

ÉRICA MARTA GAVETTI

A REPERCUSSÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE  
DE “NORMA TRIBUTÁRIA”  
EM RELAÇÃO À RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz.

CURITIBA  
1996

ÉRICA MARTA GAVETTI

A REPERCUSSÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE  
“NORMA TRIBUTÁRIA” EM RELAÇÃO À RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, na área de Direito Constitucional do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:

---

Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz, UFPR  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Regina Maria Nery Ferrari  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

---

Prof. Dr. José Roberto Vieira  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 15 de agosto de 1996

## SUMÁRIO

RESUMO .....	v
INTRODUÇÃO .....	1
<b>1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS .....</b>	<b>3</b>
1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NO BRASIL .....	3
1.1.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1891 .....	3
1.1.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1934 .....	4
1.1.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1937 .....	5
1.1.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1946 .....	5
1.1.5 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 16, DE 26/11/65 .....	7
1.1.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969 .....	8
1.1.7 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	8
1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NO PANORAMA MUNDIAL .....	10
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL .....</b>	<b>16</b>
2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E EFETIVIDADE DAS LEIS .....	16
2.2 HIERARQUIA DAS LEIS .....	25
2.2.1 O racionalismo dogmático ou normativismo jurídico de Hans Kelsen, segundo Maria Helena Diniz .....	27
2.2.2 O normativismo lógico de Hans Kelsen segundo Miguel Reale .....	29
2.3 VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA .....	35
2.4 DA INCONSTITUCIONALIDADE .....	37
2.4.1 Por omissão .....	37
2.4.2 Por ação .....	40
2.5 DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS .....	41
2.6 DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS .....	43

2.6.1 VIA DE DEFESA .....	43
2.6.2 VIA DE AÇÃO .....	44
2.7 DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE .....	46
<b>3 A NATUREZA JURÍDICA DOS PAGAMENTOS REALIZADOS E O EFEITO <i>EX TUNC</i> DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM VIA DE AÇÃO DIRETA, DE NORMA “TRIBUTÁRIA” .....</b>	<b>52</b>
3.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO .....	52
3.2 DA RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO .....	61
CONCLUSÕES .....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	75

## RESUMO

Este trabalho teve por objetivo estudar os efeitos da declaração direta de inconstitucionalidade de dispositivo normativo que determina a cobrança de tributo, em relação ao direito de restituição. A questão cinge-se à verificação da “natureza jurídica” de pagamento efetuado a título de “tributo” cujo texto normativo determinante seja declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em via de ação direta. Demonstrou-se que, em função do efeito *ex tunc* das declarações diretas de inconstitucionalidade desses dispositivos normativos, o pagamento efetuado não tem natureza jurídica tributária, caracterizando-se como “pagamento indevido” de natureza não tributária. Em seguida percorreu-se sobre a extinção do direito à restituição, que não deve ser regulado pelo Código Tributário Nacional e sim pelo Código Civil e demais regras concernentes às ações contra a Fazenda Pública em geral, o que na prática consubstancia importantes diferenças nos procedimentos adotados, notadamente no que concerne à compensação e restituição. Como consequência, foi demonstrado que a exigibilidade de comprovação do não repasse aos custos pelo contribuinte *de jure* do “tributo” declarado inconstitucional não pode ser exigência válida, pois não possui hipótese de previsão legal dentro da legislação civil, assim como não é igualmente válida a restrição à mesma natureza. Quanto à restituição, demonstrou-se que o prazo prescricional da ação competente deve ser contado a partir da declaração de inconstitucionalidade e não do efetivo pagamento, pela aplicação da legislação não tributária à questão. Analisaram-se, ainda, as duas formas de recuperação do “indébito” — a compensação e a restituição —, seus procedimentos, natureza, etc., bem como a questão do início da contagem dos prazos para essa recuperação. Concluiu-se que à restituição dos valores pagos indevidamente a título de tributo são aplicáveis as regras do direito civil e não aquelas tributárias, pela natureza jurídica não tributária dos pagamentos efetuados, determinada pelo efeito *ex tunc* da declaração direta de inconstitucionalidade, que em nosso sistema constitucional apenas declara a nulidade do dispositivo.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS .....	3
1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NO BRASIL .....	3
1.1.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1891 .....	3
1.1.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1934 .....	4
1.1.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1937 .....	5
1.1.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1946 .....	5
1.1.5 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 16, DE 26/11/65 .....	7
1.1.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969 .....	8
1.1.7 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	8
1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NO PANORAMA MUNDIAL .....	10
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL .....	16
2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E EFETIVIDADE DAS LEIS .....	16
2.2 HIERARQUIA DAS LEIS .....	25
2.2.1 O racionalismo dogmático ou normativismo jurídico de Hans Kelsen, segundo Maria Helena Diniz .....	27
2.2.2 O normativismo lógico de Hans Kelsen segundo Miguel Reale .....	29
2.3 VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA .....	35
2.4 DA INCONSTITUCIONALIDADE .....	37
2.4.1 Por omissão .....	37
2.4.2 Por ação .....	40
2.5 DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS .....	41
2.6 DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS .....	43
2.6.1 VIA DE DEFESA .....	43
2.6.2 VIA DE AÇÃO .....	44
2.7 DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE .....	46

3 A NATUREZA JURÍDICA DOS PAGAMENTOS REALIZADOS E O EFEITO <i>EX TUNC</i> DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM VIA DE AÇÃO DIRETA, DE NORMA “TRIBUTÁRIA” .....	52
3.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO .....	52
3.2 DA RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO .....	61
CONCLUSÕES .....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	75

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar os efeitos da declaração **direta** de inconstitucionalidade de dispositivo normativo que determina a cobrança de tributo, em relação ao direito de restituição.

A questão cinge-se à verificação da “natureza jurídica” do pagamento efetuado, cujo texto normativo determinante é declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, **em via de ação direta**.

Pretende-se demonstrar que em função do **efeito *ex tunc*** das declarações **diretas** de inconstitucionalidade destes dispositivos normativos, o pagamento efetuado não tem natureza jurídica tributária, caracterizando-se enquanto “pagamento indevido”, entretanto, repita-se, **de natureza não tributária**.

Caracterizada a natureza não tributária do pagamento efetuado nestas condições (em virtude de dispositivo normativo “tributário” declarado inconstitucional em via de ação direta), discorre-se acerca da extinção do direito à restituição, que não deve ser regulado pelas regras de Direito Tributário (Código Tributário Nacional) e sim pelo ordenamento civilista (Código Civil) e demais regras concernentes às ações contra a Fazenda Pública, de qualquer natureza, o que, na prática, consubstancia diferenças importantes nos procedimentos adotados, inclusive pela legislação ordinária, no concernente aos institutos da compensação e mesmo da restituição.

Num primeiro momento, sentimos a necessidade de esboçar o panorama histórico-evolutivo acerca do estudo científico do tema central mais amplo deste trabalho — o controle da constitucionalidade das leis —, que se



faz necessário para a sedimentação de algumas premissas básicas que serão utilizadas no desenvolvimento do estudo proposto, como o efeito *ex tunc* da declaração em *via de ação direta de inconstitucionalidade dos textos normativos*, a força desta declaração, os exemplos do direito comparado e a experiência brasileira.

No segundo capítulo, onde se fundamenta o estudo proposto, tratamos, genérica e sinteticamente, do controle da constitucionalidade das leis no Brasil de forma, quanto às formas de fiscalização, sua aplicabilidade e conseqüências. Enfatizamos a questão dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade de dispositivo normativo, em especial o efeito *ex tunc* da declaração em via de ação *direta*.

O terceiro é o capítulo que trata do tema delimitado. Analisamos em primeiro lugar a natureza jurídica do pagamento efetuado aos cofres públicos em obediência ao comando normativo declarado inconstitucional em via de ação direta e a eficácia do efeito *ex tunc* desta declaração sobre o comando normativo expurgado do mundo jurídico.

Analisamos, ainda, a questão dos prazos e das formas de recuperação do indébito, quer pelo pedido de restituição, quer pela compensação civil, formalizando a parte mais prática do presente estudo.

No capítulo conclusivo, tecemos uma análise sobre todo o estudo até então desenvolvido, em síntese apertada de todos os tópicos abordados, extraindo a conclusão final a que se pode chegar de todo o trabalho de pesquisa elaborado.

Buscamos conduzir este trabalho com objetividade, dentro dos parâmetros da pesquisa científica, devido, principalmente, ao caráter eminentemente prático do tema abordado.

# 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

## 1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NO BRASIL

### 1.1.1 A Constituição de 1891

No Brasil dos tempos do Império o direito pátrio sofria influência direta do pensamento europeu, socorrendo-se da experiência principalmente vivida pelo direito francês e inglês. Por isto, a Constituição de 1824, assim como os modelos francês e inglês da época (lei como expressão da vontade geral e da supremacia do parlamento, respectivamente) não contemplava nenhum dos mecanismos de controle judicial das leis.<sup>1</sup>

O controle era, entretanto, exercido pelo Poder Legislativo, muito embora a Constituição de 1824 não regulasse o seu *modus operandi*. Ressalte-se que cabia ao Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, solucionar os conflitos havidos entre os Poderes, o que impossibilitava qualquer atitude por parte do Judiciário na tentativa de exercer o controle da constitucionalidade das leis, sob pena de usurpação da competência do Parlamento (soberano).<sup>2</sup>

Foi na Constituição de 1891, desta vez elaborada sob fortíssima influência do direito norte-americano, que se admitiu no direito pátrio, pela

<sup>1</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 63.

<sup>2</sup> Segundo o Prof. Clèmerson (*A fiscalização abstrata....*, p. 64), “O dogma da ‘soberania do Parlamento’, a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explica a inexistência de um modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império”.

primeira vez, algum tipo de fiscalização judicial de constitucionalidade de lei (art. 59, § 1<sup>a</sup>, “a”). Era um controle difuso, incidental e sucessivo.

Muito embora somente tenha sido positivada na Constituição de 1934, foi na Constituinte de 1891 que se discutiu pela primeira vez a possibilidade de conferir ao Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, a competência para julgar a chamada *representação interventiva* que antecedeu em nosso direito pátrio o controle abstrato da constitucionalidade das leis.<sup>3</sup>

### 1.1.2 A Constituição de 1934

A Constituição de 1934, em seu artigo 76, III, “b” e “c”, manteve o controle difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade das leis instituído na Constituição de 1891, com as alterações da Reforma de 1926, inovando, entretanto, na exigibilidade de maioria absoluta dos membros dos tribunais quando da declaração de inconstitucionalidade das leis (art. 179), na suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal (arts. 91, VI e 96) e na criação da **representação interventiva** (art. 41, § 3<sup>o</sup>) que, segundo Gilmar Ferreira MENDES “foi a antecessora do controle abstrato de normas no Direito brasileiro”<sup>4</sup>.

Outorgou-se legitimidade ao Procurador-Geral da República para provocar o Supremo Tribunal Federal a decidir sobre a constitucionalidade da lei de intervenção federal do Estado-membro que inobservasse os “princípios constitucionais sensíveis” estabelecidos no art. 7<sup>o</sup>, I, letras “a” e “h” da Constituição.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 60.

<sup>4</sup> *Jurisdição constitucional*, p. 60.

<sup>5</sup> CLÈMERSON..., *A fiscalização abstrata*, p. 68.

