, que se põe quando a constitucionalidade da norma apresenta-se duvidosa, diante da pluralidade de sentidos que dela emanam. Com efeito, estamos diante de situação em que a norma, em sua significação imediata, tem grande probabilidade de ser declarada inconstitucional. Por isso, busca-se, dentre vários outros, um sentido possível de constitucionalidade da lei[261], como medida de seu salvamento.

De certa forma, a doutrina e a jurisprudência tem acolhido a *interpretação conforme* sem maiores críticas. Estuda-se, é verdade, a imposição de limites. Mas, em nosso entendimento, é necessário ter, também, um pouco mais de cautela. A tentativa de salvamento da lei pode levar a resultados desastrosos, não em razão da superação de alguns limites, mas pelo seu uso excessivo e impensado. Veja-se que a necessidade de acolhimento do produto do legislador, como resultado da supremacia popular, varia de grau em razão do momento histórico e do local onde a legislação é produzida.

Estamos a dizer que a aplicação da *interpretação conforme* será tanto mais intensa quanto mais real for a representatividade dos parlamentares. Afinal, seria desarrazoado aplicar esta técnica em um Estado totalitário com a mesma intensidade com que se aplica em um Estado com maior nível de democracia, porque, em um Estado com razoável déficit de legitimidade parlamentar, a *interpretação conforme* pode revelar-se um verdadeiro vilipêndio constitucional. Há que se exigir do Judiciário, portanto, uma grande sensibilidade para a aplicação desta técnica.

---

[260] BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 168.

[261] ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório. *Interpretação conforme a Constituição e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 42.

Por outro lado, a preocupação da doutrina é não fazer da *interpretação conforme* um instrumento que rompa com a separação de poderes. É não fazer com que, através dela, o juiz transforme-se em legislador, criando uma norma totalmente diferente daquela que havia sido produzida.

Por isso, fala-se que os limites da *interpretação conforme* são (i) a literalidade do texto, (ii) a vontade do legislador[262] e (iii) a teleologia da lei. Dentre estes três, o que nos afigura como o mais razoável é, sem dúvida, o limite da teleologia (sistema), já que se a literalidade e a vontade do legislador estivessem claros, das duas uma: ou a norma seria constitucional ou não seria constitucional e não seria necessário qualquer recurso hermenêutico extra.

Mas, é justamente porque não se tem uma clareza quanto ao que a norma indica (ou contém) que se vai atrás de uma *interpretação conforme*. Portanto, é inegável que esta *sempre terá um caráter corretivo*, já que se o legislador tivesse elaborado corretamente a lei, não emanavam dela entendimentos inconstitucionais. Corrige-se, portanto, para que estes sejam afastados da sua compreensão.

Todavia, como já se disse acima, a aplicação da *interpretação conforme* pressupõe que a norma possua mais de um sentido *possível*. Neste caso, a doutrina tem sustentado que somente em caso de afronta clara ao texto constitucional é que se deve declarar a inconstitucionalidade.

Para J. J. Canotilho, "no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a 'rejeição', por inconstitucionalidade, dessa norma (...), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (=proibição de correção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição)" [263].

---

[262] Para Wolfgang Zeidler, os limites de tal interpretação são "o teor literal e a vontade clara do legislador, não podendo o conteúdo normativo da norma interpretada ser totalmente redefinido, nem ser ignorado em pontos essenciais o objectivo do legislador". Afinal, não se deve perder de vista o perigo de, através da interpretação conforme a Constituição, se imputarem ao legislador resultados não contidos na sua vontade" (ZEIDLER, Wolfgang. Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha: A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais. In: VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus: Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas, p. 59 e 61)

[263] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e*..., p. 1211.

No mesmo caminho, Konrad Hesse: "Em nenhum caso, uma lei deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente, senão existem somente objeções, por mais sérias que essas sejam"[264].

E Rui Medeiros: "A decisão de inconstitucionalidade da lei (ou de um preceito legal) pressupõe a impossibilidade do recurso à interpretação conforme a Constituição, pelo que, nos casos em que seja possível uma decisão interpretativa, não se afigura em rigor legítimo falar em inconstituconalidade"[265].

Com estas orientações, porém, não concordamos. Não necessariamente porque, ao admiti-las, a decisão de inconstitucionalidade é, sim, que adquire foros de decisão atípica e excepcional[266]. Mas porque se assenta em um grave risco para a supremacia constitucional. Não se quer, com isso, por evidente, sustentar que todas as leis devem ter a sua constitucionalidade questionada. Porém, se como leciona Hesse, a *interpretação conforme* implica, também, em uma interpretação da Constituição[267], corre-se o risco, aqui, de interpretar esta à luz da lei infraconstitucional.

Ademais (o que, para nós, é bastante emblemático), a *interpretação conforme* soa como que derivada do *interpretativismo estrito* (*originalismo*), exposto no capítulo anterior, em que o Judiciário somente pode declarar a inconstitucionalidade da norma se houver clara agressão ao Texto Magno. Assim, a *restrição judicial* seria a tônica, devendo o juiz sempre que possível dar primazia ao produto do legislador, resguardados os devidos limites.

É certo que, no direito tributário, campo onde pululam teses sobre inconstitucionalidade de leis, a *interpretação conforme* tende a não ser muito bem aceita. Aqui, por certo, retomamos o dado fático como elemento necessário para uma correta compreensão do fenômeno jurídico, porque entendemos que também não se

---

[264] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional...*, p. 72.

[265] MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 298.

[266] Aliás, analisando o direito espanhol, Maria Asunción García Martínez, diz exatamente que a inconstitucionalidade deve ser encarada como uma exceção, com o que não concordamos: "Dado que el Tribunal Constitucional parte siempre de la presunción de la validez constitucional de la ley, si hay más de una interpretación posible de la misma escogerá siempre la que sea a favor de su constitucionalidad, hasta el punto de que la inconstitucionalidad se plantea como excepción" (MARTÍNEZ, Maria Asunción García. *El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad*. Madrid: Editorial Trivium, 1992. p. 220).

[267] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional...*, p. 78.

tem como aplicar na mesma intensidade a todos os setores do direito a interpretação conforme a Constituição.

Se no direito penal, no direito civil ou no direito comercial, correções hermenêuticas aqui e acolá são necessárias para harmonizar a legislação frente à Constituição, no direito tributário, abrir caminho para supervalorizar a *interpretação conforme* pode significar um *cheque em branco* ao legislador, que estará ciente de que toda e qualquer ação normativa sua contará com os "bons olhos" da jurisprudência e da doutrina.

Não se quer, evidentemente, fazer do direito tributário um palco de defesa dos interesses dos contribuintes, tema aliás que já foi analisado no capítulo anterior, mas, também, não se pode fazer da *interpretação conforme* um instrumento para suavizar os direitos e garantias previstos no sistema constitucional tributário. Lembre-se, dentre outros casos, o problema decorrente da Emenda Constitucional que autorizou, pela primeira vez, a criação da CPMF.

No seu bojo, continha-se uma norma excepcionando a aplicação do art. 154, I da CF/88, a essa nova contribuição. Muitos sustentaram que se a Emenda Constitucional prescreveu que não seria necessária a observância dos requisitos previstos nesse dispositivo, é porque na ausência de tal cláusula excepcionadora, a criação da CPMF deveria obedecer a eles; caso contrário não teria sentido uma tal exceção.

Com isso, demonstrou-se que o art. 154, I (aplicável também a algumas das contribuições por força do art. 195, §4°) seria uma garantia aos contribuintes de que eles somente seriam tributados por outras exações se as mesmas fossem criadas por lei complementar, fossem não cumulativas e não tivessem base de cálculo/fato gerador semelhante a de outras já discriminadas na Constituição. É dizer, o dispositivo em comento contém uma garantia aos contribuintes; mais especificamente uma cláusula pétrea.

Pois bem, instado a se manifestar sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, em vez de garantia, o art. 154, I, importava em uma técnica de tributação, que como tal poderia ser excepcionada por emenda constitucional[268].

Este veredicto chama a atenção, porque demonstra que, diante de duas posições (em tese admissíveis), a Corte Suprema preferiu aquela que melhor adaptou a Emenda Constitucional à Constituição, mas sem levar em conta a normatividade desta.

Deste modo, nossa preocupação reside justamente na tentativa de procurarmos um razoável equilíbrio entre essas situações, sem que com a *interpretação conforme* tenha-se uma diminuição gradativa da força normativa da Constituição, especialmente no âmbito do sistema constitucional tributário.

Note-se, enfim, que as demais técnicas de decisão (a seguir descritas) bem poderiam ser enquadradas, em sua maior parte, como um mero desdobramento da *interpretação conforme*, no sentido de buscarem um sentido legítimo perante a Constituição.

3.3 Da Declaração de Inconstitucionalidade Sem Redução de Texto

Aliás, muitas vezes confunde-se mesmo a *interpretação conforme* com, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. É que, do ponto de vista prático, ambas efetivamente apresentam-se comparáveis[269]. Porém, em termos técnicos, enquanto naquela se tem uma declaração de constitucionalidade, nesta ocorre o inverso, pois declara-se a inconstitucionalidade apenas se verificada determinada situação. A declaração, também aqui, é condicionada, porque não se quer tornar inconstitucional o dispositivo "sob todos os aspectos (...), quando apenas uma de suas variantes, uma ou algumas de suas possíveis aplicações é que são inconstitucionais"[270].

No campo do direito tributário, seria exemplo interessante o de uma norma que estabelecesse tributação sobre vendas e incluísse na sua incidência a venda de qualquer mercadoria. Neste caso, caberia uma declaração de inconstitucionalidade

---

[268] ADIN 1497-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.
[269] É o que ensina Peter Oberndorfer (OBERNDORFER, op. cit., p. 160).
[270] VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 182.

parcial, sem redução de texto, para se dizer que a incidência sobre livros estaria ferindo a imunidade tributária do art. 150, VI da CF/88. Também é o caso das leis que ofendem o princípio da anterioridade, como recorda Gilmar Mendes, ensinando, ainda, que em tais casos "essas decisões não levam, necessariamente, à cassação da lei, uma vez que ela poderá ser aplicada, sem nenhuma mácula, já no próximo exercício financeiro"[271].

Em outra oportunidade, esse mesmo jurista procurou esclarecer melhor o problema, demonstrando que o próprio Supremo Tribunal Federal tem proferido recentes decisões, inclinando-se por distinguir a declaração sem redução da *interpretação conforme*:

> Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na "declaração de nulidade sem redução de texto" a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas "hipóteses de aplicação"... do "programa normativo" sem que se produza alteração expressa do texto legal.
> (...)
> A decisão proferida na ADIn 491 (Relator: Ministro Moreira Alves) parece indicar que o Supremo Tribunal Federal se dispôs a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à "declaração de nulidade parcial sem redução de texto, passando a deixar explícito, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas "hipóteses de aplicação", constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas[272].

Este tipo de decisão também é bastante freqüente no direito estrangeiro. Na Itália, é conhecido por *sentenze condizionali di accoglimento*, decisão que, como ensina Carlos Lavagna, "declara a ilegitimidade do texto 'se e enquanto' se entenda extraída dela uma determinada norma (uma determinada interpretação)"[273].

O importante é, também, mencionar que se trata de uma decisão de cunho atípico, porque não toma por inconstitucional toda a norma, mas apenas uma parte de seu sentido.

---

[271] MENDES, Gilmar F. *Jurisdição constitucional*, p. 265.

[272] MENDES, Gilmar F. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 54-55.

[273] LAVAGNA, Carlos. *Istituzioni di diritto pubblico*. 5ª ed., Torino: Utet, 1982. p. 1081.

3.4 Do Efeito Vinculante Aplicável à *Interpretação Conforme* e à Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto

Cumpre notar que a Lei n.º 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único, também, atribuiu efeito vinculante às decisões que se pautam na *interpretação conforme* ou na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Lênio Streck teceu vigorosas críticas a este tipo de regulamentação. Para ele, aliás, somente poderia ser vinculante

> a decisão na qual o Tribunal atua como legislador negativo, expungindo o texto normativo do sistema. Na contramão, quando, de um modo ou de outro, o tribunal estabelecer um sentido conformador com a Constituição, necessariamente estará agregando sentido. (...) E essa adição de sentido ao texto original é um dos sentidos possíveis a adicionar, não podendo, destarte, de forma vinculativa, impedir-se que os demais tribunais encontrem outras maneiras para a aplicação daquele texto. As circunstâncias histórico-factuais-temporais sempre demandarão novas incidências, novas "sínteses ontológico-existenciais"[274].

Portanto, a discórdia desse autor não se põe exclusivamente quanto à impossibilidade de aplicação do efeito vinculante às técnicas em questão. Vai além para dizer que somente é possível admitir tal efeito em relação à decisão de inconstitucionalidade porque esta

> é vinculante pela simples e singela razão de que o texto assim declarado é expungido do ordenamento. Logo, ao ser retirada a eficácia (validade) do texto normativo, a vinculação é pura decorrência. Não há residual no sistema. Já na hipótese de rejeição de ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, nada é retirado do texto (e, portanto, do ordenamento). Impossível, nesse caso, ocorrer o efeito vinculativo[275].

Contudo, do nosso ponto de vista, pensamos que não existe qualquer óbice àquela específica previsão do supracitado dispositivo. Mais à frente, teceremos mais comentários em relação ao que entendemos por efeito vinculante. Adiante-se que pensamos mesmo que qualquer decisão, para ser eficaz, deve ser respeitada e, portanto, deve ser vinculante. O mesmo se passa quando são utilizadas estas (e quaisquer outras) técnicas de interpretação constitucional.

---

[274] STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 489.

[275] Ibid., p. 505.

Assim, decidido que uma norma é constitucional, desde que sob determinado sentido, o efeito vinculante tem por função impedir que se declare a inconstitucionalidade da norma, desrespeitando a orientação superior. Igual raciocínio pode ser empregado quando se decide que uma norma é inconstitucional se aplicável em determinada situação, momento ou em relação a determinadas pessoas, justamente porque se quer evitar orientações díspares e incongruentes, que causem insegurança e incertezas.

À guisa de introdução à questão do efeito vinculante, tema ao qual retornaremos em breve, mostra-se importante ter em mente o entendimento do então Ministro do STF, Francisco Rezek:

> Quanto a mim, a única coisa que me pergunto é por que esse efeito vinculante não preexiste, por que já não vimos trabalhando com ele não ação declaratória de inconstitucionalidade?
> (...)
> Houve uma época...em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada "liberdade de convencimento", própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas.
> (...)
> De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país?[276]

3.5 Do Apelo ao Legislador e a Lei ainda Constitucional

Em certas situações, entretanto, tem-se que a lei ainda não alcançou um *estado de inconstitucionalidade*, mas caminha neste sentido, sendo necessário que o legislador promova as injunções devidas para mantê-la válida, sob pena de haver futura declaração de inconstitucionalidade. Por conta disso, no Tribunal Constitucional

---

[276] REZEK, F. Ação declaratória de constitucionalidade n. 1-1 - Distrito Federal (voto). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 206-207.

alemão, desenvolveu-se o chamado "Apelo ao Legislador", que, na prática, teria uma "função de advertência"[277].

Trata-se de uma técnica de decisão bastante interessante, pois, como leciona Vitalino Canas, "O legislador ficará a saber que é possível que em breve o TC declare a norma inconstitucional, ou que o TC entende ser conveniente uma rápida modificação da norma em certo sentido, uma vez que mais tarde ou mais cedo declarará a inconstitucionalidade ou a ilegalidade"[278].

Entende-se que, no Brasil, esta técnica já começou a ser utilizada, ainda que timidamente. O problema é que não se tem, aqui, como estabelecer um prazo para que o legislador regularize a situação, tornando-se, talvez, uma técnica não muito apropriada para ser importada. Em rigor, até é possível que o STF estabeleça um prazo para o legislador "consertar a lei", contudo este prazo não será obrigatório, muito menos ensejará qualquer espécie de responsabilização caso o legislador mantenha-se inerte após o seu esgotamento.

Então, estaríamos praticamente em uma situação semelhante, mas inversa, às decisões na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Dá-se ciência ao legislador, mas este teria discricionariedade para atender ou não a decisão. Desta forma, com a omissão, apenas cumpriria ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade da norma, quando novamente provocado[279].

Destarte, o que efetivamente caracteriza esta modalidade de decisão é que o Tribunal faz uma espécie de prognose, alertando para que, em breve, diante de certas circunstâncias, a lei poderá tornar-se inconstitucional.

Por outro lado, esta decisão no Brasil, se ocorrida em sede abstrata, seria declaratória de constitucionalidade, com efeito vinculante. Assim, a partir dela, somente o STF é que poderia retornar à análise da questão, devendo as demais instâncias judiciais continuarem a decidir pela constitucionalidade, ainda que a

---

[277] MENDES, Gilmar F. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 61.

[278] CANAS, V. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, p. 192.

[279] Claramente leciona Canotilho: "O 'apelo judicial' não é, em rigor, obrigatório para o legislador, mas constitui um "aviso" ou 'admoestação' dirigida a este, indiciador de que o Tribunal, no futuro, poderá não tolerar a inconstitucionalidade" (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1006).

prognose tenha se verificado. Sim, porque é possível que não se tenha percebido corretamente o *trânsito para a inconstitucionalidade* e, com isso, não se tenha provocado nova manifestação STF. Então, até que esta ocorra, em sede abstrata, os demais juízes estão adstritos à primeira decisão.

Contudo, se a decisão de apelo do STF ocorreu em sede de controle difuso, nada obsta que as demais instâncias continuem a decidir pela inconstitucionalidade da lei.

No julgamento do HC n.º 70.514, bem como no Recurso Extraordinário n.º 147.776, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão. Naquele, porque se entendeu que o prazo em dobro para a Defensoria Pública seria constitucional enquanto esta não fosse devidamente estruturada. No segundo, porque manteve a constitucionalidade do art. 68 do CPP, atribuindo funções de assistência judiciária ao Ministério Público, enquanto a Defensoria Pública, também, não estiver devidamente organizada[280].

Em nosso modo de analisar esta questão, porém, entendemos que estas duas decisões talvez não retratem fielmente uma modalidade de *Apelo ao Legislador em Face da Lei ainda Constitucional*. Com efeito, a rigor, em ambos os casos, as leis analisadas deveriam ter sido declaradas inconstitucionais, mas o STF preferiu mantê-las até que as autoridades competentes tomassem as devidas providências. Não há que se falar, entretanto, em *trânsito para a inconstitucionalidade*, pois que já se encontram elas nesta situação, apenas que o STF preferiu não expulsá-las do ordenamento; por enquanto.

Mas não é difícil formular uma hipótese, no direito brasileiro, para uma decisão do presente tipo. Pense-se no caso de um empréstimo compulsório que é instituído para atender despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública (art. 148, I da CF/88). É possível que, em certo momento, o STF venha a se manifestar no sentido de que a cobrança de tal tributo *ainda é constitucional*, mas que caminha para a inconstitucionalidade, pois que os motivos para a sua instituição quase não mais persistem.

---

[280] MENDES, Gilmar F. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 63 e 65.

3.6 Da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade ou Mera Declaração de Incompatibilidade

Mais delicada, no entanto, apresenta-se uma modalidade de decisão, na qual o Tribunal declara que uma lei é inconstitucional, mas deixa de impor a sanção de nulidade. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional tem-na utilizado com freqüência, como atesta Wolfgang Zeidler:

> Com fundamento nestas reflexões foi proferida, entretanto, uma série de decisões em que preceitos legais foram, com base na violação do princípio da igualdade, declarados (apenas) como não conformes à Constituição.
> b) Merece ainda destaque a decisão sobre a tributação de pessoas vivendo sozinhas com filhos (a chamada "meia família").
> Após uma análise detalhada das prescrições legais e seus efeitos, o Tribunal Constitucional concluiu que o tratamento fiscal das pessoas vivendo sozinhas com filhos traduzia uma discriminação inconstitucional em relação aos casais com filhos e, ainda mais, em relação aos casais sem filhos. Lesava o princípio da igualdade, combinado com o imperativo constitucional de protecção e promoção do casamento e da família. Também neste caso a discrepância se agravara gradualmente através do forte aumento nominal dos vencimentos. O Tribunal Constitucional deu especial ênfase ao facto de o legislador dispôr de várias possibilidades - eventualmente também recorrendo a meios fora do direito fiscal - de eliminar esta desigualdade inconstitucional. Havia que dar-lhe tempo suficiente para elaborar um novo regime legal. No interesse da segurança jurídica, as normas - em princípio inconstitucionais - deviam ser aplicadas até o aparecimento da nova regulamentação - o que devia ocorrer até 31 de Dezembro de 1984, o mais tardar.... Caso até esta data não tivesse entrado em vigor uma nova regulamentação, as disposições inconstitucionais não poderiam servir de base à tributação das pessoas vivendo sozinhas[281].

Contudo, há críticas em relação à sua utilização em outros países. De fato, tem-se uma estranha situação, na qual uma lei, mesmo sendo incompatível com o ordenamento, pode continuar em vigor, até que o legislador venha a modificá-la ou a introduzir uma nova e válida legislação.

Em Portugal, por exemplo, tanto J. J. Canotilho[282] como Rui Medeiros[283] sustentam que esta alternativa de decisão é inaceitável, em face do n.º 4 do artigo 282

---

[281] ZEIDLER, Wolfgang. Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha: A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais. p. 70-71.

[282] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e...*, p. 1006.

[283] MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 521-522

da Constituição portuguesa. O problema estaria especificamente na ausência de *um prazo para a cessação da vigência da lei inconstitucional.*

Entretanto, no Brasil, pensamos que as duas decisões do STF acima referidas (HC n.° 70.514 e Recurso Extraordinário n.° 147.776) melhor se encaixam nesta modalidade do que naquela do item anterior. O que ocorreu, todavia, foi que nelas não houve o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF, quando, em rigor, deveria haver. O certo, portanto, seria declarar a legislação contrária à Lei Magna e, aí sim, não impor a sanção da nulidade. Então, se, eventualmente, no futuro, o legislador viesse a se manifestar sobre a questão, as leis declaradas inconstitucionais, mas não anuladas, certamente seriam revogadas ou alteradas.

Por outro lado, é possível que uma tal modalidade de decisão sequer seja necessária no direito brasileiro, porque isto se apoiarmo-nos em dispositivo semelhante ao existente no direito lusitano - o art. 27 da Lei n.° 9.868/99 – vislumbramos que o STF poderia ter uma decisão muito mais eficaz se declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, a partir de uma data futura qualquer[284].

Afinal, neste caso, se o legislador não tomar qualquer providência para alterar o quadro normativo, a lei analisada será expulsa do ordenamento depois do prazo estipulado; e, com isso, teríamos um vazio normativo; situação esta que a modalidade de decisão em destaque, por certo, quer evitar (o que impulsionaria o legislador a modificar a regulamentação questionada).

Em síntese, não vemos necessidade no aproveitamento da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, quando se tem o art. 27 supra como instrumento mais eficaz para compelir o legislador a atuar. Com a vantagem, ainda, de amarrar o Judiciário à observância dos requisitos previstos nesse dispositivo.

É interessante notar que no n.° 2 do art. 277 da Constituição de Portugal tem-se um exemplo de inconstitucionalidade que não provoca qualquer nulidade, possibilitando a aplicação do Tratado Internacional na ordem interna. Não se trata,

---

[284] No próximo capítulo, porém, teceremos maiores considerações sobre a validade como um todo desse dispositivo, bem como em relação àquela parte que autoriza a manipulação dos efeitos para além da publicação da decisão de inconstitucionalidade.

porém, de qualquer inconstitucionalidade. Afinal, prescreve o mencionado dispositivo que, em caso de ofensa a dispositivo fundamental, não poderá haver aplicação do Tratado.

Este delicado tema, inexistente no direito brasileiro, foi desenvolvido com proficiência por Jorge Bacelar Gouveia, tratando-o por "valor positivo do ato inconstitucional", para quem isto significa "que a convenção internacional, embora inconstitucional, pode valer como se não o fosse, não sendo criadas pelo ordenamento constitucional conseqüências negativas como resposta à violação da Constituição"[285].

Claro que não se tem um rol de inconstitucionalidades que se submetem a tal dispositivo. Entende-se que será qualquer uma, desde que não atinja um dispositivo fundamental. Portanto, pensa-se que o Tribunal Constitucional, diante de uma situação como essa, deve declarar a inconstitucionalidade[286], mas não lhe atribuir a sanção de nulidade.

3.7 Decisões Manipulativas

Por outro lado, a jurisprudência estrangeira tem desenvolvido a aplicação de sentenças que alteram fortemente o conteúdo das normas, com o exclusivo intuito de salvá-las, por entender que, da forma como se apresentam, agridem algum dispositivo constitucional e, portanto, não podem persistir.

Não se pode deixar de mencionar que neste tipo de decisão, tem-se em mira, notadamente, mas não exclusivamente[287], o princípio da isonomia, seja porque a lei

---

[285] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2002. p. 39.

[286] "A ausência de fiscalização apenas seria de admitir se o acto escapasse ao controlo arquitectado pela Constituição. Dado que a sua sindicabilidade constitucional não pode ser posta em dúvida, por se integrar na categoria dos actos normativos públicos, o respectivo valor positivo tem de ser declarado. A existência de alguns conceitos indeterminados, como o da inconstitucionalidade não fundamental, impõe mesmo essa apreciação como único meio de se proceder ao seu preenchimento" (Ibid., p. 71).

[287] MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 458. Mais a frente o autor menciona o caso de uma decisão do Tribunal Constitucional português, no Acórdão n.º 338/95, no sentido de que fere, não apenas o princípio da igualdade, mas também o direito fundamental ao recurso contencioso, "a vedação de concessão de apoio judiciário ao estrangeiro ou apátrida, que, tendo pedido asilo político, pretendesse impugnar contenciosamente o despacho ministerial que houvesse recusado a admissão do pedido de asilo" (Ibid., p. 474).

regulamentou situações aquém do que o necessário, seja porque foi além. Tem-se, então, as decisões aditivas e as decisões restritivas, assim explicadas por Jorge Miranda: "Nas decisões redutivas ou de inconstitucionalidade parcial há um segmento de norma que cai para ela ser salva. Nas decisões aditivas há um segmento ou uma norma que se acrescenta com idêntico fim"[288].

São elas muito comuns no direito estrangeiro e supõem, como leciona María Asunción Garcia Martínez, "que, en su labor interpretativa, el Tribunal Constitucional supera los límites propiamente interpretativos y suplanta al legislador, actuando pues como legislador positivo"[289]. Todavia, as *sentenze parziali*, como são conhecidas, no direito italiano, as decisões aditivas e restritivas, não podem-se aproveitar da omissão para criar uma nova norma, totalmente deslocada do contexto constitucional. Em rigor, como explica Carlo Lavagna, a técnica utilizada pela Corte Constitucional italiana é a de "declarar a ilegitimidade de um 'silêncio', enquanto possa tirar disso uma norma implícita"[290].

Augusto Cerri cita, como exemplo, a sentença 190/1970, em que se censurou a disposição que previa a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado, mas não previa a presença de seu defensor, baseando-se, para tanto, no princípio da "paridade de armas"[291].

Como se vê, este sentido parece-nos ser o mais coerente e original. Isto porque toma-se corretamente a norma como um ente não só explícito, mas que pode existir nas dobras do ordenamento. Assim, quando há lei concessiva de um benefício a somente uma parcela das pessoas que poderiam recebê-lo, entende-se que, por outro lado, há uma norma implícita, vedando que as demais pessoas recebam esse mesmo benefício. Por isso, nada mais razoável do que termos uma declaração de inconstitucionalidade da norma implícita que entabula referida vedação.

Note-se que as decisões aditivas podem ter um cunho restritivo, se adicionarem à norma um elemento que diminua o seu âmbito de atuação, como, ao

---

[288] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional...*, t. VI, p. 80.

[289] MARTÍNEZ, María A. G. *El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad*, p. 222.

[290] LAVAGNA, Carlo. *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 1082.

[291] CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1997. p. 120.

contrário, as decisões restritivas podem ter um aspecto aditivo, se com a retirada de uma parte da norma, aumenta-se o espectro de sua incidência.

No Brasil, esses tipos de sentença não são estranhos, ainda que não muito comuns. Dentre outras, podemos lembrar o acórdão na ADIN n.° 2.084/6-SP (Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno) em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o art. 170, parágrafo único, na parte em que prescreve que não constitui acumulação proibida de funções para os membros do Ministério Público, o *exercício de cargo ou função de confiança da administração superior* deve ser interpretado como se estivesse referindo à administração superior do próprio Ministério Público. Tem-se, aí, portanto, uma decisão aditiva de nítida característica restritiva.

Contudo, é importante compreender que as decisões manipulativas podem ter implicações bastante fortes no que se refere ao tema da *reserva econômica do possível* e com uma possível submissão dos grupos minoritários à ideologia e à vontade dos grupos majoritários.

No primeiro caso, basta que se estenda um benefício para todos aqueles não incluídos originariamente pela norma para que se acenda o alerta em relação à real verificação da possibilidade do poder público em custear as despesas decorrentes de uma tal decisão judicial. Neste sentido, até mesmo a Corte Constitucional italiana tem-se mostrado bastante sensível a tal linha argumentativa, como lembram Luigi Arcidiacono, A. Carullo e Giovanni Rizza[292].

É a problemática também trabalhada por Giuseppe de Vergottini:

> Tra le sentenze additive particolare problemi hanno creato quelle relative alla spesa pubblica, in quanto hanno reso manifesto come la giurisprudenza potesse palesemente confligere com la legislazione parlamentare in materia provocando seri problemi pratici di copertura tutte le volte che per ragione di eguaglianza e solidarietà la Corte estendesse benefici economici oltre i casi e le categorie previste dalla legge. Particolare clamore hanno prodotto le sentenze in materia di trattamento retributivo dei professori universitari (219/1975) e di trattamento quiescenza dei magistrati (501/1988) e del personale della scuola (504/1988), sentenze che sconvolgendo le determinazioni legislative assunte obbligavano governo e parlamento a reperire i fondi necessari per far fronte a impegni scaturenti dalla volontà della Corte che si limitava ad ammettere che alle spese impreviste scaturenti dalla sua pronuncia poteva darsi corso tramite legislazione da approvarsi in via dilazionata ma in tempi ragionevoli (243/1993). Ma la tendenza della Corte a ritenersi svincolata dalle preoccupazioni di

---

[292] ARCIDIACONO, L; CARULLO, A.; RIZZA. G. *Istituzioni di dirit to pubblico*. 2ª ed. Monduzzi Editore, 1997. p. 514.

> copertura veniva confermata dalla pronuncia in tema di pensioni INPS che provocava serissimi problemi al momento della costituzione del gabinetto Berlusconi (240/1994)[293].

Aqui, portanto, o problema que se põe é a utilização excessiva ou aleatória de decisões manipulativas.

Já no segundo, o problema se encontra justamente na não utilização de tais decisões. É que uma maioria pode excluir uma minoria de um benefício e, assim, a idéia de jurisdição constitucional como protetora desta última pode tornar-se inócua se ao Judiciário não for atribuída uma competência para sanar satisfatoriamente este desvio jurídico-político.

Por conta disso, seja em uma ou em outra situação, temos que concordar que estamos em uma seara em que o juiz passa a exercer um verdadeiro papel ativo na construção de sentido do ordenamento jurídico e, portanto, em uma verdadeira *zona minada* nas relações entre o Poder Judiciário e os demais Poderes. Em suma, passa a ser um legislador positivo, porque terá que alterar o sentido original da norma; porque terá que alterar uma pretensa (e imaginária) "vontade do legislador". Afinal, neste caso, chama a atenção o fato de que, "nalguns casos, a decisão redutiva equivaler à realização de uma escolha em princípio reservada ao legislador, uma vez que se irá modificar o regime originariamente eleito pelo autor da norma"[294].

Por outro lado, o que falar das *sentenças substitutivas*? Afinal, para Augusto Cerri, "la decisione de accoglimento sostitutivo è la forma estrema de attuazione del 'principio di legittimità costituizionale' (Modugno)"[295].

Estas sentenças substitutivas, ensina Temistocle Martines, são aquelas na qual a Corte Constitucional substitui uma parte do texto (que, nos termos em que se apresenta, é ilegítimo) por uma outra parte, que essa mesma extrai do texto na via da interpretação. Assim ocorreu na sentença n.° 15/69, com a qual a Corte declarou a ilegitimidade do art. 313, III do Código Penal e, mais recentemente, a sentença n.° 123/92[296]. Porém, lembram L. Arcidiacono, A. Carullo e G. Rizza que a Corte

---

[293] VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale*. 2. ed. Milão: Cevam, 2000. p. 667-668.

[294] CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, p. 186.

[295] CERRI, A. *Corso di giustizia costituzionale*, p. 125.

[296] MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Milão: Giuffrè, 1998. p. 639.

Constitucional italiana tem evitado adotar este tipo de sentença em relação às normas incriminadoras e punitivas, em face da rigorosa reserva de lei[297].

Mesmo assim, continuam estes autores, a operatividade deste tipo de sentença é muito discutida, pois a Corte passa a assumir um forte papel de *legislador positivo*. Ademais, é interessante notar que alguns juízes italianos já tiveram, inclusive, a oportunidade de enviar à apreciação da Corte questões de legitimidade de uma lei, não no seu texto original, mas no texto como resultou modificado por uma precedente sentença aditiva; o que, por certo, foi prontamente rejeitado.

Enfim, como um todo, este problema das decisões manipulativas, mesmo em relação às decisões redutivas, não é tão simples. Poder-se-ia, no que concerne estas últimas, dizer, com base no argumento *a maiori ad minus*, que *se o juiz pode eliminar toda uma norma, com certeza poderá eliminar apenas uma parte*. Todavia, em rigor, mesmo aí, ao retaliar a norma, o juiz passa a apresentar uma nova norma, diferente daquela inicialmente existente.

Mas, refletindo com maior cuidado sobre o assunto, não se pode pensar que a vontade do legislador ou a vontade da norma seja um elemento decisivo, para impedir a utilização de decisões manipulativas. Afinal, se assim pensássemos, teríamos que ser coerente e entender que mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade deve ser rejeitada, simplesmente porque não é da vontade do legislador que uma obra sua seja expulsa do ordenamento jurídico.

Neste sentido, é importante repensar a divisão *legislador negativo-legislador positivo*, a que tanto se apega o Supremo Tribunal Federal, para restringir sua atuação frente a algumas situações de clara ilegitimidade constitucional. Trata-se, sem dúvida, de um binômio de complexidade delicada, separado por uma linha bastante tênue, em que essa falta de precisão conceitual e demarcatória tem levado à adoção de uma posição mais restritiva, talvez, por receio de alegações de ofensa ao princípio da separação de poderes.

De fato, não se quer pregar aqui a pura assunção de um papel arrojado por parte do Judiciário, que leve ao completo desconhecimento desse fundamental

---

[297] ARCIDIACONO, L; CARULLO, A.; RIZZA. *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 514.

princípio. Até pensamos que a divisão *legislador negativo-legislador positivo* não pode ter balizas rigorosas e pré-determinadas. Mas, também, pensamos que ela deve ser encarada sob uma perspectiva adaptadora: o Supremo Tribunal Federal, em cada caso, deverá verificar até onde pode ir, se os reclamos constitucionais não lhe exigem, aqui e acolá, uma pitada de maior atenção em relação aos direitos pleiteados ou se deve abster-se de valorar qualquer opção feita pelo legislador, pois assim quis a Constituição.

Dizemos isso porque ainda é difícil compreender a fundamentação sempre calcada na idéia de legislador negativo, quando, muitas vezes, assim atuando, está o Supremo Tribunal Federal criando uma verdadeira norma, talvez muito mais indesejada pelo legislador do que se tivesse optado por caminho diverso. Pense-se, por exemplo, em uma lei tributando genericamente vários contribuintes, mas que foi declarada inconstitucional, sem redução de texto, passando-se a compreendê-la de forma mais restrita do que a concebera o legislador, para deixar de tributar uma parte daqueles, com base na exigência do princípio da capacidade contributiva. Ora, neste caso, alguém poderia argumentar que, de fato, o Judiciário acabou por estabelecer uma isenção, o que só o legislador, em tese, poderia fazê-lo!

Aliás, a falta de uma maior precisão na análise da questão, já levou essa Corte a estender aos servidores públicos civis o tão discutido reajuste de 28,86% (RMS n.º 22.307/DF). Mesmo assim, vislumbramos que a orientação predominante do Supremo Tribunal Federal também guarda correspondência no estrangeiro. Ninguém menos que Canotilho, por exemplo, desenvolve raciocínio que leva à problemática da inconstitucionalidade por omissão: "A proposta do texto é clara: não se declara a inconstitucionalidade de uma solução legal intrinsecamente justa (ex: concessão de pensões); fixa-se a inconstitucionalidade por omissão, dado que o legislador tem o dever de tornar exequível o direito social e o princípio da igualdade justificativos do alargamento da solução legal a outras categorias de cidadãos"[298].

[298] CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1023-1024.

Em outra ponta, com um raciocínio mais razoável, tem-se o pensamento de Clèmerson Merlin Clève, que apresentou várias alternativas para o Supremo Tribunal Federal resolver tais intricadas questões, assim por exemplo:

> (i) declarar a inconstitucionalidade positiva da cláusula de exclusão ou de todo o ato impugnado, no caso de exclusão arbitrária de benefício; (ii) declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, no caso de ônus imposto de modo discriminatório (arbitrário) a determinado grupo social, com exclusão dos demais colocados na mesma situação; (iii) fazer uma "interpretação conforme a Constituição" naquelas hipóteses em que não há discriminação arbitrária, mas, antes, falha de técnica legislativa. Seria cabível, neste caso, uma "interpretação conforme" para revelar um conteúdo latente ou implícito já contido na norma infraconstitucional suspeita de incompletude, ou acrescer um conteúdo constitucionalmente exigido, observado o princípio da reserva do possível, inclusive por meio de "construção jurisprudencial"; (iv) declarar a inconstitucionalidade da omissão parcial, dando ciência ao Poder omisso para providenciar o seu suprimento, nos casos de "exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia" decorrente não de ato arbitrário, mas de equivocada apreciação das circunstâncias fáticas ou da legitimidade do critério de discriminação adotado...; Finalmente, (v) declarar, nos moldes do Tribunal Constitucional alemão, a inconstitucionalidade do ato normativo incompleto, sem a pronúncia da nulidade[299].

De qualquer forma, a questão em tela não é de toda estranhável, muito menos prejudicial ao ordenamento jurídico. Afinal, como lembra Rui Medeiros, "o saldo para o sistema constitucional italiano desta espécie de *gouvernement des juges*, com uma função, não já conservadora, mas propulsora, é, até agora, (...), largamente positivo"[300]. E, se assim é, qual o motivo para não trabalharmos no Brasil mais confortavelmente com as supracitadas modalidades de decisão, principalmente se considerarmos que não existe uma norma proibitiva para tanto?

Com efeito, pensamos que esta ausência de limites claros pode ser melhor trabalhada à luz do princípio da proporcionalidade. Note-se que hoje o direito ocidental está encravado em situações que não mais se encaixam completamente em seu raio de incidência. Passou-se de uma era de certezas para uma era de incertezas, em que não se fala mais em "verdade descoberta", e sim em "verdade construída", onde se afirma, a partir da "lógica *fuzzy*, que todas as coisas são e não são"[301], onde,

---

[299] CLÈVE, C. Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 357-358.

[300] MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 464.

[301] GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura "sui generis"*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 39.

enfim, se busca muito mais o consenso pela argumentação, sem se prender a dogmas pré-estabelecidos.

A partir disso, é possível dizer que uma decisão judicial, em sede de controle de constitucionalidade, que se paute pela *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* pode trazer contribuições inestimáveis para uma melhor efetivação das normas constitucionais.

Há, para tanto, um imenso e rico instrumental utilíssimo ao Judiciário para trabalhar com as situações e legislações que surgem em confronto com a Constituição: desde a declaração de constitucionalidade pura/inconstitucionalidade pura até as decisões ditas substitutivas e, em alguns lugares que não o Brasil[302], as decisões com regulamentação transitória. Todavia, como limite intransponível, pensamos que é impossível aceitar a utilização de *decisões de emissão de nova legislação*, porque o papel atípico de legislador atribuído ao Judiciário encontra limite máximo na possibilidade de completar um regime jurídico já existente.

4 ASPECTOS SUBJETIVOS DA DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Considerações Iniciais

É voz comum, na doutrina e na jurisprudência, que, em sede de controle difuso, em que todo o Poder Judiciário está apto a verificar a validade de uma lei perante a Constituição, os juízes de primeira instância não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, mas somente afastam a sua aplicação para julgarem o litígio à luz do prescrito na Carta Magna[303]. Isto porque a lei continua válida, podendo

---

[302] Na Alemanha, por exemplo, como lembra Flávia de Almeida Viveira de Castro: "Os Tribunais Constitucionais deram ainda mais um passo. Em casos em que a violação da Constituição por uma lei fosse considerada tão grave que nem mesmo a continuação temporária da sua vigência parecesse possível, os tribunais declarariam nula a lei, mas, simultaneamente, estabeleceriam uma regulamentação transitória, para vigorar até a emissão de uma lei nova, conforme a Constituição" (CASTRO, Flávia de Almeida Viveira de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 105-106).

[303] Dentre outros: STRECK, Lênio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 362 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 272.

ser aplicada em outras situações diversas daquela em que se decidiu pelo seu afastamento. Em rigor, no controle difuso, por força do art. 97 da CF/88, sustenta-se que somente os Tribunais é que estão aptos a declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Entretanto, discordamos plenamente de uma tal orientação. Afinal, se há alguma relação entre a decisão que não aplica a lei e o fato de que esta pode continuar sendo aplicada a outras situações, então como explicar que, quando a questão chega à análise de um Tribunal, este declara a inconstitucionalidade, mesmo sabendo que com tal declaração a lei pode ser aplicada a outras situações?

Por outro lado, também entendemos que o art. 97 não é válido para resolver esta questão. Tal norma, se mal interpretada, pode, inclusive, levar os menos avisados a sustentar que o controle difuso inicia-se somente quando o processo estiver em sede de recurso perante os Tribunais, pois, até lá, os juízes de primeira instância devem aplicar a norma, sem verificar a sua validade perante a Constituição de 1988. Isto é, a esses não teria havido atribuição de poder de fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público.

Assim, nesta seara, apoiamo-nos em destacada doutrina de Ronaldo Poletti, para quem

> A exigência do quorum não significa (...) exclusividade dos tribunais para exercer a competência de declarar a inconstitucionalidade. A regra do art. 97 da Carta Magna é de natureza instrumental, não indica competência. Inexiste diferença ontológica entre declaração de inconstitucionalidade e sentença, onde não se aplicou lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional seu prolator. (...) A declaração de inconstitucionalidade, quer pelo juiz singular, pelos tribunais, ou pelo Supremo Tribunal Federal, tem a mesma natureza e decorre de idêntica fundamentação[304].

De qualquer forma, do ponto de vista prático, esta discussão não soa como das mais relevantes, pois quer se encare que uma decisão de primeira instância apenas não se aplica, quer se entenda que ela declara a inconstitucionalidade de uma lei, os efeitos, ao final da demanda, serão os mesmos.

---

[304] POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 198.

4.2 Efeitos *Inter Partes* e a Resolução do Senado Federal

Um ponto marcante na decisão de inconstitucionalidade em controle difuso é que os seus efeitos somente atingem as partes envolvidas no processo judicial que lhe serve de fundamento.

Não se adotou, aqui, o sistema norte-americano dos precedentes, nem a solução portuguesa, pela qual a decisão do Tribunal Constitucional passa a ter força obrigatória geral quando a norma *tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos* (art. 281, 3 da CRP). Para amenizar os problemas advindos dos efeitos *inter partes*, a solução alcançada, desde a Constituição de 1934, está na competência do Senado Federal de "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (art. 52, X da CF/88)[305].

Porém, o que se pensou que iria resolver problemas como o excesso de ações judiciais para se obter efeito semelhante à primeira decisão de inconstitucionalidade, como alternativa à ausência de efeitos *erga omnes*, acabou transformando-se em palco de acirradas disputas doutrinárias.

Mas, neste capítulo, ainda, não será o lugar para discutirmos se a Resolução do Senado Federal possui efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Nossa abordagem estará restrita aos outros efeitos dela decorrentes.

Convém assinalar, inicialmente, que a análise do inc. X do art. 52 da CF/88 retrata mais um caso em que não se faz possível utilizar a interpretação gramatical como elemento norteador para a sua compreensão.

Veja-se, por exemplo, a expressão *suspender a execução*. Em uma leitura literal, pode simplesmente significar que a lei continuará em vigor, porque apenas a sua execução (a sua aplicação) estará suspensa. E o mais interessante é que, nesta linha, a Constituição Federal não determinou por quanto tempo deveria subsistir esta

---

[305] Não é necessário dizer que esta prescrição somente vale para o controle difuso, pois a decisão no controle abstrato já possui efeitos *erga omnes*. Até porque, como diz Elival da Silva Ramos, não podemos esquecer "a origem das resoluções suspensivas editadas pelo Senado, que está relacionada com o controle em via incidental, não se compatibilizando o instituto com o controle em via principal" (RAMOS, Elival da S. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, p. 121).

suspensão. Com o que, talvez, estivesse dentro dos poderes do Senado Federal estipular, na própria Resolução, um tal prazo. Então, poder-se-ia ter uma suspensão "eterna" ou uma suspensão "temporária", até que, por exemplo, o órgão responsável editasse uma nova lei para suplantar aquela, cuja execução foi suspensa[306].

Há, também, o problema desse art. 52, X da CF/88, falar somente em suspensão de execução de *lei declarada inconstitucional*, omitindo-se em relação aos demais atos normativos. Com isso, duas linhas de raciocínio poderiam ser construídas. Uma, no sentido de que, para os outros atos normativos, jamais seria possível a sua suspensão, via Resolução, sendo necessário que todos os prejudicados dirigissem-se ao Poder Judiciário para vê-los afastados. Outra, pela qual a decisão de inconstitucionalidade dos demais atos normativos, em controle difuso, não precisaria da Resolução do Senado para ter efeitos *erga omnes*[307].

Por fim, há ainda o problema de que o referido dispositivo constitucional estaria outorgando uma competência para o Senado Federal analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal e verificar se a execução da lei deve ser suspensa total ou parcialmente, de forma que o Senado poderia "ceifar" a decisão do STF, acatando-a apenas em parte.

Mas, a interpretação literal, a despeito de ser a modalidade mais tranqüila e cômoda para os que pretendem encontrar uma solução rápida, é descartada, teoricamente, pela totalidade da doutrina e da jurisprudência. O problema, contudo, está quando utilizamos tal método sem a consciência de que assim procedemos; o que é muito comum. Por certo que esta orientação não quer levar à conclusão de que apenas devemos utilizar um método, com a exclusão dos demais. Pensamos, ao contrário, que a interpretação é uma atividade que se apoia em todos os métodos,

---

[306] É a observação que, também, faz Paulo Napoleão Nogueira da Silva (SILVA, Paulo N. N. da. *Evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, p. 88).

[307] Contudo, quanto a esta questão, adotamos o entendimento de Clèmerson Merlin Clève. Para este autor, *o significante lei não guarda sentido unívoco. (...) Parece que o Constituinte de 1988 não pretendeu mudar a sistemática que vinha desde 1934; então do fato de o art. 52, X, referir-se unicamente à lei não se pode concluir que o Senado esteja autorizado, apenas, a suspender a execução das leis em sentido formal (atos legislativos). A expressão lei residente no art. 52, X, da Constituição sintoniza com o ato normativo de qualquer categoria (lei formal ou material) declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal* (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 119-120).

porque não se trata de uma atividade-resultado apenas, mas de uma atividade-processo, também.

Então, na análise de um dispositivo de lei, teremos que nos servir de todos os métodos disponíveis, verificando qual (is) nos auxilia (m) a encontrar um resultado mais adequado e racional. Contudo, o descarte dos demais inclui-se, também, na atividade interpretativa. Afinal, quanto à interpretação literal, *v. g.*, é importante considerá-la e só, então, se ela não se mostrar apropriada, deverá ser deixada de lado. Claro que a experiência jurídica ocidental já sedimentou uma pré-compreensão de que tanto a interpretação literal como a interpretação da vontade do legislador não são os melhores métodos; com o que concordamos. Mas, mesmo assim, é comum a utilização dos mesmos[308].

Aqui, em relação ao inc. X do art. 52 da CF/88, discute-se muito se o Senado Federal está obrigado ou não a suspender a execução da lei, assim que tomar conhecimento da decisão do Supremo Tribunal Federal que a declarou inconstitucional.

Não nos parece uma discussão sem sentido e, ainda hoje, mostra-se bastante atual. Elimine-se a hipótese mais remota de compreensão desta questão: entendemos que o Senado Federal não funciona como mais uma instância julgadora. Não está esta instituição autorizada a repudiar, restringir, ampliar[309] ou, por qualquer outro modo, modificar a decisão do Supremo Tribunal Federal[310]. Nesta mesma linha, não se

---

[308] Por exemplo, na interpretação conforme a Constituição, é comum falar-se em vontade do legislador.

[309] No sentido de fazer com que a declaração de inconstitucionalidade atinja outras leis ou dispositivos não abrangidos pela decisão judicial.

[310] No máximo, pode-se vislumbrar poderes para o Senado "examinar a regularidade formal da comunicação recebida, ao menos para constatar se, efetivamente, se trata de uma comunicação proveniente do Supremo Tribunal Federal. Ademais, cabe verificar se o teor do ofício da Presidência do Tribunal corresponde ao que foi decidido, razão pela qual, aliás, tem sido praxe anexar ao ofício as cópias das notas taquigráficas da sessão de julgamento, além de cópia do inteiro teor do acórdão. Compete, ainda, ao Senado verificar se a decisão comunicada é definitiva, pois, de outra forma, não poderá editar a resolução suspensiva" (RAMOS, Elival da S. *A inconstitucionalidade das leis*..., p. 124). Afinal, como diz Lênio Luiz Streck, "se a instância máxima de dizer a interpretação da Constituição estabeleceu que determinada norma é inconstitucional, parece ser inconcebível que o Senado da República venha a se negar a estabelecer a condição de validade da suspensão da execução daquele ato normativo. Não se deve olvidar que ao Senado tão-somente compete suspender a execução da lei ou do ato normativo" (*Jurisdição constitucional e hermenêutica*..., p. 379).

concebe uma Resolução que atue de forma inversa, anulando a decisão do Supremo Tribunal Federal.

A competência do Senado Federal, aqui, é de apenas estender os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, para atingir aqueles que não participaram do processo judicial.

Por isso que, com cautela, devemos analisar a prescrição constitucional em destaque. Afinal, a competência para suspender, *no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional*, só pode ser entendida no sentido de que se o Supremo Tribunal Federal decidiu que a lei é parcialmente inconstitucional, então, o Senado não deve suspendê-la integralmente, mas apenas na medida da decisão daquele; isto é, em relação à parte da lei foi considerada contrária à Constituição[311]. Interpretar este problema de outra forma (por exemplo, no modo como indicado em parágrafo supra) é atribuir a possibilidade da Resolução do Senado restringir ou ampliar a decisão de inconstitucionalidade e, por conseqüência, figurar-se como mais uma instância decisória.

E esta questão é tão complexa que, se assim nos for possível entendê-la, haverá situações claramente incompatíveis com o princípio da igualdade. Imagine-se se o Supremo Tribunal Federal, em três julgados, decidiu que uma lei é totalmente inconstitucional, mas o Senado Federal editou Resolução, suspendendo a execução somente de uma parte da lei. Então, para uns (aqueles que recorreram ao Judiciário e obtiveram êxito, com trânsito em julgado, antes da Resolução), valerá toda a decisão de inconstitucionalidade, enquanto que, para outros (atingidos pela Resolução), a inconstitucionalidade somente será considerada na medida em que aceita pelo Senado. Nada mais repugnante que isto perante a idéia que se tem de isonomia, de tal sorte que se isto viesse a ocorrer, seria perfeitamente admissível analisar a constitucionalidade da referida Resolução.

Mais problemático ainda seria se este ato do Senado, ao invés de acatar a decisão integral de inconstitucionalidade, suspendesse apenas parcialmente a execução

---

[311] E vice-versa, pois se o STF decidir que toda uma lei é inconstitucional, não pode a Resolução suspendê-la apenas parcialmente.

de uma lei e, com isso, tornasse inoperante ou desfigurada o restante desta, pela evidente dependência mútua que as suas diversas partes possam ter.

Portanto, estamos convictos de que ao Senado apenas cabe acolher, integralmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, para ampliar o rol de pessoas a serem colhidas por esta.

Por outro lado, ainda precisamos saber se há uma obrigatoriedade do Senado em editar a Resolução suspensiva da lei[312]. Neste sentido, o texto constitucional é omisso, pois não estipula, expressamente, um prazo, nem confere competência ao Supremo Tribunal Federal para fixá-lo e muito menos estabelece uma sanção pela não observância de uma tal obrigação.

Contudo, a solução a tais questões não nos pode levar a uma solução radical consistente na possibilidade de rejeição pelo Senado, pura e simplesmente, da decisão do STF. Como já dissemos acima, o Senado Federal não pode lançar mão de ato pelo qual comunica que não editará a Resolução. É claro que o Supremo Tribunal Federal deve ter suficiente discernimento para saber o momento apropriado para comunicar o Senado da sua decisão. Afinal, em certas situações, quando houver uma declaração de inconstitucionalidade, sem unanimidade de votos, constatando-se, ademais, que a jurisprudência ainda se mostra oscilante e tendo por pano de fundo uma questão muito polêmica perante a sociedade, talvez não seja aconselhável editar a Resolução, sendo até mesmo importante que o Supremo Tribunal Federal aguarde a solidificação e a aceitação do seu entendimento antes de enviar a comunicação ao Senado Federal.

Mas, fora essas hipóteses, não nos parece haver uma margem de discricionariedade tal que importe no mesmo efeito que rejeitar o comunicado do Supremo Tribunal Federal[313]. Se este, ao encaminhar ao Senado Federal aviso de que decidiu definitivamente que uma lei é inconstitucional, não pode fixar um prazo para a

---

[312] Sobre as posições doutrinárias existentes, consulte-se KOZICKI, Tanya Kristyane. O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e a competência do Senado para suspender a execução daqueles declarados inconstitucionais. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n.º 17, p. 270-1, 1996.

[313] De forma mais incisiva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que "essa suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. (...) Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico"

edição da Resolução, pelo menos aventamos a possibilidade da aplicação do princípio da razoabilidade, com o intuito tão-só de assegurar às demais pessoas eventual direito à indenização pela ausência de tal ato normativo.

Dir-se-á que não é possível cogitar de uma responsabilidade pela não edição da Resolução, pois as pessoas, na falta desta, não estão impedidas de dirigir-se ao Poder Judiciário para o fim de obter uma mesma declaração de inconstitucionalidade.

Ocorre que, enquanto inexistir Resolução, não há obrigatoriedade para os demais juízes seguirem o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que poderá ser motivo de inúmeros problemas, porque com a comunicação ao Senado, quebra-se a presunção de constitucionalidade da lei e cria-se uma expectativa de que todos, em breve, estarão a salvo da aplicação de uma lei inconstitucional.

Ademais, se se argumentar que as outras pessoas (que não eram partes no processo originário) podem muito bem bater às portas do Judiciário para pleitear uma decisão semelhante, seria de perguntar-se qual a razão de ser da Resolução se todos os cidadãos assim procederem.

Ponha-se, enfim, o problema das pessoas que possuem imensa dificuldade de acesso à Justiça, aliado ao fato de que muitas situações sequer compensam financeiramente um processo judicial[314]. Será, então, que é possível deixar tais pessoas/situações à margem do sistema e no aguardo (eterno) de um posicionamento do Senado?

Todavia, esta orientação não foi abraçada pela doutrina. O próprio Supremo Tribunal Federal, em consonância com o Senado Federal, entende que se trata de competência discricionária[315].

Diante deste quadro, resta-nos apenas propugnar uma alteração do texto constitucional para que seja adotada solução semelhante àquela da Constituição de Portugal, já mencionada acima. Até porque, como leciona Gilmar Ferreira Mendes, com o grau de desenvolvimento alcançado pelo controle abstrato na Constituição de

---

(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 41).

[314] Lembre-se, dentre outras situações, do problema da Taxa de Iluminação Pública.

[315] BULOS, Uadi Lamego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 677.

1988, a sistemática da necessidade de edição de uma Resolução para conferir efeitos gerais a uma decisão do STF "perdeu grande parte do seu significado..., sofrendo mesmo um processo de obsolescência"[316].

De qualquer forma, basta reter em mente o que já é de público conhecimento: antes da Resolução, a decisão do Supremo Tribunal Federal somente atinge as partes do processo. Depois, todas aquelas pessoas que se encontram em situação semelhante a estas.

4.3 Coisa Julgada[317], Efeitos *Intra Processuais* e a Súmula 239

Entretanto, no que diz respeito à própria declaração incidental de inconstitucionalidade, entende-se não haver coisa julgada material, em razão, dentre outros motivos[318], do que prescreve o Código de Processo Civil, em seu art. 469, III. É que, como ensina Clèmerson Merlin Clève, a "coisa julgada (...) incide apenas sobre a parte dispositiva da sentença e não sobre seus motivos ou sobre questão prejudicial, salvante, no alusivo a esta segunda hipótese, se proposta ação declaratória incidental, que não se presta para a declaração incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo"[319].

---

[316] MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, p. 376. Divide este entendimento Oswaldo Palu, para quem, com o aperfeiçoamento do controle abstrato, "há que se indagar, com mais veemência ainda, até quando essa anômala função,..., perdurará no nosso ordenamento constitucional" (PALU, Oswaldo. *Controle de constitucionalidade...*, p. 153).

[317] Como anota, corretamente, Cândido Dinamarco, a coisa julgada não é efeito da sentença, mas "somente uma capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os conta as neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse; poderia o legislador vir a reger de modo diferente as relações jurídico-materiais entre os sujeitos que litigaram, fazendo 'cair no nada' o que o juiz decidira; poderia o vencido desconsiderar o julgado, comportando-se de modo diferente ao que fora decidido, ou levantar novos fundamentos contra a decisão, tentando demolir a situação criada ou declarada em sentença; e poderiam os juízes, quando provocados, rever as decisões do próprio Poder Judiciário. (...) Não se trata portanto de acrescer efeitos à sentença, mas de imunizar os que ela tem (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. III, 2001, p. 304).

[318] Cfe. BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. p. 248.

[319] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 113.

Com isso, pode-se, inclusive, dizer que os efeitos, na decisão de modelo difuso, a princípio, são mais restritos do que os efeitos 'inter partes'. Pode-se dizer que os efeitos abrangem somente o caso concreto. Sim, porque se a coisa julgada (material) significa a imutabilidade da decisão e não da própria questão prejudicial, então um mesmo problema da inconstitucionalidade de lei pode vir a ser objeto de novo debate judicial entre as mesmas partes, desde que o objeto da demanda seja outro, diverso daquele em que houve a decisão transitada em julgado.

No direito tributário, isso é relevantíssimo. Pode-se, por exemplo, cogitar de um auto de infração pelo não pagamento de ISS em determinado período, contra o qual se insurge o contribuinte, utilizando-se de mandado de segurança. Obtido êxito nesta demanda, não significa que estará ele livre de futuras exigências do mesmo tributo em relação a períodos distintos daquele considerado no mandado de segurança. É o que leciona Eduardo Arruda Alvim, com base nas lições de Barbosa Moreira:

> Em se cuidando de pedido do mesmo gênero, mas diverso, Barbosa Moreira figura o exemplo de contribuinte que se insurja contra exigência fiscal indevida em determinado exercício e tem sua pretensão acolhida pelo órgão jurisdicional. No exercício seguinte, persistindo a ilegalidade, se quiser insurgir-se novamente contra ela, haverá de propor nova ação - em que poderá ou não ter êxito - porque sobre os motivos não recai a autoridade de coisa julgada (art. 469, I, do CPC).
> Assim, em linha de princípio, é possível fixar, desde logo, a conclusão de que a coisa julgada, em mandado de segurança ou não, não pode abranger relações futuras, ainda não instauradas[320].

A doutrina, porém, não tardou em despertar para a complexidade deste assunto, porque por trás dele encontra-se um problema ainda mais delicado, que é o da correta compreensão da Súmula 239 do STF[321]: "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada com relação aos posteriores."

Apesar de se tratar de consolidação jurisprudencial de quase quatro décadas atrás, o STF, em julgado mais recente, reafirmou que "o entendimento desta Corte é firme no sentido de que a coisa julgada em matéria fiscal, inclusive quanto ao ICM, fica delimitada à relação jurídica-material em que debatida, não podendo, portanto, ser

---

[320] ALVIM, Eduardo A. *Mandado de segurança no direito tributário*, p. 276-277.
[321] Esta Súmula foi aprovada em 16 de dezembro de 1963.

invocada em exercícios posteriores"[322]. Contudo, como lembra Roberto Rosas, tem-se hoje uma interpretação mais restritiva, passando-se a entender que ela "não se aplica às decisões relativas a isenção ou imunidade, mas àquelas que declaram indevida a cobrança do imposto em determinado exercício"[323-324].

Assim, há aqueles que rechaçam completamente a primeira orientação. Outros, aceitam-na irrefletidamente. Todavia, a eventual correção da orientação sumular e sua clara conexão com o fato de que a declaração incidental de inconstitucionalidade não faz coisa julgada material não podem levar à sua aplicação exasperada[325].

Em primeiro lugar, porque a interpretação de súmula judicial deve considerar os casos que lhe serviram de fundamento[326], justamente para que a mesma não seja aplicada a situações que se distanciam desses[327]. Do contrário, o próprio sistema estará

---

[322] Agravo Regimental n.º 189 787/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU I de 04.04.97, p. 10530.

[323] ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 98.

[324] Neste ponto, é necessário concordar com Hugo de Brito Machado, quando chama a atenção para o problema da falta de uniformidade dos julgados, o que demanda um "tratamento capaz de compatibilizar o estreitamento dos limites objetivos da coisa julgada, fixados pelo Código (...), com a necessidade de certeza jurídica que tem os sujeitos da relação tributária continuativa" (MACHADO, Hugo de B. *Mandado de segurança em matéria tributária*, p. 175).

[325] Exemplo de aplicação indesejada, temo-la na Ação Rescisória n.º 1.239/MG, em que, bem demonstra Helenilson Cunha Pontes, o voto do Min. Moreira Alves "praticamente inviabiliza (...) a via processual da ação declaratória de inexistência de relação jurídica em matéria tributária ("a fortiori" do mandado de segurança), fundada na invalidade da fonte da obrigação tributária (norma jurídica)". Afinal, por esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do referido Magistrado, "não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, de relação jurídica que se pretende já existente" (PONTES, Helenilson Cunha.O efeito declaratório da sentença mandamental em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 3 v. p. 219, 1999). A prevalecer esta orientação, o Supremo Tribunal Federal fará com que as pessoas, mensalmente, ingressem com ação judicial para obstar a exigência de um tributo; o que, por certo, como veremos a seguir, é equivocado, além de poder causar o caos no Poder Judiciário. Sobre isto, Cleide Previtalli Cais mostrou forte indignação: "Como então admitir-se que para se livrar de um recolhimento tido por indevido com vencimento neste mês, deve o contribuinte questionar tão-somente esse recolhimento, impondo-se-lhe que a cada mês impetrasse novo mandado de segurança para o mesmo fim ? Trata-se de absurdo incomensurável que foi agasalhado pelo Poder Judiciário durante longo tempo" (CAIS, Cleide Previtalli. Efeitos declaratórios da sentença em mandado de segurança impetrado em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*, op. cit., p. 54-55).

[326] Para um apanhado histórico sobre o surgimento da Súmula 239/STF, ver: CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. Limites da coisa julgada em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*, op. cit., p. 174-176).

[327] Ao analisar criticamente um julgamento do Supremo Tribunal Federal, onde recentemente foi aplicada a Súmula 618, Lênio L. Streck, chama atenção exatamente para esta questão, porque não *há texto sem contexto. E o contexto é sempre temporal/histórico/fatual* (STRECK, L. L. *Jurisdição*

trabalhando contra os seus valores mais importantes. Isso é relevante, principalmente no presente caso, pois, analisada isoladamente, a Súmula pode ter uma determinada feição, mas, se cotejada com os julgados que lhe deram origem, o seu âmbito de incidência pode ser bem diverso.

Também aqui não podemos abrir espaço para o uso da interpretação literal, porque, do contrário, chegaríamos à exótica conclusão de que tal súmula somente se aplica a uma espécie tributária (os impostos), de sorte que, em se tratando de taxas, contribuições, empréstimos compulsórios ou contribuição de melhoria, poderia haver coisa julgada em relação a exercícios posteriores.

Enfim, note-se, por curiosidade, que a doutrina e a jurisprudência não cogitaram da aplicação da Súmula 239 a períodos anteriores. Afinal, se há um embargos à execução julgados procedentes para não se pagar IR no ano de 1999, isso não significa que o período de 1998 tenha sido alcançado pela coisa julgada. Pelo contrário, pode ser que, neste caso, a matéria de fato seja totalmente diferente e a execução fiscal não tenha o mesmo êxito.

Feitas considerações iniciais, e a partir delas, é possível iniciar o estudo da questão em tela, visando conferir-lhe uma coerência que pensamos ser necessária. Por certo que não tomaremos soluções extremadas e radicais para sustentar nosso posicionamento. Aliás, inclinamo-nos por entender que a Súmula 239 é correta, mas apenas a visão que dela se tem não o é. Afinal, não há como esconder que há situações no direito tributário em que sua aplicação é inquestionável. Por exemplo, quando alguém está sofrendo processo de execução fiscal, pelo não pagamento de ITR em 1999, e alega, em sede de embargos à execução, que não pagou esse imposto porque, no referido período, houve uma remissão, a decisão judicial em seu favor não pode ser oposta em futura execução do mesmo imposto, referente a período em que não se teve igual benefício fiscal.

---

constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, p. 499). Pensamos, entretanto, que, para além de fatual, o contexto, também, é normativo. Assim, ao analisar um texto, o intérprete considera o contexto normativo (sistema jurídico) e o contexto fatual (realidade).

Também, quando impetramos um mandado de segurança com o fim de obstar a incidência de ICM sobre a importação de determinado bem, não pode a parte, *a princípio*, valer-se de uma decisão aí favorável para aplicá-la em futuras importações.

Porém, há um outro grupo de situações em que não se tem por admissível tal linha de raciocínio. É o caso de mandado de segurança preventivo para que determinada empresa de comércio de livros não venha a ser autuada pela venda de livros eletrônicos, em razão de imunidade tributária. É, também, o caso de uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, em decorrência da inconstitucionalidade da instituição de uma certa exação.

Aqui, torna-se claro que, uma vez obtido provimento judicial favorável e definitivo, não se faz necessário ajuizar a cada período uma nova ação para garantir a não tributação. Exceto, por óbvio, se as condições normativas ou fáticas forem alteradas, influenciando na incidência da exação.

Contudo, situações intermediárias há em que não se tem muita certeza se é ou não admissível o uso da Súmula 239. Pense-se, por exemplo, em uma autuação, em que se exige imposto não pago no ano de 2001 e o contribuinte ingressa com mandado de segurança contra tal ato, alegando a inconstitucionalidade da lei em que se baseia a exigência fiscal. Se, por acaso, houver decisão judicial favorável (transitada em julgado), no sentido de que não é devido o imposto, porque a lei é contrária à Constituição, será que ela pode ser aproveitada para futuros lançamentos tributários ?

Aqui, o problema torna-se um pouco mais complexo. É que, neste ponto, se entendermos que uma tal decisão pode ser usada para obstar exigências fiscais futuras, teremos que concluir pela existência de coisa julgada em relação à declaração de inconstitucionalidade[328]. Agora, se caminharmos em sentido contrário, poderemos

---

[328] Neste ponto, seria interessante o desenvolvimento de estudo que analisasse se as prescrições do CPC a respeito da coisa julgada podem ser aplicadas, pura e simplesmente, à declaração incidental de inconstitucionalidade. De certa forma, temos em Carlos Eduardo Hapner semelhante entendimento. Para chegar à conclusão de que a sentença concessiva de mandado de segurança pode fazer coisa julgada em relação à declaração de inexistência de relação jurídica, este autor defendeu que o mandado de segurança, porque tem sustentação na própria Constituição Federal, não pode sofrer injunção contrária de regra inferior; no caso, o CPC (HAPNER, Carlos Eduardo. Aspectos da coisa julgada e do mandado de segurança em matéria tributária. In: ALVIM, Teresa Arruda, MARINS, James e ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo tributário*. São Paulo: RT, 1994. p. 52-53).

alcançar solução que há muito vem preocupando a doutrina, no sentido de que, em certos tributos, para manter o contribuinte efetivamente protegido das autuações, seria necessário impetrar mandados de segurança periodicamente. E esta solução - sustenta-se - levaria o Poder Judiciário à completa paralisação das suas atividades, tamanho o número de medidas judiciais que seria utilizado.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. possui excelente trabalho a respeito do assunto. Defende este jurista que a aplicação da Súmula 239 variará em razão do tipo de tributo que se tem: indireto ou direto. E, partindo-se da idéia de "objeto, cuja identidade é primordial para a configuração da coisa julgada material, o importante é o esquema de agir e não a ação atual, única e irrepetível. (...) Desta análise fica claro que devemos distinguir entre fatos geradores que apontam para uma atividade de formação periódica, temporalmente limitada e para atividades de formação contínua, temporalmente instantâneas"[329]. O importante, porém, nessa elaboração teórica, é a noção de *esquemas de agir*, que deve ser conjugada com a de que a coisa julgada ocorre quando há identidade da coisa, da causa de pedir e das partes. Assim, quando "se requer que o 'decisum' de uma sentença, para valer para processos futuros, envolva as mesmas partes, a mesma 'causa petendi' e o mesmo objeto, obviamente, pelo que dissemos, a pressuposta identidade não se pode referir o ato concreto, único e irrepetível, mas aos 'esquemas de agir' ou atividade"[330]; que irá compor a *ratio decidendi*[331]. Com isso, o autor sustenta que, para "tributos diretos, a utilização da Súmula 239 é perfeita" (salvo casos de inconstitucionalidade, isenção ou imunidade), já quando se tratar de tributos indiretos, tal Súmula se aplica à fase da "exeqüibilidade", mas não se aplica se estiver em jogo a fase da "exigibilidade"[332].

Autores há, também, que partem da distinção entre *relações jurídicas instantâneas* e *relações jurídicas continuativas*. Naquelas, o fato gerador é eventual, como, por exemplo, a venda de um imóvel. Nestas, "as ocorrências (...) se repetem, formando uma atividade mais ou menos duradoura", sendo que, em muitas ocasiões,

---

[329] FERRAZ JR. Tércio Sampaio.Coisa julgada em matéria fiscal: identidade de objeto. In: _____. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 50.

[330] Ibid., p. 47.

[331] Ibid., p. 49.

[332] Ibid., p. 51.

"a determinação do valor a ser pago pelo contribuinte depende não apenas de um fato tributável, mas do encadeamento dos fatos que a integram", a exemplo do IPI e do ICMS[333]. É em relação a este segundo modelo de relação tributária que se abriria espaço para maiores discussões, principalmente em se tratando de mandado de segurança, pois se a parte não pedir ao Judiciário, além da ordem para garantir/realizar seu direito, a declaração de inexistência da relação tributária pode-se dizer que há a incidência da Súmula 239.

Nosso entendimento, porém, sustenta-se em outro ponto de vista. É que não concordamos com a distinção entre relações jurídicas instantâneas e continuadas. Todas, em nosso entender, são instantâneas[334], porque ocorrem em determinado momento. O fato de haver mera repetição da prática de um fato não significa que se trata de uma relação continuativa[335]. De qualquer forma, pensamos que não se pode obter o correto âmbito de aplicação da Súmula 239 através das distinções entre tributos diretos/indiretos ou instantâneos/continuativos.

Nesta esteira, consideramos que o melhor trabalho a respeito do assunto foi elaborado pelo ilustre jurista Arruda Alvim, para quem a solução desta questão está vinculada, eminentemente, com o tipo de pedido que se leva ao Poder Judiciário[336]. Assim, quando "se invoca a posição restritiva da coisa julgada sempre o pedido é delimitado por uma cobrança, num dado exercício; já na posição não restritiva, isso não se passa e o comprometimento diz respeito ao tributo, em si mesmo, ou, existencialmente considerado"[337]. Isto porque todo "pedido traduz a lide ou o mérito, i.

---

[333] MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança...*, p. 176.

[334] Trata-se de entendimento desenvolvido a partir das lições de Paulo de Barros Carvalho (*Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 177 et seq.).

[335] Aliás, o próprio nome "relação continuativa" é expressão que não retrata a realidade a que se reportam os autores que dela se utilizam. Afinal, por continuativa há de se entender aquela relação que se estende no tempo, sem interrupção. No caso, o que se entende por continuativa, em verdade, deveria receber a designação de "repetitiva". Mesmo assim, deixe-se claro, cada relação é, juridicamente, diversa da subseqüente.

[336] Ver, também, PONTES, Helenilson Cunha. O efeito declaratório da sentença mandamental em matéria tributária, p. 226 e MARINS, James. Coisa julgada em matéria tributária: limites objetivos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira [Coord.]. *Problemas de processo judicial tributário*, op. cit., p. 235.

[337] Anotações sobre a chamada coisa julgada tributária. In: Revista de Processo, n.º 92, São Paulo: RT, 1998, p. 8.

e., qual é o bem jurídico disputado, e, por isso mesmo, sobre o quê e em que âmbito o juiz há de decidir"[338].