### 1.1.3 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937, por ter sido instituída sob a influência da filosofia de uma ditadura, suprimiu algumas das conquistas da sua antecessora — como a previsão da representação interventiva e da suspensão de execução de lei declarada inconstitucional. Manteve o modelo original da Constituição de 1891 e a exigência de maioria absoluta dos membros dos tribunais na declaração da inconstitucionalidade das leis. Em caso de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, mas considerada pelo Chefe Supremo Executivo como “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, previu o Constituinte (art. 96, parágrafo único) a hipótese de submetê-la à apreciação do Parlamento, que, em confirmando-a, torna sem efeito a decisão do Judiciário. Enfraqueceu-se o Judiciário dotando de superpoderes o Executivo, que, por força da não convocação do Legislativo naquela época, passou a exercitar por meio de decreto-lei os poderes daquele dispositivo Constitucional.<sup>6</sup>

### 1.1.4 A Constituição de 1946

Restabeleceu-se, com a Constituição de 1946, o controle judicial de constitucionalidade das leis nos moldes da Constituição de 1934. Quanto ao controle difuso, manteve-se a competência do Supremo, a exigibilidade de maioria absoluta das decisões dos tribunais e a competência do Senado Federal para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não foi mantido o artigo 96, parágrafo único da Constituição anterior.

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade : aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 180.

Com relação à representação interventiva, restabelecida na Carta de 1946, a inclusão da possibilidade de terceiro — e não mais tão somente do Poder Legislativo — de solicitar ao Procurador-Geral da República a provocação do Supremo Tribunal Federal para exercer a fiscalização da constitucionalidade da representação interventiva suscitou controvérsias acerca da sua “obrigatoriedade” em instaurar o processo ou da sua “faculdade” em não fazê-lo quando entendesse impertinente o pedido.

A opinião de Alfredo Buzaid e de Themístocles Brandão Cavalcanti de que o Procurador-Geral da República ao formular a representação o fazia pelo interesse da comunidade, funcionando, pois, como substituto processual, caracterizando-se aí a “obrigatoriedade” de seu ato, contribuiu para a configuração daquele processo enquanto ação declaratória de constitucionalidade de lei.<sup>7</sup> O Prof. Clèmerson Merlin CLÈVE entende implicar a representação interventiva numa “fiscalização concreta da constitucionalidade, embora exercitada por via de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo”<sup>8</sup>.

Concluimos, com Gilmar Ferreira MENDES e Alfredo BUZOID, que “na prática, foi a *representação interventiva* utilizada exclusiva ou fundamentalmente como processo de controle de normas”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Gilmar Ferreira MENDES (*Jurisdição constitucional*, p. 62), a propósito da questão posta, ressalta que o elevado número de representações interventivas propostas até 1965 comprovam a transmutação do instituto de simples forma de composição de conflitos para um efetivo meio de controle de normas. Mais, que o Procurador-Geral da República limitava-se, em muitos casos, a encaminhar o pedido formulado, manifestando-se contra a pretensão expendida e, “ao assim proceder, o Procurador-Geral da República convertia a representação interventiva em um processo de controle de normas de conteúdo positivo (ação declaratória de constitucionalidade).”

<sup>8</sup> CLÈVE, *A fiscalização abstrata...*, p. 71.

<sup>9</sup> MENDES, *Jurisdição constitucional*, p. 64.

### 1.1.5 Emenda Constitucional, de 26/11/65

Foi a Emenda Constitucional 16/65, em plena ditadura militar que instituiu o controle abstrato de constitucionalidade das leis, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, mediante iniciativa do Procurador-Geral da República (art. 101, 1, "k").

Ressalte-se que o papel do Procurador-Geral da República na interposição da representação interventiva e do controle abstrato diverge sobremaneira: naquele funciona como representante dos interesses gerais do povo, neste como "*advogado da Constituição*, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional"<sup>10</sup>.

Dentre as diferenças havidas entre os dois institutos, registramos a que concerne aos efeitos produzidos pelas decisões do Supremo. Na representação interventiva, para ter eficácia, a decisão devia ser comunicada ao Presidente da República, que deflagraria o processo interventivo. No controle abstrato, entretanto, **a eficácia da decisão proferida operava efeitos *erga omnes*, independentemente de qualquer outro ato.**

O Prof. Gilmar Ferreira MENDES critica a redação utilizada pelo legislador na instituição do controle abstrato. Entende que a mera existência de "controvérsia constitucional" motivadora do encaminhamento pelo Procurador-Geral da República da ação que proporciona o controle abstrato legitimá-lo-ia a propor tanto ação declaratória de inconstitucionalidade quanto de constitucionalidade, dependendo de seu próprio entendimento.<sup>11</sup> As críticas expostas persistem para as pequenas modificações do texto da Constituição de 1967/1969 e alterações.

<sup>10</sup> MENDES, *Jurisdição constitucional*, p. 65.

<sup>11</sup> MENDES, *Jurisdição constitucional*, p. 72.

Outra novidade, agora contida na Emenda Constitucional 16/65, é a previsibilidade de fiscalização de constitucionalidade de norma municipal frente à Constituição Estadual, de competência do Tribunal de Justiça dos Estados.

#### 1.1.6 A Constituição de 1967/1969

A Constituição de 1967 não trouxe significativas modificações no tema em estudo. Já a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, permitiu a representação interventiva pelos Estados, com relação as leis municipais (art. 15, § 3º, “d”), mas foi a Emenda Constitucional nº 7/77 que contribuiu com importantes inovações, em especial com a previsão da concessão de liminar nos requerimentos de competência do Procurador-Geral da República (art. 119, I, “p”).

#### 1.1.7 A Constituição de 1988

Operou-se, em verdade, um aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade de leis no Brasil após a promulgação da Constituição Cidadã.

Foi criada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que advém da inércia ou do silêncio de qualquer órgão do poder que deixa de praticar o ato que, por força da própria Constituição, lhe é imputado praticar.

O art. 103, § 2º, passou a regular a omissão inconstitucional oriunda do não-agir dos órgãos dos três poderes constituídos, sem restrições, sendo mais difíceis de detectar, sem dúvida, as do Poder Legislativo. José Joaquim Gomes CANOTILHO afirma que “o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um

simples negativo de ‘não-fazer’, trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”<sup>12</sup>.

Entretanto, constitui-se requisito essencial à ação do Supremo Tribunal Federal que a omissão tenha conexão com uma norma individualizada, não cabendo a violação ao conjunto de disposições e princípios, e sim, determinado preceito.<sup>13</sup>

Da mesma forma que a Constituição de 1988 instituiu o artigo 102, I, “q”, o Mandado de Injunção<sup>14</sup>, previu no artigo 125, § 2º, a ação direta de inconstitucionalidade dos atos normativos municipais frente às Constituições Estaduais e outras modificações que não interessam especificamente à questão posta.

Ampliou sobremaneira a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade das leis (art. 103, incisos) o que fez cessar a discussão acerca do papel do Procurador-Geral da República, ocasionando — juntamente com a possibilidade de concessão de provimento cautelar que suspenda imediatamente a eficácia do dispositivo questionado — uma melhor solução, por via de ação direta, para as grandes questões constitucionais.

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra : Coimbra, 1982. p. 335.

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra, 1988, p. 403.

<sup>14</sup> O mandado de injunção assim como a ação de inconstitucionalidade por omissão constituem os remédios constitucionais contra as omissões legislativas. Muito se tem discutido acerca da eficácia desses dispositivos. Enquanto esta permite o controle abstrato das omissões legislativas, aquele — o mandado de injunção — é, na realidade, verdadeira “ação constitucional de defesa”. A doutrina tem tecido severas críticas à “imperfeição técnica do dispositivo que o contempla” (Prof. Clèmerson CLÈVE, *Fiscalização...*, p. 246), notadamente no que concerne ao provimento judicial previsto. Com efeito, a princípio entendeu o Supremo Tribunal Federal inadmissível que a sentença em mandado de injunção tivesse o condão de “elaborar” a norma inexistente, suprindo-se, ainda que apenas para o caso concreto, a inconstitucionalidade da omissão legislativa, por invasão de competência (do Legislativo ou do Executivo). Dessa forma, determinava a notificação ao omissor para elaborar o ato cuja omissão fora declarada inconstitucional. Equiparou-se o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, esvaziando-se seu conteúdo e finalidade. Recentes decisões, entretanto, têm conferido prazo para que o omissor supra a omissão, sob pena de o provimento judicial regular a omissão, com efeitos *inter partes*.



A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>15</sup>

Emprestamos de Gilmar Ferreira MENDES a conclusão supracitada para evidenciar a importância deste instituto (ação direta...) no cenário jurídico pátrio, que fundamentou a delimitação do tema objeto do presente estudo.

## 1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO PANORAMA MUNDIAL

Da obra de Mauro CAPPELLETTI<sup>16</sup> destacamos o capítulo segundo, onde o mestre italiano traz em síntese um panorama histórico acerca do controle de constitucionalidade das leis no mundo.

O referido autor italiano inicia seu estudo pela tese de James A.C. Grant de que antes o controle **jurisdicional** das leis partiu de uma idéia norte-americana, isso no decorrer do século XIX, pois que anteriormente não se verificara um sistema de controle de validade das leis confiado aos tribunais (com caráter judicial). Critica, apenas historicamente a posição defendida por Grant.

Muito embora o sistema do *Judicial Review* tenha sido a semente que fez brotar nos demais sistemas constitucionais ocidentais a fiscalização da validade das leis, antecedentes são localizáveis na história, como a experiência grega acerca da ilegitimidade das *pséfismatas* frente às *nómoi* na antiga cidade

<sup>15</sup> MENDES, *Jurisdição constitucional*, p. 80.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre : S. Fabris, 1984.

de Atenas ou mesmo frente às concepções medievais e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, bem como das colônias inglesas que adotaram a “common law” preconizada pelo Lord Coke.

Entretanto, conclui admitindo que, não obstante os anteriores precedentes históricos da aplicação de um “controle judicial da constitucionalidade das leis”, a contribuição americana, notadamente após a célebre decisão do juiz Marshall no caso *Marbury X Madison*, foi que configurou o instituto como hoje se conhece.

Ora, a grande contribuição norte-americana com o sistema do *judicial review*, segundo CAPPELLETTI, foi a determinação da concepção de supremacia Constitucional e da diferenciação entre as constituições rígidas e as flexíveis. Quanto à contribuição da “supremacia Constitucional”, ressalta o autor:

É de todo evidente — diz-se com precisão naquela sentença — que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não existe meio termo entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo...E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo “ocidental” tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e jurisprudência que a aplicou [sem grifo no original].<sup>17</sup>

Como precedentes históricos da *judicial review* norte-americana, o autor italiano descreve a distinção existente no Direito ateniense, à época da Grécia antiga, entre os *nómoi* e as *psefismatas*.

As *nómoi* eram leis “em sentido estrito” que regulamentavam a organização do Estado e necessitavam de um procedimento especial para sua

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, p. 47-48.

No entanto, tanto uma como outra concepção mantinham uma unanimidade: a hierarquia das leis havia de ser respeitada. Não se cogitava da existência no mundo jurídico de normas positivas que contrariassem as “naturais”, fossem de inspiração divina, de cunho teleológico e transcendental ou apenas paradigmas fundados na moral e nos valores intrínsecos da humanidade.

Pois bem, toda a discussão teórica sobre o direito natural e o direito positivo, seus conflitos e superioridade parecia não surtir efeitos práticos em matéria de fiscalização de validade de normas por tratar-se de “*ordens jurídicas*” ou “*sistemas jurídicos*” diversos. Até que se fez necessário “positivar o direito natural”, na expressão de CAPPELLETTI, o que será feito “apenas a partir das modernas Constituições ‘rígidas’, do moderno ‘constitucionalismo’ que se inicia, como já reconheci, com a Constituição dos Estados Unidos”<sup>19</sup>.

Entretanto, o autor pretendeu ainda discorrer sobre a questão do precedente imediato à doutrina norte-americana, chegando a concluir que o “Governo dos Juízes” norte-americano nasceu exatamente da “Supremacia do Parlamento Inglês”.