Deste modo, se em um mandado de segurança requer-se uma ordem para que a parte não venha a ser autuada (seja em relação a fatos passados ou futuros), em razão da imunidade, a coisa julgada terá um âmbito bem maior do que em um embargos à execução que visa à defesa contra uma exigência referente a um exercício passado. A diferença, aqui, unicamente, está no pedido. Afinal, nos embargos à execução, não se pode fazer um pedido para o futuro, porque se o pedido "diz respeito a um débito em exercício certo, a atividade do juiz a esse se delimita; o bem da vida diz respeito a esse objeto do processo, inserido em um único e exclusivo exercício. (...) Por isso mesmo, o enunciado da Súmula 239 nunca poderia ser outro"[339]. Já naquele mandado de segurança não se apresenta uma tal restrição, justamente porque o pedido é mais amplo. É dizer se "o pedido foi o de que (a) houvesse abstenção da autoridade para tributar, (b) por falta de suporte constitucional para pretender o tributo, em si mesmo considerado inviável, (c) e, se o Tribunal acolheu esse pedido, (d) disto se segue que não é possível pretender cobrar o tributo do "beneficiário" dessa decisão"[340].

É claro, portanto, que, ao contrário do que ocorre no referido *mandamus*, nos casos em que houver a incidência da Súmula 239, o reconhecimento da imunidade, da isenção ou da inconstitucionalidade não será aproveitável para exercícios/períodos não atingidos pelo provimento jurisdicional, sendo necessária a renovação do pleito para alcançar tal desiderato[341].

---

[338] Ibid., p. 9. Neste sentido, também, afirmam Marco Greco e Helenilson Cunha Pontes (Op. cit., p. 86).

[339] Ibid., p. 10-11.

[340] Ibid., p. 14.

[341] Observe-se que este raciocínio é, inclusive, transportável para situações reguladas pelo direito privado. Pense-se na situação de uma pessoa que celebrou um contrato de adesão com determinador fornecedor para a aquisição de um produto, firmando obrigação de pagar sua dívida em dez parcelas com juros de 20% mensais. Se, por acaso, deixar de pagar tais parcelas, sofrer processo de execução e, ao final, obtiver êxito (em sede de embargos à execução), no sentido de que não está obrigado a pagar suas prestações com a incidência de juros tão elevados, não poderá a referida pessoa utilizar-se dessa decisão para opor coisa julgada em relação a outro contrato, firmado, nas mesmas condições que o anterior (iguais data, fornecedor, produto, preço, juros e parcelas). Por evidente, se este segundo contrato não foi objeto da referida ação judicial, aquela pessoa deverá ingressar com outra medida para tentar obter o mesmo resultado.

E, em razão de tudo o que expusemos acima, podemos reafirmar nosso pensamento de que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade podem ser *inter partes*, como também mais restritivamente, *inter processual*, isto é, podem às vezes valer, genericamente, para as partes envolvidas no processo, como também podem valer, de forma mais restrita, apenas para aquele processo em que participaram as partes, mas não atingindo outras relações que estas estabeleçam extra processualmente.

Exceção a essa linha de raciocínio, encontramo-la nas decisões incidentais de inconstitucionalidade em sede de ações coletivas, porque, como já mencionado anteriormente, tais ações têm o condão de produzir eficácia *erga omnes*[342]. Mas, mesmo aqui, é necessária a edição da Resolução do Senado, porque esta específica eficácia *erga omnes* estará atrelada ao pedido formulado na Ação Coletiva e que, por certo, não poderá ser um pedido semelhante e tão abrangente como o que se verifica no controle abstrato. É o caso de um Partido Político que ingressa com mandado de segurança coletiva, visando a impedir que um Município exija, deste ano em diante, IPTU com base em legislação considerada inconstitucional. Se este *writ* for concedido, não significa que os contribuintes beneficiados por tal decisão terão direito sobre o que foi pago a título desse mesmo imposto nos anos passados. Ao contrário, será necessário que ingressem com uma ação de repetição do indébito, em que, por evidente, poderão utilizar aquela decisão como parâmetro de orientação adotada pelo Poder Judiciário; mas, nada além disso[343].

4.4 Resolução do Senado Federal: outras considerações

Assim, com a edição da Resolução do Senado Federal, tais questões deixam de ter uma preocupação maior, pois os efeitos da decisão do STF ultrapassam os limites

---

[342] Porém, em Ação Civil Pública, por força da alteração introduzida pela Lei n.º 9.494/97, os efeitos *erga omnes* estão restritos aos *limite da competência territorial do órgão prolator*.

[343] A não ser, por evidente, que a Administração Pública, resolva, benevolentemente, editar normativa onde autorize, por exemplo, a compensação do que foi pago indevidamente, nos anos anteriores, com base na legislação cuja presunção de inconstitucional fora, agora, destruída.

do processo em que ela foi tomada, para atingir todas as *pessoas* e *situações* que sofram a incidência da norma declarada inconstitucional.

Já neste patamar não se pode pensar em ação rescisória da decisão do Supremo Tribunal Federal (o que é possível em controle concreto, antes da Resolução, mas não no controle abstrato), nem em mudança de orientação jurisprudencial sobre a interpretação da norma declarada inconstitucional, justamente porque esta já não mais se encontra no ordenamento jurídico.

O Senado Federal também não pode voltar atrás e revogar a sua Resolução para reinserir a lei no ordenamento jurídico. A nova Resolução seria inconstitucional.

Assim, ao se dizer que a Resolução Senatorial importa nos efeitos *erga omnes*, é interessante notar que nenhuma facção do poder público poderá pretender aplicar a norma declarada inconstitucional; inclusive o Supremo Tribunal Federal.

Poder-se-ia investigar se o Poder Legislativo está livre ou não para editar uma nova norma, com o mesmo defeito pelo qual a anterior foi julgada inconstitucional. Entraríamos, então, na discussão a respeito do efeito vinculante. Contudo, antes disso, vale lembrar aqui que o princípio da separação dos poderes exige respeito mútuo e boa fé na relação entre os mesmos. Não é admissível que, em um Estado Democrático de Direito, haja conduta do Poder Legislativo (ou mesmo do Executivo) em não aceitar uma decisão do Poder Judiciário e, ainda por cima, repetir a mesma norma que foi considerada agressora da Constituição.

Isto levaria ao caos do sistema. Afinal, se cada vez que uma norma for julgada inconstitucional, o órgão do qual ela emanou editar outra com igual defeito, não mais haverá segurança jurídica na relação sociedade-poder público. Claro (e isto é bastante óbvio) que ninguém pode tomar atitudes grotescas (como prender os parlamentares ou fechar o Legislativo) cada vez que houver reedição de lei declarada inconstitucional. Porém, um tal quadro poderá, sem sombra de dúvida, servir de amparo para os administrados ingressarem não só com medidas visando a expurgar a norma do ordenamento, mas também visando a uma indenização.

Porém, entendemos que, em decorrência de mudanças no contexto jurídico ou fático, talvez seja possível ao legislador reeditar uma norma com igual teor daquela

constante na legislação anteriormente declarada inconstitucional. Neste caso, o Poder Legislativo deverá contar com boa dose de sensibilidade para averigüar se tais pressupostos encontram-se presentes.

5 ASPECTOS SUBJETIVOS DA DECISÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 Considerações Iniciais: efeito *erga omnes* e o controle abstrato como processo objetivo.

Como apontado no capítulo anterior, o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, isto é, o controle abstrato, é função exclusiva do Supremo Tribunal Federal[344]. A Constituição de 1988 confere-lhe competência para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (com a Emenda n.º 03/93) e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em todas elas, parece-nos ser uma decorrência lógica da sua decisão a existência de efeito *erga omnes*. Afinal, outro não poderia ser o entendimento, já que em termos de fiscalização abstrata, estamos tratando de processos ditos *objetivos*, isto é, que não se referem a uma relação concreta[345]. Portanto, não é possível imaginar que a decisão restringe-se a algo que não existe.

O problema, porém, encontra-se nas conseqüências e extensão desse efeito e sua relação com as demais características que decorrem da decisão em sede abstrata.

5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

No que se refere à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, do efeito *erga omnes* não derivam maiores complicações, porque, partindo-se do princípio

---

[344] Nos Estados, por evidente, que os Tribunais de Justiça possuem a mesma tarefa em relação às ofensas ao texto constitucional estadual.

[345] Diz Gilmar Mendes: "Mais que um processo judicial, o controle abstrato de normas é concebido como um mecanismo processual destinado, especificamente, à defesa da ordem constitucional (Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren). Não se cuidava, pois, do julgamento de uma relação concreta, mas, sim, da validade de uma lei em tese" (MENDES, G. *Moreira Alves e...*, p. 24).

de que em tal ação, a decisão terá por conseqüência apenas uma comunicação de existência de omissão, dizer que isto vale contra todos e nada tem a mesma importância[346-347]. A não ser, como sustentamos em capítulo anterior, se considerarmos que a declaração de omissão viabiliza eventual responsabilização civil do poder público, quanto aos danos ocorridos[348].

5.3 Efeito *Erga Omnes* e o Efeito Vinculante na Declaração de Inconstitucionalidade/Constitucionalidade

Reveste de maior importância, porém, saber como se opera o efeito *erga omnes* e sua relação com o chamado efeito vinculante nos quadrantes da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mormente a partir da Lei n.° 9.868/99 e da Lei n.° 9.882/99, que conferiram um tratamento mais paritário a esses instrumentos de fiscalização de constitucionalidade.

Sabe-se que, independente do efeito ser *ex tunc* ou *ex nunc*, a conseqüência da declaração de inconstitucionalidade em tese será, a princípio[349], a expulsão do ato normativo do ordenamento jurídico, o que atingirá todos aqueles que estavam sob a sua incidência[350]. Isto pode ocorrer tanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade, como na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Argüição de Descumprimento.

---

[346] "Importa referir, de qualquer sorte, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta para a ineficácia da ação de inconstitucionalidade por omissão. (...) A quase total ineficácia da ação de inconstitucionalidade por omissão corre na contramão da relevante circunstância de que esse instituto é produto de um novo conceito de constitucionalismo, umbilicalmente ligado à concepção intervencionista e ao plus normativo que assume o Direito (constitucional) no Estado Democrático de Direito" (STRECK, Lênio L. *Jurisdição constitucional...*, p. 618 e 621).

[347] Em Portugal, sistema onde buscamos inspiração para criar a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, também enfrenta-se o mesmo problema.

[348] CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata...*, p. 347.

[349] Isto porque, nesta questão, deve-se considerar a possibilidade de aplicação das técnicas de decisão acima analisadas.

[350] É importante anotar que, como forte exceção na doutrina, a ilustre profa. Regina Maria M. N. Ferrari entende que "a melhor posição,..., é aquela que defende a participação do Senado no processo de argüição de inconstitucionalidade em tese, pois só após sua intervenção é que podemos considerar expelida do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo órgão máximo do Poder Judiciário" (FERRARI, Regina Macedo Neri. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed., São Paulo: RT, 1999. p. 193-194).

Com isso, não diverge a doutrina em entender que a norma declarada inconstitucional não pode mais ser objeto de aplicação, seja pela Administração Pública, seja pelo Poder Judiciário, incluindo-se o próprio Supremo Tribunal Federal. Não poderá, então, haver uma nova decisão, considerando a norma constitucional, simplesmente, porque isso significaria o mesmo que legislar novamente.

Mas o que fazer quando, mesmo existindo decisão em ADIN, julgando uma lei inconstitucional, um órgão da Administração Pública ou um órgão do Poder Judiciário continuar a aplicá-la?

Neste caso, surge o problema de como forçar o cumprimento das decisões em sede de controle abstrato.

É evidente que não há como impedir, de fato, que alguém se utilize de uma norma já declarada inconstitucional ou que venha a desconsiderar uma norma declarada constitucional. Todavia, o que o ordenamento jurídico pode fazer, concretamente, é estabelecer sanções[351] e recursos para que em ocorrendo tal situação, seja permitida à pessoa interessada ou lesionada tomar providências para se retornar ao *status quo ante*. Assim, declarada a inconstitucionalidade de uma norma, pelo STF, em sede de ADIN ou ADC, se algum juiz resolver aplicá-la em um caso concreto, a princípio, caberá à parte interpor os recursos cabíveis para que tal decisão singular seja alterada, mantendo-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O problema é que se situações deste tipo ocorrerem com uma freqüência maior, se vários membros do Poder Judiciário passarem a decidir de modo contrário e se órgãos da Administração Pública seguirem mesma orientação, por certo que haverá o comprometimento da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a única solução para manter o rigor destas será percorrer um dispendioso e longo procedimento até alcançar-se a última instância judicial.

---

[351] No âmbito do direito penal tributário, por exemplo, considera-se crime se *o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido* (§1° do art. 316 do Código Penal). No caso, se a lei que instituiu o tributo foi declarada inconstitucional, o tributo é indevido e se, mesmo após tal decisão, é cobrado, há prática do referido crime.

É certo que, para muitos, a idéia de *eficácia erga omnes* traz consigo o necessário efeito vinculante. Neste sentido, concordamos com autores como Teori Albino Zavascki[352], quando afirma que o

> efeito vinculante, que representa, em essência, a imposição obrigatória, constitui, no caso da ação direta de inconstitucionalidade, decorrência natural do sistema de controle de constitucionalidade. É paradoxo imaginar-se, nesse domínio jurídico, uma sentença com eficácia 'erga omnes' que não seja de observância obrigatória por todos e notadamente pelos órgãos jurisdicionais e autoridades administrativas encarregadas de aplicar a lei. Seria decisão sem autoridade alguma, e a própria ação direta não passaria de mera consulta ao Supremo, que atuaria em domínio meramente formal. Não haveria como justificar, em tal circunstância, a previsão constitucional de resguardar com medida cautelar (art. 102, I, p) sentença assim desprovida do mais elementar potencial de efetividade.

Parece-nos que o argumento apoiado na função da medida cautelar mostra-se fundamental para sustentar esta orientação. Com efeito, é de se indagar a respeito da utilidade de cautelar concedida em ADIN, se os juízes de instância inferior a ela não estivessem vinculados, porque, se assim fosse, a decisão do STF tornar-se-ia mesmo uma *mera consulta* ou padrão de orientação, com o que poderíamos, inclusive, sustentar que, se não houver força vinculante, o controle abstrato somente terá utilidade se conviver, paralelamente, com o sistema difuso de fiscalização de constitucionalidade.

É dizer, se não considerarmos o efeito vinculante como algo essencial ao controle abstrato, este só será efetivo se, também, existente o sistema de controle difuso. Sim, porque se este não estivesse previsto em nosso ordenamento e se, sem a previsão explícita do efeito vinculante, não fosse possível utilizar-se da Reclamação, a decisão em sede de controle abstrato não teria qualquer eficácia, já que, então, em sede de recurso, o Supremo Tribunal Federal, não poderia analisar a validade da norma.

Mesmo assim, boa parcela da doutrina e da jurisprudência dissociou aqueles institutos, entendendo ser insuficiente o efeito *erga omnes*. Passou-se a reclamar a inserção do chamado *efeito vinculante*. Não que, com este, haveria um mecanismo capaz de obstar o uso indevido de um ato normativo já declarado inconstitucional (ou de impedir que um juiz declare inconstitucional uma norma já considerada

---

[352] ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São

constitucional pelo STF). Não, também, que a decisão tornar-se-ia mais válida do que antes. Por exemplo, o efeito vinculante não vai tornar a norma mais inconstitucional/constitucional do que já foi declarada pelo Judiciário. Porém, com o *efeito vinculante*, sustenta-se que haverá uma maior eficácia das decisões[353], no sentido de que a parte interessada poderá utilizar-se de um meio mais célere e eficaz para a manutenção da decisão do Supremo Tribunal Federal: a *Reclamação*. Afinal, não será necessário que a parte interessada percorra todas as instâncias judiciais para que não seja prejudicada.

Neste sentido, depois de dizer que a atribuição de efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal, é o que leciona Regina Ferrari[354]:

> É importante o registro acima, para ficar bem claro que, a partir da adoção do efeito vinculante da decisão de mérito..., é possível, no caso de seu descumprimento por parte dos órgãos inferiores do Judiciário, a provocação do Supremo Tribunal Federal pelo prejudicado, por meio da reclamação, a fim de que seja garantida a autoridade de sua decisão. Porém, quando a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em ações diretas de inconstitucionalidade, não for observada por parte dos órgãos inferiores do Judiciário, em decorrência de seus efeitos apenas 'erga omnes', cabe ao prejudicado só a interposição de um recurso extraordinário.

Inicialmente, porém, por um equívoco (proposital ou não) na aprovação da Emenda Constitucional n.° 03/93, o efeito vinculante foi admitido somente para a Ação Declaratória de Constitucionalidade[355]. Posteriormente, com a edição da Lei n.° 9.868/99, estendeu-se tal efeito para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (parágrafo único do art. 28).

Contudo, voltamos a mencionar que, em nosso entendimento, é da essência do efeito *erga omnes* a vinculação por aqueles que poderiam utilizar-se novamente da norma declarada inconstitucional ou que pudessem desaplicar uma norma considerada

---

Paulo: RT, 2001. p. 53.

[353] A ilustre constitucionalista, Regina Macedo Ferrari segue este entendimento, com apoio na jurisprudência do STF (FERRARI, Regina M. N. *Efeitos da declaração...*, p. 177).

[354] Ibid., p. 178.

[355] O que, aliás, foi objeto de severas críticas por parte da doutrina. Afinal, se entendermos que a Ação Declaratória de Constitucionalidade tem a mesma natureza da Ação Direta de Inconstitucionalidade, apenas que com o *sinal trocado*, não há sentido em atribuir efeito vinculante somente para aquela. Então, o que causa perplexidade é que em uma decisão de inconstitucionalidade em ADIN não há efeito vinculante, enquanto uma mesma decisão em ADC o possui.

constitucional. Vamos além, ainda, para defender que este entendimento é perfeitamente aplicável quando da existência de Resolução do Senado Federal.

5.4 Da não Vinculação do Supremo Tribunal Federal na Declaração de Constitucionalidade

Por outro lado, com ou sem efeito vinculante, já dissemos acima que o Supremo Tribunal Federal não pode alterar seu entendimento, depois que, em sede de controle abstrato, declarou a inconstitucionalidade de uma norma. Seria o mesmo que legislar, reintroduzindo a norma no ordenamento.

O mesmo não ocorre em se tratando de uma decisão declaratória de constitucionalidade[356]. Neste caso, é perfeitamente admissível que o Supremo Tribunal Federal (e somente ele) altere o seu entendimento para decidir pela inconstitucionalidade da mesma norma[357], desde que presentes novos e fortes pressupostos fáticos ou normativos para tanto[358]. É o que ocorre quando da inconstitucionalidade superveniente, seja em razão de uma mutação formal, quanto de uma mutação informal da Constituição.

Contudo, neste caso, pensamos que a alteração de orientação somente pode ser feita pela via abstrata. Não nos parece possível que, no âmbito de uma Reclamação ou de outro recurso (extraordinário, por exemplo), o STF abandone entendimento anterior, firmado em controle abstrato, porque, do contrário, todos aqueles que não concordarem com a decisão inicial do Supremo (pela constitucionalidade), continuarão a discutir a matéria, no intuito de insistir em uma alteração de entendimento, prejudicando da eficácia o efeito vinculante e quebrando o princípio da segurança jurídica.

---

[356] CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata*..., p. 306.

[357] Em sentido contrário, é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara (Câmara, Alexandre Freitas. A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel [Org.]. *O controle de constitucionalidade*..., p. 19).

[358] PALU, Oswaldo L. *Controle de constitucionalidade*..., p. 232-233. Lembra, também, Gilmar Mendes que parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em crítica fundada do entendimento anterior que explicite e justifique a mudança. (MARTINS, Ives Gandra da Silva e

5.5 Da Vinculação do Poder Legislativo no Controle Abstrato

A legislação brasileira de controle de constitucionalidade excluiu o Poder Legislativo do âmbito do efeito vinculante, pois que atinge somente os "órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal"[359].

É claro que a relação efeito vinculante x legislador só adquire sentido quando estamos tratando das declarações de inconstitucionalidade, pois, por evidente, que em uma declaração de constitucionalidade ao legislador, é lícito alterar ou revogar a norma julgada válida pelo STF. O que não pode fazer, em hipótese alguma, é pretender aplicar retroativamente esta alteração/revogação.

Por outro lado, mesmo o efeito vinculante não impede a reedição de norma pelo Legislativo já declarada inconstitucional. Sobre isso, aliás, já manifestamos nosso entendimento quando tratávamos, linhas atrás, da Resolução do Senado no controle difuso e asseveramos que o princípio da separação dos poderes exige respeito mútuo e boa fé na relação entre os mesmos. Não é admissível que, em um Estado Democrático de Direito, haja conduta do Poder Legislativo em não aceitar uma decisão do Poder Judiciário e, ainda por cima, repetir a mesma norma que foi considerada agressora da Constituição.

Isso levaria ao caos do sistema. Afinal, se cada vez que uma norma for julgada inconstitucional, o órgão do qual ela emanou editar outra com igual defeito, não mais haverá segurança jurídica na relação sociedade-poder público. Claro (e isto é bastante óbvio) que ninguém pode tomar atitudes grotescas (como prender os parlamentares ou fechar as portas do Legislativo) cada vez que houver reedição de lei declarada inconstitucional. Porém, um tal quadro poderá, sem sombra de dúvida, servir de amparo para os administrados ingressarem não só com medidas visando expurgar a norma do ordenamento, mas, também, visando a uma indenização, caso se verifique a existência de algum dano.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 343).

[359] Sob este prisma, é interessante notar que não está excluída do efeito vinculante a atividade legislativa do Poder Executivo.

Porém, entendemos que, em decorrência de mudanças no contexto jurídico ou fático, talvez seja possível ao legislador reeditar uma norma com igual teor daquela constante na legislação anteriormente declarada inconstitucional. Neste caso, o Poder Legislativo deverá contar com boa dose de sensibilidade para averigüar se tais pressupostos encontram-se presentes.

Agora, sem o efeito vinculante, a parte interessada/lesada terá a seu dispor apenas os instrumentos processuais normais para obter do Supremo Tribunal Federal a manutenção da autoridade dos seus julgados. Contudo, distanciamo-nos da orientação predominante para sustentar, como fizemos no item anterior, que o efeito vinculante é decorrência lógica do efeito *erga omnes*, podendo a parte interessada/lesada utilizar-se da Reclamação em caso de descumprimento pelo legislador da decisão em controle abstrato[360].

[360] Deste modo, somos levados a concluir que, com a Resolução do Senado, existe o efeito vinculante também em relação ao legislador.

CAPÍTULO III: A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ALGUNS REFLEXOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

1 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ANTES DO ADVENTO DA LEI N.º 9.868/99

1.1 Considerações Iniciais

A par das inúmeras dificuldades teóricas já enfrentadas nos capítulos precedentes, vislumbra-se outras tantas quando chegamos à análise da possibilidade de manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Certo que existem várias e importantíssimas questões e desdobramentos que podem ser analisados. Todavia, optamos por tocar em alguns dos pontos que consideramos ser os mais sensíveis, principalmente no que se refere ao direito tributário.

Cumpre advertir, porém, que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao pretender autorizar o STF a manipular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Antes do seu advento, já se encontrava na jurisprudência da nossa mais alta Corte, ainda que de maneira tímida, uma mitigação do princípio da nulidade das leis inconstitucionais.

1.2 Os Efeitos Temporais no Controle Difuso

Normalmente, doutrina e jurisprudência brasileiras afirmam, incontestavelmente, que os efeitos da declaração incidental de inconstitucional são "ex tunc", atingindo a norma desde o seu advento. Difícil, por isso, encontrar alguma manifestação teórica sobre a possibilidade de que, nesta seara, haja a manipulação daqueles.

Significativo, neste contexto, é que a autorização legislativa para tanto, implantada pelo art. 27 da Lei n.º 9.868/99, centrou-se apenas no controle abstrato, deixando de lado a fiscalização difusa.

Mas, não devemos desconsiderar que foi no âmbito desta que o Judiciário brasileiro passou a mitigar o preceito dos efeitos "ex tunc" da decisão de inconstitucionalidade, como ocorreu no julgamento dos RE n.º 78.594, RE n.º 79.343 e RE n.º 112.202.

Clássico, neste sentido, é o voto do Min. Leitão de Abreu, do STF, no julgamento do RE n.º 79343/BA:

> Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, (...), de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure providencialmente, até que ponto a retroatividade, 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.

Há, por outro lado, uma interessante discussão a respeito dos efeitos temporais da Resolução do Senado Federal.

Respeitados autores, como Regina Ferrari[361], Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[362], José Afonso da Silva[363], Lênio Streck[364], Oswaldo Palu[365] e Alexandre de Moraes[366], sustentam que, por se tratar de um ato que tem por função estender às demais pessoas os efeitos da decisão do STF, o seu efeito será "ex nunc". Afinal, leciona a ilustre constitucionalista paranaense:

> Enquanto não suspensa pelo Senado, a decisão do Supremo Tribunal Federal, como já tivemos a oportunidade de ver, não constitui precedente obrigatório, já que, embora sujeitos à revisão por aquele Tribunal, podem os juízes e tribunais considerar de forma diferente da propugnada e até o próprio Supremo Tribunal Federal pode modificar o seu modo de decidir, considerando como constitucional aquilo que já havia decidido como inconstitucional. Todavia, depois da suspensão efetuada pelo Senado, perde a lei ou ato normativo sua eficácia; perde sua executoriedade, vale dizer, a sua revogação, e, a partir daí, não mais pode ser considerada em vigor.

---

[361] FERRARI, Regina M. N. *Efeitos da declaração...*, p. 152-153.

[362] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 211.

[363] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 56.

[364] STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional...*, p. 376-377.

[365] PALU, Oswaldo. *Controle de constitucionalidade...*, p. 269-170.

[366] MORAES, Alexandre de. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 545.

> Ora, parece-nos claro, dentro de tal colocação de idéias, que só a partir dessa suspensão é que a lei perde a eficácia, o que nos leva a admitir seu caráter constitutivo.[367]

Contudo, em que pese o alto valor teórico de tais lições, entendemos que, justamente porque a função da Resolução é apenas de estender a todos os demais cidadãos a decisão do STF, a extensão abrange também os efeitos temporais. Se o STF decidiu que a lei é nula, com efeitos retroativos, então, com o ato senatorial, o efeito "ex tunc" passa a atingir todos aqueles que estavam e estão sob o manto da lei expulsa do ordenamento.

Por esse caminho também adentramos, porque, caso contrário, haverá situações de flagrante injustiça: os mais desafortunados, que, por qualquer razão, não tiveram conhecimento da decisão do STF, serão prejudicados pela Resolução, enquanto que aqueles que conseguiram receber a notícia do julgamento de inconstitucionalidade, antes de uma tomada de posição do Senado, poderão ingressar com uma ação e obterem para si a aplicação dos efeitos "ex tunc"!

De qualquer forma, deixa-se assentado que a função primordial da Resolução do Senado Federal é estender os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional uma lei ou ato normativo, federal, estadual ou municipal. Não se trata, portanto, de trabalhar com os efeitos da Resolução, mas com os efeitos da decisão do STF. Esta é uma distinção de suma relevância e que merece ser percebida.

Assim, partindo de Elival da Silva Ramos[368] e Clèmerson Merlin Clève[369] - este lembrando orientação no mesmo sentido do próprio STF, quando do julgamento do RMS 17.976 - sustentamos que a Resolução do Senado Federal produz os mesmos efeitos temporais que a decisão definitiva do STF.

---

[367] FERRARI, Regina. *Efeitos da declaração...*, p. 152.
[368] RAMOS, Elival da S. *A inconstitucionalidade das leis*, p. 121.
[369] CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata...*, p. 124-125.

1.3 Os Efeitos Temporais no Controle Abstrato

Mais polêmica, porém, suscita-se no que tange os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em abstrato. Não se pode pensar, porém, que só porque o controle abstrato é uma importação de sistemas em que o efeito temporal da decisão é, a princípio, "ex nunc", que o direito brasileiro deve adotar a mesma orientação.

Aliás, devemos enfatizar que o sistema de controle de constitucionalidade, ainda que complexo, é um só, devendo os intérpretes conferir-lhe uma interpretação a mais homogênea possível. Não se pode interpretar a parte difusa como se interpreta nos EUA e a parte concentrada como se interpreta na Europa. Trata-se de erro incompreensível. O sistema, aqui, é um só, mas a sua realização é que é feita através de vários instrumentos: ações pulverizadas por todo o Judiciário e ações diretamente dirigidas ao STF.

Portanto, se encontrarmos uma resposta para o controle difuso, a mesma orientação deve ser adotada para o controle abstrato e vice-versa, salvo se houver algum obstáculo que torne esta conclusão impossível na prática, como é o caso da legitimidade. Não é só porque no controle difuso todos os interessados podem questionar a validade de uma norma que estarão eles legitimados a assim agir no âmbito abstrato. Não. Justamente porque o obstáculo intransponível é o art. 103 da CF/88, que estabelece quem são os únicos legitimados a atuar perante o STF em sede de controle abstrato.

Contudo, porque não há na Constituição nada em sentido contrário, se adotarmos que a decisão, no controle difuso, tem efeitos temporais "ex tunc", a mesma orientação deve valer para o âmbito abstrato. Não há motivo algum para se pensar em sentido oposto, a não ser questões de ordem históricas, relacionadas com a evolução do controle de constitucionalidade em outros países, mas que não tem o condão de desarmonizar o nosso sistema.

Assim é que podemos compreender a lição da doutrina dominante, para quem "A declaração de inconstitucionalidade, pouco importa se em sede de fiscalização

concentrada ou difusa, no direito brasileiro, desafia, portanto, (...), a pronúncia da nulidade do ato atacado."[370] Trata-se de um "verdadeiro princípio constitucional implícito".

Por outro lado, antes de 1999, já se vislumbrava a necessidade de atenuar a adoção dos efeitos "ex tunc". Zeno Veloso[371] afirmou, então, que

> Conferir, sem restrições e atenuações, eficácia *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade, retroagindo a sentença *ab initio*, determinando-se a nulidade da lei desde o seu nascimento e, portanto, considerando írritos e sem eficácia todos os atos praticados sob a égide da norma invalidada, pode causar, em muitas situações, verdadeiro caos, uma comoção social.

O problema é que, como bem lembra Gilmar Mendes, na esteira de Lúcio Bittencourt, a "recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no Direito brasileiro. Também a fundamentação dogmática na chamada nulidade de pleno direito ou *ipso jure* jamais se afigurou precisa entre nós"[372]. É dizer, a teoria da nulidade das normas inconstitucionais foi importada sem maiores reflexões e manteve-se intacta, como um verdadeiro dogma[373].

Note-se, porém, que, apesar de não haver qualquer norma expressa, a doutrina tem construído limites à retroatividade, sob pena de ofensa a outros valores constitucionais.

Situe-se, aí, o delicado problema do "caso julgado"[374], que tornando a sentença insuscetível de alteração, não poderia ser destruído com o advento de uma decisão de inconstitucionalidade.

---

[370] Ibid., p. 243-244.

[371] VELOSO, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. p. 212.

[372] MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 250.

[373] Como discussão bastante forte a respeito do assunto, em nível de controle abstrato, tem-se o paradigmático acórdão da ADIN n.º 1.116-2/DF, onde, discutindo-se a validade da legislação referente à Contribuição ao Pro-Labore, o Min. Maurício Correia defendeu a necessidade de restrição dos efeitos "ex tunc", a partir de um excelente parecer do jurista Carlos Roberto Siqueira Castro. Aliás, o voto do referido magistrado foi bastante razoável (ainda que com o mesmo não concordemos), pois a restrição por ele pretendida tinha por marco temporal a decisão cautelar e não a decisão do mérito: "Ressalvada a minha posição pessoal quanto aos efeitos para a eficácia da decisão que, em nome da conveniência e da relevância da segurança social, seriam a partir da concessão da cautelar deferida em 9 de setembro de 1994 (...)".

[374] Sem querer contrariar a doutrina, a jurisprudência e a legislação, entende-se mais elegante a expressão "caso julgado" do que "coisa julgada".

No direito penal, por exemplo, não há condições de retroatividade que acarrete agravamento da sentença penal. Afinal, se, quando da prática de crime, o réu foi condenado com base em uma lei que é julgada inconstitucional, não se pode cogitar de aplicação de lei anterior mais gravosa[375].

Por outro lado, averba Gilmar Mendes que os "atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucional", com a exceção de sentenças penais condenatórias fundadas em lei declarada inconstitucional, que, seja mais gravosa do que a lei que por ela foi revogada[376].

Porém, tendo em vista a complexidade do assunto, sobre ele, dedicaremos maior atenção mais à frente. O que importa salientar, por enquanto, é que, se de um lado, antes da Lei n.º 9.868/99, não se tinha maiores divergências quanto à adoção pelo sistema brasileiro dos efeitos "ex tunc", por outro, já se vislumbrava limites temporais à retroatividade[377].

Enfim, também, já é antiga a orientação no sentido de que, em caso de medida liminar, em sede de controle abstrato, os efeitos são "ex nunc", sendo exceção a retroatividade. Assim, segundo análise de Gilmar Mendes:

> Enfatizou-se, pois, que, embora a concessão da liminar só devesse produzir efeitos *ex nunc*, quando a norma impugnada tivesse os seus efeitos exauridos logo após sua entrada em vigor, mas com repercussão indireta no futuro, pela desconstituição dos fatos pretéritos, o deferimento da liminar poderia fazer-se *ex tunc*, uma vez que não seria possível suspender para o futuro o que já se exaurira no passado.[378]

---

[375] Interessante sobre o assunto é o estudo de Flávia D'Urso Rocha Soares (Aspectos penais dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n.º 22, 1998.

[376] MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 258-259.

[377] Sobre o assunto, Ricardo Lobo Torres atestou que "o Supremo Tribunal Federal adotou também o entendimento de que a pronúncia de inconstitucionalidade opera *ex tunc*, mas em alguns de seus julgados, por votos importantes dos Ministros Bilac Pinto e Leitão de Abreu, reconheceu que se devem preservar determinados efeitos produzidos no passado" (A declaração de inconstitucionalidade e a restituição de tributos. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.º 8, p. 101, 1996).

[378] MENDES, *Moreira Alves e o controle...*, p. 34.

2 A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS E NOTAS SOBRE ALGUNS OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

O controle de constitucionalidade que se opera em Portugal é o que mais se aproxima do sistema brasileiro. Em verdade, deve-se reconhecer que o modelo atualmente existente no Brasil inspirou-se fortemente no direito português.

Assim, ambos os países apresentam um sistema misto de controle de constitucionalidade, em que se procura, inclusive, reprimir a omissão do poder público. Há diferenças, por certo. Basta ver que lá a Constituição estatuiu expressamente um controle preventivo por parte do Tribunal Constitucional (art. 278 da CRP), o que já não temos por aqui[379]. Contudo, as semelhanças são mais evidentes do que as diferenças.

É o que se pode dizer em relação ao tema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Por força da revisão de 1982, com a criação do Tribunal Constitucional, inseriu-se na Constituição portuguesa o n.º 4 do art. 282, uma norma que, claramente, influenciou a recente elaboração do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 [380], pela semelhança de conteúdo que apresentam:

Segundo o art. 282, 4º da Constituição de Portugal:

> 4. Quando a segurança jurídica, razões de eqüidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.[381]

Já o artigo da mecionada legislação brasileira assim dispõe:

---

[379] Afinal, como dissemos no capítulo primeiro, o controle preventivo no Brasil é excepcional.

[380] E, também, do art. 11 da lei n.º 9.882/99: "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 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

[381] No n.º 1, estabelece-se claramente o efeito "ex tunc", produzidos "desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal", com a repristinação da norma que, eventualmente foi revogada. Já o n.º prevê que, em caso de inconstitucionalidade superveniente, "infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última".

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em razão disso, parece-nos interessante tomar conhecimento, ainda que de maneira sucinta, do entendimento que se formou em Portugal a respeito deste delicado tema que é o da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Note-se que as causas autorizadoras da modelagem dos efeitos são bastante semelhantes. Porém, se aqui é necessária "razão de segurança jurídica" ou "excepcional interesse social", a Carta portuguesa parece ser um pouco mais flexível ao elencar não só a "segurança jurídica" e o "interesse público de excepcional relevo", abrangendo, também, "razões de eqüidade"[382].

Com esta normativa, entende a doutrina, inclusive estrangeira, que a

> *ratio* della disposizione trova la sua ragion d'essere nella circostanza per cui un'eccessiva rigidezza nello stabilire gli effetti delle sentenze di incostituzionalità o di illegalità, senza la minima possibilità di adeguamento degli stessi alle esigenze di specifiche situazioni, potrebbe generare conseguenze indesiderate; il TC di fronte a simili circostanze potrebbe addirittura decidere nel senso di non incostituzionalità o di non illegalità...al fine di evitare gravose ripercussioni in campo giuridico, istituzionale, sociale, etc...[383]

O interessante é que, da forma como foi redigido o n.º 4 do art. 282 da CRP, poder-se-ia entender que a fundamentação somente seria exigida quando se tratasse de "interesse público de excepcional relevo". Neste sentido, é o que sugere, por exemplo, Luís Nunes de Almeida, quando, na condição de Juiz Conselheiro no Palácio Ratton, elaborou o relatório de Portugal para a VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus:

---

[382] Note-se que a doutrina tem dividido as causas autorizadoras em políticas (as relativas ao interesse público de excepcional relevo) e jurídicas (segurança jurídica e eqüidade) (MESQUITA. Maria Margarida Cordeiro. *Direito de resistência e ordem fiscal: reflexões sobre o artigo 106, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa*. Coimbra,1996, p. 173).

[383] VAGLI, Giovanni. *L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo*. Pisa: Edizione Ets, 2001, p. 169.

> Assinale-se que sempre que a restrição de efeitos se funda em interesse público de excepcional relevo (...) tem o Tribunal de fundamentar essa sua decisão.[384]

Porém, corretamente, averba Jorge Miranda que "fundamentação tem sempre de existir, seja em nome da segurança jurídica, seja em nome de interesse público de excepcional relevo; nem se concebem decisões de tribunais afora as de mero expediente não fundamentadas"[385].

Não se pode, porém, interpretar o dispositivo em apreço dissociado dos demais pertencentes ao art. 282, porque, em uma leitura global, percebe-se, de imediato, que o sistema português abraçou, como regra geral, o efeito "ex tunc"[386], sendo exceção, portanto, a restrição dos efeitos.

Com isso, na retroatividade dos efeitos, há a repristinação da legislação porventura revogada pela lei declarada inconstitucional, mas, em caso de aplicação do n.º 4 do art. 282, Antônio Nadais, Antônio Vitorino e Vitalino Canas sustentam que o Tribunal Constitucional tem a possibilidade de impedir que tal ocorra ou minorar tal efeito[387].

Discute-se, ainda, o sério problema da restrição dos efeitos poder ser fixada em um momento posterior ao da declaração de inconstitucionalidade.

Vitalino Canas é favorável, pois, segundo entende, muitas

> são as situações em que esta solução pode ser a mais aconselhável: as mais elucidativas são aquelas em que a anulação iria provocar um vazio normativo (nos casos em que não há possibilidade de repristinação de norma anterior) cuja ocorrência é vital evitar. (...) O juiz constitucional poderá fixar um prazo dentro do qual o legislador possa produzir nova legislação. Naturalmente se o vício for muito grave o mecanismo não deve ser accionado. Mas isso fica dependente da apreciação do TC.[388]

---

[384] A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais. In: *VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus: Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas*, p. 142.

[385] MIRANDA, *Manual de direito constitucional...*, t. VI. p. 267.

[386] Claro que o efeito "ex tunc" não é radical, pois, de acordo com o n.º 3 do art. 282, encontra limite nos "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".

[387] *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 1983, p. 307. No mesmo sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 1042-1043. CORREIA, José de Matos. *A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*. Oeiras: Livraria Republicana, 1999. p. 45-46.

[388] CANAS, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, p. 202.

Todavia, grande parte da doutrina é de parecer contrário. Afinal, como lecionam Gomes Canotilho e Vital Moreira,

> é manifestamente incompatível com a própria idéia da declaração de inconstitucionalidade (ou da ilegalidade) que uma norma continue a produzir efeitos após a publicação oficial da decisão que a declare inconstitucional ou ilegal 'com força obrigatória geral'. Portanto, o TC, verificados os respectivos requisitos, pode marcar o início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade algures entre o momento inicial normal (*ex tunc*) e o momento da publicação da decisão.[389]

No que tais autores são seguidos por Marcelo Rebelo de Sousa:

> O horizonte temporal máximo admissível corresponde à repescagem de efeitos do acto nulo desde a sua prática até ao momento da publicação oficial da declaração de inconstitucionalidade e, no caso vertente, também de nulidade. Não parece tolerável admitir que a atipicidade da nulidade possa levar a que o acto nulo produza efeitos mesmo depois da publicação oficial da correspondente declaração jurisdicional, o que quereria dizer que essa declaração nem sequer efeitos 'ex nunc' produziria. O horizonte temporal mínimo é o que resulta do regime típico da nulidade, ou seja a imediatividade pura e simples da paralisia dos efeitos do acto nulo.[390]

O mesmo debate que iremos instaurar aqui, e também existente em Portugal, diz respeito à possibilidade da restrição dos efeitos ser adotada em sede de fiscalização concreta.

Sobre o assunto, mais uma vez retornamos às lições de Luís Nunes Almeida, que, em consonância com grande parte da doutrina, assim explica:

> Quanto à fiscalização concreta, o juízo de inconstitucionalidade repercute-se somente no caso dos autos e, nos termos da Constituição e da lei, o Tribunal não dispõe aí de competência para restringir os efeitos da decisão; na verdade, é princípio geral que, nos feitos submetidos a julgamento, nenhum tribunal possa aplicar normas inconstitucionais, pelo que se compreende que, uma vez julgada a norma inconstitucional, a sua não aplicação ao caso concreto constitua uma conseqüência automática e directa daquele juízo.[391]

---

[389] *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 1042-1043. É o que anotam Antônio de Araújo e Joaquim Pedro Cardoso da Costa como sendo a posição de quase a totalidade da doutrina portuguesa, não tendo sido contrariada pelo Tribunal Constitucional (ARAÚJO, Antônio de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso. Relatório português: III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha, realizado na Guatemala em 1999. Lisboa, 2000, p. 67). Igualmente, é o pensamento de Rui Medeiros (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 690).

[390] SOUSA, M. R. de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa, s.e. 1988. p. 261.

[391] ALMEIDA, L. N. A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais, p. 136.

Tal entendimento, aliás, é fundado na interpretação do art. 204 da CRP, quando prescreve que os Tribunais não podem "aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados". Isto porque uma restrição temporal, em sede concreta, significaria o mesmo que o judiciário estivesse aplicando, ainda que de forma limitada no tempo, uma norma que ele mesmo entende ser contrária à Carta Magna[392].

Contudo, se nos fosse permitido fazer algumas considerações a respeito do assunto, também ponderaríamos que o art. 282 da CRP, aqui, deve ser interpretado em consonância com o n.° 3 do art. 281. Leciona J. J. Canotilho que, após três decisões de inconstitucionalidade em sede de controle concreto, tem-se "um trânsito do controle difuso para o controle concentrado". Em suma, trata-se "de um *processo oficioso*, cuja iniciativa pertence a qualquer dos juízes do Tribunal Constitucional ou ao Ministério Público (...), que promovem a organização do processo com as cópias dos acórdãos de onde constam as decisões de inconstitucionalidade (...), remetendo-o em seguida ao Presidente do Tribunal Constitucional"[393]. Tal, em nosso modo de pensar, simplesmente, deixa claro que, uma vez não tendo "força obrigatória geral", o controle concreto não pode albergar a modelagem de efeitos[394].

Contudo, lembramos, aqui, que Jorge Miranda é do entendimento de que, em se estando em jogo questão de segurança jurídica e a eqüidade, pode ser aplicado o n.° 4 do art. 282 da CRP ao controle concreto, porém "a sentença será necessariamente recorrível para o Tribunal Constitucional"[395].

---

[392] Então, Rui Medeiros lembra que o próprio Tribunal Constitucional já teve a oportunidade de entender que uma aplicação do n.° 4 do art. 282 da CRP, ao controle concreto é "aberrante" (*A decisão de inconstitucionalidade*, p. 693). Sobre o assunto, é importante verificar os acórdãos n.° 314/95 (DR 21 de outubro de 1995) e n.° 490/89 (ATC XIV, p. 197 e ss.).

[393] CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 1012.

[394] Não se pode esquecer que uma tal posição pode, inclusive, tornar inoperante o sistema. Afinal, pense-se na situação em que um grande conglomerado empresarial tenha pago elevadíssimo montante de tributo por mais de cinco anos e que, então, tenha obtido decisão favorável do judiciário, no sentido de que ser direito seu a devolução do pagamento indevido. O que fazer se o montante a ser devolvido implicar em seríssimos problemas financeiros para o poder público?

[395] *Manual de direito constitucional...*, t. VI, p. 271.

Ademais, é consenso doutrinário de que a modelagem dos efeitos vem sendo utilizada de modo muito generoso pelo Tribunal Constitucional. É o que relata Rui Medeiros:

> Entre 1983 e 1986,quase um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral tiveram efeitos restritos. (...) O quadro não se altera no período entre 1989 e 1997. Pelas nossas contas, nas cerca de noventa declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral proferidas neste período, mais de vinte foram acompanhadas de uma limitação de efeitos.[396]

Esta situação, aliás, foi duramente criticada por Vital Moreira, quando era Juiz Conselheiro no Tribunal Constitucional:

> a freqüência com que o Tribunal Constitucional recorre 'à limitação de efeitos corre o risco de transformar a excepção em regra, sendo de temer que se crie a convicção de que o 'crime compensa' e de que vale sempre a pena criar normas inconstitucionais, porque, por mais flagrante que seja desde o início a inconstitucionalidade, sempre haverá fortes probabilidades de o Tribunal Constitucional, ao declarar a norma inconstitucional, vir a salvaguardar os actos e factos entretanto consumados'.[397]

Registre-se, ainda, que, não obstante a previsão do n.° 3 do art. 106 da CRP, que garante aos contribuintes o direito de não pagarem impostos inconstitucionais[398], grande parte das decisões com efeitos restringidos relacionam-se com a matéria tributária, porque, como leciona Rui Medeiros[399], é:

> um dos domínios onde, regra geral e indiscriminadamente, se restringem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional mostra-se, com efeito, particularmente sensível à circunstância de estarem em causa receitas públicas em grande parte já recebidas nos cofres do Estado ou que, quando previsíveis, integram as suas expectativas orçamentais.

Verifica-se, também, que há algum tempo existe uma mesma tendência em diversos outros países de mitigar os efeitos radicais ("ex tunc" ou "ex nunc" somente)

---

[396] *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 689.

[397] *Apud* MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 689-690.

[398] "Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e cuja liqüidação e cobrança se não façam nas formas prescritas na lei". Por conseqüência da leitura deste dispositivo, é possível alcançar-se a conclusão de que, em matéria tributária, sempre os efeitos devem ser "ex tunc".

[399] MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 721.

da decisão de inconstitucionalidade. A contraposição entre os modelos norte-americano ("ex tunc") e austríaco ("ex nunc") já não se apresenta tão acentuada sob este aspecto[400].

Assim é porque nos principais países onde se tem um desenvolvimento mais profundo da jurisdição constitucional, o primado da Constituição sobre as demais normas abre espaço para a segurança jurídica e para os atos praticados com boa fé. Há, em verdade, uma tentativa de balanceamento desses e de vários outros valores, ao invés da sustentação de um só, em razão das peculiaridades das situações apresentadas aos julgadores. O difícil, porém, é encontrar algum ordenamento em que, ainda que exista regulação normativa, tal assunto seja pacífico.

Na Áustria, por influência de Kelsen, via de regra, os efeitos são prospectivos, pois "continua a aplicar-se a lei em questão às situações de fato consumadas antes da anulação, exceto àquela que deu origem à sentença, se o Tribunal Constitucional não tiver disposto outra coisa na sua sentença de anulação" (art. 140, n.° 7 da Constituição).

Porém, possibilita-se que o Tribunal Constitucional manipule os efeitos para um momento posterior ao da publicação da sentença, o qual não pode exceder o prazo de 18 meses (art. 140, n.° 5), quando "a lei é aplicada a todos os fatos consumados antes do prazo expirar, com exceção, precisamente, do caso que deu origem à sentença" (art. 140, n.° 7). Portanto, a Constituição austríaca excepciona a regra da irretroatividade da decisão do Tribunal Constitucional em se tratando da situação que deu origem a esta.

Nos Estados Unidos, por sua vez, o dogma da nulidade da lei inconstitucional restou inquestionado durante vários anos. Contudo, houve um movimento de atenuação dos efeitos "ex tunc" a partir do famoso caso "Linkletter v. Walker" (1965), onde em razão "dos negativos ou injustos efeitos que poderiam ser produzidos pelas decisões judiciais com relação aos efeitos já produzidos pela lei considerada inválida, a Suprema Corte foi capaz de amainar a rigidez dessa doutrina. Assim, a Corte poderia estabelecer, em cada particular caso, se os efeitos retroativos seriam ou não

---

[400] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito*

aplicados".[401] Em suma: a retroatividade passou a fazer parte da discricionariedade da Suprema Corte.

Ocorre que, como relata Paolo Bianchi, mais recentemente, a partir dos casos US v. Johnson (1982), James M. Beam Distilling Co. v. Georgia (1991), dentre vários outros, tem-se reconhecido que o efeito prospectivo importa em problemas com o princípio da igualdade, com o que se retornou a "afirmar a completa retroatividade (...), não mais pela antiga teoria declarativa, mas segundo uma visão que limita a discricionariedade do juiz em nome da igualdade entre situações homogêneas."[402]

Na Espanha, em termos normativos, são importantes os arts. 38, 39 e 40 da Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), visto que a Constituição espanhola apenas fez breve menção ao assunto nos arts. 161, 1, "a" e 164, 1, deixando em aberto, porém, se optou ou não pela nulidade da norma inconstitucional.[403]

Por isso, mais preciso é o supra mencionado art. 39, 1, ao estabelecer que a declaração de inconstitucionalidade implica na nulidade dos preceitos impugnados, sendo atenuado pelo art. 40, 1, no que se refere aos processos em que tenha operado a coisa julgada. Todavia, não se pode opor coisa julgada em se tratando de "processos penais ou contenciosos administrativos referentes a um procedimento sancionador em que, como conseqüência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução da pena ou da sanção ou uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade".

---

comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p. 122.

[401] BREWER-CARÍAS, Allan R.. Op. cit., p. 151.

[402] BIANCHI, Paolo. Giustizia costituzionale negli Stati Uniti. In: LUTHER, Jörg; ROMBOLI, Roberto & TARCHI, Rolando. *Esperienze di giustizia constituzionale - tomo I*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, p. 78. No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres lembra que, perante a Suprema Corte dos EUA, prevaleceram "os seguintes argumentos: a) a irretroatividade proclamada em *Chevron Oil Co. v. Huson* fora fruto do ativismo judicial e não poderia valer como precedente protegido pelo princípio do *stare decisis*, até porque violara os precedentes, antes consolidados; o pronunciamento judicial não é prospectivo, característica específica da legislação, de modo que inexiste *new rule* com eficácia para o futuro, devendo da decisão atingir as situações pretéritas." (Op. cit., p. 102).

[403] No art. 161, 1, "a', segunda parte: "A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com força de lei, interpretada pela jurisprudência, afetará também esta última, mas a sentença ou sentenças pronunciadas não perderão o valor de coisa julgada". No art. 164, 1: "As sentenças do Tribunal Constitucional serão publicadas no *Boletim Oficial do Estado*, juntamente com as opiniões contrárias, se as houver. Têm valor de coisa julgada a partir do dia seguinte a sua publicação e não pode haver nenhum recurso contra elas. As que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito têm plenos efeitos sobre todos".

Nota-se na doutrina espanhola, em razão da obscuridade e omissão do texto constitucional, que outra poderia ser a orientação adotada pela LOTC. É dizer, não há impedimento constitucional para que esta lei seja alterada e passe a prever efeitos pró-futuro das sentenças "estimativas" de inconstitucionalidade.

Assim é que, a par daquela base legislativa, o Tribunal Constitucional espanhol mudou sua orientação jurisprudencial inicial e rompeu com o dogma da retroatividade a partir da famosa decisão STC 45/1989, em que se analisou o problema da tributação da renda conjunta para casamentos. Considera-se tal julgado um marco e um real progresso para a jurisdição constitucional espanhola no reconhecimento de que não há vinculação necessária entre "inconstitucionalidade" e "nulidade"[404].

A doutrina, porém, há algum tempo já vinha procurando minorar a rigidez da nulidade total, pois

> A sanção das leis que violam o estabelecido na Constituição é da sua nulidade de pleno direito, que se produz *ipso jure* com a conseqüente eficácia *ex tunc*(...)
> O que ocorre é que a ineficácia *ex tunc* das leis inconstitucionais, como não podia ser de outro modo, tem também suas desvantagens ou seus inconvenientes, que exigem, em ocasiões, limitar a atuação retroativa que leva consigo, umas vezes por meio destas medidas fundadas na segurança jurídica, outras, (...), por meio de técnicas que impedem a produção de resultados desnecessários ou perturbadores. Não se pode pretender fechar a realidade em dogmas, (...), quando alguma peça não se encaixa abertamente no conjunto.[405-406]

Entende-se, todavia, que tal orientação não deve ser generalizada, pois pode levar a um incompreensível estímulo à formação de litígios, bem como porque é uma

---

[404] ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n.º 92, p. 12, 1989. Contudo, não se pode deixar de mencionar que há severas críticas doutrinárias e jurisprudenciais a tal orientação, como é o caso da formulada por Luis Sánchez Serrano (*Tratado de derecho financiero y tributario constitucional*, p. 541-542).

[405] SIERRA, Raul Bocanegra. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1982, p. 243-244. Também, NOSETE, Jose Almagro. *Justicia constitucional*: comentarios a la ley orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Dykinson, 1980, p. 174 et seq.

[406] Ademais, verifica-se a adoção, dosada, de técnicas decisionais que não levam, necessariamente, à "nulidade" da norma (DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño; MONTORO, Ángel J. Goméz; GUERRERO, Manuel Medino; PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 75 et seq.).

exceção ao ordenamento espanhol, somente devendo ser aceita quando existirem sólidos fundamentos para tanto[407].

Em matéria tributária, como agravante, além do aumento de normas financeiras que ultrapassam "os limites do constitucionalmente admissível", tem-se, em princípio, a carência de meios para suspender a exigência do tributo, com base em lei cuja constitucionalidade é questionada[408].

Merece registro, por outro lado, a recente iniciativa do Tribunal Supremo espanhol (TS) para contornar certos problemas decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias, no sentido de possibilitar ao contribuinte, que tenha sido atingido pela coisa julgada, intentar uma ação de responsabilidade patrimonial contra o Estado, limitando-a aos valores pagos indevidamente[409].

Contudo, reconhece-se que, mesmo hoje, o Tribunal Constitucional espanhol tem na retroatividade a regra geral[410], utilizando-se da restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade somente em situações excepcionais.

Na Itália, por sua vez, o art. 136 da Constituição tem gerado bastante polêmica, por dispor que, quando "o Tribunal declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um acto com força de lei, a norma cessa a sua eficácia vinte e quatro horas após a publicação da decisão."[411]

Assim, Livio Paladin diz que uma interpretação literal desse dispositivo leva à conclusão de que a sentença de "accoglimento" determina "uma espécie de *abrogazione* (...), naturalmente destinada a operar 'ex nunc'."[412] Porém, entende este

---

[407] MOLINA, Pedro M. HERRERA; FABO, Diego Marín-Barnuevo. Nuevas perspectivas sobre el mínimo exento familiar en la jurisprudencia alemana. In: *Revista Impuestos*. Madrid: La Ley, n.º 20, p. 40, 1999.

[408] SERRANO, Luis Sánchez, op. cit., p. 507-509.

[409] GRAJALES, Adolfo Gutiérrez de Gandarrilla. Los efectos de la inconstitucionalidad de la ley fiscal y la responsabilidad del estado legislador. In: *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 224, Centro de Estudios Financieros, p. 144, 2001.

[410] MONTORO, Ángel J. Gómez. In: PAGÉS, Juan Luis Requejo (coord.). *Comentarios a ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 591.

[411] Aliás, surgiram dúvidas, inclusive, em relação a partir de qual publicação teria início o mencionado prazo de vinte de quatro horas, uma vez que a decisão é objeto de duas publicações.

[412] PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Milão: Cedam, 1998, p. 769. No mesmo sentido, Vezio Crisafulli (*Lezioni di diritto costituzionale*. V. II, Padova: Cedam, 1984, p. 384 et seq.) e Fausto Cuocolo (*Istituzioni di diritto publico*, p. 895), para quem a própria Corte Constitucional italiana tem acolhido este entendimento. R. Guastini vai ao ponto de sustentar que é opinião unânime

autor que tal sentença, em verdade, tem efeito "ex tunc", sendo limitado apenas pelos *rapporti esauriti* (decorrente de coisa julgada, prescrição, decadência, etc.)[413].

De outra parte, há autores de renome que sustentam posição contrária. É o caso de Gustavo Zagrebelsky, para quem o efeito "ex tunc" ocorre somente no controle concreto realizado pela Corte Constitucional. Afinal, do contrário, se neste caso o efeito fosse *pro futuro* (como ocorre no controle abstrato), "nem o juiz, nem as partes teriam interesse em promover a questão de legitimidade constitucional, porque, em todo caso, o juízo teria que decidir com base na lei em vigor no momento da realização dos fatos *sub iudice*".[414]

Há notícia, também, de que a Corte Constitucional italiana tem limitado no tempo o efeito retroativo de algumas de suas decisões de inconstitucionalidade, quando "uma aplicação radical e generalizada da eficácia *ex tunc*...poderia determinar graves inconvenientes" ou efeitos profundamente inconvenientes no plano social ou econômico, "em relação a situações há muito tempo cristalizadas."[415]

Trata-se do que Augusto Cerri chamou de "decisioni di accoglimento 'datade'", sendo que em todos os casos, "a delimitação no tempo dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade (accoglimento) liga-se à natureza substancial da inconstitucionalidade percebida e não é produto de um ato de mero decisionismo."[416]

Enfim, cumpre verificar que na Alemanha, onde inicialmente firmou-se o primado da nulidade da lei inconstitucional[417], o Tribunal Constitucional tem desenvolvido profundamente técnicas de decisões que procuram amenizar tal orientação, como a decisão de "lei ainda constitucional", a decisão de acordo com a Constituição com a cláusula "desde que" e, dentre outras, a decisão de

---

que a decisão de acolhimento produz efeitos retroativos, dentro de certos limites (*Quindici lezioni de diritto costituzionale*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 162).

[413] PALADIN, Livio. Op. cit., p. 770. Por força da Lei n.º 87, porém, em se tratando de matéria penal, não se pode opor a coisa julgada ou qualquer outro óbice de cunho temporal.

[414] ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977, p. 168-169.

[415] CAVALCANTI, Temistocle. Op. cit., p. 628.

[416] CERRI, Augusto. Op. cit., p. 132-133.

[417] Conforme o §78 da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, com a sua redação alterada em 1998, "Se o Tribunal constitucional federal chegar à conclusão de que o direito federal seja incompatível com a Lei Fundamental, ou que o direito do *Land* seja incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, declarará a lei nula."

"inconstitucionalidade sem nulidade"[418], sendo necessário concordar com Gilmar Mendes, no sentido de que em "nenhum sistema de controle de normas, seja ele *incidental* ou *concentrado*, logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas" por aquela Corte[419].

3 IMPRESSÕES SOBRE A VALIDADE DO ART. 27 DA LEI N.º 9.868/99

Se no direito português, a autorização para o Tribunal Constitucional restringir os efeitos veio por revisão constitucional (Lei n.º 1/82) e em outros ordenamentos, o próprio órgão encarregado da fiscalização de constitucionalidade tomou a iniciativa para manipulá-los, sem esperar uma autorização legislativa, no Brasil, trilhou-se o caminho menos trabalhoso, preferindo-se a adoção de lei ordinária.

Por conta disso significativa parcela da doutrina vem sustentando a invalidade (total ou parcial) do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, havendo, inclusive, ações diretas de inconstitucionalidade a respeito, mas que ainda não foram apreciadas[420].

Com efeito, sustenta-se, corretamente aliás, que somente uma norma constitucional poderia tratar de questões materiais relativas à decisão de inconstitucionalidade. É que, como leciona Paulo Roberto Pimenta, "não pode o Poder controlado editar norma infraconstitucional restringindo ou até mesmo ampliando a competência do órgão controlador, no caso, o Poder Judiciário"[421]. Isso não significa, para esse mencionado autor, que não seja possível a restrição de efeitos no direito brasileiro. Pelo contrário, segundo seu entendimento, tal possibilidade encontra-se

---

[418] Conforme, HÄBERLE, Peter. *La 'verfassungsbeschwerde' nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, p. 68-69 e LUTHER, Jörger. La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania. In: _____; TARCHI, Rolando; ROMBOLI, Roberto. *Esperienze di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, p. 177 et seq.

[419] MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*. p. 188-189.

[420] Sobre a Lei n.º 9.868/99, há a ADIN n.º 2258-0, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Já sobre a Lei n.º 9.882/99, há a ADIN n.º 2.231, sendo que o Min. Relator, Neri da Silveira, conforme o Informativo n.º 253 do STF, "votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões." Ambas as ADINs, porém, ainda não foram julgadas definitivamente.

[421] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 99.

implícita no sistema constitucional, com o que o dispositivo em tela seria até mesmo desnecessário.

De forma semelhante, é o entendimento de Américo Bedê Freire Júnior, aduzindo que se admitíssemos a validade da norma em tela, o Legislativo poderia ir além, em nova legislação, e estabelecer que, diante de matéria tributária, os efeitos seriam sempre "ex nunc". Por isso que, formalmente, tal legislação é inválida. Em rigor, deveria ter sido utilizada Emenda Constitucional[422].

Apesar de não dizer expressamente, parece-nos que Manoel Gonçalves Ferreira Filho também entende que o art. 27 é inconstitucional. Mas, contrariamente aos dois primeiros autores supracitados, adota uma postura mais radical, defendendo que 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, (...), pelo Supremo Tribunal Federal, (...) 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.[423]

---

[422] 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, n.º 56, p. 23-24, 2000. Também é o posicionamento de RODRIGUES, Nina T. Disconzi. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as lei 9.868/99 e 9.882/99. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n.º 149, p. 120, 2001.

[423] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999). In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 220, p. 11, 2000. É, também, o ensinamento de Ives Gandra da Silva Martins, ao sustentar, em relação ao art. 11 da Lei n.º 9.882/99, que se trata de princípio do direito alemão que não poderia ser importado para o direito pátrio, por afrontar toda a tradição deste e a jurisprudência do STF (MARTINS, Ives Gandra da. Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental...*, p. 173 e 178). No mesmo sentido, na ADIN n.º 2258-0, a OAB alega que o art. 27 ofendeu o princípio do Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade, ao "permitir que atos normativos ou leis inconstitucionais, assim, declarados por decisão do STF, produzam algum tipo de efeito em algum momento do tempo (...). Norma inconstitucional é nula. Não pode ser admitido procedimento capaz de afastar a possibilidade de que a declaração definitiva, por parte do Supremo Tribunal Federal, do mais grave vício legislativo, não acarrete a nulidade da lei" (cfe. site do próprio STF).

Todavia, há na doutrina, o respeitável argumento contrário ao entendimento supra, da lavra de Gustavo Binenbojm, para quem o fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, quando restringe os efeitos, não se encontra no art. 27, mas na "proteção de outros valores e princípios constitucionalmente assegurados (...) e que seriam colocados em risco por uma decisão retroativa. Ao assim decidir, não estará o Supremo Tribunal sobrepondo uma lei ordinária...à Constituição, mas, diversamente, estará *ponderando* valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional"[424].

Em posição diferenciada, Oswaldo Palu sustenta que a restrição normal dos efeitos é compatível com a Constituição. Aliás, sequer haveria necessidade de previsão em lei para tanto. No entanto, a Carta Magna é ofendida quando se permite ao Supremo Tribunal Federal fixar os efeitos para um momento posterior ao da data do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade. Afinal, o "legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada - somente a Constituição poderia fazê-lo"[425].

No mesmo caminho, é o entendimento de Lênio Luiz Streck, quando concorda que é possível a aplicação do efeito "ex nunc", mas discorda quanto à autorização conferida ao Supremo Tribunal Federal para restringir os efeitos a partir de outro momento que não o trânsito em julgado. Tal se configura um arbítrio completamente estranho ao sistema constitucional brasileiro e que fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade[426].

Assim, tanto para Oswaldo Palu como para Lênio Streck, o art. 27 seria parcialmente inconstitucional, no que tange à última cláusula: "de outro momento que venha a ser fixado" o efeito da decisão de inconstitucionalidade, que não o trânsito em julgado[427].

---

[424] BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, p. 184-185.

[425] PALU, Oswaldo L. *Controle de constitucionalidade...*, p. 186-187.

[426] STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, p. 545.

[427] Daniel Sarmento, porém, ainda que entenda que essa eficácia "pro futuro" seja merecedora de críticas - porque, afinal, literalmente, o STF poderia manter vigente por mais de dez anos uma lei declarada inconstitucional - entende que, em uma leitura teleológica, a cláusula em questão "visa impedir que o expurgo da norma inconstitucional gere um 'buraco negro' legislativo, que, em certas situações, pode se revelar mais danoso à ordem constitucional do que a manutenção

Interessante e bastante sugestiva é a tese de Thomas da Rosa Bustamante. Este autor entende que, mesmo sendo válido o art. 27, não pode ser objeto de aplicação em matéria tributária, em razão do princípio do não confisco, pois, do contrário, haveria o "absurdo da tutela jurídica de um ato de enriquecimento ilícito por parte do Poder Estatal"[428].

Todavia, apesar da originalidade deste entendimento, não nos parece que o mesmo deva ser adotado. Com efeito, pensamos que a tributação indevida não se caracteriza como (não tem efeito de) um confisco, necessariamente. Esta proibição, em verdade, funciona como um limite de valor à tributação. Claro que seria defensável a tese da proibição de enriquecimento ilícito (o que é diferente de confisco), mas, aí, correríamos o risco de torná-lo um princípio absoluto, o que também entendemos não ser a melhor postura.

Em sentido oposto, Hugo de Brito Machado parece entender que o art. 27 em questão não agride a Constituição. Sustenta, também, que o mesmo seria desnecessário, não fosse para superar "posições excessivamente cautelosas, para não dizer tímidas, da Corte Maior, que não se tem adiantado na construção do sistema jurídico"[429].

Esta orientação é, também, seguida por Eduardo Rocha Dias, mas ressalva este autor que, em matéria tributária, a aplicação do efeito "ex nunc" deveria ser seguida de demonstração de que houve efetiva aplicação em benefício da coletividade, dos valores pagos indevidamente a título de tributo, sob pena de se "incentivar o legislador e sobretudo o Executivo, que detém a possibilidade de criar tributos através de medidas provisórias, a instituírem exações inconstitucionais, confiantes de que

---

provisória do diploma legal censurado". Contudo, adverte, trata-se de providência de caráter excepcional, nada justificando "que se retarde por mais de seis meses os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade" (SARMENTO, Daniel, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*, p. 127-128).

[428] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A lei n.º 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na fiscalização de normas de direito tributário. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.º 59, p. 122, 2000.

[429] MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. In: Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n.º 57, p. 79, 2000.

eventual decisão que reconhecesse tal vício somente produziria efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento posterior"[430].

Com base nestas variadas e respeitadas opiniões, torna-se mais fácil a compreensão do art. 27 da Lei n.° 9.868/99. Não é ainda o momento de manifestar nossa compreensão sobre o conteúdo deste dispositivo, mas apenas o de saber sob qual roupagem pode ser introduzido no mundo jurídico.

Assim, não deixamos de vislumbrar a necessidade de "que a opção pelos efeitos da decisão de inconstitucionalidade faça parte da discricionariedade do Supremo Tribunal"[431]. Entendemos, todavia, que a matéria em exame não poderia ter sido objeto de regulamentação pela legislação infraconstitucional. Não é porque o conteúdo pode estar, eventualmente, em compasso com a Lei Fundamental que vamos abdicar das formas pelas quais o mesmo deva ser regulado.

Trata-se, pois, de uma questão de nível constitucional, como já averbaram alguns dos autores supracitados. Contudo, ousamos ir um pouco mais fundo e sustentar que, diante do atual quadro constitucional, mesmo a Emenda à Constituição não é o instrumento correto para regulamentar a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O motivo é, praticamente, o mesmo com o qual se diz que o art. 27 é formalmente inconstitucional. Afinal, não se pode conferir ao "poder controlado" (Congresso), a possibilidade de restringir a atuação do "poder controlador" (Poder Judiciário), seja por qual instrumento for.

Note-se que esta argumentação fica ainda mais clara em relação à Emenda Constitucional, se voltarmos nossos olhos para o §4°, III do art. 60 da CF/88, que torna intangível o princípio da separação dos poderes, porque haverá manifesta ofensa a este princípio se o Congresso puder, de alguma forma, minar o poder que o Judiciário tem - por força constitucional - de controlá-lo.

---

[430] DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n.° 55, p. 61, 2000.

[431] TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental*, p. 388.

Logicamente que em situações normais, o Congresso Nacional não chegaria ao radicalismo de estipular que os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade somente seriam "ex nunc" ou "ex tunc". Aliás, pensamos que a adoção de soluções extremadas (apenas "ex tunc" ou apenas "ex nunc") somente seria válida através de decisão, por conta e risco exclusivos, do próprio Poder Constituinte originário, tal a gravidade que isto importaria, diante da multiplicidade de conflitantes valores e interesses constitucionalmente protegidos.

Como assim não foi feito, como assim houve silêncio por parte da Constituição, temos dois modos de compreensão da questão em tela: (i) ou estamos diante de uma atribuição própria do Supremo Tribunal Federal ou (ii) trata-se de matéria que é reserva de lei.

Nesta segunda opção, se entendermos que a manipulação de efeitos, para ser válida, deve estar prevista em lei, vamos ter que concluir que, antes do advento da Lei n.º 9.868/99, as poucas decisões em que o Supremo Tribunal Federal assim procedeu seriam inválidas, necessitando ser revistas, de alguma forma.

Para complicar, estaríamos, aí, então, em uma desconfortável situação, já que não se admite ação rescisória em controle abstrato. Os prejudicados teriam que resolver em perdas e danos, se ainda houvesse tempo. Mais. Se bem pensarmos, a partir de uma tal lógica, as mencionadas leis, no fundo, teriam simplesmente operado uma intromissão nos julgados do STF, o que é de todo inadmissível. Afinal, concluir que são inválidas as restrições de efeitos realizadas antes daquelas leis, é concluir que o STF deveria ter adotado plenamente o efeito "ex tunc", o que equivale dizer que suas decisões foram, juridicamente, anuladas parcialmente por um ato legislativo.

Resta-nos, portanto, a primeira opção. Com efeito, é o nosso entendimento que a manipulação dos efeitos insere-se "nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessária previsão constitucional expressa. Se a Constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há de se considerar que relegou a questão à prudente discricionariedade do Tribunal"[432].

---

[432] Ibid., p. 389.

Não se alegue que a legislação em comento tem natureza jurídica de "lei interpretativa", porque não se afigura como algo admissível uma lei infraconstitucional interpretar uma Constituição.

Aliás, se bem pensarmos, o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não teria apenas interpretado o texto constitucional. Em nossa compreensão, tal dispositivo operou uma indevida restrição nos poderes do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que a restrição deu-se no sentido de que, antes dessa norma, o Supremo Tribunal Federal poderia, em tese, manipular os efeitos, fundando-se em qualquer valor constitucional que fosse necessário e adequado para tal fim. Agora, porém, somente em caso de "segurança jurídica" ou de "excepcional interesse social", "poderá o Supremo Tribunal Federal (...) 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".

Lembre-se, por exemplo, que em Portugal há a possibilidade de restrição dos efeitos em "razão de eqüidade", o que, porém, não se encontra naquele dispositivo da legislação brasileira.

Pode-se alegar que o conceito de "excepcional interesse social" abrangeria tudo que não fosse "razão de segurança jurídica". Aliás, de certa forma, foi esta a orientação de Jorge Miranda em relação ao art. 282, n.º 4 da CRP, ao afirmar que, "seguindo RUI MEDEIROS, aceitamos que interesse público de excepcional relevo possa considerar-se qualquer interesse constitucionalmente não subsumível nas noções de segurança jurídica e de eqüidade e que tem de ser especificado sempre que invocado"[433].

Contudo, para além de entendermos que há uma certa autonomia do conceito de "excepcional interesse social" em relação à idéia de "razão jurídica", porquanto não há motivos para delinear aquele em razão desta; adotar uma postura semelhante a dos mencionados autores lusitanos tem por conseqüência anular o próprio conteúdo do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, tornando-o letra morta. Afinal, seria o mesmo que uma prescrição no sentido de que em qualquer situação excepcional, o Supremo Tribunal

---

[433] MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*..., t. VI, p. 267.

Federal estaria autorizado a manipular os efeitos da sua decisão de inconstitucionalidade.

Deste modo, considerando-se que a outorga de competência ao Judiciário para analisar a validade das leis já lhe confere poderes para manipular os efeitos da sua decisão em tais situações, o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 é formal e materialmente inconstitucional, seja porque tratou de questão que não é de sua alçada e, ao fazê-lo, restringiu o campo de atuação do Judiciário[434].

4 CONCEITOS OPERACIONAIS

4.1 Considerações Iniciais

Superadas as questões anteriores, em que verificamos como o tema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade era tratado antes do advento da Lei n.º 9.868/99, bem como nos posicionamos sobre a invalidade desta, é chegado o momento de caminharmos rumo ao entendimento que produzimos sobre este complexo e instigante assunto que é o da manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Advertimos que para melhor compreender este assunto, é necessário fixar uma orientação a respeito do que chamamos "conceitos operacionais": existência, validade, vigência, nulidade e anulabilidade. Afinal, quando se diz que uma lei é inconstitucional, alega-se que ela é inválida, que não poderia ter produzido seus efeitos ou, até mesmo, que é inexistente.