Ressalta o autor que a supremacia do Parlamento na Inglaterra foi, até meados do Séc. XVII, mais que um dogma, uma tradição. A lei não era criada, apenas declarada pela vontade do Soberano, que dispunha do “dom” da divindade. Entretanto o reinado absoluto da supremacia da Parlamento Inglês viu-se ameaçada com o aparecimento da doutrina da “common law” segundo a qual havia preceitos supremos, constituídos do próprio comportamento da sociedade, que deveriam ser respeitados quando da elaboração das leis “escritas”, em face de sua reconhecida supremacia. As normas passavam a ser ditadas pelo próprio povo e não somente declaradas pelo soberano.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, p. 56.

Foi então que Sir Edward Coke, travando sua luta contra os arbítrios de James Stuart I, defendeu a aplicação da hierarquia da “common law” em contraposição à supremacia do Parlamento, garantida pelos juízes.

O sistema da “common law”, até hoje em vigor na Inglaterra, consiste na construção do direito “consuetudinário” — normas ditadas pelo comportamento da própria sociedade, não impostas pelo Parlamento, que deve observá-las na elaboração das “statutory law”.

A autoridade da “common law” e sua hierarquia sobre a “statutory law” foram dogmas aceitos pela ordem vigente à época. Restava definir a quem competia garantir a supremacia da “common law”. Havia os que defendiam que tal poder competiria ao Rei, a quem Coke respondia que a apreciação da observância das “statutory law” aos preceitos da “common law” prescindia de conhecimentos específicos da ciência do Direito, competindo, apenas aos juízes e não a qualquer outro Poder, ao Rei por não dispor destes conhecimentos específicos e ao Parlamento por não poder apreciar a validade de seus próprios atos.

A doutrina de Coke foi, durante muito tempo, não somente na Inglaterra **como também nas colônias americanas**, o símbolo da luta contra o absolutismo, quer do Rei, quer do Parlamento, tendo sido reconhecida pelos tribunais. Na Inglaterra, com a revolução de 1688 abandonou-se em definitivo a doutrina de Coke para retomar-se a supremacia do Parlamento, até hoje em vigor. Entretanto o mesmo não se deu com relação às colônias inglesas na América.

As colônias — lembra CAPPELLETTI as lições de Grant<sup>20</sup> — foram regidas por Cartas que, determinando sua criação, serviam como primitivas

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, p. 60-61.

“Constituições”, pois além de regulamentar as suas estruturas jurídicas fundamentais **serviam de paradigma para a legislação das colônias**.

As Cartas permitiam a elaboração de leis pelas colônias, desde que não contrariassem as leis da Inglaterra e fossem “razoáveis”. Portanto, inúmeras decisões foram tomadas no sentido de aceitar que os juízes aplicassem as leis das colônias que não fossem contrárias às da Inglaterra.

As leis das colônias eram submetidas ao controle judicial de sua validade frente ao ordenamento do Reino, consubstanciado pelas leis do Parlamento.

Manteve-se a supremacia do Parlamento na Inglaterra, instituindo-se a supremacia do judiciário para o controle da validade das leis nas colônias.

Segundo o mestre italiano, este precedente imediato é o cerne da “judicial review” norte-americana. Veja-se:<sup>21</sup>

Mais de um século de história americana e de imediato, unívocos precedentes (64) estavam, por conseguinte — e é bom sublinhá-lo — por detrás do Chief John Marshal quando ele, em 1803, também sob a égide do bastante confuso art. VI, cláusula 2<sup>a</sup>., da Constituição Federal de 1787, proclamou, em clara voz, no caso *Marbury versus Madison*, o “principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void ; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument”.

Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, como já me parece ter exaustivamente demonstrado, não um gesto de improvisação, mas antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal.

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, p. 63.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

### 2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E EFETIVIDADE DAS LEIS

Como introdução ao tema proposto, faz-se necessário tratar de um aspecto de muita relevância, que é a análise do controle da constitucionalidade das leis como instrumento para assegurar a efetividade das Constituições. Para tanto, mister se faz uma incursão breve nas questões mais teóricas que envolvem os temas Estado Democrático de Direito, Lei, Constituição enquanto Norma Fundamental, sua Legitimidade, etc.

Jorge NOVAIS defende uma concepção de Estado Democrático (social) de Direito em que a ordem constitucional das sociedades é constituída por princípios consolidados a partir das transformações econômicas e sociais “democraticamente decididas”, permitindo-se, pois, a interligação da lei e da democracia na construção do Estado Social.<sup>22</sup>

Abstemo-nos neste momento de maiores considerações acerca da evolução da relação Lei e Democracia, principalmente porque o grande enfoque aqui tratado é a Constituição e é dela que agora nos ocupamos. Passemos, pois, a distinguir as normas constitucionais das ordinárias.

O que pretendemos, a princípio, é focar a Constituição como Norma Fundamental, para o que não importa apenas a análise da Hierarquia

<sup>22</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 29, p. 233, 1987.

das Leis, que tem seu fundamento filosófico-jurídico nas três correntes fundamentais da Filosofia do Direito — a sociológica, a positivista (principalmente) e a jusnaturalista —, sendo necessária, também, a abordagem da questão de sua legitimidade e origem.

De Raul Machado HORTA extraímos a concepção de Poder Constituinte como aquele que confere grau de superioridade e permanência formais a determinada categoria de regras, que se desdobra nas regras constitucionais e nas ordinárias.<sup>23</sup>

É essa distinção que confere a Constituição o atributo de rigidez, instituindo uma hierarquia entre as leis constitucionais e as ordinárias. Dessa rigidez extrai-se sua intangibilidade, também atributo componente da supremacia Constitucional.

Segundo o Prof. Clèmerson Merlin CLÈVE, nem mesmo essa supremacia é suficiente para a compreensão da Constituição como Lei Fundamental, mas igualmente “a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente essa referida qualidade”<sup>24</sup>.

Não se pode desprezar o conteúdo axiológico (material) que compõe as normas constitucionais e, juntamente com os pressupostos e atributos formais já citados, a caracteriza como “paradigma máximo” do ordenamento jurídico.

Aliás, essa “politização” das normas constitucionais possibilita uma análise “jurídica” que consubstancia o cerne da questão da fiscalização de constitucionalidade das leis.

<sup>23</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 138.

<sup>24</sup> CLÈVE, A *fiscalização abstrata...*, p. 20.

A “legitimidade” constitucional pressupõe certas distinções, como a de legítimo e legal, que se originaram, especialmente das teorias de Norberto Bobbio e Carl Schmitt e são analisadas por pensadores contemporâneos para fundamentar a incompatibilidade entre o direito positivo e o direito natural, entre lei e “moral”, entre ordenamento legal e anseios “abstratos”, e até para fundamentar o que desde Aristóteles se configura como um dos maiores dilemas da Filosofia do Direito: a incongruência, a disparidade a dissemelhança entre a LEI e a JUSTIÇA.

A expressão *legitimidade*, que no início assumira significado muito mais de “moralidade” com o passar do tempo e a evolução dos acontecimentos acabou por assumir uma conotação empírica, passando a representar os anseios sociais, culturais, econômicos e até políticos da sociedade. Dessa forma, a partir do Séc. XIX, com o advento das diversas “teorias do reconhecimento” (ex. Weber), legítimo passou a ser o ordenamento legal ou até os governos, suas conseqüências e decisões, **desde que aceitos como tal**. Passou-se, pois, a transferir a responsabilidade pelo reconhecimento de um ordenamento jurídico ou de um governo à aceitação dos atingidos pelo campo de abrangência, seja da legislação seja do governo em questão.

Veja-se que podemos, de maneira despretensiosa e por demais simplista, afirmar que legal é aquilo que vem amparado pela letra da lei e legítimo é o que vem amparado pela letra da lei e é reconhecido pela sociedade. Daí nos depararmos com situações de ilegitimidade de determinadas leis.

E neste ponto é que encontramos outra dualidade, não menos polêmica ou importante, que é a diferença entre “legítimo” e “válido”.



Na realidade, os dois conceitos se confundem, uma vez que o termo validade (e seus correlatos — vigência, eficácia, vigor) expressa uma qualidade “material” muito mais acentuada do que as noções difusas da legitimidade.

Portanto, analisa-se a validade das leis (e congêneres) e a legitimidade dos governos (e suas decisões) e das Constituições.

Lembrando as palavras de Tércio SAMPAIO, o par conceitual válido/inválido permite um procedimento de discriminação que culmina numa exclusão — uma norma é válida ou não o é; o par legítimo/ilegítimo permite, é verdade, um procedimento de discriminação que, porém, serve para orientar uma inclusão: a noção de legitimidade em oposição a ilegitimidade é usada pela dogmática para legitimar um preceito ou uma prática constitucionais.<sup>25</sup>

Lembramos, ainda, as lições de CANOTILHO quando trata da legitimidade constitucional: para ele, “o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua ‘bondade intrínseca’”<sup>26</sup>.

Os princípios<sup>27</sup> que conferem legitimidade à Constituição constroem sua supremacia com base na hierarquia das normas, que carece de defesa, esta,

<sup>25</sup> FERRAZ, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGKALIAS, Ritinha S. **Constituição de 1988 : legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo : Atlas, 1989. p. 11-14.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra : Almedina, 1993. p. 111.

<sup>27</sup> Para Celso Antonio Bandeira de MELLO, em artigo intitulado Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, publicada na *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 5-35, define *Princípio* como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. Esses princípios são aqueles que representam os anseios da sociedade conformada pela Constituição. Num Estado Democrático de Direito, são a igualdade, a liberdade, a representatividade, etc.

através do mecanismo do controle (ou fiscalização) da constitucionalidade das leis.

A par da questão da sua legitimidade, é importante o enfoque de sua efetividade.

Para conceituar *efetividade*, servimo-nos das lições de Hans KELSEN *apud* Luis Roberto BARROSO, que a entende intimamente ligada à eficácia social da norma, qual seja, ao seu efetivo cumprimento.

Ressalta o autor que “**efetividade** significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão tímida quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”<sup>28</sup>.

A efetividade da norma depende, em primeira análise, de sua eficácia jurídica, qual seja, sua “aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios”<sup>29</sup>. Não se restringe, aqui, a verificar a mera existência da norma, mas busca-se saber se ela é formalmente capaz de produzir os efeitos pretendidos. A partir de então pode-se analisar a sua eficácia social, que leva à sua efetividade.

A efetividade das normas jurídicas resulta, comumente, do seu cumprimento espontâneo. A insubmissão da sociedade à norma pode ocorrer quando esta confronta-se com um sentimento social arraigado, contrariando as tendências prevaletentes na sociedade. Quando isto ocorre, ou a norma cairá em desuso ou sua efetivação dependerá da freqüente utilização do aparelho de coação estatal.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro : Renovar, 1993. p. 78-83.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 79.

Veja-se que a Constituição não somente conforma a sociedade como também é por ela conformada, à medida que consubstancia princípios, valores, que representam os anseios da sociedade na consecução da Justiça. É a Constituição, pois, dotada de “alto grau de abstração e baixa densidade normativa”, para citar o Prof. Clèmerson CLÈVE<sup>31</sup>. Essa “baixa densidade” não deve ser confundida com “ausência” de normatividade. À Constituição não se pode negar a caracterização enquanto “complexo normativo” de efeitos vinculantes aos órgãos administrativos e demais ordenamentos legais. Entretanto, por vezes, necessita de “instrumentos” externos que assegurem a efetividade de seus comandos normativos.

Dentre tais “instrumentos” encontra-se o controle da constitucionalidade das leis, que se presta a garantir, quando suscitada, o respeito, a aplicabilidade, a total observância dos comandos normativos e preceitos que consubstanciam as Constituições.

A efetividade, pois, está intimamente ligada à legitimidade (adotando-se o conceito expandido linhas antes).

Não podemos, neste momento, confundir os conceitos *efetividade* e *eficácia jurídica*. Enquanto aquele traz uma noção maior de “exeqüibilidade”, de concretização, dotado de uma característica mais “material”, este enseja uma conceituação de observância mais formal. Não se confunda, igualmente, *eficácia social* com *eficácia jurídica*: enquanto a primeira traduz o respeito da sociedade à norma, a segunda significa capacidade de a norma produzir efeitos no mundo jurídico. A efetividade não diz respeito apenas à observância da norma pela sociedade, mas a viabilização dessa observância como um todo.

<sup>31</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata...

Os pressupostos para que se exerça o controle da constitucionalidade das leis podem ser condensados na existência de uma Constituição formal; na compreensão da Constituição como Norma Fundamental (caracterizada pela rigidez, supremacia e dualidade — leis ordinárias e constitucionais) e na previsão de pelo menos um órgão competente para exercê-la.

Ora, presentes tais pressupostos, viável a fiscalização da constitucionalidade que deve ser acionada para garantir o fiel cumprimento da Constituição, assegurando-se sua efetividade.

Abstemo-nos, neste momento, de dissecar os tipos de inconstitucionalidade e os modelos adotados pelos diversos ordenamentos para tal controle, para nos concentrarmos apenas no seu objetivo enquanto instrumento de garantia de efetividade da Constituição.

A questão da efetividade constitucional pode ser melhor verificada no que toca aos Direitos Fundamentais. As normas que exprimem tais direitos (dotados de alto grau de abstratividade, geralmente) carecem de uma interpretação que lhe reconheça a maior “eficácia” possível. Portanto, por vezes submetem-se atos ou dispositivos normativos infraconstitucionais ao crivo dos comandos constitucionais a fim de que esses mesmos comandos possam ser cumpridos.

Isso pode ser exemplificado com a norma constitucional que assegura o direito à liberdade. Devido a seu alto grau de abstração, por vezes se faz necessário submeter determinado ato ou norma legal à fiscalização genérica acerca de possível descumprimento a esse direito.

Diversas são as propostas de classificação das normas constitucionais, como a divisão tricotômica de José Afonso da SILVA<sup>32</sup>, quanto à eficácia, em *normas de eficácia plena; normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada*, ou a de Celso Ribeiro BASTOS e Carlos Ayres de BRITO<sup>33</sup> em *normas de integração e normas de mera aplicação* (quanto ao modo de incidência) e *normas de eficácia plena e normas de eficácia parcial* (quanto à produção de efeitos), ou a sistematização proposta por Luis Roberto BARROSO<sup>34</sup>, em *normas constitucionais de organização; normas constitucionais definidoras de direitos e normas programáticas*. E, ainda, a tese apresentada por Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO na IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil em Florianópolis, em 1982<sup>35</sup>, que, enfocando a Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social, distinguiu-as em três categorias distintas: *normas concessivas de poderes jurídicos; normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida*.

Não obstante a diversidade de normas que compõem uma Constituição, não se pode pretender subtrair-lhes a eficácia, quer jurídica, quer social. Mesmo as normas “meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida” ou “programáticas” são capazes de produzir os efeitos pretendidos por conferirem, de imediato, o direito aos tutelados de opor-se judicialmente

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, título II, capítulos II, III e IV

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres, *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 122.

<sup>34</sup> O direito constitucional, cap. V.

<sup>35</sup> Bandeira de MELLO, Celso Antonio. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (9. : 1982 : Florianópolis, 1982). *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 5-35.

ao seu cumprimento e de obter prestações jurisdicionais que lhes assegurem tal direito.

O controle da constitucionalidade das leis é, pois, um instrumento poderoso que deve ser usado para defender a legitimidade das normas constitucionais, assegurando à Constituição plena efetividade.

Nossa Constituição é tida por grandes estudiosos do Direito Constitucional como uma das melhores em termos de materialidade. É minuciosa na garantia dos Direitos Fundamentais, quer individuais quer coletivos, possuindo preceitos que podem ser caracterizados como verdadeiras pérolas sociais, universais.

Nasceu referendada pela sociedade que regula, dotada de total legitimidade, de plena “eficácia social”, representando o estandarte de grandes conquistas sociais. Entretanto possui alguns dispositivos cuja efetividade deve ser suscitada. E por tão preciosa é que deve ser garantida. É o controle da constitucionalidade das leis um instrumento eficaz à segurança da efetividade das normas da Constituição.

Isto porque

está em crise a concepção clássica de Constituição que restringe a sua função à limitação do poder e à garantia das liberdades políticas. O Texto Constitucional não pode nem deve ser considerado como simples estatuto jurídico de repartição do poder do Estado e de garantia dos direitos e liberdades. A força normativa da Constituição expande-se até os terrenos da ordem econômica e social, mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como mensagem ou utopia, reconhece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais. Conseqüentemente, a Constituição tanto é lei fundamental dos direitos, liberdades e garantias, como dos direitos econômicos, sociais e culturais; tanto é imperativo jurídico no que respeita aos estatutos dos órgãos de soberania, como quando trata da organização econômica ou das relações sociais em geral.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> SILVA FILHO, Derly Barreto. As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 713, p. 7, 1994.

## 2.2 HIERARQUIA DAS LEIS

A questão da hierarquia das leis tem seu fundamento filosófico-jurídico expresso nas três correntes fundamentais da Filosofia do Direito: a sociológica, a positivista e a jusnaturalista.

Dentro dos preceitos filosóficos da corrente sociológica, a hierarquização das leis é oriunda do próprio nexo de causalidade entre o mundo social e o jurídico. Portanto a validade do ordenamento jurídico é decorrente, é reflexo da realidade sócio-econômica vigente.

Já para os jusnaturalistas, o ordenamento jurídico somente se torna válido se as normas positivas se constituírem na exteriorização da própria natureza humana, dos valores intrínsecos à própria humanidade.

E os positivistas seguem o modelo “piramidal” de Hans Kelsen, segundo o qual a validade do ordenamento jurídico está subordinada a uma norma fundamental, primeira, que empresta às demais seu fundamento de validade.

Não obstante a divergência de fundamentação, em qualquer das correntes filosóficas adotadas, a hierarquização das leis se faz imprescindível em busca de uma Segurança Jurídica.

Em sendo os fundamentos das correntes sociológica e jusnaturalista constituídos de elementos empíricos, é a idéia da norma fundamental de Kelsen que proporciona, na prática, o embasamento para o controle da constitucionalidade das leis, para o que se elegeu como norma fundamental a Constituição, à qual todas as demais normas devem obediência.

A Prof<sup>a</sup>. Regina Nery FERRARI define a Constituição de um Estado como “uma norma suprema, ou seja, fundamental, pois é nela que buscamos a validade das normas existentes no ordenamento jurídico”<sup>37</sup>.

A idéia de Kelsen de que as normas se submetem a uma hierarquia, representada pela figura simbólica de uma pirâmide — que tem no topo a norma fundamental, que servirá de paradigma para todas as demais categorias normativas —, é assim justificada: “Uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental foram um sistema de normas, uma ordem normativa”<sup>38</sup>.

Dessa forma, a norma inferior não pode contrariar a superior, sob pena de não ser válida, ser nula de pleno direito, em decorrência lógica do sistema adotado.

Analisemos com um pouco mais de cuidado a concepção de *norma fundamental* de Kelsen.

A base da teoria kelseniana é a existência da “norma fundamental” ou “hipotética” que, estando hierarquicamente acima de todas as outras, serve de paradigma para emprestar-lhes validade ou não.

Uma das grandes críticas, ou melhor, discussões filosófico-jurídicas que cerca toda a teoria kelseniana trata de sua “pureza”, que na norma fundamental se traduz pela sua caracterização enquanto “hipotética”.

<sup>37</sup> FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 9.

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Trad. por João Batista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1987. p. 269.



Até que ponto a norma “hipotética” está destituída dos elementos metajurídicos, inerentes ao mundo do dever-ser, que caracteriza a corrente jusnaturalista e não pertine à corrente positivista.

Embora possa parecer “metajurídica” a discussão posta, temos que no que concerne à norma fundamental essa delimitação é essencial para sua própria caracterização enquanto “fundamental”, enquanto paradigma.

Portanto, mister se faz incursionarmos pelo contexto histórico-social da própria Teoria Pura, para o que nos servimos dos ensinamentos de mestres e estudiosos como Miguel Reale, Maria Helena Diniz, Tercio Sampaio Ferraz Jr., Ritinha S. Georgkalias, dentre outros.

### 2.2.1 O racionalismo dogmático ou normativismo jurídico de Hans Kelsen, segundo Maria Helena Diniz

Com receio de contaminar a pureza do raciocínio desenvolvido por essa grande doutrinadora do direito, optou-se por transcrever integralmente um trecho do seu pensamento, que resume a sua visão da obra de Kelsen:

A teoria Kelseniana é uma conseqüência da decadência do mundo capitalista-liberal marcado pela 1ª. guerra mundial, nascendo como uma crítica das concepções dominantes na época sobre os problemas do direito público e da Teoria do Estado, reagindo à anarquia conceitual que a má consciência científica do jurista tinha reduzido a meditação científica do direito, ao identificá-la à ciência natural. Objetivando uma pureza metodológica, Kelsen submeteu a ciência jurídica a uma dupla depuração, que retirou de seu âmbito qualquer análise de aspectos fáticos ligados ao direito e de aspectos valorativos, constituindo como seu objeto específico a norma jurídica. A ciência do direito deve expor ordenadamente as normas, mediante o emprego do método normológico, que, pela imputação, liga um fato condicionante a um fato condicionado. Por meio da imputação o jurista vai estabelecendo as relações entre as normas, mediante um procedimento finito, que torna possível referir os comandos a um só centro unificador: a norma hipotética fundamental. Examinando o direito sob o prisma estático, a ciência jurídica constrói: a) o sistema normativo estático, mediante o método normológico hipotético dedutivo, porque as normas deste sistema retiram seu fundamento e conteúdo de validade da norma básica; b) o sistema normativo dinâmico, mediante o método normológico lógico-transcendental, porque não poderia empregar a dedução, visto que o conteúdo dessas normas não pode ser

deduzido da norma fundamental, que apenas lhes dá o fundamento de validade, limitando-se a conferir a uma autoridade o poder de estabelecer preceitos.

O objeto da ciência do direito, para Kelsen, consiste na norma jurídica, na conduta humana, enquanto conteúdo de norma, e no fato e situação que não constitui a conduta humana, mas desde que seja condição ou efeito dela. A teoria estática estuda o direito como um sistema de normas, e a dinâmica o considera tendo em vista os atos de produção e aplicação, isto é, o processo jurídico em que é criado e aplicado. A norma jurídica é criada por um ato de vontade, apoiado por uma disposição legal. A validade da norma expressa o problema da relação entre normas inferiores e superiores, sendo que o mínimo de eficácia é a condição daquela validade. A norma jurídica é imperativa, sendo fonte de direito. A ciência jurídica descreve normas mediante proposição jurídica que, sendo oriunda do intelecto, ou seja, de ato de conhecimento do jurista, não é fonte jurídica, mas descrição de uma fonte: a norma. A proposição jurídica é um juízo hipotético condicional e pode ser verdadeira ou falsa. A ciência do direito é normativa porque tem a função de conhecer e descrever normas.

É a ciência jurídica que ergue o sistema normativo, descrevendo, através da imputação, as relações entre os comandos. A estrutura lógica da ordem jurídica é piramidal, pois a ciência jurídica estabelece uma hierarquia, uma relação de subordinação, de modo que a norma do escalão inferior se harmonize com a que lhe foi imediatamente superior, que lhe dá validade. A norma fundamental fornece o fundamento de validade, constituindo a unidade na pluralidade de normas. Se se estudar o direito sob o prisma dinâmico, a ciência do direito só considerará esse sistema de atos criadores e aplicadores de norma, enquanto conteúdo de normas jurídicas. A norma hipotética fundamental é um pressuposto gnoseológico, um precedente lógico do conhecimento, uma condição lógico-transcendental posta pelo jurista para tornar possível a pesquisa jurídico-científica, que considera o direito como um sistema de normas válidas. A norma básica é metajurídica, no sentido de não ser uma norma positiva, por ter uma função postulatória, mas é jurídica, no sentido de ter as funções constitutivas, de dar unidade e de dar validade um sistema normativo. É preciso lembrar que a norma básica não deve ser considerada como um “a priori”, porque depende de certas condições empíricas; só pode ser estabelecida “a posteriori”, ou seja, após a verificação do fato, pois o jurista só pode elegê-la em função da experiência e porque deve ser comprovada na experiência.”<sup>39</sup>

A metajuridicidade “parcial” reconhecida por Maria Helena Diniz não chega a macular a pureza total da teoria kelseniana, que tentou uma fórmula indene de qualquer contaminação do mundo do dever-ser.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cap. 5.