Aqui é o espaço ideal para manejarmos farto e profundo material já produzido por mais de século pela doutrina na constante tentativa de alcançar um denominador comum sobre os fundamentos do direito. Mas, sem maiores pretensões, retemos na memória a ponderada observação de François Ost, ao expressar a dificuldade que todos encontramos diante de assunto tão delicado quanto o da validade:

---

[434] Assim, também, é o art. 11 da Lei n.º 9.882/99.

> Não é fácil expressar até que ponto o problema da validade se encontra sobrecarregado de interesses políticos, condicionado por ideologias, sitiado por valores. Tampouco é necessário insistir na dificuldade de abordar a questão de modo científico: já não como um 'alquimista', ator febril da magia jurídica, senão como um 'químico', ou seja, como um observador objetivo e distante.[435]

Ademais, situamo-nos em uma difícil posição, em que, de um lado, reconhecemos nossos limites para alçar vôos mais longos na tentativa de trazer uma contribuição nova ao tema (tantos outros ilustres juristas já o fizeram) e, de outro, constatamos que não há uma uniformidade de tratamento desta matéria, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Veja-se, por exemplo, que só em relação à idéia de validade, constata-se as mais diversas opiniões, que, normalmente, são reduzidas a três grandes esquemas teóricos, lembrados por Norberto Bobbio e Eduardo Garcia Maynez: validade para os jusnaturalistas, validade para os positivistas e validade para o realismo[436-437].

A complexidade aumenta se em jogo põe-se a distinção entre os vários termos, já mencionados acima.

Marina Gascón Abellán lembra que a confusão ou equívoco se estende para as noções de nulidade e anulabilidade, pois não se sabe ao certo quando se fala a respeito (i) do tipo de vício (nulidade, "se o vício decorre da violação de uma norma que estabelece condições necessárias de existência"[438] e anulabilidade, "se o vício deriva da violação de uma norma que não estabelece condições de existência, mas apenas limitações da atividade normativa"[439]), (ii) do modelo de controle de constitucionalidade ou (iii) da eficácia das decisões que estabelecem a invalidez da lei.

---

[435] OST, François. Prefácio. In: FALCÓN Y TELLA, M. J. *Conceito e fundamento da validade do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2000. p. 15.

[436] GARCIA MAYNES, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*. Mexico: Textos Universitários, 1977 e BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

[437] Robert Alexy menciona, também, que a validade pode ser analisada sob estes três prisma, os quais denominou de (i) validade sociológica, (ii) validade ética e (iii) validade jurídica (ALEXY, R. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa Editorial, p. 87, 88, 89).

[438] GASCÓN ABELLÁN, M. Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes. In: *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho, n.º 20, p. 134, 1997.

[439] Ibid., p. 134-135.

O mais importante de tudo isso, porém, é que se nota uma crescente preocupação em analisar mais cuidadosamente cada um destes institutos, porque aos poucos vai-se descobrindo a importância capital que o seu conhecimento tem para a solução de questões teóricas, bem como práticas, como é o caso da conseqüência temporal da decisão de inconstitucionalidade.

4.2 O Conceito de Validade como Existência

O mais famoso teórico do direito, Hans Kelsen, ao formular a sua Teoria Pura, cuidou de vários e interessantes assuntos decorrentes da teoria geral do direito. Assim foi que se preocupou, também, com o problema dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e sua vinculação com a idéia de validade.

Reconhecemos sua importância, aliás, no desenvolvimento do modelo de controle concentrado de constitucionalidade, originário da Áustria. Mas, uma leitura superficial do seu entendimento sobre o que seja validade pode levar a algumas distorções.

Tem-se como evidente que Kelsen equipara os institutos da validade e vigência ao da existência. Para ele, se uma norma existe, é porque vigora e é válida. Todavia, "Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão"[440].

Porém, a equiparação levada a efeito por Kelsen não tem por conseqüência, no campo da fiscalização da constitucionalidade, a nulidade da norma, com a conseqüente adoção da teoria da retroatividade.

É compreensível, desde já, que se possa entender que, a partir do momento que existência é igual a validade, uma norma inválida é uma norma que não existe e se não existe, os efeitos dela seriam inválidos desde a sua edição. Nada mais lógico, diga-se de passagem.

---

[440] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 11 e 12.

Assim, se, por exemplo, passamos dez anos pagando um tributo, cuja lei vem a ser declarada inválida, a conseqüência seria dizer que, em verdade, o que foi pago sequer era tributo, já que a lei era inválida e, assim, inexistente. Portanto, a devolução do montante pago indevidamente é inquestionável.

Foi neste sentido, aliás, que Marco Aurélio Greco e Helenilson Cunha Pontes, de um lado, e Paulo Pimenta, de outro, analisaram o pensamento kelseniano. Contrapondo-o com o de Von Wright, tais autores entenderam que, em razão da equivalência entre validade e existência, Kelsen teria naquela uma essência da norma, de tal modo que para ser norma tem que ser válida:

> A teoria normativista, de raízes kelsenianas, reduz a imperatividade do direito à norma e a validade desta à sua mera existência. Ou seja, a norma, se existe, é válida, logo, obrigatória, imperativa: *tertium non datur*. Tal concepção permite a conexão racional entre os conceitos de existência, imperatividade e validade da norma jurídica. Se a norma jurídica existe, é essencialmente válida e inexoravelmente imperativa.[441]

Em razão disso, concluíram Marco Greco e Helenilson Pontes que uma declaração de invalidade, a partir deste marco teórico, importa na adoção dos efeitos "ex tunc":

> Assim, por exemplo, exatamente por adotar uma visão teórica que defende a validade como essência da norma jurídica (uma visão kelseniana do fenômeno) - do que decorre a inexistência 'ex tunc' da lei inconstitucional - é que têm surgido questões práticas ligadas à eventual cobrança de certas diferenças tributárias.[442]
>
> De todo modo, a simples existência de precedentes jurisprudenciais que reconhecem o efeito apenas 'ex tunc' da pronúncia de invalidade já demonstra que a validade não se encontra na

---

[441] GRECO, M. A.; PONTES, H. C. *Inconstitucionalidade da lei tributária*: repetição do indébito. São Paulo: Dialética, 2002. p. 14. Também, é possível encontrar considerações semelhantes em PIMENTA, P. R. L. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade*..., p. 14-18. Todavia, este autor não segue o pensamento de Von Wright, como, também, não deixa claro que a consideração de Kelsen sobre validade como existência leva à adoção de efeitos "ex tunc". Até porque, em passagens posteriores, Paulo Pimenta ressalta que o modelo austríaco do efeitos "ex nunc" foi obra de Kelsen. Por outro lado, em certo momento, critica a equivalência feita por Kelsen entre validade e existência, pois, com isto, fica "em aberto (...) a questão da produção de efeitos jurídicos pela norma inválida". Neste ponto, até poderíamos apontar que o autor indica que o modelo kelseniano levaria à adoção do sistema "ex tunc". Afinal, norma inválida seria norma inexistente e isto só ocorreria se a declaração de inconstitucionalidade tivesse efeitos "ex tunc". Contudo, para Kelsen não há norma inválida (o que é um contra-senso) e, justamente por isto, o mestre da Teoria Pura sustenta que aquela decisão implica em efeitos "ex nunc". Daí por que não fica em aberto a questão dos efeitos produzidos pela norma inválida, já que os efeitos foram produzidos por norma válida.

[442] GRECO; PONTES. *Inconstitucionalidade da lei tributária*..., p. 13.

> essência da norma, pois se assim fosse, logicamente não poderiam existir normas válidas até um determinado momento, bem como serem preservadas relações jurídicas regidas por uma norma inválida até a pronúncia desta invalidade.[443]

Esta, todavia, não nos parece ser a melhor compreensão do pensamento de Kelsen. Não se discorda quanto ao fato deste jurista reduzir a validade e a vigência à existência da norma. O problema é que quando Kelsen transpôs esta sua elaboração para o campo do controle de constitucionalidade operou um drástico rompimento na conseqüência natural daquele seu raciocínio.

Assim, ao invés de concluir que, a partir da declaração de uma invalidade (de uma inexistência, portanto), tem-se, por natureza, a adoção de efeitos "ex tunc", optou por um raciocínio que o levou à tese dos efeitos "ex nunc" da decisão de inconstitucionalidade.

É que Kelsen partiu de uma lógica diversa daquela utilizada pelos supracitados autores para explicarem o raciocínio dele. Todavia, talvez seja mais fácil de compreender este delicado e complexo ponto se dissermos que, em Kelsen, não se pode tomar a afirmação de que "Norma válida é norma existente"[444], mas, sim e justamente, o inverso: "porque a norma existe é uma norma válida".

Esta sutil distinção é bastante importante, porque, em Kelsen, até o julgamento de constitucionalidade não se pode ter no ordenamento norma inválida. Assim, para ele, esta é válida simplesmente pelo fato de existir e enquanto existir. Pelo brilhantismo e clareza do seu raciocínio, vale a pena transcrevê-lo:

> *quid juris* se uma norma não está em harmonia com a norma que determina a sua produção, especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo? Um tal conflito parece apresentar-se quando se tomem ao pé da letra certas expressões que são usuais na jurisprudência tradicional. Com efeito, esta fala de decisões jurisdicionais 'ilegais' e de leis 'anticonstitucionais' e, assim, dá a impressão de ser possível algo como uma norma contrária às normas em geral e uma norma jurídica antijurídica em especial. (...) Se, porém, existisse tal coisa como um direito antijurídico, desapareceria a unidade do sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do Direito). Mas uma 'norma contrária às normas' é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida - seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. (...) Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido. (...) Se a ordem

---

[443] Ibid., p. 33.
[444] PIMENTA. *Efeitos da decisão de...*, p. 15.

> jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma tem de...considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito[445].

Pode-se considerar contraditória esta orientação, porque teríamos que montar uma ficção jurídica a respeito do período entre a edição da norma e a sua declaração de inconstitucionalidade, para imaginarmos que ela era válida nesse período e, após, deixou de ser. Isto é, era existente e, com a decisão, deixou de ser. Contudo, o seu ponto de apoio é que não se pode conceber "um direito antijurídico". Se ele existe e é eficaz, então é válido. Caso alguém - com a devida competência - passe a entender de forma contrária, simplesmente terá que expulsar a norma do ordenamento.

Pode-se dizer, ainda, que, sob o manto da idéia de que ser existente é ser válida e que, com a sua promulgação, a norma passa a existir (passa a ser válida), somente vamos entender que com a decisão de inconstitucionalidade, ela se torna inválida se compreendermos que o modelo kelseniano de controle de constitucionalidade é construído para não entrar em choque com o princípio da separação de poderes. Assim, ao Tribunal Constitucional é atribuído um papel semelhante ao do legislador. Mas esta semelhança é apenas parcial, porquanto o juiz constitucional somente pode funcionar como um agente revogador da norma.

Em outro texto, Kelsen é mais enfático:

> La decisione di annullamento avveva, in linea di principio, efficacia *ex nunc*: non aveva, salvo un'eccezione di cui parleremo più avanti, efficacia retroativa. Sarebbe stato infatti difficile giustificare un'efficacia retroattiva non solo per le conseguenze critiche che qualunque effetto retroattivo comporta ma specialmente perchè la decisione toccava un atto del legislatore costituzionale; e il legislatore aveva il potere d'interpretare la costituzione, pur essendo soggetto, per questo lato, al controllo giudiziario. Finchè la corte non avesse dichiarato la legge incostituzionale, l'opinione espressa dal legislatore col suo atto avrebbe dovuto essere rispettatta.[446]

Com o que arremata, esclarecendo o assunto:

---

[445] KELSEN. *Teoria pura do direito*, p. 296.

[446] KELSEN, H. Il controllo di costituzionalità delle leggi: studio comparato delle costituzioni austriaca e americana. In: _____. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 299.

> La decisione di annullamento della corte costituzionale aveva la stessa natura di una legge di abrogazione. Era un atto negativo di legislazione. Poichè era attribuita alla corte una funzione legislativa, una funzione, cioè, in via di principio riservata al parlamento....[447]

Em síntese, Kelsen não adota a teoria dos efeitos "ex tunc", porque o Judiciário no controle de constitucionalidade é um legislador negativo, que expulsa a norma que considera incompatível com ordenamento.

No direito tributário, notamos que a idéia de validez enquanto existência é bastante aceita. É o caso de Paulo de Barros Carvalho[448], acompanhado, dentre outros, por Joana Lins e Silva[449] e Tárek Moysés Moussallem[450], ainda que não tenham analisado o tópico do controle de constitucionalidade.

Na doutrina constitucional clássica, por sua vez, era comum a adoção de uma tal orientação. Anhaia de Mello era enfático:

> Apesar das dificuldades de colocação perante a questão nos inclinamos pela posição drástica, ou seja, de nulidade de lei inconstitucional, aceitando a tese de Alfredo Buzaid e Francisco Campos de que a lei inconstitucional é nula, nasceu morta, não chegou a viver.
> (...)
> Logo, toda lei inconstitucional só pode ser considerada como não lei, como inexistente no mundo jurídico sob pena de, ainda que por um lapso de tempo, se privar de vida a própria Constituição.
> Não resta dúvida, pois, que os efeitos da declaração devem ser totais e abrangentes da situação *sub judice* e das pretéritas, ainda que se possam criar situações injustas. Contudo, o pior será dar efeitos jurídicos ao que não existe juridicamente.[451]

Assim como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

> Outra se afigura a solução quando o Supremo Tribunal Federal declara em tese, com efeito *erga omnes*, a inconstitucionalidade de ato normativo, federal ou estadual, legislativo ou executivo, porquanto (...) considera írrito e nulo em tese, em negando a sua aplicação em todas as hipóteses, em todos os casos, considerando-o juridicamente inexistente, ante o vício de que se acha inquinado, e, portanto, nenhum efeito jurídico deve produzir, como norma nascida sem vida.[452]

---

[447] Ibid., p. 300.

[448] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 49.

[449] SILVA, Joana Lins e. *Fundamentos da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.105.

[450] MOUSSALLEM, Tárek Moussallem. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 178.

[451] MELLO, José Luiz de Anhaia. Op. cit., p. 108-109.

[452] MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. Op. cit., p. 212-213.

Por outro lado, não sabemos até que ponto pode ser válida a adoção do pensamento de G. Henrik Von Wright para encontrar uma solução para o problema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Esse renomado filósofo reconhece que a questão da validez é uma das mais complexas do direito e [ainda] que as próprias peculiaridades de cada idioma contribuem para tornar mais difícil uma harmonização conceitual[453].

Para ele, há, pelo menos, dois sentidos para a idéia de validez. Em um primeiro, validez quer significar existência. Uma norma que existe, é uma norma válida. Porém, por outro lado, pode entender-se que validez implica na existência de uma norma superior, permitindo a uma autoridade de fazer uma lei inferior. É validade no sentido de legalidade. É este o significado utilizado pelo mencionado autor: "a validez significa que a norma existe e que, ademais, existe outra norma que permitiu à autoridade da primeira norma emiti-la"[454].

Neste sentido, tem-se a idéia de validade como sendo "uma noção *relativa*", porque uma "norma é válida quando está em *relação* a outra norma que permite a sua promulgação ou existência."[455] Do contrário, "uma norma é inválida se a promulgação dessa norma está proibida à autoridade que a promulgou em razão de alguma norma de ordem superior."[456] Em termos mais claros: um decreto é válido se a autoridade que o editou teve autorização para tanto em uma lei. Agora, será ele inválido se a lei não permitiu que a autoridade o editasse.

Adverte-se, porém, que, em Von Wright, a validade do referido decreto não está condicionada à validade da lei, mas, apenas, à existência desta: a relatividade da validez não "significa que a norma promulgada seja válida, *se* a norma que permite a sua promulgação é *válida*. (...) A validez de uma norma, no sentido que agora discutimos, não é a validez relativa à *validez* de outra norma. É a validez relativa à *existência* de outra norma, hierarquicamente relacionada à primeira em determinado

---

[453] WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y acción*: una investigación lógica. Madrid: Tecnos, 1979. p. 200-201.

[454] Ibid., p. 200.

[455] Ibid., p. 201.

[456] Ibid., p. 202.

aspecto"[457], porque "se a validez de uma norma é a validez relativa à validez de outra norma de ordem superior, a validez desta norma de ordem superior significará, a sua vez, a validez relativa a uma terceira norma de ordem ainda mais alta, e assim sucessivamente"[458].

Em termos mais simples: um decreto é válido, porque existe a lei e não porque esta é válida em relação à Constituição, pois, do contrário, chegaríamos ao problema da Constituição não ter onde apoiar a sua validade e esta ter de ser vista de forma absoluta: validade em si mesma.

Note-se que a concepção de validade como conceito relativo, ainda que sob outra linha de raciocínio, também tem sido reconhecida por quase toda a doutrina, inclusive Hans Kelsen, como lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr, pois não "é possível dizer, tomando-se isoladamente uma norma, se ela é ou não válida. Se validade é conceito relacional, ela só pode ser identificada num contexto de normas denominado ordenamento"[459].

Assim, se para Kelsen, a validade (existência) é pertencer a um sistema, por conclusão, validade é um conceito relativo: a norma existe (vale) naquele sistema. Afinal, pode ser uma norma não jurídica (por não ser válida/existente no sistema jurídico), mas ser uma norma (do sistema) moral.

Todavia, a contribuição de Von Wright é um pouco mais significativa do que isto[460]. Validade e relatividade não se relacionam apenas por indicar a pertinência de uma norma a um dado sistema, porque o jurista finlandês entende que, no bojo de um único sistema, uma norma pode ser válida e inválida ao mesmo tempo:

---

[457] Ibid., p. 201. Em outra passagem, Von Wright confirma esta idéia: "Deveria observar-se aqui também que o 'patrón de invalidez' de uma norma é a *existência* e não a validez de outra certa norma...." (Ibid., p. 202).

[458] Ibid., p. 202.

[459] FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.182. Paulo de Barros Carvalho lembra interessante contribuição ao tema de Diego Martin Farrel, para quem "Las normas se consideran válidas cuando concuerdan con el criterio adoptado por el jurista. Puede decirse, entonces, que la validez no es una *propriedad* de las normas, sin una *relación* entre la norma y el criterio elegido: cuando la norma se ajusta al criterio se la considera válida" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*.... p. 49).

[460] E mais complexa, porquanto, como quase todos os filósofos, Von Wright, também, não facilita a compreensão de sua teoria com a menção a exemplos práticos.

> Pode acontecer que uma norma que é válida com relação a uma norma de ordem superior, seja inválida com relação a outra. Uma norma pode deste modo ser válida ou inválida.
>
> Não há nada de ilógico (contraditório) nisto. Uma e mesma norma 'n' é válida e inválida quando há uma norma de ordem superior que permite e outra norma de ordem superior que proíbe à autoridade da norma 'n' de promulgar a norma 'n'.[461]

Claro que as duas normas, a que lhe confere validez e a que lhe confere invalidez, devem emanar de diferentes autoridades. Não se tem como uma mesma autoridade conferir validez e invalidez a uma mesma norma.

Neste sentido, a posição de Von Wright é melhor explicada, se partirmos de um exemplo tomado de sua própria concepção. Imagine-se que uma norma "x" ordena a "y" ordenar a "z" que promulgue alguma norma. "Y" atua como subordinado imediato de "x" e "z" como subordinado imediato de "y"; mas como subordinado remoto de "x". Por outro lado, "y" atua como superior imediato de "z" e "x" como superior imediato de "y", mas remoto de "z"[462].

Em termos mais claros: a Constituinte edita uma norma constitucional (x), como a do art. 146, III, estabelecendo que o Congresso Nacional emita uma outra norma (y), no caso uma lei complementar (o CTN), que, consequentemente, cria condições ao legislador ordinário municipal para editar uma outra norma (z) (referente a um imposto municipal). Assim, o CTN ("y") atua como subordinado imediato do art. 146, III ("x") e a norma municipal ("z") atua como subordinada imediata do CTN ("y"), mas como subordinada mediata do art. 146, III ("x"). Por outro lado, o CTN ("y") atua como superior imediato da norma municipal ("z") e o art. 146, III da CF/88 ("x") como superior imediato do CTN ("y"), mas superior remoto da norma municipal ("z").

A partir desta esquematização, para Von Wright é possível ter uma situação na qual a norma municipal é válida em relação ao CTN, mas é inválida em relação à Constituição.

Assim, em Von Wright, estaríamos diante de uma "corrente de subordinação" ("cadena de subordinación"), formada por três elos (eslabones): o ato constituinte (ato

---

[461] WRIGHT. *Norma y acción*..., p. 202-203.
[462] Ibid., p. 203.

de "x") é o primeiro, o ato do legislador complementar (ato de "y") é o segundo e o ato do legislador municipal (ato de "z") é o terceiro elo. Com isso, podemos dizer que cada elo retira sua validez dos elos superiores[463]. Porém, é importante notar que esta busca de validez, a partir do elo superior, se dá em razão da mera existência do elo superior. Com isso, o CTN seria válido somente pelo fato de *existir* uma norma superior (a Constituição) que autorizou a sua promulgação. Por conseqüência, a norma municipal seria válida somente pelo fato de *existir* o CTN,que autorizou a sua edição.

Neste sentido, é o que sustentam, por exemplo, Marco Greco e Helenilson Pontes:

> o exame da validade de um decreto é feito perante a lei que o fundamenta e é possível afirmar sua validade se houver compatibilidade. Porém, esta afirmação não é absoluta, posto que resulta apenas de um exame imediato de compatibilidade (decreto x lei).
> Somente seria absoluta se a lei em questão fosse a norma fundamental de um sistema jurídico. Como, porém, ela deve estar em sintonia com a Constituição, passa a caber um outro juízo de validade, agora entre lei e Constituição; se este concluir pela invalidade,o decreto estará numa posição híbrida: válido perante o sistema da lei e inválido perante o sistema da Constituição.
> (...)
> No exemplo, o decreto estaria protegido contra uma impugnação de ordem legal, mas não estaria protegido de uma impugnação de ordem constitucional, pois seu fundamento imediato de validade (a lei) estaria comprometido.[464]

Todavia, ao afirmar que uma norma pode ser válida em relação a outra, que lhe é imediatamente superior, mas inválida em relação a outra, que está acima desta, não nos parece ser uma postura aceitável à luz do direito (pelo menos do direito positivo brasileiro).

Quer-se dizer com isso que, nestes termos, teoricamente[465], não haverá possibilidade de uma norma ser válida e inválida ao mesmo tempo, justamente porque se ela é inválida em relação a uma norma superior àquela que lhe confere validade, então esta também é inválida. E se assim é, não se pode dizer que uma norma retira

---

[463] "Podemos también decir que cada eslabón inferior en la cadena es, por transitividad, válido com relación a cada eslabón superior de la cadena, y cada eslabón inferior *deriva su validez inmediatamente* del seguiente eslabón superior, *remotamente* de los superiores a éste y *en última instancia* del primer eslabón de la cadena" (Ibid., p. 204).

[464] GRECO; PONTES. *Inconstitucionalidade da lei tributária...*, p. 16-17.

[465] Na prática, isso pode não acontecer, por falhas ou equívocos processuais.

sua validade de uma outra norma que é inválida, justamente porque ambas seriam inválidas.

Imagine-se uma lei ordinária estabelecendo a conduta "a", porque foi autorizada por uma lei complementar, sendo que a própria Constituição proíbe que se estabeleça esta conduta "a". Como admitir isso? Outro exemplo mais claro: a Constituição veda a pena de morte. Imagine-se se uma lei ordinária, que tem competência constitucional para criar crimes em geral, autoriza uma sentença a condenar alguém à pena de morte. Como é que o juiz vai sustentar a validade de uma sentença, que condenou alguém à pena de morte, dizendo que ela encontra suporte na lei ordinária, quando há contradição evidente desta para com o texto constitucional? Não se tem, por óbvio, como responder favoravelmente a uma tal orientação, justamente porque se a lei ordinária é inválida, a sentença também será.

Todavia, pensamos que o próprio pensamento de Von Wright é muito profundo, complexo e pode ensejar mais de uma interpretação, se não tomarmos as devidas cautelas. Assim, ao lermos a sua rica obra, poderíamos construir um outro raciocínio para a idéia de validade enquanto conceito relativo no sentido de entender o sistema jurídico como um conjunto de "correntes/cadeias de subordinação" e que uma norma pode ser válida se enquadrada em uma "corrente", mas inválida se posta em outra "corrente".

É o que pode ser esclarecido no seguinte trecho:

> Que um conflito de vontades se produza dentro de um sistema de normas significa o seguinte: um agente, *w*, recebe de uma autoridade, *y*, a ordem de fazer alguma coisa em determinada ocasião, e de outra autoridade, *z*, a ordem de fazer outra coisa nessa mesma ocasião. Ambas as ordens podem retrotrair a normas soberanas emitidas por uma autoridade, *x*. Porém, os conteúdos das duas ordens são modos de conduta incompatíveis.
> (...)
> Portanto, o problema que se põe para nós é este: pode *x* dar duas autorizações, a *y* e a *z*, respectivamente, sem de alguma forma 'contradizer-se a si mesmo'?[466].

Esta questão é bastante importante. Von Wright, porém, vai resolvê-la a partir dos binômios "delegação-tolerância" e "delegação-direito". Se as delegações de poderes a "y" e a "z" são encaradas como uma tolerância em relação a como estes ("y"

---

[466] WRIGHT. *Norma y acción...*, p. 208.

e "z") vão agir, então, pode ser verificada uma contradição na autoridade que delegou ("x"). Porém, se a delegação é vista como um direito àquele que a recebeu, então não se tem como aceitar a existência de duas ordens contraditórias.

Com isso, Von Wright procura refinar a sua definição de validez, sustentando que uma norma é válida se a autoridade que a emitiu recebeu uma "delegação-direito" para tanto, o que exclui que qualquer outra autoridade atue em sentido contrário: "A competência normativa ou poder significaria então permissão no sentido mais forte de direitos de executar determinados atos normativos. Tais definições das noções de competência e validez dariam à noção de sistema normativo a coerência de um *corpus*."[467]

Em suma, para esse filósofo finlandês, não seria possível em um sistema haver contradição entre normas, pois uma das normas seria considerada inválida.

Contudo, pensamos que esta orientação pode sofrer objeções da parte daqueles que sustentam que, à luz de princípios, uma norma pode, sim, ser válida e inválida ao mesmo. Pense-se, por exemplo, em uma norma que é compatível com o princípio da segurança jurídica, mas não o é com o princípio da igualdade.

Neste caso, porém, teremos que fazer duas observações. Uma, no sentido de que, enquanto uma norma não for julgada pelo Judiciário, sempre haverá a possibilidade de se ter duas opiniões a seu respeito. Poderá haver um grupo de juristas que sustentam a sua validez à luz da igualdade, mas poderá haver um outro grupo de juristas do mesmo naipe, sustentando a sua invalidez em confronto com a segurança jurídica. Esta situação é tão normal quanto corriqueira. Mas a segunda observação é que somente o Judiciário pode decidir se uma norma é ou não inválida. E, ao assim proceder, por qualquer motivo que seja, a decisão ou manterá a norma no sistema ou a expulsará, não havendo possibilidade de meio termo. Daí que chegaremos à situação em que definitivamente a norma ou é válida ou é inválida. Até tal decisão, porém, a norma tem presunção de validade.

Com o que dissemos acima, por outro lado, não conseguimos enxergar como a tese da validade/invalidade simultânea, ainda que admissível, pudesse nos auxiliar a

---

[467] Ibid., p. 210.

sustentar que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são "ex nunc" ou "ex tunc".

O fato da validade ser uma qualidade e não essência da norma, é algo que não pode ser contestado, efetivamente. Mas a relatividade da validade põe-se em relação à pertinência da norma a um sistema e não dentro deste. Uma norma pode ser válida em relação a um sistema (jurídico) e ser inválida em relação a outro (sistema moral), mas não pode ser válida e inválida em relação a um mesmo sistema. Isto quebraria, ademais, com a sua presunção de validade e com a sua imperatividade.

Deste modo, antes da decisão judicial, pensamos que a norma goza de presunção de validade e, depois, será válida ou inválida, nunca válida e inválida ao mesmo tempo.

4.3 Validade é diferente de Existência

Com estas ponderações, não estamos a concluir que validade e existência são a mesma coisa ou que a decisão de inconstitucionalidade tem efeitos "ex tunc" ou "ex nunc".

Validade, por certo, é um conceito distinto de existência. Claro que, para ser válida, a norma tem que existir, mas o fato de existir não implica a sua validade.

No que tange ao conceito de "existência", também a doutrina apresenta fortes divergências, porque, como lembra Riccardo Guastini, não é fácil precisar quais são as condições necessárias e suficientes para a existência das normas[468]. Dito de outro modo, a partir de quando pode-se dizer que algo passa a ser norma, ainda que não seja válida? Assim, para esse autor, uma "norma existe quando é criada em conformidade com (ao menos) algumas das normas sobre a produção jurídica", porque a "conformidade com todas as normas sobre a produção jurídica é condição necessária da validez"[469]. Ser válida é não contrariar (ou estar de acordo com toda e) qualquer

---

[468] GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo*: estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 312.

[469] Ibid., p. 311.

norma superior; existir é adequar-se a algumas normas do ordenamento. Por exemplo, um decreto da União que aumenta o IR é inválido, mas é existente.

Marcelo Neves, por sua vez, sustenta que uma norma "existente" é uma norma que entrou no mundo jurídico, enquanto validade é uma característica da norma que não apresenta defeitos. Neste sentido, o ordenamento "tolera a incorporação irregular de normas jurídicas, que permanecerão no sistema enquanto não houver produção de ato jurídico ou norma jurídica destinada a expulsá-las"[470].

Por outro lado, Marcelo Rebelo de Sousa, de modo preciso, conceitua a inexistência como sendo "uma omissão de conduta ou uma aparência de acto, carecida dos dados mínimos de identificação formal ou material exigidos pela Constituição para determinado tipo de acto"[471]. Como também, "a inexistência é sempre um desvalor jurídico ou seja uma forma de o Direito se recusar a aceitar como minimamente identificável uma omissão que não é relevante ou uma certa realidade material que se aparenta com um acto do poder político do Estado"[472].

Desta forma, conclui que

> É inexistente o acto praticado por uma realidade que aparente ser um órgão do Estado que manifestamente não foi nunca criado; bem como o acto resultante da manifestação de vontade de um ou vários pretensos titulares de um órgão, mas que evidentemente o não sejam, não havendo portanto imputabilidade da sua vontade psicológica ao órgão; e ainda o acto que derive da intervenção de um ou alguns dos titulares do órgão, mas sem patente preenchimento de requisitos essenciais de reunião e deliberação do aludido órgão (o que é naturalmente importante no caso de órgão colegial).[473]

Com estas considerações, podemos caminhar para fechar nosso raciocínio a respeito da idéia de "existência" de uma norma, tomando de apoio a noção de "aparência", também sugerida por Tércio Sampaio[474].

Uma norma seria inexistente, para o direito, quando sequer conseguiu ter aparência de norma jurídica. Por exemplo, uma pessoa qualquer apresenta-se como

---

[470] NEVES, M. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 41.
[471] SOUSA, Marcelo R. *O valor jurídico...*, p. 155.
[472] Ibid., p. 157.
[473] Ibid., p. 162-163.
[474] Em outra passagem, este autor assim se manifesta: "A norma inexistente é aquela que, por pressuposto, foi posta com a intenção *subjetiva* de valer mas que, por um vício gravíssimo, não se

juiz e, numa roda de bar, determina a uma outra pagar determinada quantia de dinheiro. Não há norma jurídica. Trata-se de algo inexistente para o direito, cuja falta de aparência de norma jurídica leva à falta de imperatividade.

Contudo, quando há um mínimo de aparência, que consiga transmitir uma idéia de norma jurídica, pode-se dizer que existe norma. Veja-se, por exemplo, um decreto de um prefeito conferindo isenção de ISS. Esta norma existe, porque pode apresentar aparência de norma jurídica, mas não é válida.

Assim, a conseqüência neste segundo caso será a declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Já, no primeiro, sequer será necessário dirigir-se ao Judiciário, porque, como lembra Marcelo Rebelo de Sousa, um ato inexistente é um ato que, dentre outras coisas, (i) não produz efeito jurídico algum; (ii) é insanável e (iii) não é executável[475]. O problema, porém, repousará em situações limites, pois esta idéia de "aparência" variará de caso em caso, dependendo em muito do receptor da mensagem normativa[476].

Por outro lado, pode-se dizer que, a rigor, sequer é correto falar-se em norma inexistente. Seria o mesmo que pretender falar em "ser humano inexistente". Inexistente é uma categoria sobre a qual talvez nada se possa expressar. Com o que lembramos a célebre frase de L. Wittgenstein, no encerramento de seu *Tractatus*: "Sobre o que não se pode falar, deve-se calar".

4.4 O Que é Validade? O Problema da Nulidade da Lei Inconstitucional.

Portanto, até aqui chegamos à conclusão de que uma norma, para ser válida, tem que existir, mas nem todas as normas que existem são válidas. Com isso, é possível que uma norma produza efeitos por uma quantidade razoável de tempo sem ser válida, mas apenas porque existe e porque tem presunção de validade.

---

considera objetivamente como válida em nenhum momento." (FERRAZ JÚNIOR. *Introdução ao estudo do direito*, p. 215).

[475] SOUSA, Marcelo R. *O valor jurídico do acto inconstitucional*, p. 179.

[476] Guastini fala, então, que existência é um conceito vago e aberto (GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo...*, p. 312).

Uma questão interessante é que, a rigor, como anota Guastini, nunca saberemos se uma norma é, de fato, válida[477], porque sempre haverá a possibilidade da nossa Corte maior declarar a sua invalidade. Afinal, o efeito vinculante não impede que, posteriormente a uma declaração de constitucionalidade, o STF possa novamente analisar a norma.

Neste campo, as dificuldades são maiores. Sabe-se que validade "tem sua origem etimológica no verbo latino 'valere' (...), que significa 'ter saúde, estar são, rijo'"[478]. Contudo, para além disso, não há harmonia na doutrina.

Nosso ponto de partida está no fincar uma orientação jurídico-normativa. Não vemos a validade como a compatibilidade com uma ordem superior de valores. Ser norma válida não é estar em compatibilidade com valores que se encontram para além do ordenamento jurídico. Aí estaríamos diante de uma possível idéia de legitimidade ou justiça, mas não de validade.

Por outro lado, atualmente, vem sendo muito trabalhada a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli[479]. O pensamento deste festejado autor italiano busca trazer maior fundamento para uma teoria do direito que possa realizar efetivamente os direitos e as garantias dos cidadãos. O ponto central é de que o Estado é criado em função dos direitos humanos e que, atualmente, existe uma crise de legalidade na tentativa de limitá-lo.

Para tanto, considera que um dos pilares de sua teoria encontra-se na revisão da teoria da validade das normas.

Em breve síntese, pode-se dizer que o autor em comento separa vigência e validade, para conferir a esta um aspecto substancial. Validade não significa existência. Validade significa que a norma deve estar de acordo com o conteúdo das normas que lhe são superiores. Assim, leciona que "uma norma - por exemplo uma lei que viole o princípio constitucional da igualdade - embora formalmente existente ou

---

[477] Ibid., p. 345.

[478] COUTINHO, Aldacy. Rachid. *Invalidade processual*: um estudo para o processo do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 48.

[479] Há dois excelentes trabalhos que bem retratam o pensamento de Ferrajoli: SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoria de la norma jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 1999 e CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

vigente, pode ser inválida e como tal suscetível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre a sua produção", como é o caso do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais[480].

O importante, aqui, é caracterizar que vigência e validez são

> dois conceitos assimétricos e independentes: a *vigência*, respeitando a *forma* dos atos normativos, é uma questão de *correspondência* ou subsunção das formas dos atos geradores de normas relativamente às previstas pelas normas formais sobre a sua formação; a *validade*, respeitando ao seus *significado*, é antes uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as substanciais sobre a sua produção.[481]

Nesta esteira, Ferrajoli entende que suas teses "permitem conceber o constitucionalismo (...) como um novo paradigma fruto de uma profunda transformação interna do paradigma paleo-positivista"[482]. Propugna, então, uma releitura do princípio da legalidade. De legalidade formal, em que uma norma é válida se de acordo com os métodos de sua produção, passa a defender uma legalidade substancial ou estrita legalidade, em que o legislador também está vinculado pela substância ou mérito:

> Com efeito, em um ordenamento dotado de Constituição rígida, para que uma norma seja válida além de vigente não basta que tenha sido emanada com as formas predispostas para a sua produção, mas que é também necessário que seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.[483]

Em suma, para Ferrajoli, vigência é observância das normas de produção de outras normas, enquanto validade é observância ao conteúdo das normas constitucionais. Entretanto, para além de trazer uma maior confusão conceitual no que se refere ao problema da validade, esse jurista italiano, em verdade, apenas reafirma o que já vem sendo dito há mais de duas décadas pela doutrina constitucionalista portuguesa, espanhola e brasileira. Basta mencionarmos, dentre outros, autores como

---

[480] FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 95.