## 2.2.2 O normativismo lógico de Hans Kelsen segundo Miguel Reale

Miguel REALE, ao estudar a Teoria Pura, faz ressaltar as grandes e influentes modificações sofridas em conceitos primordiais pela mudança e pelo contato de Kelsen com o “common law”, a jurisprudência dos conceitos, quando de sua residência norte-americana.<sup>40</sup>

Uma das modificações apontadas por REALE foi justamente na visão da influência do “mundo do dever ser”, quanto aos outros ramos das ciências, que não o jurídico, na construção da norma fundamental.

Destacamos alguns trechos que espelham melhor esse posicionamento:

Para a Teoria Pura do Direito, pondera Kelsen, essa norma fundamental tem o caráter de um fundamento hipotético. Suposta a validade dessa norma, resulta a validade da ordem jurídica que sobre ela se baseia [...]. Só debaixo do suposto da norma fundamental se pode interpretar como Direito, ou seja, como um sistema de normas jurídicas, o material empírico que se oferece à interpretação jurídica[...] Tal norma não é senão expressão do pressuposto necessário de toda concepção positivista do material jurídico.

O dever ser da norma não existe senão como categoria relativamente apriorística para a apreensão do material jurídico empiricamente dado, como “categoria gnoseológico-transcendental, no sentido da Filosofia kantiana, e não em sentido metafísico-transcendente”, de modo que sua validez ou vigência se prende a uma ordem escalonada, independente do reconhecimento e da vontade dos indivíduos, ou seja, de sua eficácia.

Por que vale ou vige uma norma jurídica? Porque decorre de outras normas interligadas que se prendem, afinal, a uma norma fundamental (*Grundnorm*) que qualifica como jurídico o último fato apontado como fato fundamental (*Grundakt*). É esse o ponto lógico de apoio de toda a validade do sistema: - é o suposto fundamental consistente em ter-se como válido o que o primeiro órgão constituinte histórico manifestou como expressão de sua vontade, podendo ser assim enunciada: - **age de conformidade com a ordem de competências que decorre da Constituição vigente, cuja validade vem de norma fundamental, insuscetível de referir-se logicamente a qualquer outra norma superior.**

<sup>40</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 454 e ss.

Outros foram os estudiosos do Direito que formularam suas postulações não especificamente concernentes à norma fundamental, mas à teoria pura como um todo, como o fez o professor paranaense Luis Fernando COELHO<sup>41</sup> no brilhante trabalho *Introdução à Crítica do Direito*, ou André Franco MONTORO<sup>42</sup> em sua *Introdução à Ciência do Direito*.

Coelho chega a dizer que Kelsen nem sequer se deu conta do condão ideológico empregado em sua Teoria Pura. Montoro alega que a própria concepção de Direito como “norma” ou “dever ser” não está isenta de “certo elemento ideológico”.

Podemos acrescentar, ainda, a valorosa obra de Tercio FERRAZ, Maria Helena DINIZ e Ritinha Alzira S. GEORGAKILAS sobre a Constituição de 1988, onde a legitimidade da norma fundamental — a Constituição Federal — é enfocada de forma ampla e do qual destacamos pequeno trecho sobre a teoria de Kelsen, notadamente quanto à norma hipotética:

Destarte, o ordenamento jurídico não seria um sistema de normas situadas no mesmo plano, umas ao lado das outras, mas seria representável, figurativamente, como uma construção escalonada, formada de diferentes camadas ou níveis de normas. Surge, ainda, a idéia bastante disseminada nos estudos jurídicos, da estrutura escalonada ou “piramidal” das normas de um mesmo sistema jurídico, no qual cada norma haure sua validade de outra situada em plano mais elevado, e em cujo topo situa-se a Constituição, a fundamentar, em tal posição, a validade de todas as demais normas desse sistema (Kelsen, 1974, p 34-35).<sup>43</sup>

Mas, ao perquirir finalmente o que fundamentaria a validade da própria Constituição, situando-se, portanto, pode-se dizer, no vértice de tal pirâmide imaginária, Kelsen formula sua **teoria da norma fundamental pressuposta**. Cumpre notar, fazendo referência ao estudo de Duarte (1987), que na obra

<sup>41</sup> COELHO, Luis Fernando. *Introdução à crítica do direito*. [s.l.]: HDV, 1983. p. 165 e ss.

<sup>42</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 99-100.

<sup>43</sup> FERRAZ JR.; DINIZ; GEORGAKILAS, cap. 1, p. 102 e ss.

póstuma de Kelsen (1986), tal teoria surge reformulada, considerando a norma fundamental como **ficção jurídica**, o que, no nosso entender, não chega a alterar o papel que lhe atribui Kelsen anteriormente, de premissa maior de um silogismo hipotético fundante da validade das Constituições.

Para elucidar o significado da expressão “norma fundamental pressuposta”, mister se faz mencionar a preocupação com o rigor metodológico que teve Kelsen ao elaborar uma teoria geral que pretendeu “pura” do direito - o que explica nas primeiras linhas da obra em referência - atitude que o levou a considerar apenas a dimensão **normativa** do direito como sendo o objeto da ciência jurídica. Somente assim, segundo ele, seria evitado um sincretismo metodológico que obscureceria a essência da ciência jurídica. Tal postura, a nosso ver, realizou uma simplificação abrupta do objeto da ciência do direito, mas possui méritos indiscutíveis quando se trata de efetuar um corte epistemológico, pretendendo examinar em detalhe apenas a dimensão normativa do fenômeno jurídico.

Esse esclarecimento faz-se aqui necessário para entender o esforço de Kelsen ao tentar explicar o fundamento de validade das Constituições, sem sair do universo normativo, ou seja, sem adentrar o mundo dos atos humanos, onde, a nosso ver, situa-se necessariamente tal fundamento.”

De toda a análise supra, há que concluir que a delimitação “ideológica” da construção da norma fundamental se reveste de grande relevância para determinar sua validade enquanto paradigma supremo.

E mais, todo o sistema hierárquico das normas repousa na questão da validade da norma hierarquicamente superior frente àquela que se subordina.

A norma hipotética, consubstanciada na Constituição, não pode ser analisada sob o ponto de vista estritamente formal. Há que buscar os fundamentos de sua validade nas questões estranhas ao mundo jurídico, o que caracteriza sua metajuridicidade.

O próprio capítulo das garantias sociais e individuais é uma prova da influência do metajurídico na construção da norma fundamental. Mesmo porque nada inerente ao ser humano pode ser destituído de influências múltiplas. O Direito regula relações humanas. As normas que compõem o direito não podem, pois, estar limitadas ao mundo jurídico.

De qualquer forma, Kelsen tentou, através de silogismos hipotéticos, restringir a construção da norma fundamental ao mundo jurídico, sem considerar que essa norma, hipotética, nasce no mundo do “dever ser” para vir, ou não, a habitar o mundo do “ser”.

Pois bem, cabe questionar, ainda, mais um aspecto acerca do fundamento de validade da Constituição enquanto norma fundamental. A par da discussão de legitimidade já encerrada no início deste capítulo, e da análise doutrinária que se fez sobre a Norma Fundamental de Kelsen, buscamos investigar qual o “elemento” que confere à “Constituição” o *status* de norma fundamental.

Podemos afirmar que o *status* de norma fundamental conferido às Constituições é oriundo do **Poder Constituinte**. É, pois, a “qualidade” de determinar as questões gerais, genéricas (e portanto, abstratas) e primordiais do Estado e das relações sociais que lhe outorga a própria sociedade. Daí podemos concluir que a Constituição, enquanto norma fundamental embora positivada, não se originou de uma norma de direito positivo.

Também Celso BASTOS entende serem as Constituições compreendidas de normas que estruturam o Estado e enumeram os direitos fundamentais dos cidadãos. Socorremo-nos de sua classificação de Constituição em sentido formal e material para diferenciar as duas categorias de normas.<sup>44</sup>

Na definição do autor citado, é a Constituição em seu sentido formal “um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo normativo mais solene” e no seu sentido material “um

<sup>44</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1975. p. 11-12.

conjunto de regras ou princípios que tem por objeto a estruturação do Estado, a organização de seus órgãos supremos e a definição de suas competências”.

Do ponto de vista formal, constata-se com maior facilidade a inconstitucionalidade das leis pelo confronto com as Constituições rígidas, em detrimento das flexíveis.

Socorremo-nos do trabalho de pesquisa elaborado pelo Professor paranaense João CASILLO sobre o tema central, com relação ao aspecto ora abordado, para o que transcrevemos trecho que traduz a síntese de seu raciocínio:

A desconformidade com o texto constitucional de uma lei pode se dar no “todo ou em parte” (ALFREDO BUZUID, “Da Ação Direta”, pág. 43) e pode ainda decorrer de uma das seguintes hipóteses, segundo a lição de LÚCIO BITTENCOURT:

- “1<sup>a</sup>) desrespeito à forma prescrita;
- 2<sup>a</sup>) inobservância de condição estabelecida;
- 3<sup>a</sup>) falta de competência do órgão legiferante;
- 4<sup>a</sup>) Violação de direitos e garantias individuais;”

1<sup>a</sup>) O texto constitucional é que fornece as linhas mestras para o processo legislativo, com maior ou menor número de detalhes. Entretanto, as formalidades prescritas servem como um limite ao legislador, submetido à vontade do legislador constitucional. Isto se explica tanto ao legislador reformador da Constituição (ex. as exigências formais previstas no art. 48 da atual Constituição Brasileira) como ao legislador ordinário. Ou há obediência desses limites constitucionais ou a lei vem ao arrepio da Constituição.

2<sup>a</sup>) No que diz respeito à inobservância de condições ou exigências para que a lei tenha suas características, preferimos dizer que se trata de uma espécie do gênero anteriormente tratado, não se configurando, como quer LUCIO BITTENCOURT, um caso autônomo. Para este ilustre jurista, “é claro que estabelecida uma condição para a existência ou eficácia da lei, a sua omissão acarreta a inconstitucionalidade do ato” (pág. 80) e dá como exemplos exigências de constituições estaduais que não permitem que determinado texto de lei contenha matéria diferente daquela enunciada no seu título ou ementa, trazendo ainda, no caso brasileiro sob a égide da constituição de 46, o exemplo “tocante à lei de orçamento, que segundo o art. 73, § 1º da Constituição “não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa para os serviços anteriormente criados”. Se, todavia, o Congresso, desrespeitando o mandamento constitucional, voltar ao sistema das “causas orçamentarias”, é claro que os

tribunais podem, e devem, recusar aplicação aos preceitos aí incluídos (pág. 81). Entende-se a inobservância de condições ou exigência constitucional para a lei como espécie autônoma ou não de forma (discussão de ordem teórica) uma vez verificada, a lei leva o traço da inconstitucionalidade.