[481] Ibid., p. 96.

[482] FERRAJOLI. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. p. 65.

[483] Ibid., p. 66.

Canotilho e Bonavides, para verificarmos como não há nada de novo neste específico aspecto da teoria garantista.

Mas não deixa de ser louvável a sua tentativa de fortalecer os laços contra a atual situação em que parece que o poder escapa do direito como a água passa por entre os dedos. De fato, também no direito tributário, notamos uma certa mudança no comportamento da jurisprudência, que vem aceitando uma maior flexibilização do princípio da legalidade. Exemplo gritante disso, encontramos na análise da Contribuição ao SAT (Seguro Acidente de Trabalho). Suas normas deixam um campo nebuloso para uma atuação mais livre do Poder Executivo e, infelizmente, o Judiciário vem concordando com a validade desta forma de tributação[484].

Por outro lado, no que toca ao específico problema da validade, nossa discordância com Ferrajoli parece ser apenas terminológica. O que para ele é vigência, para nós é validade formal, enquanto que a sua idéia de validade é, em nosso entendimento, a validade material das normas. Já vigência, em nosso entender, seria outra coisa.

Neste passo, tomamos as lições claras e profundas de um dos maiores teóricos do direito brasileiro, Goffredo Telles Júnior, para sustentar que legitimidade, validade, vigência e eficácia são institutos diferentes. Segundo suas lições:

> a *validade* é uma qualidade *jurídica*, fundada no Direito Positivo vigente, enquanto a *legitimidade* é uma qualidade *política*, fundada na conformidade da lei com a normalidade dominante, em determinada coletividade. Pode uma lei ser juridicamente *válida* e ser *ilegítima*, como pode ser juridicamente *inválida* e ser *legítima*.[485]

Com isso, podemos dizer que uma lei é válida se (i) foi elaborada corretamente, de acordo com o procedimento legislativo previsto para ela, se (ii) ela

---

[484] Por conseqüência, é importante lembrar Carlos M. Cárcova, para quem, "Quando o papel da legalidade se desvaloriza no âmbito institucional, ocorre o mesmo no âmbito das relações interpessoais. Os compromissos não são assumidos, as convenções não são cumpridas e uma sensação geral de desproteção e de impunidade percorre, com efeitos naturalmente deletérios, os interstícios da vida social." (CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, política e magistratura*. São Paulo: LTr, 1996. p. 151).

[485] TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161.

possui um correto domínio geográfico, isto é, se se aplica ao seu correto território[486] e se (iii) ela tratou de matéria de sua competência (domínio de competência). No primeiro caso, teríamos validade formal e, no segundo e terceiro, validade material. De outra forma, a "lei *válida* impera no território de seu domínio geográfico, e dispõe sobre matéria de seu domínio de competência"[487], bem como "quando ela se realiza em conformidade com o chamado *PROCESSO LEGISLATIVO*"[488].

Por outro lado, vigência significa que a norma está pronta para incidir. Contudo, "não se confunde com sua eficácia. Pode uma lei ser *vigente* e não ser *eficaz*."[489]

Assim, podemos afirmar que validade é diferente de existência, de vigência e de eficácia[490]. Ser norma válida, é ser norma em compatibilidade, formal e material, com as demais normas que lhe são superiores, principalmente com a Constituição.

Por este caminho, podemos ir além para exteriorizar nossa incompreensão quando a doutrina procura trabalhar com categorias advindas de outras searas - como o direito civil ou o direito processual - para explicar e resolver questões constitucionais. Assim é o que tem ocorrido não só com a análise do conceito de validade e existência, mas, também e principalmente, com o conceito de nulidade e anulabilidade.

A este respeito, muito bem alertou Regina Ferrari para o mal costume de se "empregar, sem reservas, no âmbito do direito público a teoria das nulidades elaborada no plano do direito civil. Isto porque, embora havendo comunhão de origens, a

---

[486] Este é um dado bastante importante, pois se uma norma é feita pelo Município de Curitiba para instituir o seu ISS no Município de Catanduva, será uma norma inválida.

[487] Ibid., p. 171.

[488] Ibid., p. 175.

[489] Ibid., p. 193. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 82 e BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975. p. 38. Neste ponto, vale a pena registrar, mais uma vez, o pensamento de Regina Ferrari: "é possível existir a vigência normativa dissociada de sua validade, isto é, a norma é inválida dentro do sistema, mas continua obrigando a conduta dos indivíduos, até que tal defeito venha propiciar o reconhecimento de sua invalidade e desse modo venha a perder a sua vigência." (FERRARI, Regina. M. N. *Normas constitucionais programáticas*: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: RT, 2001. p. 88).

[490] Não concordamos com a doutrina que aproxima validade de eficácia, algo semelhante a uma postura ligada ao realismo. Afinal, ser eficaz não é sinônimo de compatibilidade com as normas superiores.

construção civilista não pode ser transplantada para o campo do direito público sem limitações..."[491].

É que, quando se fala no direito constitucional, que uma norma é incompatível com a Constituição, não há que se tentar importar o binômio nulidade-anulabilidade para resolver tal questão.

Afinal, ato nulo é aquele cuja irregularidade e vício são tão graves que não podem ser convalidados e, portanto, apesar de terem produzido efeitos, são inválidos desde o início. Já um ato anulável é um ato que apresenta algum defeito ou algum vício, mas que, em razão da sua gravidade não ser assim tão relevante, o próprio direito possibilita que ele seja convalidado, que ele seja sanado, declarando-se a invalidade apenas "ex nunc"[492]; somente a partir dessa decisão.

Porém, em se tratando de normas jurídicas, a rigor, nós não temos esta dualidade. Mais precisamente, não temos um grupo de normas, cujo defeito seja tão pequeno, cuja aplicação pretérita possa ser convalidada por uma decisão judicial, caracterizando-se, assim, como norma anulável.

Sem concessões, uma norma contrária ao ordenamento jurídico pátrio é uma norma que não se compadece com este e, portanto, é desde sempre inválida. A norma pode até ter existido, pode até ter vigorado, pode até ter produzido efeitos, mas se não era compatível com a Constituição, é nula (desde a origem).

Isso, porém, é muito diferente de dizer que uma declaração de inconstitucionalidade, por ser uma declaração de invalidade, por ser uma declaração de nulidade, apresentará sempre efeitos "ex tunc". Não.

---

[491] FERRARI, Regina. *Efeitos da declaração...*, p. 117. Com efeito, é este, também, o pensamento de Marina Gascón Abellán: "Contudo, mesmo que estas distinções possam conservar alguma utilidade 'geral', sua aplicação no âmbito das normas, e mais concretamente das leis, não pode fazer-se sem ter em conta as diferentes idéias e conceitos sobre os quais as teorias privatista e publicista se têm construído. (...) Em qualquer caso, (...), dificilmente se pode pensar em construir uma teoria geral ou comum das nulidades jurídicas, da qual a elaborada pelo direito privado seria uma espécie de exemplo paradigmático" (GASCÓN ABELLÁN. Sentido y alcance de algunas distinciones..., p. 132).

[492] NEVES. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 45.

É que o efeito "ex tunc", em nosso entender, não repousa no seu desvalor (sua invalidade), nem na forma existente para o controle de constitucionalidade (difuso ou abstrato), mas na própria decisão de inconstitucionalidade.

Neste particular, concordamos mais uma vez com Marina Gascón Abellán, quando afirma que:

> Com efeito, em sentido rigoroso, a invalidez da lei tão somente poderá ser eventualmente 'declarada' e nunca 'constituída' pelos órgãos competentes, pois o vício se produziu antes do ato de declaração de invalidez. Outra coisa é o regime de eficácia dessas declarações de inconstitucionalidade; é dizer, o tipo de efeitos (*ex tunc* ou *ex nunc*) que se lhes atribui. Talvez poderia dizer-se que, como regra geral, os efeitos que derivam dos atos declaratórios de invalidez deveriam retroagir ao momento em que surgiu a causa da invalidez. Porém somente como regra geral, pois tais efeitos serão sempre os que determinam as normas superiores do ordenamento, que desde logo podem dispor (ou permitir) coisa distinta: efeitos pro futuro.[493]

Portanto, na declaração de inconstitucionalidade, a atribuição de efeitos "ex nunc" ou "ex tunc" não leva em consideração um critério causal (do vício existente), mas, sim, um critério finalístico. Não se considera o tipo de vício que a norma apresenta, mas sim que tipo de conseqüência pode acarretar uma ou outra modalidade de efeito. Com isso, fixe que o efeito "ex tunc" não é da nulidade da norma, mas da decisão que declara a inconstitucionalidade. Esta retroage ou não, mas a norma será desde sempre inválida (nula).

Esta nossa postura visa, portanto, a contraditar afirmações existentes na doutrina, no sentido de que a possibilidade de manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade traz como conseqüência uma desvinculação entre "inconstitucionalidade" e "nulidade". Desde logo, nosso entendimento é que, havendo uma restrição nos efeitos "ex tunc", nem por isso a norma julgada inconstitucional deixa de ser nula.

Isto porque uma norma não pode ser válida e depois inválida[494]. Ela pode ser vigente e eficaz até a decisão de inconstitucionalidade, mas, se contrária à Carta Magna, terá sido sempre inválida.

---

[493] GASCÓN ABELLÁN. *Sentido y alcance de algunas distinciones*..., p. 137.

[494] A não ser em caso de inconstitucionalidade superveniente.

Desta forma, pensamos conseguir afastar uma situação que nos deixava bastante perplexos, consistente em se dizer que o Judiciário pode tornar válido aquilo que segundo a Constituição não é.

Pode ser que, na prática, dizer que o efeito "ex tunc" não é do vício, mas da decisão, não apresenta diferença imediata alguma, pois, no período entre a edição da norma e a decisão, a incidência da norma teria sido, em ambos os casos, aceita. Contudo, entendemos que a orientação que seguimos apresenta uma diferença que é um pouco mais sutil e de grande relevância, porque, no primeiro caso (o efeito "ex nunc" ser do vício), estaremos diante de uma situação em que a norma será indevidamente considerada válida e, depois, inválida e, no segundo caso, (o efeito "ex nunc" ser da decisão), será, desde o seu nascimento, considerada inválida.

No mesmo sentido, é a opinião de German Bidart:

> Em pura doutrina, e salvo se estamos em presença de uma inconstitucionalidade superveniente, é preferível sustentar que quando um tribunal da jurisdição constitucional declara inconstitucional uma norma, assim o faz porque considera que o vício que nesse momento assinala com sua sentença existe desde que a norma entrou em vigor, ou seja, "ab initio", desde a origem, com o qual - também doutrinariamente - temos que dizer que a sentença é declarativa. Apesar disto, não cabe concluir que necessariamente o defeito "ex origine" deva sempre provocar paralelamente um efeito retroativo da sentença que declara a inconstitucionalidade; pode muito bem compatibilizar-se a natureza declarativa da sentença com um efeito voltado para o futuro - ex nunc - e, em todo caso, ser o tribunal aquele que, ponderando as circunstâncias concretas da situação, resolva qual dos efeitos adjudica a seu pronunciamento: se para o passado ou só para frente.[495]

5 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Já mencionamos no primeiro capítulo que a Constituição é a lei de maior hierarquia no ordenamento jurídico. Não existe nenhuma outra, ao seu lado ou acima, que tenha mais valor. Sobre isso, não precisamos repetir o que já foi dito com maestria pela doutrina pátria.

Importante notar, porém, que os defensores dos efeitos "ex tunc" baseiam-se, normalmente, no princípio da supremacia da Constituição para sustentar tal orientação.

---

[495] CAMPOS, German J. Bidart. *El derecho de la Constitucion y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 408-409.

Assim, se a Constituição é Lei Suprema, qualquer outra que com ela entre em confronto é inválida desde a origem, não se podendo falar, jamais, em efeito "ex nunc" da decisão de inconstitucionalidade. Do contrário, não se poderia falar em superioridade daquela.

Todavia, chamamos a atenção, aqui, para o fato de que, com a posição assumida no final do item anterior, também pretendemos resguardar a supremacia constitucional, isto é, a possibilidade de manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, se feita corretamente, não atinge tal princípio, mas, antes, protege-o.

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

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

> Não estamos perante uma situação de equilíbrio entre os interesses públicos mencionados e o princípio da Constitucionalidade, que geraria uma invalidade mista, mas em face da prevalência do princípio da Constitucionalidade, determinando a nulidade do acto inconstitucional, só que prevalência essa mitigada ou atenuada, de molde a conformar uma nulidade atípica.[496]

Na mesma linha, é a orientação de Rui Medeiros:

> ...o próprio princípio da constitucionalidade em sentido amplo que postula a decisão de limitação de efeitos.
> (...)
> E o Tribunal Constitucional, mais do que simples guarda das disposições, é garante dos valores constitucionais. O sentido e o objectivo do princípio da primazia da Constituição está, em última análise, na segurança e defesa da Constituição enquanto ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. O princípio da constitucionalidade, se bem que exija o afastamento efectivo e o mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial (da norma constitucional violada) sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais. O princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. (...)

---

[496] SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico...*, p. 232.

> A premissa fundamental (...) há-de-estar, por isso, na verificação de que, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a simples declaração de inconstitucionalidade.[497]

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

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

6 A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO "REGRA DE CALIBRAÇÃO" DO SISTEMA

No item 3 do presente capítulo, defendemos que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 é inconstitucional, seja porque trata de matéria que não é de competência de lei ordinária, seja porque, ao prescrever a manipulação dos efeitos, restringiu indevidamente a competência do STF nesta seara.

Porém, pode-se sustentar que melhor seria se esse dispositivo legal fosse considerado válido, porque, então, teríamos uma maior segurança sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal. Afinal, restaria claro que o STF somente poderia restringir os efeitos quando diante de uma situação de "segurança jurídica" ou de "excepcional interesse social". Ao contrário, sem a norma do art. 27, não teríamos maiores e mais seguros parâmetros para averiguar a atuação do STF.

Esta argumentação, sem dúvida, tem procedência. Porém, não se afigura como forte o suficiente para manter aquela norma no sistema. A segurança jurídica que, eventualmente, uma tal norma possa trazer é, em verdade, ilusória. Para comprovar tanto, basta lembrarmos as lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira, quando,

---

[497] MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*..., p. 725.

analisando o item 4 do art. 282 da CRP, manifestaram sua preocupação pelo fato de que essa específica atuação de restrição dos efeitos, por pertencer exclusivamente ao Tribunal Constitucional, não é suscetível de controle. Além do mais, isto "suscita um problema complexo, que é o da eventual restrição de efeitos das sentenças sem se verificarem os pressupostos objectivos."[498] Quem irá, portanto, controlar a validade de tais decisões, quem irá controlar que as restrições levadas a efeito fundaram-se corretamente no valor "segurança jurídica, quando, no caso brasileiro, é o próprio STF que tem a última palavra sobre o assunto?

Portanto, em nosso modo de entender, não será o fato de considerarmos válido o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, que levará a um maior controle ou a uma maior segurança sobre as decisões do STF. Este, afinal, pode muito bem passar a se basear em tal dispositivo sem que o mesmo tenha estrita correspondência com a realidade, contra o que ninguém terá condições de insurgir-se[499].

Por isso que o "fiel da balança", na manipulação dos efeitos, é, sem dúvida alguma, o princípio da proporcionalidade[500]. Porém, a aplicação deste princípio tem por pano de fundo não a satisfação de um ou outro valor em específico, mas, antes, a estabilidade do próprio sistema.

O sistema jurídico pátrio, como a maioria dos modernos sistemas jurídicos, apresenta tensões das mais variadas em razão do acolhimento de múltiplos valores e interesses, que, diuturnamente, põem-se em situação de conflito (potencial ou real). Neste sentido, cabe lembrar que o sufrágio universal foi a "gota d'água" para o sistema liberal, de feição unívoca e homogênea em valores. Porém, no Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição de 1988, verifica-se que esta agasalhou valores fundamentais de praticamente todos os setores da sociedade. Tem-se, assim, uma Constituição que é de todos e, ao mesmo tempo, é de ninguém[501].

Esta situação pode, evidentemente, atuar negativamente na estabilização do sistema. Afinal, já não se tem claramente um conjunto de normas harmônicas entre si,

---

[498] CANOTILHO; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...*, p. 1043.

[499] Claro que, em caso de situações extremadas, a pressão popular, política e da mídia, podem levar a uma outra decisão STF, em sede, por exemplo, de embargos de declaração.

[500] PIMENTA, Paulo. Op. cit., p. 93-94.

[501] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional, op. cit.

mas um conjunto que pode ser como também pode não ser harmônico. Tudo isso dependerá da forma como os elementos (repertório) do sistema são organizados e concretizados. O operador jurídico, mais precisamente o Poder Judiciário, portanto, deverá ter muita cautela para que uma decisão sua não venha a afetar de tal modo o sistema que possa levá-lo a uma completa desestabilização. Não pode, por exemplo, fazer prevalecer de tal forma um valor, fazendo com que isso quebre a harmonia do ordenamento.

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

A noção de "regra de calibração", surgida na cibernética e trazida para a teoria do direito por Tércio Sampaio Ferraz e, para o direito constitucional tributário, por Paulo Pimenta, serve de excelente instrumento para melhor compreender a competência para manipular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

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

Isto implica que a decisão que declara a inconstitucionalidade deve ter por regra efeitos retroativos. Tal se dá em vista do princípio da supremacia da Constituição. Ademais, a idéia de retroatividade geral e total funda-se, também, no princípio da igualdade, porquanto se, até a decisão, a presunção de validade era para todas as pessoas, com a decisão, a invalidade há de ser considerada para todos.

Contudo, haverá situações em que a aplicação generalizada de efeitos retroativos poderá levar a uma grave desestabilização do sistema jurídico. Neste sentido, entendemos com Paulo Pimenta que a "compreensão do problema da norma inválida passa necessariamente pelo exame dos dispositivos de calibração do sistema jurídico. (...) Neste, a regulagem é dada pelos dispositivos calibradores, que estão

dispersos pelo sistema, sendo produzidos pela doutrina, pela jurisprudência, pelo costume, etc. São eles que asseguram a coesão do sistema."[502]

Para que isso seja melhor compreendido, Tércio Sampaio[503] lança mão do exemplo termostato de uma geladeira. Este mecanismo tem por função assegurar que a geladeira mantenha um equilíbrio na sua temperatura, não esfriando demais, nem aumentando a temperatura para além de um certo limite. Assim, também, *mutatis mutandis*, esse autor vai concluir que "os sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema)"[504], as quais têm uma função de ajustamento do sistema.

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

É que essa "regra de calibração" não pode dar ensejo ao rompimento do que ela mesma visa a assegurar, que é a coesão do sistema. Dizer, portanto, que "os efeitos produzidos pela norma inconstitucional (...) muitas vezes são protegidos por outros princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica, da moralidade, da boa fé, etc."[505], não é fundamento suficiente para autorizar a manipulação dos efeitos da decisão de invalidade de uma norma, porque praticamente em todas as situações que surgirem sob o pálio de uma decisão de inconstitucionalidade, a rigor, poderemos argumentar que a restrição dos efeitos é necessária, em razão de algum daqueles princípios constitucionais.

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

---

[502] PIMENTA, op. cit., p. 23.
[503] FERRAZ, *Introdução...*, p. 190.
[504] Ibid., p. 190-191.
[505] PIMENTA, Paulo, op. cit., p. 93.

> ...não deve o Tribunal Constitucional converter a excepção em regra e o recurso à invocação de razões de equidade e de um interesse público de excepcional relevo não pode subverter a essência do regime jurídico da nulidade do acto inconstitucional, quer levando o Tribunal Constitucional a substituir-se ao órgão que praticou ou deveria ter praticado o acto nulo, quer banalizando e depreciando o preenchimento dos pressupostos objectivos do Artigo 282º n.º 4 da Constituição.[506]

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

7 O LIMITE TEMPORAL MÁXIMO PARA A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Até o presente momento, estivemos tratando do assunto da regulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade como se o Judiciário, à luz do princípio da proporcionalidade, pudesse bem escolher qualquer momento a partir do qual os mesmos seriam produzidos, desde que verificada a estrita necessidade de se manter a coesão do sistema.

Em Portugal, diferentemente de alguns outros países europeus, a doutrina tem sustentado que o limite máximo para a restrição temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é a data da publicação desta, porquanto seria flagrantemente contra a Constituição que uma norma, contrária a esta, continuasse a produzir efeitos, mesmo depois de ter a sua invalidade reconhecida pelo Poder Judiciário.

No Brasil, porém, por força da última cláusula do art. 27 da Lei n.º9.868/99, é necessário debater se é válida uma decisão que estabeleça que os efeitos da inconstitucionalidade terão por início um momento posterior ao da publicação do acórdão do STF. Já citamos, contra isso, as opiniões de Oswaldo Palu e Lênio Streck, sendo que mencionamos, também, que Daniel Sarmento entende que esta possibilidade pode ser usada em situações extremadas.

Agregue-se, agora, a forte argumentação de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem

---

[506] SOUSA. *O valor jurídico...*, p. 269.

> ...postergar no tempo, para além das alternativas *ex tunc* e *ex nunc* (ainda mais sendo esta última de cunho excepcional), os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, isto é, a nulidade do ato, constitui fator de grande insegurança jurídica e institucional, por si só potencial ameaça ao princípio do Estado de Direito, além dos graves riscos até mesmo de ofensas aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Pelo menos, tal prerrogativa, exercida sem a devida moderação, poderá colocar em cheque o princípio da separação de poderes consagrado pela nossa Carta Magna, por mais que se possa (e deva) relativizar e contextualizar seu sentido e alcance.[507]

Aliás, no item 3.6 do capítulo anterior, quando tratamos da "declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade", opinamos no sentido de que esta técnica sequer seria necessária no direito brasileiro, justamente em face daquela possibilidade, conferida ao STF, de proferir decisão de inconstitucionalidade com efeitos para além da publicação desta.

Contudo, apesar de alguns entenderem ser possível a importação de técnicas estrangeiras de controle de constitucionalidade, pelas quais a norma continuaria a ser aplicada, mesmo após a declaração de invalidade, defendemos, como o fazem ilustres autores lusitanos, que é totalmente agressivo à lógica da fiscalização de constitucionalidade das leis admitir-se tal situação.

Se, por qualquer motivo extremamente relevante, é possível que os efeitos da decisão sejam estabelecidos "ex nunc" (a partir desta), não há como explicar uma dilação temporal mais ampla para os mesmos. No caso do direito tributário, aliás, seria bastante estranho, por exemplo, uma decisão no sentido de que, ainda que a norma instituidora de um tributo seja inconstitucional, ela deve ser aplicada e obedecida (i) até que o legislador tome alguma atitude para alterá-la ou (sendo mais complacente) (ii) até uma data futura qualquer.

Em tese, bem que poderíamos pensar em uma evidente situação para a aplicação deste tipo de efeito. Imagine-se o caso de instituição de um empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias decorrentes de uma calamidade pública extremamente onerosa aos cofres públicos, e que os recursos existentes não fossem suficientes para auxiliar a saná-la. Agregue-se a isso, para tornar mais complexa a situação, o fato de que entendemos que o empréstimo compulsório em tela

---

[507] SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: ROTHENBURG; TAVARES, André Ramos (org.). op. cit., p. 162.

(art. 148, I da CF/88), ao contrário do que pensa grande parte da doutrina, também deve obedecer ao princípio da anterioridade.

A princípio, não temeríamos em dizer que mesmo a declaração de inconstitucionalidade com efeitos "ex tunc" a partir da decisão não seria admissível, pois até que novo empréstimo compulsório entrasse em vigor, talvez já não fosse possível estagnar terríveis problemas decorrentes da falta de dinheiro para o caso em espécie.

Por outro lado, todavia, uma tal orientação poderia ser completamente repugnada pela sociedade, podendo, inclusive, levar a uma situação de desobediência civil. Afinal, em situações de extrema gravidade, não se deve olhar sempre para a benevolência da sociedade em aceitar erros do poder público, mas, antes, deve-se exigir deste uma maior racionalidade para não cometê-los em momentos de maior sensibilidade social ou econômica.

Com isso, somos irredutíveis e não admitimos, de forma alguma, argumentos como o de que a inconstitucionalidade pode levar a uma situação de "vazio normativo" ou de ressurgimento da legislação anterior àquela declarada inconstitucional e que, eventualmente, possa trazer piores conseqüências do que a aplicação desta.

A linha de raciocínio acima desenvolvida vai contra, portanto, entendimentos respeitáveis como o de López Garrido, Massó Garrote e Pegoraro,

> Sem embargo, intervenções em matéria social, fiscal, relativas em geral ao Welfare, provocam profundas repercussões não somente no ordenamento jurídico como também na política, na economia e na sociedade. Os vazios provocados pela declaração de inconstitucionalidade às vezes não podem ser rapidamente colmados, nem em casos extremos é fácil para o legislativo e o executivo enfrentar as conseqüências determinadas pela reformulação de uma regulação por obra do Tribunal Constitucional (...) Parece, pois, eficaz o remédio de diferir a eficácia da sentença, dando tempo ao legislador a preparar as medidas adequadas.[508]

Bem como do Tribunal Constitucional alemão, que "tem se contentado com uma declaração de incompatibilidade ou de inconstitucionalidade, recomendando ao

---

[508] GARRIDO, Diego L.; GARROTE, Marcos F. M.; PEGORARO, Lúcio. *Nuevo derecho...*, p. 456.

legislativo uma nova redação. Nestes casos, continua vigorando a norma inconstitucional - para evitar um vazio de regulação".[509]

Em outras palavras, sustentamos que é um problema exclusivo do poder público adaptar-se o mais rápido possível à decisão do STF, como também é um problema exclusivamente deste julgar com a maior rapidez as ações (diretas) que lhe são propostas, não podendo utilizar-se de situações daí decorrentes para restringir os efeitos para além da sua decisão.

Por fim, há que se deixar claro que estas ponderações são lançadas tendo em vista o direito tributário, mas que podem ser aplicadas em outras áreas do direito, porque entendemos que, em todo os quadrantes do mundo jurídico brasileiro, não será possível encontrarmos um espaço para o estabelecimento dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para um momento posterior a esta.

8 DUPLO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO A AUTORIZAR A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS

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

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

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

---

[509] SCHNEIDER, Hans Peter, op. cit, p. 219.

Demais disto, ao menos no que se refere à matéria tributária, há necessidade de que a fundamentação seja não só calcada em elementos jurídicos, como também em dados fáticos inquestionáveis.

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

Enfim, é de ser salientado que o "argumento *ad terrorem* do prejuízo", pura e simplesmente, não é suficiente para a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Afinal, prejuízo, no sentido de diminuição do capital, sempre haverá[510]. O que defendemos é que a restrição dos efeitos somente pode ocorrer, em matéria tributária, se os prejuízos forem de tal ordem que possam levar a uma situação irreparável em relação ao patrimônio público.

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

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

---

[510] Em rigor, sequer é correto falar em prejuízo para o erário público quando se tem uma declaração de inconstitucionalidade, porque prejuízo só há quando a cobrança do tributo é legítima. A partir do momento em que isto resta descaracterizado, não se fala que o poder público teve prejuízo. Afinal, não se tem prejuízo sobre valores que não lhe pertencem. *Mutatis mutandis*, seria o mesmo, por exemplo, que um assaltante argumentasse com a polícia que não iria devolver uma televisão roubada há mais de dois anos, porque, com isto seria prejudicado patrimonialmente ou até mesmo no seu direito de assistir em casa aos jogos da "copa do mundo"!

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

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

9 DO DEVER DE MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS

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

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

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

> ...o poder de limitação de efeitos não constitui um poder político do Tribunal Constitucional de que ele possa, livremente, lançar mão, mas antes uma competência que, verificados os pressupostos que se extraem da disposição constitucional, deve ser exercida por qualquer dos órgãos incumbidos do controlo da constitucionalidade....[511]

> ...verificados os pressupostos respectivos, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um dever ou uma obrigação a que o Tribunal Constitucional não se pode furtar. Poder, no n.º 4 do artigo 282º da Constituição, aparece, portanto, não por contraposição a dever, mas como sinônimo de potestas ou de competência.[512]

---

[511] MEDEIROS, Rui, op. cit., p. 695.
[512] Ibid., p. 736-737.

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

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

10 A REPRISTINAÇÃO E A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

10.1 Considerações Gerais

Com a decisão de inconstitucionalidade, surge, também, a importante questão de sabermos se, após a expulsão do ordenamento da norma declarada inválida, situações que até então eram tratadas por esta, deixam de ser reguladas ou passam a sofrer a incidência de alguma outra norma.

Fala-se, neste caso, em repristinação[513] da legislação revogada pela norma declarada inconstitucional, uma vez que, sendo esta nula, não teria o condão, inclusive, de promover a revogação daquela. Assim, se a Lei "x", que revogou a Lei "y", foi declarada inconstitucional, a Lei "y" volta a ser aplicada, não só a partir da decisão judicial, mas sobre os fatos e situações ocorridos desde o momento em que se operou a pretensa revogação.

Esta constatação, a princípio simples, pode, porém, trazer algumas complicações se não for analisada com maior cautela, principalmente no campo do direito tributário.

De início, é necessário ter claro que quanto maior for o tempo que a lei revogadora tiver sido aplicada, menor será o âmbito temporal para a repristinação da norma revogada, porque, como veremos a seguir, nestes casos, maior será o número de

---

[513] Segundo o dicionário aurélio, repristinação é "o ato de ou efeito de (...) fazer volver ao (...) que se usava outrora".

situações que não poderão ser atingidas por essa, em razão da existência da coisa julgada, da boa-fé, da segurança jurídica, etc.

10.2 Da Revogação Tácita e da Revogação Expressa

Por outro lado, para chegarmos a uma conclusão aceitável a respeito deste assunto, é importante termos em mente que a revogação operada pela norma declarada inconstitucional pode ter sido tácita ou expressa.

Sobre o assunto, as lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr. são bastante elucidativas:

> Revogar significa retirar a validade por meio de outra norma. A norma revogada não vale mais, não faz mais parte do sistema.
> (...)
> A revogação depende de uma norma: a norma revogadora. (...)
> A norma revogadora pode ser manifesta ou implícita. Ela é manifesta quando nela a autoridade determina a norma revogada declaradamente. É implícita, quando, numa nova disposição da matéria, não se determina a norma revogada declaradamente. (...) A revogação *expressa* exige uma norma revogadora *manifesta* que determina declaradamente qual a norma revogada: "fica revogado o art. *x* da lei *z*, ou "fica revogada a lei tal", isto é todas as suas normas. A revogação *tácita* ocorre quando a norma revogadora é *implícita* e a revogação resulta da *incompatibilidade* entre a matéria regulada e as disposições antes vigentes.[514]

Mais especificamente, podemos dizer que, na revogação tácita, a norma posterior (seja ela da mesma hierarquia, superior ou especial) possui um conteúdo incompatível com uma norma anterior (seja ela da mesma hierarquia, inferior ou geral). Neste caso, se houver declaração de inconstitucionalidade da norma posterior, pode-se falar, a princípio, em repristinação da norma anterior.

Assim, (i) uma norma anterior é repristinada se a norma posterior, com ela incompatível, é declarada inconstitucional. Pense-se na declaração de inconstitucionalidade de uma lei ordinária que aumenta para 5% a alíquota da COFINS, revogando a atual norma que prescreve ser 3%. Neste caso, restabelece-se esta alíquota anterior.

---

[514] FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, p. 203.

Assim, também, (ii) uma norma inferior é repristinada se a norma superior (posterior) é julgada inconstitucional. Pense-se na declaração de inconstitucionalidade, por inobservância do procedimento previsto na Constituição, de uma Emenda Constitucional que realiza o mesmo aumento da COFINS. Neste caso, igualmente, volta à tona a alíquota de 3%.

Enfim, (iii) uma norma geral é repristinada se a norma especial (posterior) é considerada inválida perante a Constituição. Pense-se na declaração de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da igualdade, de uma lei ordinária que promove o mesmo aumento, mas apenas para uma classe de contribuintes. Para estes, volta, então, a alíquota de 3%.

Por outro lado, porém, o problema torna-se um pouco mais complexo se a revogação, ao invés de tácita, é expressa. Em uma tal situação, pode ser que a norma revogadora não seja a mesma que a norma declarada inconstitucional (e desta tenha autonomia).

Trata-se de situação difícil de encontrar-se na prática, mas podemos ensaiar um exemplo. Imagine-se uma lei que, ao conferir novo tratamento a um tributo, inclusive aumentando a sua alíquota (de 3% para 5%), contém um dispositivo isolado, que revoga a alíquota anteriormente existente. Se, por acaso, os dispositivos que conferiram um novo tratamento ao tributo, inclusive aquele que implicou a majoração da alíquota, foram declarados inconstitucionais, mas o mesmo não ocorreu com o artigo que estabeleceu a revogação, então, por certo, não haverá repristinação da norma revogada, pois este último dispositivo não foi objeto de controle de constitucionalidade.

É claro que, aqui, quando falamos em dispositivo revogador, não estamos nos referindo àquele dispositivo que, usualmente, mas sem nexo algum, o legislador pátrio faz inserir ao final de uma lei, com os óbvios dizeres "esta lei entra em vigor, *revogando-se as disposições em contrário*"!

Esta afirmação nada mais faz do que "tornar expressa a revogação tácita", além de ser totalmente inútil[515].

---

[515] A mesma crítica é feita por Tércio Sampaio Ferraz Jr (Ibid., p. 203).

Assim, em nosso entendimento, dispositivo revogador é aquele que aponta expressamente qual o texto de lei ou o dispositivo que está por ele sendo expulso do ordenamento jurídico. Exemplo correto disso seria um dispositivo, estabelecendo que "o art. x da lei y está revogado" ou "a lei x está revogada".

10.3 Revogação e Inconstitucionalidade

Porém, é importante considerar que a repristinação de que estamos tratando não se confunde com aquela regulada pela Lei de Introdução ao Código Civil, porque, neste caso, a norma revogadora é retirada do ordenamento não por uma decisão judicial, mas por uma outra norma. Opera-se, aqui, uma nova revogação e não uma decisão de inconstitucionalidade. Diríamos uma revogação de segunda fase.

Cumpre, portanto, esclarecer que inconstitucionalidade e revogação, ainda que possam apresentar semelhanças, são institutos diferentes. A semelhança está em que, de certo modo, na revogação também é estabelecida uma relação de incompatibilidade. Esta instaura-se entre a norma revogada e a norma revogadora. Assim, seja na revogação tácita ou na expressa, a norma revogada é incompatível com a norma revogadora e, portanto, deixa de pertencer ao ordenamento jurídico.

Porém, no caso do controle de inconstitucionalidade, a relação de incompatibilidade não se dá entre a decisão judicial e a norma que por esta é retirada do ordenamento, mas sim entre tal norma e a Constituição.

A situação torna-se mais complexa quando analisamos o problema da inconstitucionalidade superveniente, em razão da alteração do parâmetro constitucional[516]. Este específico caso é tratado pela jurisprudência do STF como revogação de lei inferior por lei superior, sendo incabível a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É o que explica Clèmerson Merlin Clève:

---

[516] Altera-se a Constituição na parte em era fundamento de validade de uma lei ou quando é promulgada uma nova Constituição. Aliás, a inconstitucionalidade superveniente somente é aceita sob o aspecto material.

> A Constituição portuguesa admite claramente o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente quando derivada de revisão constitucional (art. 282.2). (...) No Brasil, a alteração da norma constitucional, decorrente de reforma constitucional (emenda ou revisão) ou de promulgação de nova Carta, implicará, segundo o entendimento do Excelso Pretório, não a inconstitucionalidade superveniente da lei (material ou formal), mas sim a sua revogação.[517]

Entretanto, esta construção jurisprudencial parece ter sido elaborada com o intuito de restringir a utilização da fiscalização abstrata em uma tal situação. Afinal, a caracterização da revogação de uma lei infraconstitucional pelo advento de uma Constituição passa, inevitavelmente, por um juízo de constitucionalidade daquela. É dizer, só haverá revogação por questão de inconstitucionalidade.

Ademais, agora, com o advento da Lei n.° 9.882/99, sendo possível a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição em sede de argüição de inconstitucionalidade (art. 1°, parágrafo único, I), por ofensa apenas a preceito fundamental, não se afigura plausível e razoável que o STF continue a manter tal orientação. Afinal, estará utilizando "dois pesos e duas medidas" para situações similares[518].

O importante é ter em mente que há uma relevante diferença, ainda que não perceptível inicialmente, entre a revogação e a inconstitucionalidade e que se situa justamente no plano da repristinação. Porque se houver revogação, não haverá, a princípio, repristinação, mas, se estivermos diante de uma questão de inconstitucionalidade, a decisão judicial provoca, dentre outros efeitos, a repristinação da norma anterior.