3<sup>a</sup>) Quanto à falta de competência do poder legiferante, inicialmente temos a destacar dois modelos - pelo modelo inglês, o Parlamento não encontra limites para a sua competência, o que não ocorre com os sistemas constitucionais que tiveram sua estrutura fundada no exemplo dos EEUU, onde vamos encontrar uma divisão de competência. Assim, por exemplo, no atual sistema nacional, onde o Poder Executivo edita normas através de decretos-lei (art. 46,V), se por acaso ultrapassar os limites do art. 55, teremos um caso de inconstitucionalidade, como foi o que ocorreu com o Decreto-lei 322. Cabe aqui ressaltar minucioso trabalho feito por VICENTE SABINO JR. na monografia "Inconstitucionalidade das Leis" onde dedica exaustivo estudo sob este ângulo da questão.<sup>45</sup>

4<sup>a</sup>) Finalmente, é no campo da violação dos direitos e garantias individuais que vamos encontrar o maior número de casos de inconstitucionalidade de leis. Voltando ao ensinamento de LUCIO BITTENCOURT, "vale considerar, aliás, que a ofensa a direito ou garantia constitucional não precisa decorrer direta e imediatamente das prescrições da lei, mas, para que esta seja ineficaz, basta que por qualquer forma, ainda que **indireta** e **mediatamente**, sejam atingidos e lesados aqueles direitos e garantias". (pág. 87).

Para finalizar a questão, ressaltamos ainda os ensinamentos do mestre BUZOID, dos quais socorreu-se também o Prof. CASILLO, na busca de resposta aos dois últimos questionamentos. O primeiro, quanto à "possibilidade de um texto de lei ordinária estar em desacordo com um dispositivo da constituição e nem por isto ser inconstitucional, tão somente por estar este texto apenas 'formalmente' inserido na Constituição, sem ter significado substancial". A esse questionamento cita Alfredo BUZOID, para quem "todos os dispositivos da Constituição, assim os que garantem os direitos individuais, como os que dispõem sobre matéria processual, são **preceitos constitucionais**, e desta maneira se sobrepõem a qualquer norma de legislatura ordinária". O segundo questionamento argúi "se a ofensa à Constituição deve ser direta", para o que, uma vez mais, busca a resposta em

<sup>45</sup> CASILLO, João. Do controle de constitucionalidade das leis. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, v. 7, p. 77, 1986.



BUZAID, que entende: “A ofensa resulta de simples inconciliabilidade com a Constituição; ela é direta quando viola o direito expresso; e indireta quando a lei é incompatível com o espírito ou sistema da Constituição”.<sup>46</sup>

É claro que em virtude da temática proposta, poder-se-ia aprofundar ainda mais essa breve abordagem. Entretanto, os conceitos e elementos até aqui analisados são suficientes à construção do raciocínio do tema central deste estudo.

Vejamos, ainda, a questão da vigência, validade e eficácia das leis, tema que se faz imprescindível à conclusão proposta neste trabalho.

### 2.3 VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

As questões já abordadas, acerca da Hierarquia das Leis, da Constituição e Inconstitucionalidade, trazem como nexos de causalidade a distinção de validade, vigência e eficácia das leis, para o que dedicamos este item no estudo proposto.

A prof<sup>a</sup>. Regina Nery FERRARI, ao analisar a questão posta sob a ótica da Teoria Ecológica do Direito, de Carlos Cossio, em conjugação com os estudos de Aftalion, Garcia Olano e Villanova, conclui que “as expressões **validade, vigência e eficácia** do direito têm sentido **próprio**, o que não nos permite confundi-las, apesar de reconhecermos sua íntima conexão” [sem grifos no original]<sup>47</sup>.

Emprestamos, pois, os conceitos formulados pela professora em sua muito conhecida obra, fruto de um trabalho de pesquisa científica de grande relevância e reconhecimento no universo acadêmico, que entende ser

<sup>46</sup> CASILLO, p. 84-87.

<sup>47</sup> NERY, p. 17-18.

**Válida**, a norma que foi ditada em conformidade com outra norma,... que necessita ser produzida de acordo com os requisitos estabelecidos pelas normas superiores do sistema, ou seja, num ordenamento jurídico onde encontramos um escalonamento normativo, a norma de nível inferior busca sua validade, seu fundamento de validade, na superior...

**Vigente** é o ordenamento jurídico atual, no sentido de que existe no momento presente, isto é, o conjunto de normas que rege **aqui e agora**, a conduta dos indivíduos na sociedade. Assim, como vigência nos referimos a vida das normas jurídicas...

**Eficácia** “refere-se ao fato da efetiva aplicação e observância da norma, isto é, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos” (conceito de Miguel REALE, em citação da Prof<sup>a</sup>. Regina FERRARI).<sup>48</sup>

A eficácia se verifica a ótica social e a jurídica. A primeira é a aplicação efetiva, o respeito à norma pela sociedade, a eficácia “propriamente dita”. Já a jurídica traduz-se pela **capacidade** de produzir efeitos no mundo jurídico, contrapondo-se à vigência, que é o período de **vida** da norma e da sua validade, que traduz a elaboração da norma conforme procedimento estabelecido pelo sistema jurídico.

Luis Roberto BARROSO<sup>49</sup> entende ser mais relevante a análise da existência dos atos normativos do que de sua vigência. Para tanto, trata das normas jurídicas enquanto sua validade, eficácia, existência e efetividade. O conceito de efetividade já foi abordado no início deste capítulo, cabendo-se transcrever apenas os demais conceitos.

**Existência** de um ato jurídico - que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos - verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência...Seria inexistente, por exemplo, uma ‘lei’ que não houvesse resultado de aprovação da cas legislativa, por ausente de manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico...<sup>50</sup>

<sup>48</sup> NERY, p. 17-23.

<sup>49</sup> O direito constitucional..., p. 75

<sup>50</sup> BARROSO, O direito constitucional, p. 75-76.

**Validade:** cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição [...]. Em síntese, se estiverem presentes os elementos agente, objeto e forma, suficientes à incidência da lei, o ato será existente. Se além disto, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude - possibilidade, o ato que já existe, será também válido.<sup>51</sup>

**Eficácia** consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado [...]. neste sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.<sup>52</sup>

## 2.4 DA INCONSTITUCIONALIDADE

Uma vez ultrapassada a breve análise dos conceitos supra, já podemos ingressar no campo prático do controle de inconstitucionalidade das normas jurídicas.

Não somente uma ação pode ser inconstitucional, mas também uma omissão, desde que tais atos ofendam, total ou parcialmente, os preceitos contidos na norma fundamental, a Constituição.

### 2.4.1 Por omissão

Tal modalidade de inconstitucionalidade advém da inércia ou do silêncio de qualquer órgão do poder que deixa de praticar o ato que, por força da própria Constituição, lhe é imputado praticar.

Esse tema, no nosso sistema Constitucional, é uma inovação da Constituição Federal de 1988, introduzido no parágrafo 2º do artigo 103, quando confere ao Supremo Tribunal Federal o poder para: “Declarada a

<sup>51</sup> BARROSO, O direito constitucional, p. 75.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 77.

inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Tal providencia se faz necessária pela “inobservância consciente” das normas constitucionais, por parte, inclusive, dos detentores do Poder.

O artigo 103 constitucional passou a regular a omissão inconstitucional oriunda do não-agir dos órgãos dos três poderes constituídos, sem restrições, sendo difíceis de detectar, sem dúvida, as omissões do Poder Legislativo. Analisando o tema, José Joaquim Gomes CANOTILHO afirma que “o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo ‘não-fazer’, trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”<sup>53</sup>.

Entretanto, constitui-se requisito essencial à ação do Supremo que a inconstitucionalidade por omissão tenha conexão com uma norma individualizada, não cabendo a violação ao conjunto de disposições e princípios, e sim a determinado preceito.

É essa a lição de Jorge MIRANDA, ao apresentar os pressupostos do controle, pelo STF, da constitucionalidade por omissão:

- a) que o não cumprimento da Constituição deriva da violação de certa e determinada norma;
- b) que se trate de norma constitucional não-exequível por si mesma;
- c) que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> CANOTILLO, p. 335.

<sup>54</sup> MIRANDA, Manual de direito constitucional, p. 403.

A declaração de inconstitucionalidade por omissão é feita **em tese**, com efeitos *erga omnes*.

Desse modo, resta-nos nesta breve síntese consignar o alcance dos efeitos dessa declaração. Quando a própria Constituição fixar os prazos para a atuação dos poderes constituídos, ou declaração de inconstitucionalidade por omissão, dever-se-á retroagir ao prazo constitucional. Quando não, seus efeitos se farão sentir a partir do pronunciamento do STF neste sentido.

Cabe consignar, neste momento, que a Carta Constitucional de 1988 previu, ainda, o Mandado de Injunção, como remédio constitucional “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI).

Como bem conceituou o Prof. Clèmerson CLÈVE<sup>55</sup>, essa “ação constitucional de defesa” diferencia-se da ação de inconstitucionalidade por omissão, pois enquanto esta consubstancia um instrumento de controle abstrato da omissão, direcionado para a defesa da Lei Fundamental, aquele consubstancia verdadeiro remédio constitucional, direcionado à defesa “de direito constitucionalmente definido e dependente de norma regulamentadora.”

As decisões de mérito proferidas em sede de mandado de injunção produzem efeitos *inter partes*.

A doutrina tem tecido severas críticas à “imperfeição técnica do dispositivo que o contempla”<sup>56</sup>, notadamente no que concerne ao provimento judicial previsto. Com efeito, a princípio entendeu o Supremo Tribunal

<sup>55</sup> CLÈVE, A fiscalização abstrata..., p. 246.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 246.

Federal inadmissível que a sentença em mandado de injunção tivesse o condão de “elaborar” a norma inexistente, suprindo-se, ainda que apenas para o caso concreto, a inconstitucionalidade da omissão legislativa, por invasão de competência (do Legislativo ou do Executivo). Dessa forma, determinava a notificação ao omissor para elaborar o ato cuja omissão fora declarada inconstitucional. Equiparou-se o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, esvaziando-se seu conteúdo e finalidade. Recentes decisões, entretanto, têm conferido prazo para que o omissor supra a omissão sob pena de que o provimento judicial regule a omissão, com efeitos *inter partes*.

#### 2.4.2 Por ação

Esta modalidade, mais relevante ao estudo do tema proposto, resulta da **prática** de ato que, por qualquer de seus elementos, viola a Constituição.

No Sistema Jurídico Brasileiro, as leis somente perderão sua validade através de um processo especial de invalidação, previsto na própria Constituição.

Em considerando toda a análise posta, conclui-se que toda norma que não estiver de acordo com a Constituição é **inválida** (significa dizer **não é válida**).

Entretanto, aplicando-se o Princípio da Presunção de Legitimidade das Leis, “toda norma jurídica presume-se constitucional enquanto não se prove a existência de um vício de inconstitucionalidade, de forma explícita e manifesta”.

Há, portanto, que verificar e **declarar** a constitucionalidade ou não de determinada norma jurídica através de um sistema de fiscalização objetiva, que será, a seguir, sinteticamente analisado.

## 2.5 DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

De fato, constatada a existência de norma hierarquicamente superior a todas as demais, consubstanciada na norma fundamental — a Constituição —, e a possibilidade da existência de normas inferiores inconstitucionais (e portanto nulas), mister se faz que a constitucionalidade das leis sofra um processo de controle, pelo qual se **declarará** a nulidade ou não das normas a ele submetidas.

Num primeiro momento, podemos afirmar apenas que esse controle pode ser **preventivo ou repressivo**.

O *controle preventivo* (ou *a priori*) é exercido no decorrer do processo de elaboração da lei, impedindo-se, assim, que a lei inconstitucional possa produzir efeitos. Podemos dividi-lo em *interno*, quando exercido pelo próprio órgão legiferante, que no Brasil se esboça (ou tenta esboçar-se) com a previsão de análise do texto de lei pelas Comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional. Mas sua mais pura expressão não tem aplicação em nosso Sistema Constitucional pátrio. O controle *externo*, como previsto na Constituição Francesa através do Conselho Constitucional (arts. 56 e seguintes daquela Constituição) não é previsto no Brasil, o que torna quase inexistente o controle preventivo em nosso sistema Constitucional. No Brasil, ainda, é possível o controle preventivo de constitucionalidade pelo **veto** dos chefes do Poder Executivo das três esferas da Federação aos projetos de lei por motivo de inconstitucionalidade (art. 66, § 1º da CF).