Com esta afirmação, explicitamos importante distinção entre revogação e inconstitucionalidade. Nesta, a repristinação da lei revogada pela lei declarada inconstitucional é regra. Naquela, a repristinação da lei revogada com a revogação da

---

[517] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata...*, p. 55. Este autor critica, porém, tal orientação, pois as "objeções tradicionalmente levantadas contra a fiscalização da constitucionalidade do direito anterior forma todas respondidas pelos Ministros vencidos. Todavia, a Suprema Corte manteve a sua posição. Pior para o país. (...) Que a insistência dos vencidos e os exemplos de Portugal, da Espanha, da Itália e da Alemanha, países que aceitam, com maior ou menor extensão, a fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito anterior, frutifiquem entre nós" (Ibid., p. 223-224).

[518] Sustentando orientação semelhante ao do STF, tem-se, por exemplo, Elival da Silva Ramos (*A inconstitucionalidade das leis...*, p. 68) e Ronaldo Poletti (*Controle da constitucionalidade das leis*, p. 172-177).

lei que a revogou só ocorre se houver disposição legislativa expressa neste sentido; portanto, é exceção. É o que temos no §3° do art. 2° da LICC: "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a revogadora perdido a sua vigência."[519]

Por fim, cumpre salientar que a revogação é também diferente de inconstitucionalidade, porque, em princípio, somente produz efeitos para o futuro, enquanto esta, via de regra, produz efeitos retroativos.

No mesmo diapasão, ainda que na revogação da lei revogadora ocorra a repristinação expressa da lei revogada, esta apenas poderá voltar a incidir a partir da lei repristinatória, somente podendo atuar retroativamente em casos excepcionais.

Já em se tratando de uma decisão de inconstitucionalidade, a repristinação opera retroativamente a esta, incidindo a lei anterior como se, a princípio, não tivesse sido revogada. Neste sentido, correta é a observação de Luís Roberto Barroso, para quem, "a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem."[520]

Por conta de tal posição, entendemos que, em sede de controle de constitucionalidade, a repristinação, ao contrário do defendido por Oswaldo Palu[521], não depende de expressa referência do Supremo Tribunal Federal.

Basta que haja a declaração de inconstitucionalidade para que retorne à ativa a lei indevidamente revogada. Isto é, a respristinação é efeito implícito da decisão de invalidade.

---

[519] Na esteira de Oscar Tenório, Luís Roberto Barroso esclarece o assunto: "...o advento de uma lei resulta às vezes na morte de outra. Mas essa lei revogada não ressuscita, mesmo quando a lei que a eliminou do mundo jurídico também vem a se extinguir. Somente por disposição expressa do legislador a lei morta ressuscita, volta a ocupar lugar no sistema jurídico do país. A lei que eventualmente determine a restauração da lei que se encontrava revogada recebe a denominação de lei repristinatória, ou lei de efeito repristinatório." (*Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 90).

[520] Ibid., p. 92-93.

[521] PALU, Oswaldo. *Controle de constitucionalidade*..., p. 181.

10.4 Repristinação e Manipulação dos Efeitos

Por outro lado, no caso de decisão de inconstitucionalidade com efeito "ex tunc", parece-nos que, apesar da omissão da legislação pátria na regulamentação do assunto, a doutrina não diverge quanto à existência da repristinação da lei revogada pela lei considerada inválida.

Já alguma dúvida pode surgir no que se refere à possibilidade de repristinação em situações nas quais houve a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Neste sentido, é pertinente indagar se é cabível a repristinação mesmo quando a lei declarada inconstitucional é considerada "válida" por um determinado período (da sua edição até a decisão de inconstitucionalidade, por exemplo), porque tal situação implicaria em dizer que o Judiciário restaurou uma legislação, cuja revogação teria sido válida.

Em análise de questão similar, Helena Dergint expõe que "se aceita a teoria kelseniana, em que a norma viciada é válida (existente), sendo passível apenas de anulação por sentença constitutiva, jamais haveria a possibilidade de ressurgimento da norma revogada, apanhando seus efeitos (grau mais alto da anulabilidade), pois a norma inconstitucional pertenceu ao ordenamento jurídico e, em princípio, produziu efeitos, portanto foi hábil a revogar ato normativo válido."[522]

Nosso entendimento, porém, caminha em sentido diverso. Pensamos que, mesmo havendo efeitos "ex nunc" na decisão de inconstitucionalidade, a repristinação da lei revogada é inquestionável[523]. Apenas que tal fenômeno opera-se somente a partir do momento em que se iniciam os efeitos da decisão. Assim, se há declaração de invalidade de uma norma, com efeitos a partir da publicação, a lei revogada volta a

---

[522] DERGINT, Helena Beatriz do Amaral. As conseqüências da declaração de inconstitucionalidade de lei revogadora relativamente à lei revogada. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n.º 17, p. 254, 1996.

[523] Aliás, na Áustria, o art. 140.6 da Constituição, expressamente estabelece, apesar dos efeitos "ex nunc", que "Anulada uma lei pelo Tribunal Constitucional por inconstitucional, no próprio dia em que tenha efeito a anulação e a menos que a sentença não tenha disposto outra coisa, as disposições legais que tinham sido revogadas pela lei que o Tribunal declarou inconstitucional são

incidir somente a partir deste termo, não se aplicando para situações a ele anteriores, pois que continuarão a ser reguladas pela norma considerada nula.

Este raciocínio parte daquela construção realizada acima em que, no caso de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não se tem a idéia de "anulabilidade" da lei, no sentido de que esta seria válida até a decisão judicial (podendo ter revogado legitimamente a lei anterior) e somente a partir de então é que seria inválida. Não. Pelo que desenvolvemos, na manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, há, em verdade, dissociação entre "inconstitucionalidade" e "efeito *ex tunc*" e não entre "inconstitucionalidade" e "nulidade", por isso que a lei inconstitucional será sempre nula, mas os efeitos da decisão sim é que, em razão de questões de extrema relevância, operarão apenas a partir de um outro marco temporal, que não o da entrada em vigor da lei inválida.

11 DA ILUSÃO DA REMOÇÃO TOTAL DO PASSADO

11.1 Considerações Iniciais

O tema da repristinação leva-nos, também, à análise de um outro importante problema consistente nos limites da incidência do efeito "ex tunc". O que se quer dizer é que o efeito "ex tunc", em verdade, jamais terá condições de remover tudo o que foi objeto de regulação pela norma declarada inconstitucional. Trata-se de uma ilusão pensar que a retroatividade da decisão de invalidade será sempre absoluta e irrestrita.

Neste sentido, é importante considerarmos, segundo leciona Clèmerson Merlin Clève, que "a declaração de inconstitucionalidade não afeta todos os atos singulares praticados com fundamento na lei inconstitucional, destruindo-os desde logo. (...) o direito brasileiro concede proteção ao ato concreto (*ato singular*) praticado com

---

repristinadas. Na publicação relativa à anulação da lei especifica-se, além disso, se são repristinadas disposições legais e em caso afirmativo qual ou quais".

fundamento na lei nulificada, procedendo-se (...) à distinção entre o *efeito da decisão no plano normativo (abstrato)* e o *efeito da decisão no plano normado (concreto)*."[524]

Com isso, estamos a mencionar que algumas situações já consolidadas não podem ser, simplesmente, reformadas por decorrência do efeito "ex tunc".

Exemplos mais conhecidos são a coisa julgada, a prescrição e a decadência. São situações em que o tempo (elemento de extrema importância para o direito) impõe um obstáculo à sua revisão, porquanto são respaldadas por relevantes princípios constitucionais como o da segurança jurídica.

Note-se, porém, que já não estamos no campo da manipulação propriamente dita dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Afinal, estes continuarão sendo "ex tunc". Apenas que, no caso concreto, serão limitados por força da incidência de algum outro valor constitucional. Ao contrário, quando se tem a manipulação dos efeitos, estes deixam de ser "ex tunc", para serem "ex nunc"; a partir de algum outro momento, que não o da edição da norma inválida. Mas, mesmo aqui, havendo uma restrição dos efeitos da decisão, também podemos imaginar situações que não se encaixem no espectro temporal escolhido como marco inicial para a geração desses e que demandarão uma maior restrição em determinado caso. Por exemplo, uma específica situação em que deva ser aplicado, além da segurança jurídica, o princípio da boa-fé.

Há aqui, também, a necessidade de ponderarmos que não temos como precisar, efetivamente e de antemão, quais as situações em que será necessário um temperamento, em nível fático, da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade com efeito "ex tunc". Principalmente, porque entendemos que esta necessidade variará não só em função da específica situação que se apresentar aos olhos do operador jurídico, mas, igualmente, em razão das peculiaridades de cada ramo do direito. Assim, no direito tributário há especificidades em relação a esta matéria, que não encontram paralelo no direito civil ou no direito penal e vice-versa.

---

[524] 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: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 17, p. 99, 1997

Mais a mais, a partir do momento em que abrimos o mundo normativo para o mundo fático, corremos o sério risco de perder a racionalidade jurídica de nossa análise em meio à complexa teia de valores e interesses envolvidos nessas questões; o que, por exemplo, poderia levar a um aniquilamento, na prática, dos efeitos "ex tunc". Basta, por exemplo, que se leve à última instância a idéia de que tais efeitos não poderiam sobrepor-se ao princípio da boa-fé.

Portanto, é necessário que encontremos um ponto de equilíbrio para a análise dos problemas gerados pelo conflito entre uma decisão de inconstitucionalidade com efeitos "ex tunc" e a existência de situações já consolidadas e que são protegidas por outros valores constitucionais.

11.2 Do Efeito "Ex Tunc" contra os Contribuintes

Até pouco tempo atrás, a doutrina tributarista não discordava quanto à impossibilidade de qualquer tipo de restrição em relação aos efeitos "ex tunc" da decisão de inconstitucionalidade. No fundo, tinha-se por receio que, em sendo possível a manipulação desses, o Fisco dela se serviria para tentar impedir a restituição de tributos pagos indevidamente.

Assim, era voz comum que toda decisão de inconstitucionalidade portava efeitos retroativos. Ocorre que, recentemente, surgiram situações em que a invalidade de uma norma tributária poderia provocar sérios reflexos negativos contra os interesses dos contribuintes. A doutrina, portanto, viu-se diante de uma delicada situação, a qual, a princípio, não poderia ser resolvida de forma diversa do que quando ocorre a obrigatoriedade de devolução pela Fazenda Pública de tributos pagos indevidamente. Especificamente, é o caso em que uma decisão de inconstitucionalidade, com efeito "ex tunc", pode implicar no direito do Fisco de cobrar diferenças que não foram pagas, porquanto a lei inválida era mais benéfica para alguns ou todos os contribuintes do que a lei anterior.

Pode-se, por exemplo, mencionar o ocorrido quando da declaração de inconstitucionalidade do §2° do art. 25 da Lei n.° 8.870/94, pela ADIN n.° 1.103-1.

Em síntese, tal dispositivo alterou a forma de tributação da contribuição previdenciária do produtor rural, que, anteriormente, incidia sobre a folha de salário, passando, então, a ser sobre a receita.

Ocorre que, se para os produtores rurais de grande porte e automatizados, a tributação sobre a folha de salários era mais benéfica do que sobre a receita bruta, para os pequenos produtores sucedia justamente o contrário. Contudo, a partir de parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, restou aprovado o entendimento de que:

> Em razão da decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, a contribuição agroindustrial, quanto à parte agrícola, deve ser cobrada sobre a folha de salários, como se o §2° do art. 25 da Lei 8.870/94, não tivesse existido, uma vez que vige no direito pátrio a sanção da nulidade da lei declarada inconstitucional com repristinação implícita da legislação anterior que teria sido revogada se a lei revogadora não fosse considerada nula. Ademais, (...), deverão ser refeitos os lançamentos ocorridos até então, recalculando os valores com base no art. 22 da Lei n.° 8.212/91, cujo fato gerador prende-se à remuneração sobre a folha de salários da época.[525]

Contra tal orientação, respeitáveis estudiosos passaram a sustentar que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade não poderia ser adotada se importasse em efeitos prejudiciais aos contribuintes.

Neste sentido, Reinaldo Rivera defendeu, em profundo estudo, que a "decisão judicial que declara a inconstitucionalidade não deve tornar-se refém da retroatividade; deve-se, pois, analisar o caso concreto, com base na razoabilidade, com vistas à preservação do Estado Democrático".[526] Afinal, "a acatar-se o entendimento, seria o mesmo que pretender-se instalar nova relação jurídica, quando o fato gerador da obrigação tributária já se consumou e, pior, para agravar a situação já instaurada e com efeitos acabados (...)."[527]

Tal entendimento, também, é compartilhado por Paulo Pimenta:

---

[525] BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social. Contribuição social – empregador dedicado à produção rural – declaração de inconstitucionalidade – efeito "ex tunc". In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 21, p. 103, 1997.

[526] RIVERA, Reinaldo Chaves. Ação direta de inconstitucionalidade – efeitos – a cobrança de contribuições previdenciárias das agroindústrias. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 32, p. 69, 1998.

[527] Ibid., p. 75.

> (...), se a revisão vier a agravar o contribuinte, estará obstaculizada pelos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Incide, aqui, o art. 146 do CTN. De fato, se o sujeito passivo cumpriu a obrigação tributária em determinado período, não poderá o Fisco cobrar as diferenças oriundas da invalidação do lançamento, porque tal postura infringe a segurança jurídica, que em matéria tributária, visa proteger o contribuinte, reafirme-se.
> Além disso, se o particular atuou com lealdade, não poderá ser surpreendido com novo ato de imposição, porque não deu causa à pronúncia de inconstitucionalidade, nem à invalidação da norma individual e concreta daí oriunda. A boa-fé, nessa situação, atua como limite ao poder jurídico de rever o lançamento tributário.[528]

Portanto, a doutrina tem defendido que quando o contribuinte paga um tributo, de acordo com uma legislação que posteriormente é declarada inconstitucional, dele não podem ser exigidas diferenças de valores se a norma repristinada implicar em um aumento da carga tributária. Afinal, como assevera Souto Maior Borges,

> Veja-se a situação kafkiana com que se deparam as empresas nas hipóteses de exigência retroativa de diferença de valores entre a contribuição então cobrada e a que ora lhe é retrospectivamente exigida.
> Aos contribuintes que tenham optado pelo descumprimento da Lei 8.870, art. 25, §2°, antes da proclamação de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, certamente o INSS poderia aplicar-lhes pesadas multas, com exigência da contribuição e acréscimos. Mas, para as empresas que optaram pelo pagamento, passa-se a exigir já agora "reforço" da contribuição.[529]

---

[528] PIMENTA, Paulo. Op. cit., p. 158. Anna Flávia Lehman Battaglia, também, segue esta orientação, baseando-se, especialmente, no princípio da segurança jurídica (O princípio da irretroatividade do direito aplicado à declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, n.° 7, 2000).

[529] Com isto, Souto Maior Borges conclui que "a proclamação da inconstitucionalidade não pode ter no direito brasileiro o caráter de hipótese-limite de invalidação judicial absolutamente retroativa da norma inconstitucional. A sua retroatividade é mitigada pela preservação constitucional da irretroatividade nas hipóteses de atos em boa-fé praticados sob a vigência da norma anulada (CF, arts. 37, *caput* e 150, III, *a*)" (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da Contribuição para a Seguridade Social. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n.° 30, p. 137, 2000). Interessante expor que Souto Maior Borges, ao longo deste estudo, critica severamente o "dogma da nulidade" da norma inconstitucional. Apoia-se em Kelsen para sustentar, por exemplo, que no "controle jurisdicional incidental ou difuso de constitucionalidade, é inviável corroborar-se diante da própria Constituição Federal de 1988 e mesmo da tradição do direito constitucional positivo brasileiro, a tese da nulidade absoluta da norma inconstitucional ou, o que é o mesmo para a doutrina, a sua invalidade (Kelsen) ou inexistência (Pontes de Miranda). Dito noutros termos: a norma inconstitucional é válida, embora anulável"(Ibid., p. 121). Mais à frente, após expor que o efeito da decisão de inconstitucionalidade não é problema de lógica jurídica, mas, sim, de direito positivo, expõe, ao analisar o controle concentrado, que, no "Brasil, a Constituição Federal, art. 150, III, *a*, veda a retroatividade ilimitada do julgado do Supremo Tribunal Federal (...). O que é vedado à lei, vedado está às decisões judiciais, atos por definição infralegais" (Ibid., p. 127).

Em síntese, quer-se dizer que o contribuinte não pode sofrer um agravamento retroativo da sua situação tributária em razão de uma erro (inconstitucionalidade) causado por ato próprio e exclusivo do poder público[530]. Temos aí respaldo do princípio da boa-fé, da segurança jurídica e da irretroatividade das normas, em caso de aumento de tributo, que leva a um temperamento da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade.

A rigor, podemos inclusive sustentar que se a repristinação de uma norma provocar aumento da carga tributária, haverá a necessidade de obediência do princípio da anterioridade tributária.

Esta argumentação torna-se mais clara quando da declaração de inconstitucionalidade de norma isentiva. O efeito, para o futuro, seria o mesmo da retirada da isenção por outra norma: aumento da tributação. Se assim é, em que pese orientações, neste particular, contrárias do Supremo Tribunal Federal[531], a obediência ao princípio da anterioridade é inquestionável, como leciona Paulo Pimenta:

> Para nós, neste caso deverá ser aplicado o princípio da anterioridade, em detrimento da nulidade da norma inconstitucional. Isso implica em admitir que o tributo criado, ou majorado, com a expulsão da decisão de inconstitucionalidade, só será exigido a partir do exercício posterior à data da decisão do STF (ou da publicação da Resolução do Senado, em se tratando de controle difuso), qualquer que seja a modalidade de isenção.[532]

Portanto, em caso de decisão de inconstitucionalidade de norma mais benéfica ao contribuinte (de isenção ou não), repristinação há da norma anterior mais onerosa, mas esta somente poderá incidir a partir da referida decisão ou, no caso de um tributo regulado pela anterioridade, a partir do próximo exercício financeiro (ou, ainda, em se tratando de anterioridade especial, a partir dos noventa dias da decisão de inconstitucionalidade).

Com isso, também não há que se falar em ação rescisória proposta pela Fazenda Pública para reaver diferenças não pagas pelo contribuinte.

---

[530] Neste sentido, ANDRADE, André Martins. A perigosa extensão ao direito tributário da teoria geral das nulidade. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.º 5, p. 10, 1996.

[531] Por exemplo, Súmula 615.

[532] PIMENTA, Paulo. Op. cit. p. 186.

11.3 Do Efeito "Ex Tunc" contra a Fazenda Pública

Já no que se refere à repristinação da norma mais favorável ao contribuinte, que levará à restituição do montante por ele pago indevidamente, considera-se tal situação perfeitamente possível, apesar de alguns setores doutrinários entenderem que há limitações de ordem temporal e financeira. Por esta, em razão do que trabalhamos a respeito da "reserva do possível". Em casos de *extrema* impossibilidade (demonstrada cabalmente) de restituição do que foi pago a mais, seria admissível uma restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o fim de evitar uma derrocada financeira completa do Estado. Portanto, a manipulação dos efeitos, voltamos a frisar, operam, sob este aspecto, de forma absolutamente excepcional.

Em relação a restrições de ordem temporal, porém, aponta-se a possibilidade da não devolução de tributos indevidos quando presente a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a prescrição e a decadência.

Nestes casos, ainda que os efeitos fossem "ex tunc", haveria uma limitação ao direito do contribuinte de beneficiar-se da legislação mais benéfica, anteriormente existente.

Quanto ao "caso julgado", entende-se que, ultrapassado o prazo para o aforamento da ação rescisória, não poderíamos mais alterar a decisão transitada em julgada, ainda que ela estivesse em contrariedade com a decisão de inconstitucionalidade.

Note-se que, aqui, já tomamos por superada a discussão sobre a aplicação da Súmula 343 do STF, a respeito do cabimento de ação rescisória em face de decisão de inconstitucionalidade, porque, como lembra Paulo Pimenta,

> A jurisprudência predominante na Corte Excelsa corrobora esse posicionamento. A matéria foi amplamente discutida no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 89.108, ocasião em que o Tribunal, por maioria de votos, decidiu pela admissibilidade da rescisória e pela inaplicabilidade da Súmula epigrafada. Em decisões posteriores, reafirmou-se o entendimento de que a 'Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém de texto constitucional.[533]

[533] PIMENTA, Paulo, op. cit., p. 132.

O que estamos discutindo, porém, é se, após esgotado o prazo para a ação rescisória, ainda é possível desconstituir uma sentença que se mantém contrária a uma decisão de inconstitucionalidade.

Pela visão tradicional da doutrina, a conclusão é, certamente, negativa. Todavia, recentemente, novas teses têm sido desenvolvidas no sentido de que coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido são institutos que não podem servir de amparo ao poder público, pois, em verdade, pela sistemática da Constituição de 1988, integram o rol dos direitos e garantias dos cidadãos, já que previstos no art. 5º desta.

Um dos primeiros estudiosos a analisar esta questão foi Gustavo Tepedino. Preocupou-se tal jurista em saber se a "declaração de inconstitucionalidade teria o condão de desconsiderar situações jurídicas constituídas por ato jurídico perfeito, ou já integrantes do patrimônio individual como direito adquirido, ou ainda definidas nos termos fixados por decisão judicial irrecorrível, configurando coisa julgada."[534] Mais especificamente, verificou que em favor "de pessoa jurídica de direito público, (...) tais garantias constitucionais não poderiam ser invocadas, pela evidente diversidade de *ratio* que inspira a proteção individual (do cidadão em relação ao Poder Público, não já daquele em face deste)."[535]

Este entendimento de Gustavo Tepedino, porém, tinha por endereço um específico problema ocasionado pela edição da MP n.º 1.209/95, que dispensou "a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição de Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição" de débitos referentes à Contribuição ao PIS, com base nos Decretos-Leis n.º 2.445/88 e 2.449/88. Com o que o referido autor concluiu no sentido de que tal norma pode suplantar "quaisquer atos jurídicos ou mesmo decisões judiciais transitadas em julgado que os houvessem constituído."[536]

---

[534] TEPEDINO, Gustavo. Dos efeitos retroativos da declaração incidental de inconstitucionalidade e a coisa julgada em favor da fazenda pública. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 452.

[535] Ibid., p. 453.

[536] Ibid., p. 457.

Por outro lado, outros doutrinadores vão um pouco além e sustentam que a aplicação prevista em lei da coisa julgada a favor da Fazenda Pública é contra a Constituição.

Sustenta-se que sentença alguma possa prevalecer quando em confronto com alguns princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Nesta situação, em rigor, teremos um confronto de princípios bastante difícil de ser resolvido, pois, apoiando o "caso julgado", encontra-se o princípio da segurança jurídica, que também é um princípio fundamental do nosso sistema normativo.

Note-se que esta questão não surgiu somente no direito brasileiro. Na Itália, por exemplo, Antonino Spadaro entende que há diferença abissal entre "ineficácia retroativa" e "ineficácia originária". Na primeira, cancela-se os efeitos produzidos, mas há o obstáculo das "relações exauridas". Na segunda, ao contrário, impede-se desde a origem, que o ato possa produzir qualquer efeito[537]. Para ele, todas as leis que ainda não foram analisadas pela Corte Constitucional encontram-se em uma espécie de "limbo jurídico", pois não sabemos se são válidas ou inválidas, mas que apenas são eficazes. Isto é, tem-se atos com uma eficácia precária, isto é, condicionada resolutivamente[538]. O interessante é que esse autor inverte a posição da lei e diz que, se não é possível afirmar-se uma "presunção de invalidade", pelo menos as leis que ainda não foram objeto de análise são "potencialmente inválidas"[539]. Deste modo, sustenta que

> Não é pensável, por conseqüência e a bem de ver, que possam existir relações exauridas capazes de resistirem a uma declaração de invalidade, justamente porque esta última não deve cancelar os efeitos (inexistentes) de um ato, mas o próprio ato..., enquanto a revogação com eficácia retroativa deve cancelar não o ato, mas somente os efeitos do ato.[540]

No Brasil, vozes abalizadas como a do Min. José Delgado, Carlos Valder Nascimento, Cândido Dinamarco, dentre outros, têm procurado sustentar a

---

[537] SPADARO, Antonino. Contributo per una ridefinizione della teoria della validità. In: ROMBOLI, R. *La giustizia costituzionale a una svolta*. Torino: G. Giappichelli, 1991. p. 250.

[538] Ibid., p. 252.

[539] Ibid., p. 253.

[540] Ibid., p. 251.

relativização do "caso julgado", frente a outros princípios constitucionais. Se é certo que este instituto encontra respaldo constitucional (art. 5°, XXXVI), não menos certo que nenhum preceito desta hierarquia pode ser absolutizado. Fala-se, portanto, em "coisa julgada inconstitucional".

É verdade que, na esteira de Dinamarco, não podemos ser insensatos ao ponto de "minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei"[541]. Contudo, pela sua relatividade, o "caso julgado" não tem o condão de prevalecer sobre situações tuteladas pelo princípio da moralidade, pelo princípio da igualdade e pelo princípio da legalidade.

Com isso, concordamos com o Min. José Delgado, quando leciona que "a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdades nas relações do contribuinte com o fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição não permite que a tanto ela alcance."[542] É claro que esta linha de raciocínio pode ser bastante contestada, diante da quebra da isonomia; um princípio que deveria presidir a relação fisco-contribuinte e que é tão caro até mesmo aos defensores dos contribuintes quando se trata de criticar os "privilégios" processuais da Fazenda Pública.

O certo, porém, é que a relação fisco-contribuinte é complexa e não homogênea. Em certos espaços, há garantias ao contribuinte que o fisco não pode ultrapassar e, em outros, garantias ao fisco para que melhor possa perseguir o interesse público. Não se trata, portanto, de uma relação que possa ser equiparada à relação de direito privado - seja no âmbito material, seja no âmbito processual – em que impera, soberanamente, a igualdade.[543]

---

[541] DINAMARCO, Cândido. R. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 72.

[542] DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: Ibid., p. 113.

[543] Sobre o assunto, importantes considerações foram traçadas por Marçal Justen Filho (*Sujeição passiva tributária*. Belém: Cejup, 1986).

Desta forma, nada de estranho há em defendermos que certas cláusulas constitucionais somente são favoráveis aos contribuintes, não podendo ser opostas, mesmo por lei, em benefício da Fazenda Nacional.

Por estes motivos, podemos finalizar este raciocínio, tomando emprestado o magistério de Marco Greco e Helenilson Pontes, que entabula uma releitura do prazo para a ação rescisória em situações de inconstitucionalidade:

> A pretensão jurídica à propositura da ação rescisória com fundamento em posterior juízo de constitucionalidade proferido pelo Supremo Tribunal Federal somente surge com este pronunciamento da Suprema Corte. Logo, não há inércia se inexiste qualquer pretensão jurídica a ser deduzida perante o Poder Judiciário.
> Antes da decisão do Supremo Tribunal, em sentido contrário àquele consubstanciado na decisão transitada em julgado, a parte contra a qual foi proferida a decisão, não tem qualquer pretensão jurídica à renovação das questões já albergadas pela coisa julgada, mediante a propositura de ação rescisória.
> A pretensão jurídica à propositura da ação rescisória pela parte contra a qual foi proferida a decisão transitada em julgado *nasce somente* com o trânsito em julgado da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal exercendo o juízo de constitucionalidade acerca das questões envolvidas na lide anteriormente julgada.
> (...)
> Esta exegese não desnatura o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, mas tão-somente ressalva que, em matéria constitucional, o início de tal prazo há de ser interpretado diferentemente, pelo vício que macula a decisão passada em julgado, como exigência do princípio da supremacia dos comandos constitucionais.[544]

Maiores discussões podem surgir, porém, em razão da incidência da prescrição ou da decadência. Se é certo que, via de regra, a declaração de inconstitucionalidade de norma que instituiu ou majorou tributo importa na restituição dos valores pagos indevidamente, ainda que sob o pálio de decisão transitada com coisa julgada em sentido diverso, pode-se considerar que o contribuinte tem o direito de reaver tudo o que pagou, independentemente de um prazo limite?

Neste caso, duas são as indagações decorrentes: existe prazo para o ingresso de ação de restituição e existe prazo limite em relação aos períodos em que houve o pagamento indevido?

A complexidade aqui é um pouco maior do que em relação ao problema do "caso julgado", pois prescrição e decadência não receberam um tratamento constitucional que pudesse nos auxiliar na busca de uma resposta satisfatória. Lembre-

---

[544] GRECO; PONTES, op. cit., p. 117.

se que somente o art. 146, III, "b" da CF/88, menciona algo a respeito de tais institutos, para apenas estabelecer que incumbirá à lei complementar ditar normas gerais a seu respeito.

Aliás, ainda que não seja o espaço adequado para tanto, é interessante verificar que esta questão comporta inúmeros desdobramentos que ainda precisam ser definidos pela jurisprudência.

Pode-se, por exemplo, indagar se, à luz do referido dispositivo constitucional, haveria discricionariedade do poder público para estabelecer um prazo de prescrição ou decadência tal que importasse, na prática, na inutilidade do direito à restituição do indébito, decorrente da declaração de inconstitucionalidade?

Trata-se de uma indagação bastante difícil de ser respondida. Talvez, teríamos que recorrer, mais uma vez, ao princípio da proporcionalidade, para alcançarmos conclusão no sentido de que os prazos em questão não poderiam ser fixados de forma desarrazoada. Assim, poderíamos sustentar que o prazo prescricional de 1 (um) ano é ofensivo à razoabilidade. Mas, por outro lado, não teríamos um parâmetro seguro para lutarmos contra uma possível discricionaridade do legislador nesta matéria. Veja-se que temos por pano de fundo, aqui, a necessidade de definir se existe um prazo limite para além do qual não mais seria dado ao contribuinte o direito de reaver as quantias pagas indevidamente.

Pensamos que sobre o assunto pelo menos duas posições podem ser tomadas: (i) admitir que não existe prazo decadencial / prescricional algum. Se a declaração de inconstitucionalidade refere-se a um tributo que vem sendo pago indevidamente há mais de 30 (trinta) anos, nenhuma lei tem o condão de dizer que o contribuinte não pode buscar a repetição, por exemplo, para além de 5 (cinco) anos. Mais, não haveria sequer prazo a partir da decisão de inconstitucionalidade para o ingresso de uma ação de repetição.

A amplitude desta posição é, a princípio, assustadora. Talvez, sob este prisma, o poder público, com fundado receio de incorrer em sérios riscos financeiros, teria maior maturidade ao editar uma norma tributária, mais onerosa ao contribuinte. Contudo, tirante esta questão de cunho não jurídico, reconhece-se a necessidade de

verificar no sistema jurídico pátrio se há alguma norma que disponha a respeito desses prazos.

Neste caso, abre-se espaço para uma segunda posição. Admite-se que o ordenamento (ii) tem condições para estabelecer prazos decadencial e prescricional a respeito da repetição de indébito. Cumpre, apenas, perquirir sobre qual prazo é aplicável.

Nosso receio, porém, em relação a esta visão, seria com uma possível afronta ao princípio da igualdade. Afinal, para aqueles que tiveram condições de financiar pesquisas jurídicas para descobrir "inconstitucionalidades", para aqueles que tiveram condições de financiar disputas jurídicas desde o advento da lei, sequer é possível falar em coisa julgada. Mesmo que tais contribuintes tenham perdido uma disputa judicial há mais 10 (dez) anos, se hoje for declarada a inconstitucionalidade de um tributo pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia "contra todos", é possível buscar o que pagaram indevidamente, através de ação rescisória.

Contudo, aqueles que não tiveram condições materiais e financeiras (e muitos, por isso, sequer tomam conhecimento de irregularidades legislativas dentro do nosso "carnaval tributário") e não ingressaram em juízo, submetendo-se, de boa-fé, aos caprichos de uma legislação inconstitucional, poderiam ser "penalizados", em razão da incidência de um prazo decadencial ou de um prescricional, que lhes tolhesse, parcial ou totalmente, o direito de restituição do indébito?

Esta indagação, por certo, mereceria uma resposta negativa. Afinal, em uma linha de raciocínio homogênea, deveríamos sustentar que, tal como existe "coisa julgada inconstitucional", também é possível falar em "prazo decadencial inconstitucional" e "prazo prescricional inconstitucional". Neste sentido, portanto, todos seriam tratados de modo igualitário: (i) os que não foram atingidos pela coisa julgada, pela prescrição, pela decadência, (ii) os que foram atingidos pela coisa julgada, mas não pela prescrição, nem pela decadência, (iii) os que foram atingidos pela prescrição, mas não pela decadência, nem pela coisa julgada e, por fim, (iv) os que foram atingidos pela decadência, mas não pela prescrição, nem pela coisa julgada.

Assim, retornamos à primeira posição; e com maior força. Pense-se, também, que o princípio da moralidade, que rege as atuações do poder público, impõe a este uma conduta transparente, ética e de boa fé para com o interesse público e para com os contribuintes. Em rigor, sob este prisma, o correto seria que o poder público sequer precisasse ser acionado para a devolução do que foi declarado como pagamento indevido. Afinal, sob a ótica da proibição do enriquecimento ilícito, deveria o poder público, de próprio punho, colocar à disposição de todos os contribuintes o que arrecadou indevidamente. Infelizmente, não é o que se passa.

Mas, insistimos que a tese em debate é muito arrojada e de difícil aceitação. Mais razoável seria se admitíssemos, ao menos, a necessidade de um prazo prescricional. Afinal, em certa medida, também o princípio da segurança jurídica deve trabalhar em favor da Fazenda Pública, já que não é admissível que as finanças públicas fiquem comprometidas, eternamente, em razão de futuras e incertas restituições, que não sabemos se serão pleiteadas pelos contribuintes.

Na doutrina, recentemente, Marco Greco e Helenilson Cunha Pontes sustentaram que o prazo prescricional em questão não é regido pelo Código Tributário Nacional: "o *CTN não raciocina com a hipótese de inconstitucionalidade*. Aliás, nem considera tal hipótese. Ele parte da premissa de que todas as leis são válidas, preocupando-se apenas em definir o regime que se instaura em decorrência deste ponto de partida."[545]

Concorda-se com esta orientação. Até porque se a ação nasce da violação de um direito, somente com a pronúncia de inconstitucionalidade é que se tem a constatação de agressão (por meio de lei) a um direito[546]. Com isso, concluem os mencionados autores que o prazo cabível encontra-se no art. 1° do Decreto n.°

---

[545] Ibid., p. 41.

[546] Ibid., p. 48. A favor, também existe o entendimento de Alberto Xavier, para quem "O caráter 'indevido' dos pagamentos efetuados só foi revelado 'a posteriori', com efeitos retroativos, de tal modo que só a partir de então puderam os cidadãos ter conhecimento do fato novo que revelou o seu direito à restituição. A contagem do prazo a partir da data da declaração de inconstitucionalidade é não só corolário do princípio da proteção da confiança na lei fiscal, fundamento do Estado-de-Direito, como conseqüência implícita, mas necessária, da figura da ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1988" (XAVIER, Alberto. A contagem dos prazos no lançamento por homologação. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 27, p. 11, 1997).

20.910/32, que estabelece 5 (cinco) anos a contar da data do ato ou fato que originou a dívida da Fazenda Pública[547], sendo que, propostas dentro deste período, as ações de repetição "alcançam todos os recolhimentos efetuados desde a edição da lei" considerada inconstitucional[548].

Aliás, sobre este específico ponto, Paulo Pimenta, após compartilhar do entendimento supra, menciona interessante decisão do STF, no RE n.° 136.883-7, em que reconheceu-se o direito do contribuinte à repetição do indébito, "independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido."[549]

11.4 Do Efeito "Ex Tunc" e a Inconstitucionalidade de Norma Sancionatória

Importantes considerações podem ser tecidas, também, a respeito da pronúncia de inconstitucionalidade de uma norma sancionatória em matéria tributária. Duas são as situações: (i) inconstitucionalidade de norma sancionatória mais onerosa e (ii) inconstitucionalidade de norma sancionatória mais benéfica. Quais os efeitos que destas situações decorrem?

O poder público pode instituir sanções mais gravosas para a não realização dos deveres tributários, seja referente ao pagamento do tributo, seja referente às obrigações ditas "acessórias". Ocorre que o ordenamento impõe limites a esta atribuição. No caso dos mesmos serem extrapolados, o efeito da declaração de inconstitucionalidade importará na repristinação da sanção de menor calibre. Esta repristinação, porém, não encontra limites temporais. Atinge toda e qualquer situação que anteriormente sofreu a

---

Em sentido contrário, SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 274 *et. seq.*.

[547] GRECO, Marco; PONTES, Helenilson Cunha. Op. cit., p. 73. No que se refere ao controle concentrado, os referidos autores sustentam que, antes da Lei n.° 9.868/99, o prazo prescricional teria início com o trânsito em julgado de decisão em constitucional, mas que, agora, o prazo inicia-se com a publicação da parte dispositiva do acórdão no Diário Oficial da União, por força do art. 28 da referida lei. Em relação a terceiros, no controle difuso, o termo inicial ocorre com o advento de um ato de cunho geral (Resolução do Senado ou ato de reconhecimento por parte do próprio poder público: decreto presidencial, parecer da PGFN, etc.).