Já o *controle repressivo* (ou *a posteriori*), que acontece **após** o aperfeiçoamento do ato normativo, depois da promulgação, é o adotado pelo Sistema Constitucional Brasileiro. Esse tipo de controle de constitucionalidade das leis pode ser realizado por órgãos jurisdicionais **comuns** (Poder Judiciário

— Brasil, EUA) ou **especiais** (Itália — Tribunal Constitucional Especial; Iugoslávia — Tribunal Constitucional; Argélia — Conselho Constitucional) ou mesmo por **ambos** (Suíça — Tribunal Federal, Poder Judiciário, ou Conselho Federal, órgão especial extrajudiciário).

Há que ressaltar, ainda, os tipos de sistemas de controle da constitucionalidade das leis, que pode ser o Político e o Jurídico.

Pelo primeiro, o controle da constitucionalidade das leis é exercido por órgãos do Poder Legislativo e tem origem nas Constituições dos países da Europa, arraigadas à “tripartição dos poderes”, de Montesquieu. Não tem aplicação no Brasil.

Já no Sistema Jurídico, o controle de constitucionalidade das leis é exercido por órgãos do **Poder Judiciário**, como nos Estados Unidos da América, no Brasil, na Argentina e na Venezuela, dentre outros.

Essa questão foi objeto de muita polêmica doutrinária, merecendo notoriedade a já referida e célebre decisão do juiz norte-americano Marshall que, no julgamento do caso Madison X Malbury, advogou com mestria, competência exclusiva de órgãos do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis.

Tema importante ao estudo proposto é a diferenciação entre os tipos de declaração, pelo **sistema jurisdicional difuso**, em que a competência do controle de constitucionalidade das leis é conferida a qualquer juiz, como nos EUA, ou pelo **sistema jurisdicional concentrado**, em que o controle é exercido exclusivamente por um Tribunal.

No Brasil muito se discutiu sobre o sistema adotado pelo ordenamento constitucional, mas preferimos filiar-nos à corrente que entende que nosso ordenamento Constitucional adota um **sistema jurisdicional misto**, pois encontramos tanto o **controle difuso** (quando o juiz aprecia a argüição



de inconstitucionalidade por via de exceção) e o **concentrado** (no caso das ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade).

## 2.6 DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Dois são, no Brasil, os meios para o processo de declaração de inconstitucionalidade das leis — a Via de Ação Direta e a Via de Exceção (ou defesa).

Entretanto, antes de adentrarmos nos temas em si, teceremos breves considerações acerca da correlação entre a fiscalização difusa ou concreta e a via de ação ou de defesa.

Não há uma correspondência necessária entre a via incidental (de exceção ou de defesa) e a fiscalização difusa, ou entre a via de ação (principal) e a fiscalização concentrada. A correlação é verdadeira no Brasil, onde a fiscalização difusa é, com efeito, suscitada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa) e a concentrada é provocada por via de ação (principal). Mas esta correspondência não é verdadeira em outros sistemas.<sup>57</sup>

A observação do Professor Clèmerson Merlin CLÈVE vem ao encontro da peculiaridade do sistema adotado no Brasil, de Controle Misto.

### 2.6.1 Via de defesa

Na Via de Defesa, a argüição de inconstitucionalidade de norma jurídica ocorre no curso de um processo comum, sendo qualquer um parte legítima a suscitá-la, qualquer que seja a sua natureza, perante qualquer juízo, pois nesse sistema todos os órgãos do Poder Judiciário são competentes para apreciar e **declarar** a inconstitucionalidade de lei, dentro do caso concreto instaurador da lide.

<sup>57</sup> CLÈVE, A fiscalização abstrata..., p. 61.

Neste caso, o objeto da ação não é a inconstitucionalidade em si, em tese, mas uma relação jurídica que, envolvendo a aplicação de uma lei, cuja constitucionalidade é contestada, faz surgir uma necessidade de sua apreciação, sem a qual a lide não pode ser decidida.

Desta forma, a arguição de inconstitucionalidade surge incidentalmente em um processo judicial e será, então, analisada na medida em que seja relevante para a solução do caso.<sup>58</sup>

Por óbvio, a declaração de inconstitucionalidade por via de defesa se opera *inter partes*, sendo seus efeitos analisados com maiores detalhes no capítulo próprio.

Quanto à legitimidade para suscitá-la, leciona o Prof. Clèmerson Merlin CLÈVE:

A questão da inconstitucionalidade, no caso concreto, pode ser suscitada não apenas pelas partes como por todos aqueles que, na posição de terceiros interessados, integram a relação processual. Igualmente o Ministério Público pode suscitar referida questão. Quanto ao juiz, pelo menos nos países que adotam a judicial review, visto que tem a obrigação de velar pela constitucionalidade das leis, pode indubitavelmente, embora de ofício, desaplicar a lei inconstitucional ao caso sub judice.<sup>59</sup>

Veja-se que o sistema adotado no Brasil com relação à via de defesa diverge do sistema norte-americano, notadamente por não adotarmos o efeito vinculante das decisões exaradas por via de defesa.

Como o tema central do estudo proposto é a ação direta de inconstitucionalidade, não nos aprofundaremos na análise do presente tema.

## 2.6.2 Via de ação

Na declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta ou **em tese**, o que se pretende não é a garantia de direitos subjetivos, protegendo-se

<sup>58</sup> FERRARI, p. 103.

<sup>59</sup> CLÈVE, p. 61.

uma pessoa (física ou jurídica) dos efeitos de uma lei inconstitucional, mas sim **expurgar** do sistema jurídico vigente a lei (ou ato) inconstitucional, frente à sua nulidade, restabelecendo-se a harmonia de funcionamento do sistema jurídico.

No sistema brasileiro, a via de ação direta de inconstitucionalidade foi introduzida, já vimos, pela Constituição de 1946. Entretanto foi somente em 1954, com o advento da Lei 2.271, que se regulamentou o dispositivo constitucional, e o processo de argüição de inconstitucionalidade de ato normativo foi disciplinado junto ao Supremo Tribunal Federal e substituído em 1967 pela Lei 4.337.

Após a Constituição Federal de 1988 (e suas emendas), a fiscalização da constitucionalidade de lei por via de ação direta tomou novos contornos, quer pela ampliação da sujeição ativa constitucional, quer pela instituição de sua meia-irmã ação direta de constitucionalidade, fazendo ressurgir a paixão pelo tema da constitucionalidade de ato normativo.

Neste momento, prescinde-se da diferenciação entre classificação quanto à finalidade e causa e quanto aos meios de controle advogados pelo Prof. Clèmerson.

Enquanto a fiscalização **subjetiva** tem por finalidade e causa a defesa dos interesses pessoais, a fiscalização **objetiva ou abstrata** tem por finalidade a “preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetiva”<sup>60</sup>, qual seja, a defesa dos próprios preceitos constitucionais.

No Brasil, o controle por via de exceção será sempre subjetivo, e por via de ação, sempre abstrato.

<sup>60</sup> Citado por MIRANDA, *Manual do direito constitucional*, p. 62.

A fiscalização por via de ação direta incide sobre “normas”, na sua mais ampla concepção.

Adotamos a posição do Prof. Clèmerson<sup>61</sup> quanto à desnecessidade de comunicação ao Senado Federal, para fins de suspensão, da declaração de inconstitucionalidade da norma quer federal, quer estadual, isso por causa dos seus próprios efeitos.

É relevante para o estudo posto e será adiante retomada sua posição quanto a **inexistir prazo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por se tratar de questão imprescritível.**<sup>62</sup>

## 2.7 DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis fundamenta o tema central deste trabalho, notadamente no que concerne à ação direta.

Três são os aspectos imprescindíveis de análise: os efeitos quanto ao tempo, quanto às pessoas e quanto à coisa julgada.

Quanto às pessoas atingidas pela declaração de inconstitucionalidade em via de exceção, os efeitos operam-se *inter partes*, qual seja, somente se aproveitará a decisão para o caso concreto, atingindo as partes que compõem a lide. Na hipótese de declaração por via de ação direta, entretanto, em face da inexistência de partes, operam-se os efeitos *erga omnes*, quais sejam, atingindo a todas as pessoas, pelo próprio expurgo da norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

<sup>61</sup> CLÈVE, A fiscalização abstrata..., p. 157.

<sup>62</sup> CLÈVE, A fiscalização abstrata..., p. 157.

Também no concernente à coisa julgada, operam-se de forma diversa os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Na hipótese de uma sentença transitada em julgado, proferida em processo que analisa um caso concreto (via de exceção), a questão encontra-se decidida, operando-se a coisa julgada. Entretanto, na hipótese de declaração em tese, Celso Ribeiro BASTOS sintetiza o pensamento predominante:

Se a maioria absoluta constitucionalmente exigida para declarar inconstitucional um ato infra-constitucional decidir pela procedência da ação, esta faz coisa julgada. Se a manifestação pela improcedência da ação não derivar da maioria constitucional necessária à declaração de inconstitucionalidade, a decisão não faz coisa julgada.<sup>63</sup>

Cabe consignar que há divergência doutrinária quanto à extensão da coisa julgada em via de exceção quando há posterior declaração de inconstitucionalidade em via de ação direta. Isso porquẽ, devido aos efeitos da decisão em via de ação direta, que **declara a inconstitucionalidade (nulidade)** do ato objurgado, retirando-o *ab initio* (efeitos *ex tunc*) do ordenamento jurídico, não se pode falar em preservação da coisa julgada no processo por via de exceção.

Embora acarrete certa ligação com o tema central ora em estudo, abtemo-nos de tratar com profundidade a questão específica da coisa julgada, consignando apenas a nossa posição favorável ao entendimento acima esposado.

Chegamos, pois, à análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis quanto ao tempo.

O cerne da questão é determinar se os efeitos da sentença que declara a inconstitucionalidade das leis se operam de forma *ex tunc* (retroagindo e

<sup>63</sup> BASTOS, Elementos de direito constitucional, p. 58.

atingindo situações pretéritas, já praticadas) ou *ex nunc* (produzindo efeitos apenas do momento de sua declaração em diante).

A diferença entre as duas formas está principalmente na caracterização do ato, se anulável ou nulo, se *ex nunc* ou *ex tunc*.

Hans KELSEN encabeça a corrente doutrinária que entende que “A lei inconstitucional é até a sua anulação — que pode ser individualizada, isto é, limitada a um caso concreto, ou não - uma lei válida”<sup>64</sup>, posição essa adotada pela Constituição Italiana, artigo 136.

Entretanto, essa não é a posição majoritária na doutrina que entende haver efeitos *ex tunc*.

O mestre Alfredo BUZAID conclui que “toda lei adversa à Constituição é **absolutamente nula: não simplesmente anulável**. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ‘ab initio’. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve pois nenhum único momento de validade”<sup>65</sup>.

Filiamo-nos à corrente do Professor Buzaid, notadamente no que concerne à declaração direta de inconstitucionalidade de norma jurídica.

Quando, no capítulo XI de seu trabalho, o Prof. BUZAID trata dos “Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade”, defende, com a clareza e simplicidade que lhe é peculiar, a retroatividade da eficácia da sentença declaratória de inconstitucionalidade em via de ação direta, em face do efeito *ex tunc* que lhe é inerente; socorre-se dos ensinamentos de BARILE (II

<sup>64</sup> KELSEN, p. 204.

<sup>65</sup> BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1958. p. 128.