[548] Ibid., p. 78.

[549] PIMENTA, Paulo. Op. cit., p. 168.

aplicação da sanção com base na lei declarada inconstitucional[550]. É o mesmo raciocínio que se passa no âmbito penal. Se uma lei criminal é declarada inconstitucional, a legislação anterior mais benéfica volta a ser aplicada.

Por outro lado, se uma lei que impôs uma sanção menos grave é declarada inconstitucional, a repristinação da lei anterior mais onerosa somente pode operar para o futuro, a partir da decisão de inconstitucionalidade. Mesmo raciocínio aplica-se em caso de invalidade de lei que retira uma sanção do ordenamento. Assim, se uma lei que estabeleceu que não pagar IRPJ não é uma conduta sujeita à infração, é declarada inconstitucional, a multa, anteriormente existente, torna-se novamente aplicável apenas para os fatos daí em diante ocorridos. Em suma: os fatos sancionados com lei mais benigna não podem ser revistos.

No caso do direito tributário, interessante é o caso da anistia. Enquanto Paulo Pimenta sustenta que, em caso de declaração de inconstitucionalidade de norma instituidora de anistia, a Fazenda deverá providenciar a imediata cobrança da multa anteriormente existente[551], pensamos, entretanto, que a solução deve ser a mesma da adotada no parágrafo anterior: a multa/sanção, anteriormente existente, volta a ter aplicação, mas somente para os fatos que ocorrerem a partir da decisão de inconstitucionalidade. Afinal, neste específico caso, também temos a proteção advinda do princípio da segurança jurídica e da boa fé, já que um erro do poder público na elaboração de suas leis não pode atingir os contribuintes retroativamente.

Veja-se que, aqui, é possível trazer à tona uma discussão não muito antiga a respeito de uma anistia concedida pelo parágrafo único do art. 11 da Lei n.° 9.639/98, que tinha por objeto o "perdão" legislativo pela realização de crime contra a previdência social. O específico problema enfrentado à época do advento desta anistia era de que, logo em seguida, houve nova publicação daquela lei, indicando-se que a primeira publicação foi feita com erro, com a indevida inclusão do referido parágrafo único. Neste caso, em que pese o esforço doutrinário de alguns celebrados autores,

---

[550] Sabemos que existe prescrição no CTN a respeito da retroatividade de lei sancionatória mais benigna. Mas, o tema, aqui, é constitucional, de forma que não nos sentimos confortáveis para resolvê-lo à luz de preceitos infraconstitucionais.

[551] PIMENTA, Paulo. Op. cit., p. 182.

pensamos estar diante de uma inexistência de norma; sequer, portanto, de inconstitucionalidade. Não há a mínima aparência de norma e, portanto, a nova publicação sequer funciona como revogação[552].

Se assim não fosse, teríamos que concordar que qualquer "coisa" publicada no Diário Oficial, por mais irregular que fosse, pudesse adquirir foros de lei, ainda que não tivesse sido aprovada pelo órgão competente. Com isso, teríamos, inclusive, um novo legislador: o responsável pela publicação dos atos oficiais. O que ele decidisse publicar sob a forma de lei, lei seria e todos teríamos que obedecer!

Portanto, não é demais repetir que entre inexistência e invalidade há uma diferença bastante relevante, porquanto aquela, ao contrário desta, sequer precisa ser declarada pelo Poder Judiciário. No caso de inexistência, a anistia não produz efeitos, mas, sendo caso de invalidade desta, a repristinação, por certo, não poderá retroagir.

11.5 A Manipulação dos Efeitos e Reflexos Indiretos nas Sanções

Pela linha de raciocínio tecida acima, só podemos concluir que nunca será possível ao Judiciário manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tema de sanções administrativas ou penais. Diante de uma incompatibilidade com o texto da Constituição, a decretação de invalidade sempre deverá ter efeitos "ex tunc".

Por outro lado, interessante aspecto a ser analisado repousa no fato de que, sendo permitida, excepcionalmente, a manipulação dos efeitos em relação à declaração de inconstitucionalidade de uma norma que institui ou aumenta tributos, qual seria o reflexo em relação às sanções aplicadas àqueles contribuintes que, até a decisão de invalidade, foram punidos com base na lei mais gravosa?

O caso, aqui, é do reconhecimento de uma inconstitucionalidade, cujos efeitos somente operam a partir de outro momento, diverso daquele da edição da lei expulsa do ordenamento. O que fazer, portanto, com as punições aplicadas durante o período não abrangido pelos referidos efeitos?

---

[552] É claro que se de revogação estivéssemos falando esta não poderia atingir fatos retroativos.

Em nosso entendimento, ainda que não seja possível a repetição do indébito em favor do contribuinte que pagou o tributo, com base na lei inconstitucional, não será admitida como válida a punição por aquele que deixou de pagar o tributo. Não significa que este não terá que pagá-lo. Mas sobre ele não poderá incidir qualquer punição por tal fato. E, caso já tenha pago alguma multa, esta sim pode ser restituída. Igualmente, dentre outras situações similares, caso tenha sido condenado criminalmente, cabe revisão do seu processo. Isto é, na esfera criminal e administrativa, a sanção deixa de ser aplicada e no âmbito tributário mantém-se devido o tributo até a data a partir da qual passam a incidir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Esta nossa orientação, aliás, só é possível, ou, ao menos, somente torna-se mais clara em razão do entendimento de que, mesmo em caso de manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade, a lei continua sendo inválida desde a origem. Frisamos: não admitimos que uma lei possa ser válida até um determinado momento e inválida a partir de então. Ela sempre será válida, mas somente os efeitos da decisão é que serão variáveis no tempo. Em suma: não admitimos a teoria da anulabilidade nesta seara, mesmo em caso de restrição dos efeitos.

12 CONTROLE DIFUSO COMO SEDE APROPRIADA PARA A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS

Até aqui tratamos o tema da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade como sendo admissível, perfeitamente, em qualquer uma das modalidades da fiscalização de constitucionalidade; abstrata ou concreta.

Aliás, já afirmamos que a doutrina deve ser homogênea no trato da questão dos efeitos da decisão, pois a matéria-prima é mesma a (uma lei inválida). Assim, se, por regra, na utilização de Ações Diretas, o efeito é "ex tunc", também deverá sê-lo no caso do controle difuso. Se admitirmos que a manipulação é possível neste, também teremos que aceitá-la naquelas. Isto, porém, não significa que, em ambas as situações, exista o mesmo grau de aceitação da restrição dos efeitos. Não.

Em princípio, por força do advento do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, pode-se até pensar que a manipulação dos efeitos seja mais adequada no campo do controle abstrato.

Ao contrário, porém, pensamos que será o controle difuso o local mais apropriado para que tal ocorra. Afinal, será na análise das situações concretas que se apresentam ao Poder Judiciário que este poderá verificar se e em que medida, de fato, estão presentes outros valores, que não só o princípio da constitucionalidade. Será na análise do caso concreto que o Judiciário poderá sopesar a boa-fé, a segurança jurídica, a igualdade para melhor concluir pela restrição dos efeitos. Ora, no controle abstrato, dissociado da apreciação de fatos específicos, o Judiciário terá muitas vezes que trabalhar à luz de situações generalizadas ou até mesmo de presunções, se quiser concluir pela necessidade de manipulação daqueles. Com isso, a sua apreciação da matéria torna-se mais sujeita a provocar rupturas em relação a outros valores que repousam em situações individuais e que destoam da generalização alcançada.

Porém, não queremos concluir que o Supremo Tribunal Federal não deva exercer essa sua atribuição no caso do controle abstrato.

Não. Ocorre que, se assim atuar, nada impedirá que a parte que se sentiu lesionada busque o Judiciário para declarar a inaplicabilidade da restrição dos efeitos, produzida pela decisão do STF, ao seu particular caso, sob pena de ofensa a determinados postulados fundamentais do ordenamento jurídico; ou para declarar a inaplicabilidade da retroatividade total, por força, *v.g.*, da boa-fé.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da manipulação dos efeitos da decisão no âmbito do controle de constitucionalidade tem adquirido crescente importância no Brasil por conta do advento das Leis n.° 9.868/99 e n.° 9.882/99. Independentemente da sua validade, tais leis mostraram-se oportunas para forçar o Judiciário brasileiro a adotar, ainda que tardiamente, "técnicas mais plásticas" e, assim, adequar-se a uma necessária tendência da jurisdição constitucional de diversos países de "contornar inconveniências de declarações secas de inconstitucionalidade"[553].

Verifica-se, também, uma estreita ligação desse tema com o problema da legitimação da jurisdição constitucional, no que concerne especificamente os próprios limites da atuação desta, porque, dependendo de como os efeitos forem estipulados, haverá uma maior ou menor carga legislativa na decisão de inconstitucionalidade.

No âmbito do direito tributário, esta ligação torna-se ainda mais estreita. É que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma criadora ou majorante de um tributo pode provocar sérios transtornos para a saúde financeira do poder público. Pode-se falar na "reserva do possível" - um conceito vago e indeterminável - como um limite intransponível aos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Daí a necessidade de manipulá-los, para que não se vá em busca de uma "saída teórica" qualquer para decretar a constitucionalidade da norma.

Esta questão, porém, há de ser tomada a sério pelo Judiciário. Afinal, não basta que o poder público alegue que a devolução do tributo ocasionará prejuízos irreparáveis para as finanças públicas. *É necessário que esta situação seja de tal forma extremada, que outra alternativa não haja senão a restrição mesmo dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.* Portanto, há de se provar com dados fáticos inquestionáveis a irreversibilidade dos prejuízos que possam advir de uma total devolução das quantias pagas a título de tributo inconstitucional. Todo este cuidado é requerido, afinal, para que, de exceção, a manipulação dos efeitos não se torne regra.

---

[553] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 138.

Do contrário, poderíamos tomar emprestadas as lições de Luiz Sanchez Serrano[554], para dizer que uma tal linha de raciocínio

> comporta, por un lado, presuponer que la integridad e independencia de criterio, unicamente guiado por el supremo interés de la constitucionalidad de la atuación de los poderes públicos, solo serían exigibles a los Jueces constitucionales em casos menores o de escasa o hasta media trascendencia y gravedad. Y, por outro, que sería precisamente en los casos de mayor importancia y trascendencia en los que sería explicable y admisible cierta connivencia del Tribunal Constitucional con los desafueros de los poderes públicos. Lo que a su vez descansa sobre la a mi juicio errónea concepción del control de constitucionalidad de las leyes como una especie de juego académico o de salón entre iniciados, que para que pueda ejercerse deba tener escasa trascendencia económica, política o social.

Por outro lado, a competência para a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não encontra, necessariamente, respaldo na inovação trazida pelo art. 27 da Lei n.° 9.868/99. Trata-se, em verdade, de competência constitucional inerente à realização do controle de constitucionalidade. Aliás, entendemos que o referido dispositivo não se mantém em compasso com a Constituição. Primeiro, porque introduzido por lei ordinária. Em rigor, pensamos que sequer por Emenda Constitucional poderia ter sido, porquanto não pode um poder controlado (Legislativo) regular a forma como se dará a atuação do poder controlador (Judiciário). Depois, porque, de um lado, tal dispositivo restringiu seriamente a atuação do Poder Judiciário, autorizando-o a manipular os efeitos da sua decisão de inconstitucionalidade somente em casos de excepcional interesse social e de segurança jurídica, quando, na Constituição, há outros valores que podem dar suporte a uma tal atuação. Enfim, porque, de outro lado, ampliou demais a possibilidade de manipulação temporal dos efeitos, ao permitir que o STF possa estabelecer um momento inicial qualquer após a publicação do seu acórdão.

Acerca desta última questão, sustentamos, com base no que entende grande parte da doutrina portuguesa, que o limite temporal máximo para a manipulação dos efeitos encontra-se na data da publicação da decisão de inconstitucionalidade. Assim, se é permitido ao Poder Judiciário restringir a aplicação da retroatividade, pensamos que não poderá fazê-lo para um momento posterior a esse.

---

[554] SERRANO, Luiz Sanchéz. Op. cit., p. 542.

Como se vê, não estamos fincando posição contra a utilização da manipulação temporal dos efeitos. Apenas, manifestamos nosso entendimento no sentido de que a regra de manipulação dos efeitos configura-se como uma verdadeira "regra de calibração", que tem por única função impedir que o sistema normativo entre em processo irreversível de desestabilização. É dizer, a aplicação retroativa total e irrestrita não pode levar ao rompimento da coesão do sistema. Desta forma, tal "regra de calibração" deve ser utilizada em situações limites (extremadas), não bastando a simples argumentação de que o efeito retroativo possa ferir um ou outro princípio constitucional.

Do contrário, sempre acharemos motivo para restringir os efeitos e, com isso, aí sim o caos jurídico estaria instaurado, pois para cada situação específica seria necessário manipular os efeitos de uma determinada forma.

Assim, porque nos encontramos diante de situações de invalidade das leis perante a Constituição, a mitigação dos efeitos da decisão é exceção, não podendo transformar-se em regra.

Para firmarmos esta orientação, foi relevante analisar se os efeitos "ex tunc" derivam do tipo de vício (nulidade/anulabilidade), do tipo de controle de constitucionalidade (concreto/abstrato) ou da própria decisão de inconstitucionalidade.

Discorremos, então, sobre a diferença entre "existência", "validade" e "vigência", atravessando as mais diversas opiniões doutrinárias, de Kelsen, Goffredo Telles Jr. a Luigi Ferrajoli, para abraçar clássico entendimento no sentido de que uma norma inválida é uma norma que guarda algum vício em relação ao texto constitucional, seja de ordem formal, seja de ordem material. Por evidência, que esta afirmação não guarda qualquer originalidade. Em vários autores, vamos encontrá-la. Contudo, a sua repetição aqui é necessária para deixar bem claro que qualquer norma contrária à Constituição é inválida e, por conseqüência, nula. Norma inconstitucional é norma inválida, norma nula. *Aliás, a invalidade é pressuposto para a decretação da inconstitucionalidade, de sorte que não pode uma norma válida ser declarada inconstitucional, nem uma norma inválida ser considerada constitucional.*

Com isso, não compartilhamos do entendimento de que seja possível dissociar inconstitucionalidade de nulidade, porque uma norma não pode ser válida até um determinado momento e inválida após este, se o parâmetro de constitucionalidade é o mesmo em ambos os momentos.

Nosso entendimento, portanto, é de que o Judiciário não tem competência para manipular a qualidade (a validade) da norma, mas apenas para estipular o momento a partir do qual sua decisão sobre a inconstitucionalidade da norma produzirá efeitos. Assim, os efeitos "ex tunc"/"ex nunc" não decorrem do vício da norma, nem do modelo de controle utilizado (concreto ou abstrato), mas, sim, da própria declaração de inconstitucionalidade.

Com isso, também resta superada a tradicional dicotomia sobre a natureza da decisão de inconstitucionalidade, se declaratória ou constitutiva. Pelo exposto, será sempre declaratória, porque o Judiciário apenas constata se, desde o seu nascimento, a norma é inconstitucional ou constitucional. Contudo, quando inconstitucional, haverá a necessidade de verificar se a retroatividade da decisão deve ser total ou não, tendo em vista outros valores assegurados pela própria Constituição.

Por isso que, ao contrário do que se diz correntemente, a manipulação dos efeitos não afeta o princípio da supremacia da Constituição. Se aquela somente pode ser realizada em razão de valores contidos nesta, a Constituição continua a manter a sua superioridade. Aliás, poderíamos ir além e sustentar que a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade somente é válida enquanto for instrumento para a manutenção da supremacia dos valores constitucionais.

Observe-se, ainda que seja óbvio, que a manipulação dos efeitos da decisão no controle de validade não é aplicável quando a decisão declarar a constitucionalidade da norma.

Por outro lado, em caso de inconstitucionalidade superveniente, a nulidade não está atrelada ao momento do surgimento da norma. Poderíamos dizer que, neste caso, a nulidade surge em decorrência e a partir de alguma mutação (formal ou informal) do parâmetro constitucional ou mesmo de uma nova interpretação daquela. Contudo, isso também não impede que, aqui, haja manipulação dos efeitos da decisão de

inconstitucionalidade. Apenas que estes não poderão retroagir para momento anterior àquele em que surgiu a invalidade.

Igualmente, o raciocínio desenvolvido até aqui aplica-se indiscriminadamente seja ao controle difuso, seja ao controle abstrato. Estamos a dizer que, no sistema brasileiro, os efeitos são "ex tunc" para os dois modelos, abstrato e concreto. Estamos a dizer que para estes dois modelos é possível a manipulação de tais efeitos.

Afinal, no Brasil, não temos uma mera junção dos sistemas difuso (americano) e abstrato (europeu). Temos, muito mais do que isso, um modelo altamente complexo, em razão da existência de variados instrumentos para a sua realização, mas que deve ter um tratamento homogêneo, exceto quando, explicitamente, a própria Constituição estabeleça o contrário (como é o caso da diferença em relação à legitimidade ativa para a deflagração dos processos de controle).

Agora, se admitimos que os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade são os mesmos em ambos os modelos, isto não significa que a sua manipulação tenha em ambos a mesma adequação.

Sobre isso, manifestamos nosso entendimento de que é o controle difuso o local mais apropriado para que tais efeitos sejam trabalhados, à luz de outros valores constitucionais, como o da boa-fé, da segurança jurídica, igualdade, etc.

A par dessas considerações e independentemente do momento a partir do qual forem estipulados os efeitos da decisão, entendemos que quando houver a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, aquela que por esta foi revogada, normalmente, retoma seu assento no ordenamento jurídico, desde que também não tenha sido considerada inválida. Fala-se, aqui, em repristinação.

Este tema, porém, não é de fácil resolução. De um lado, porque, dependendo da matéria regulada, a repristinação só poderá incidir para o futuro. De outro, porque mesmo a repristinação para o passado pode ser limitada no tempo por questões outras, diversas dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Estamos a mencionar que há situações que a repristinação já não pode mais remover, em virtude de uma forte consolidação. É o caso da coisa julgada. Esta, ainda que não oponível em favor da Fazenda Pública, não pode por esta ser ultrapassada na busca da realização dos seus

interesses. Também, é o caso de inconstitucionalidade que tenha reflexo, direto ou indireto, sobre normas sancionatórias mais onerosas. Estas não podem ser aplicadas retroativamente, para o fim de impor ou majorar punição aos contribuintes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes. In: DOXA, n. 20. Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, 1997.

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

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

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório. *Interpretação conforme a Constituição e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

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

ALVIM, Arruda. Anotações sobre a chamada coisa julgada tributária. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.° 92, 1998.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: RT, 1998.

ANDRADE, André Martins. A perigosa extensão ao direito tributário da teoria geral das nulidade. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 5, 1996.

ANTONELLI, Leonardo P. A correção de decisões judiciais pelo Poder Legislativo. In: MATTOS, Mauro Roberto G. de; ALVES, Geraldo Mazela (coord.). *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, v. III, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

ARAÚJO, Antônio de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso. Relatório português: III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha, realizado na Guatemala em 1999. Lisboa, 2000.

ARCIDIACONO, Luigi; CARULLO, A.; RIZZA, Giovanni. *Istituzioni di dirit to pubblico*. 2ª ed. Monduzzi Editore, 1997.

ARZUA, Heron. Aspectos do procedimento administrativo fiscal. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n.º 71, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fontes do direito. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1987.

ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de lei: Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 91, 1989.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR, Romeu. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

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

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

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRAL, Welber. Notas sobre a ação civil pública em matéria tributária. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Norma incompatível com a Constituição. Não aplicação pelo Poder Executivo, independentemente de pronunciamento judicial. In: _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BATTAGLIA, Anna Flávia Lehman. O princípio da irretroatividade do direito a plicado à declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, n.° 7, 2000.

BAUM, Lawrence. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*. Tradução: Joan J. Queralt Jiménez. Barcelona: Librería Bosch, 1987.

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

BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

BIANCHI, Paolo. Giustizia costituzionale negli Stati Uniti. In: LUTHER, Jörg; ROMBOLI, Roberto; TARCHI, Rolando. *Esperienze di giustizia constituzionale - tomo I*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira:* legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, José Souto Maior. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da contribuição para a seguridade social. Lei n.° 8.870/94, art. 25, §2°. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n.° 30, 2000.

_____. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social. Contribuição social – empregador dedicado à produção rural – declaração de inconstitucionalidade – efeito "ex tunc". In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 21, 1997.

BRAVO FERNANDEZ, Ana María. Separación de poderes en Estados Unidos. Corte Suprema frente a Legislativo y Executivo entre 1933 y 1937. In: *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*: curso 1993-1994. Madrid, 1995.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Judicial review in comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BRITO, Edvaldo. A decisão administrativa que não conhece de argumentos de inconstitucionalidade da exigência, possibilita a sua inscrição válida na dívida ativa, aparelhadora da execução fiscal? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. 3° volume, São Paulo: Dialética, 1999.

BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10° aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

BULOS, Uadi Lamego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A lei n.° 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na fiscalização de normas de direito tributário. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 59, 2000.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

CAIS, Cleide Previtalli. Efeitos declaratórios da sentença em mandado de segurança impetrado em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário – vol. 3*. São Paulo: Dialética, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.° 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAMPOS, German Bidart. *La interpretacion y el control constitucionales en la jurisdiccion constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

_____. *El derecho de la Constitucion y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2. ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

_____. NADAIS, Antônio; VITORINO, Antônio. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranqüilidade discursiva. In: MIRANDA, J. (org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico.* Madrid: Editorial Trotta, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'justiça constitucional'. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, 2001.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, política e magistratura.* São Paulo: LTr, 1996.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo.* Porto Alegre: SAFE, 2002.

CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. Limites da coisa julgada em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário – vol. 3.* São Paulo: Dialética, 1999.

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

_____. *Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARULLO, A.; ARCIDIACONO, Luigi; RIZZA, Giovanni. *Istituzioni di diritto pubblico.* 2. ed. Monduzzi Editore, 1997.

CASSONE, Vittorio. *Processo tributário: teoria e prática.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveira de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CATTONI, Marcello. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva:* elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLEVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: *Debates*: A Constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, n.° 20, 1999.

_____. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.° 17, 1997.

_____. As modernas formas de Interpretação Constitucional. In: Congresso Brasileiro de Direito Constitucional: 10 anos de Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____; DIAS, Cibele Fernandes. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: BASTOS, E. de C.; BORGES JÚNIOR, O. (org.). *Novos rumos da autonomia municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

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

_____. *O direito em relação:* ensaios. Curitiba: Veja, 1983, p. 69;

_____. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

_____. *O direito e os direitos:* elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

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

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

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

COMPARATO, Fábio. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso A. Bandeira de. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2*: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

CONRADO, Paulo César. Controle de constitucionalidade pelos tribunais administrativos. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n.º 71, 1998.

CONTE, Francisco. Notas sobre o descabimento da ação civil pública em matéria tributária. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 30, 1998.

CORREIA, José de Matos. *A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*. Oeiras: Livraria Republicana, 1999.

COSTA, Joaquim Pedro Cardoso; ARAÚJO, Antônio de. Relatório português: III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha, realizado na Guatemala em 1999. Lisboa, 2000

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade processual*: um estudo para o processo do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 80, 1995.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. V. II, Padova: Cedam, 1984.

CUOCOLO, Fausto. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 6. ed. rev. amp. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

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

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

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder. (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DERGINT, Helena Beatriz do Amaral. As conseqüências da declaração de inconstitucionalidade de lei revogadora relativamente à lei revogada. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n.° 17, 1996.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n.° 55, 2000.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. III, 2001.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder. (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

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

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

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

ESTEVES, Maria da Assunção. Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10° aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FABO, Diego Marín-Barnuevo; MOLINA, Pedro M. HERRERA. Nuevas perspectivas sobre el mínimo exento familiar en la jurisprudencia alemana. In: *Revista Impuestos*. Madrid: La Ley, n.° 20, 1999.

FERRAJOLI. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRARI, Regina Macedo Neri. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed., São Paulo: RT, 1999.

_____. *Normas constitucionais programáticas*: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: RT, 2001.

FERRAZ FILHO, Tércio Sampaio O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 9, 1995.

_____.Coisa julgada em matéria fiscal: identidade de objeto. In: _____. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis n.° 9.868, de 10 de novembro e n.° 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999). In: *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, n.° 220, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Invalidade de norma: considerações sobre a invalidade das regras jurídicas escritas estatais no direito brasileiro segundo a teoria geral dos atos jurídicos. In: Revista de Direito Público, n.° 57-58, São Paulo: RT, 1981.

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

FISCHER, Octavio Campos. *Contribuição ao PIS*. São Paulo: Dialética, 1999.

FRANCIULLI NETO, Domingos. Argüição de inconstitucionalidade em Recurso Especial. In: *Revista de Processo*, n.° 103, São Paulo: RT, 2001.

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, n.° 56, 2000.

GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. In: *Revista de Direito Administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, n.° 170, 1987.

GAMA, Patrícia Calmon Nogueira. Controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei n.° 9.868/99. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n.° 220, 2000.

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

_____. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n.° 92, 1989.

GARCIA MAYNES, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*. Mexico: Textos Universitários, 1977.

GARCÍA MARTÍNEZ, Maria Asunción. *El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad*. Madrid: Editorial Trivium, 1992.

GARRIDO, Diego L.; GARROTE, Marcos F. M.; PEGORARO, Lúcio. *Nuevo Derecho Constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

GARROTE, Marcos F. M.; GARRIDO, Diego L.; PEGORARO, Lúcio. *Nuevo Derecho Constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2002.

_____. *As Constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis Editores, 2000.

_____. *Constituição da República Portuguesa e legislação complementar*. Lisboa: Âncora Editora, 2001.

GRAJALES, Adolfo Gutiérrez de Gandarrilla. Los efectos de la inconstitucionalidad de la ley fiscal y la responsabilidad del estado legislador. In: *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.° 224, Centro de Estudios Financieros, p. 144, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas - o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n.° 2, 1993.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura "sui generis"*. São Paulo: Dialética, 1999.

_____; PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da lei tributária*: repetição do indébito. São Paulo: Dialética, 2002.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo*: estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. *Quindici lezioni de diritto costituzionale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. Sistema constitucional tributário: uma aproximação ideológica. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, n. 30.

_____. Eficácia das normas constitucionais. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba: s/e, 1981.

_____. Ampla defesa e conhecimento de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 25, 1997.

_____. *Sujeição passiva tributária*. Belém: Cejup, 1986.

HÄBERLE, Peter. *La 'verfassungsbeschwerde' nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Milão: Giuffrè, 2000.

HABERMAS, Jügern. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.

HAPNER, Carlos Eduardo. Aspectos da coisa julgada e do mandado de segurança em matéria tributária. In: ALVIM, Teresa Arruda, MARINS, James e ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo tributário*. São Paulo: RT, 1994.

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la constitucion. In: _____. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. Nova York: Norton, 1999.

HORN, Hans-Rudolf. Justicia constitucional y consenso básico. In: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo II: derecho comparado. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KELSEN, Hans. Il controllo di costituzionalità delle leggi: studio comparato delle costituzioni austriaca e americana. In: _____. *La giustizia costituzionale.* Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *Quién debe ser el defensor de la Constituición.* 2. ed., Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *Teoria pura do direito.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. In: *Revista de Direito Público.* São Paulo: RT, n.° 92, 1989.

KOZICKI, Tanya Kristyane. O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e a competência do Senado para suspender a execução daqueles declarados inconstitucionais. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n.° 17, 1996.

LAFON, Jacqueline. France. In: VALLINDER, Torbjörn.; TATE, C. Neal (ed.) *The global expansion of judicial power.* New York: New York University Press, 1995.

LAVAGNA, Carlos. *Istituzioni di diritto pubblico.* 5. ed., Torino: Utet, 1982.

LEITE, Evandro Guerios. Ativismo judicial. In: *STJ: dez anos a serviço da Justiça*, v. VI, Brasília, Consulex, 1999.

LIMA JR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LUTHER, Jörger. La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania. In: _____; ROMBOLI, Roberto; TARCHI, Rolando. *Esperienze di giustizia constituzionale - tomo I.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 57, 2000.

_____. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.° 6, 1994.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Ministério Público e ação civil pública em matéria tributária. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n.° 52, 2000.

_____. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: _____. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAGIERA, Siegfried. The interpretation of the basic law. In: STARCK, Christian (ed.). *Main principles of German Basic Law: the contributions of the Federal Republic of Germany to the First World Congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983.

MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. *Do lançamento tributário:* execução e controle. São Paulo: Dialética, 1999.

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

MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o nulidad de disposiciones tributarias*. Asociación Española de Asesores Fiscales.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro:* administrativo e judicial. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Coisa julgada em matéria tributária: limites objetivos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*, São Paulo: Dialética, 3 v., 1999.

MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Milão: Giuffrè, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). *Processo administrativo tributário.* Pesquisas tributárias - Nova Série - 5. São Paulo: RT, 1999.

_____. Ação Civil Pública é veículo imprestável para a defesa de direitos individuais disponíveis. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n.° 32, 1998.

_____. Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n.° 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MATEOS, Jose Juan Moreso. Sobre normas inconstitucionales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.° 38, 1993.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira. de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: *9ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.* Florianópolis, 1982.

_____. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 75, 1999.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias.* São Paulo: RT, 1968.

MELLO, José Luiz Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*: as cortes constitucionais. São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Gustavo Miguez de. O processo administrativo tributário: algumas questões relevantes. In: MARTINS, Ives G. da Silva. (coord.). *Processo administrativo tributário.* Pesquisas tributárias - Nova Série - 5. São Paulo: RT, 1999.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas.* São Paulo: José Bushatsky, 1980.

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

_____. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n.° 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. *Controle de constitucionalidade:* aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

MESQUITA. Maria Margarida Cordeiro. *Direito de resistência e ordem fiscal: reflexões sobre o artigo 106, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa*. Coimbra,1996.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Tomo 2, Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional:* inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MOLINA, Pedro M. HERRERA; FABO, Diego Marín-Barnuevo. Nuevas perspectivas sobre el mínimo exento familiar en la jurisprudencia alemana. In: *Revista Impuestos*. Madrid: La Ley, n.° 20, 1999.

MONTORO, Ángel J. Gómez. In: PAGÉS, Juan Luis Requejo (coord.). *Comentarios a ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2001.

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

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais:* garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Comentários à lei n.º 9.882/99: argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n.° 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Legitimidade da Justiça Constitucional. In: REIGOTA. João Manoel dos Santos. et al. *Direito, ciência e arte:* estudos jurídicos interdisciplinares. Campinas: Edicamp, 2001.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

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

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

_____; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MORO, Sérgio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOUSSALLEM, Tárek Moussallem. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NADAIS, Antônio; VITORINO, Antônio; CANAS, Vitalino. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 1983.

NAVES, Nilson Vital. O Superior Tribunal de Justiça e a questão constitucional. In: Revista dos Tribunais, n.° 797, São Paulo: RT, 2002.

NEVES, M. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

NOSETE, Jose Almagro. *Justicia constitucional*: comentarios a la ley orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Dykinson, 1980.

OBERNDORFER, Peter. Tribunal da Áustria: A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais. In: VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus: Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

ÖFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista.* Tradução: Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OST, François. Prefácio. In: FALCÓN Y TELLA, M. J. *Conceito e fundamento da validade do direito.* 2. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2000.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.* Lisboa: Lex, 1993.

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

PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale.* 3. ed. Milão: Cedam, 1998.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade:* conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PARGENDLER, Ari. O recurso especial e o Código Tributário Nacional. In: *STJ: dez anos a serviço da Justiça,* v. VI, Brasília: Consulex, 1999.

PEGORARO, Lúcio; GARROTE, Marcos F. M.; GARRIDO, Diego L.. *Nuevo Derecho Constitucional comparado.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

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

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis.* 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

PONTES, Helenilson Cunha. O efeito declaratório da sentença mandamental em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário.* São Paulo: Dialética, 3 v., 1999.

_____; GRECO, Marco Aurélio. *Inconstitucionalidade da lei tributária*: repetição do indébito. São Paulo: Dialética, 2002.

PORRAS, Javier Dorado. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos:* una polémica sobre la interpretación constitucional. Madrid: Dykinson, 1997.

PRITCHETT, C. Hermann. Judicial supremacy from Marshall to Burger. In: HARMON, M. Judd (ed.). *Essays on the Constitution of the United States.* Port Washington, N.Y.: National University Publications, 1978.

PRUDENTE, Antônio Souza. Ação Civil Pública em matéria tributária: legitimação constitucional do Ministério Público. In: *Revista de Estudos Tributário*, Porto Alegre: Síntese, n. 10, 1999.

QUEIROZ, Cristina. Jurisdição constitucional e interpretação constitucional. In: MIRANDA, Jorge. (org.). *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976:* evolução constitucional e perspectivas futuras. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

_____. *Os actos políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis:* vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n.° 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Élcio Fonseca. O estado democrático de direito. Tipicidade tributária. Conceitos indeterminados e segurança jurídica. In: *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, n.° 7, 2000.

REZEK, Francisco. Ação declaratória de constitucionalidade n. 1-1 - Distrito Federal (voto). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIVERA, Reinaldo Chaves. Ação direta de inconstitucionalidade – efeitos – a cobrança de contribuições previdenciárias das agroindústrias. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 32, 1998.

RIZZA, Giovanni; ARCIDIACONO, Luigi; CARULLO, A.. *Istituzioni di diritto pubblico*. 2. ed. Monduzzi Editore, 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os 10 anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil. In: *Debates*: A Constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, n.° 20, 1999.

RODRIGUES, Nina T. Disconzi. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as lei 9.868/99 e 9.882/99. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n.° 149, 2001.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada:* pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n.° 94, 1999.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon. de Pontes. Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imunidades tributárias*. São Paulo: RT, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n.° 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n.° 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.° 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHÄFER, Gilberto. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

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

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia*: la aportación garantista a la teoria de la norma jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

SERRANO, Luis Sánchez. *Tratado de derecho financiero y tributario constitucional.* Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 1997.

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

SIERRA, Raul Boccanera. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional.* Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1982.

_____. Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional. In: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coord.). *Estudios sobre la Constitucion española:* homenaje al professor Eduardo Garcia de Enterria, *tomo I.* Madrid: Editorial Civitas, 1991.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Lei n.° 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. In: *Estudos de direito público:* homenagem aos 25 anos do mestrado em direito da UNB. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SILVA FILHO, Derly Barreto. e. Controle jurisdicional dos atos políticos do poder executivo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 8, 1994.

SILVA, Joana Lins e. *Fundamentos da norma tributária.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

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

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal.* São Paulo: RT, 1992.

SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernst. et al. (coord.). *Manual de derecho constitucional.* Madrid: Marcial Pons, 1996.

SCHNEIDER, Hans Peter Jurisdiccion constitucional y separacion de poderes. In: _____. *Democracia y constitucion.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

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

SOARES, Flávia D'Urso Rocha. Aspectos penais dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo: RT, n.° 22, 1998.

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

_____. Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10° aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____; ALEXANDRINO, José de M. *Constituição da República Portuguesa comentada.* Lisboa: LEX, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SPADARO, Antonino. Contributo per una ridefinizione della teoria della validità. In: ROMBOLI, Roberto. *La giustizia costituzionale a una svolta.* Torino: G. Giappichelli, 1991.

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

STARCK, Christian (ed.). *Main principles of German Basic Law*: the contributions of the Federal Republic of Germany to the First World Congress of the International Association of Constitutional Law. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983.

STRECK, Lênio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamento e a crise de efetividade da Constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. Nova York: Norton, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade pretérita. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1987.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Dos efeitos retroativos da declaração incidental de inconstitucionalidade e a coisa julgada em favor da fazenda pública. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOGNOLO, Osmar. Ação Civil Pública em matéria tributária. In: *Revista de Estudos Tributário*, Porto Alegre: Síntese, n.° 10, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A declaração de inconstitucionalidade e a restituição de tributos. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 8, 1996.

UBERTONE, Fermín Pedro; VANOSSI, Jorge Reinaldo. Control jurisdicional de constitucionalidad. In: BAZAN, Victor (coord.). *Desafios del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

UCKMAR, Victor. La tutela del contribuinte frente a la Corte Constitucional italiana y a la Corte de Justicia Europea. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n.° 34, 2000.

VAGLI, Giovanni. *L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo*. Pisa: Edizione Ets, 2001.

VANOSSI, Jorge Reinaldo; UBERTONE, Fermín Pedro. Control jurisdicional de constitucionalidad. In: BAZAN, Victor (coord.). *Desafios del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

VELLOSO, Carlos Mario. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito contemporâneo:* estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale*. 2. ed. Milão: Cevam, 2000.

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

VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n.° 57-58, 1981.

VITORINO, Antônio; CANAS, Vitalino; NADAIS, Antônio. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 1983.

WOLFE, Christian. *La transformacion de la interpretacion consitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y acción*: una investigación lógica. Madrid: Tecnos, 1979.

XAVIER, Alberto. A contagem dos prazos no lançamento por homologação. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.° 27, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

ZEIDLER, Wolfgang. Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha: A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais. In: VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus: Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.