Soggetto Privato nella Costituzione Italiana, p. 186), transcrevendo trecho que consubstancia a síntese de seu pensamento:

La prima questione trova la doutrina ormai quasi concorde nel ritenere che alla pronuncia di inconstituzionalità di una legge seguono due effetti: l'abrogazione della legge, con effetto del giorno successivo a quello della pronuncia, e la disaplicazione immediata di essa da parte di qualunque giudice, in relazione a fatti posteriori, sia fatti anteriori alla pronuncia stessa.<sup>66</sup>

O caráter meramente **declaratório** da sentença de inconstitucionalidade de ato normativo, quer pela via de exceção, quer pela via de ação, vem legitimar a posição adotada pela corrente encabeçada por Alfredo BUZAID que justifica “A lei, o decreto ou o ato pode revestir-se de executoriedade, mas lhe falta eficácia”, para o que transcreve a posição de Francisco CAMPOS, para quem

Se se considera, com efeito, que um ato inconstitucional da legislatura é lei ou poderia haver, sequer um momento, existido como lei, duas conseqüências importantes se seguiriam de tal premissa, ambas inadmissíveis em princípio e em princípio condenadas pelo nosso sistema de governo. A primeira seria que os tribunais, ao declararem inconstitucional um ato da legislatura, exerceriam verdadeira prerrogativa de veto ou de anulação dos atos de um poder coordenado e não subordinado; e a segunda conseqüência seria que, somente depois de declarada inconstitucional uma lei, é que ela deixaria de ser válida.<sup>67</sup>

A absoluta **nulidade** da norma inconstitucional é reconhecida até por Celso BASTOS, quando afirma “em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierarquicamente superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente”<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> BUZAID, p. 137.

<sup>67</sup> Citado por BUZAID, nota de rodapé p. 139.

<sup>68</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1981. p. 47.

Como bem ressaltou o Prof. Clèmerson Merlin CLÈVE, a discussão acerca dos efeitos produzidos pela decisão declaratória da inconstitucionalidade de lei, seja em via de exceção, seja em via de ação, encontra-se superada por implicar a “pronúncia da nulidade do ato atacado”. Declara-se um estado preexistente. Não é, como entende KELSEN, constitutivo-negativa.<sup>69</sup>

E, apenas para arrematar o tema, a exemplo do Prof. Clèmerson, transcreve-se o mesmo trecho da obra do Prof. Alfredo BUZAID, que “sustenta”:

O fundamento da doutrina americana e brasileira está, pois, em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição [...].

[...] uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, **embora inválidas**. Esposito observou que “as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, **mas não obrigatórias; tem eficácia, mas não tem validade**”. Lei inconstitucional é, portanto, lei **inválida, lei absolutamente nula**. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a ab initio.<sup>70</sup>

Essas são, basicamente, as questões pertinentes ao cerne do estudo proposto, abordadas de forma a trazer subsídios à análise do tema central que será objeto do próximo capítulo, razão pela qual alguns temas apaixonantes não foram aprofundados.

<sup>69</sup> CLÈVE, A fiscalização abstrata..., p. 163-164.

<sup>70</sup> BUZAID, p. 164.



Muito mais se poderia estudar sobre o grande universo do controle de constitucionalidade das leis. Muitos são os trabalhos científicos que se propõem a análise do tema amplo e o fizeram com mestria.

Coube-nos, no desenvolvimento deste estudo, apenas uma singela compilação desses melhores trabalhos para única e tão-somente formar uma base científica suficiente à sustentação do tema central que será analisado a partir de agora.

### 3 A NATUREZA JURÍDICA DOS PAGAMENTOS REALIZADOS E O EFEITO *EX TUNC* DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM VIA DE AÇÃO DIRETA, DE NORMA “TRIBUTÁRIA”

#### 3.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO

A grande questão que ora se propõe responder é: Como caracterizar juridicamente os pagamentos efetuados aos cofres públicos por força de comando normativo declarado inconstitucional em via de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que o efeito *ex tunc* caracteriza a nulidade do ato normativo.

A conclusão à qual se chegou após a análise do tema é que o comando normativo declarado inconstitucional, por ser ato nulo, inválido, inexistente, não se reveste de nenhuma característica essencial.

No caso de esse comando normativo determinar o recolhimento de um “tributo”, ao ser declarada sua inconstitucionalidade está-se verbalizando: o ato que determinava o pagamento é nulo de pleno direito, nunca existiu no mundo jurídico, logo, **não aconteceu um pagamento tributário, apenas pagamentos indevidos de natureza não tributária, em face da nulidade do comando “tributário” que assim o exigira.**

Esta assertiva encontra apoio até mesmo na própria definição de tributo instituída no Código Tributário Nacional, em seu artigo 3º, que determina

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, **instituída em lei** [sem grifo no original] e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Não há dúvida de que para ser considerada tributo a prestação pecuniária efetivada há que ser instituída em **lei**, independentemente aqui da sua classificação ou hierarquia, mas em LEI, na mais ampla acepção do termo, de consequência, válida, em vigor no mundo jurídico.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei, como já vimos, consubstancia a declaração de sua nulidade, vale dizer, caracteriza a sua irrefutável inexistência no mundo jurídico.

A doutrina majoritária entende que “uma lei declarada inconstitucional em última instância, é como se nunca tivesse existido”<sup>71</sup>; e a jurisprudência têm firmado entendimento nesse mesmo sentido. O próprio Supremo Tribunal Federal de muito assim já se manifestou, ao entender “Declarada inconstitucional um lei, perde esta todo o vigor, deixando abertas as portas às repetições e reintegrações de direitos. Ela se invalida frente à Constituição”<sup>72</sup>.

Daí a conclusão de Sampaio DÓRIA de que “se inconstitucional é a lei, falta **base jurídica** para a instituição de um **legítimo tributo**”<sup>73</sup>.

Merece relevância a posição da Suprema Corte Americana, doutora no controle de constitucionalidade de leis, acerca da nulidade da lei declarada inconstitucional: “An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; **it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed**”<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Carlos MAXIMILIANO, *apud* Sampaio DÓRIA, Antonio Roberto. Causas de impedimento prescricional de débitos tributários : ocorrência de coação e inconstitucionalidade. *Revista de Direito Tributário*, v. 39, p. 82. 1987.

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal — 2ª T. Recurso Especial 32.631-PR. Relator: Ministro Villas Boas. *Revista dos Tribunais*, v. 295, p. 709, [19--].

<sup>73</sup> Sampaio DÓRIA, p. 88.

<sup>74</sup> Transcrito por Sampaio DÓRIA, p. 89.

Pois bem, a lei inconstitucional, porque nula de pleno direito, é incapaz de regular tributos. Portanto qualquer pagamento efetuado por força de lei inconstitucional **não é tributo**.

O princípio da legalidade é, talvez, o baluarte máximo do direito tributário, sendo indiscutível a sua aplicação. O tema, que tem sido objeto de muita discussão doutrinária e jurisprudencial em face das exacerbações do poder tributante, em regra nem carecia de maiores aprofundamentos.

Entretanto, por tratar-se o presente trabalho de um ensaio acadêmico, mister se faz adentrarmos um pouco nesta discussão.

O professor Roque Antonio CARRAZA, acerca do princípio da estrita legalidade das leis tributárias, assim preconizou:

Também no Brasil, só a lei pode compelir as pessoas a fazerem ou deixarem de fazer alguma coisa....

O princípio da legalidade - que não é exclusivamente tributário pois se projeta sobre todos os domínios do Direito - vem enunciado no art. 5º, II da CF: “Art. 5º - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”...

O legislador, ao elaborar a lei, deve, obviamente, obedecer à Constituição....

O princípio da legalidade é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do Direito Tributário. A raiz de todo ato administrativo deve encontrar-se numa norma legal, nos termos expressos do art. 5º, II da Constituição da República....

Incontroverso, pois, que a cobrança de qualquer tributo pela Fazenda Pública (nacional, estadual, municipal ou distrital) só poderá ser validamente operada, se houver uma lei que a autorize. O princípio da legalidade é um limite intransponível à atuação do Fisco. O tributo subsume-se a esse princípio constitucional. Nisto estamos com Renato Alessi, quando defende a idéia de que “la amministrazione puó fare soltanto ciò che la legge consente...”.

Impende salientar que, em matéria tributária, este princípio exige não só que os tributos sejam criados por meio de lei, senão também que existam mecanismos

revisores da legalidade da tributação, assim na esfera administrativa, que na judicial.<sup>75</sup>

Ainda sobre o princípio da legalidade tributária, de índole não apenas legal, mas constitucional (art. 150, I da CF de 1988), discorre José Fernando CEDEÑO DE BARROS:

O fato fonte da obrigação tributária, portanto, será aquele definido em lei, editada esta em consonância com os princípios do direito e da equidade, sobre ser aplicável tão-somente quando observe a hierarquia vigente em nosso sistema, de inspiração kelseniana, o que quer dizer que **toda e qualquer lei tributária que afronte o texto constitucional não será considerada como produtora de obrigações para o contribuinte.**<sup>76</sup> [sem grifo no original].

Poder-se-ia, neste momento, abranger a questão da reserva de lei complementar, suscitando a discussão acerca das medidas provisórias e das leis ordinárias; entretanto estar-se-ia distanciando do tema central deste capítulo, que é a descaracterização da natureza tributária do pagamento efetuado por força de lei declarada inconstitucional, aqui pela inobservância do princípio constitucional da legalidade tributária (arts. 5º, II, c.c. 150, I CF 88), materializado na definição do artigo 3º do C.T.N., razão pela qual se busca restringir a abordagem do tema na doutrina à questão da legalidade em si.

Hugo de Brito MACHADO aborda a questão do princípio da legalidade sob dois aspectos: o do consentimento dos contribuintes e o da segurança nas relações destes com o fisco.<sup>77</sup>

No primeiro aspecto, que nos traz uma concepção metajurídica, o autor discorre sobre a origem de sua adoção pelo direito tributário, enquanto

<sup>75</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 140 e ss.

<sup>76</sup> CEDEÑO DE BARROS, José Fernando. *Aplicação dos princípios constitucionais do processo no Direito Tributário*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 29.

<sup>77</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. p. 26.

no segundo ele objetiva uma justificação histórico-social da imprescindibilidade da legalidade para a imposição tributária.

Tanto o consentimento do “povo” quanto a segurança — teorias aceitas e defendidas por muitos estudiosos do direito (Hugo de Brito faz menção à posição de Claudio Pacheco, González Garcia, dentre outros) — parecem convergir para uma só premissa, segundo o eminente magistrado:

O princípio da legalidade, outrossim, é a forma de preservação da segurança. Ainda que lei não represente a vontade do povo, e por isso não se possa afirmar que o tributo é consentido por ter sido instituído em lei, ainda assim, tem-se que ser instituído em lei garante maior grau de segurança nas relações jurídicas.<sup>78</sup>

Hugo de BRITO discorre sobre o “sentido da palavra lei”, encaminhando a discussão para a dicotomia “lei formal” e “lei material”. À primeira confere o conceito de “ato jurídico produzido pelo órgão estatal competente para exercer a função legislativa, com observância do processo para tanto estabelecido pela Constituição”<sup>79</sup>; à segunda, o conceito de “norma jurídica. É o ato jurídico de caráter hipotético, simples previsão, ou modelo de conduta, que a doutrina tradicional afirma ser dotado de **abstratividade e generalidade**”<sup>80</sup>.

Afirma, ainda, que pode a lei ser entendida em sentido amplo ou restrito, sendo a primeira a observação de apenas um dos seus aspectos (formal ou material); e o restrito, necessariamente a observação de ambos os aspectos (tanto o material quanto o formal).

<sup>78</sup> Brito MACHADO, p. 15.

<sup>79</sup> Brito MACHADO, p. 27-28.

<sup>80</sup> *Ibid.*

E arremata: “A nosso ver, quando a Constituição estabelece que somente a lei pode criar tributo, a palavra **lei** está aí empregada em sentido restrito. Há de ser **lei** tanto em sentido **formal**, como em sentido **material**”.

Tem posição semelhante Ruy Barbosa NOGUEIRA, que leciona:

[...] no Estado de Direito, somente a lei **material** outorga ao fisco (como credor), o direito a uma determinada prestação tributária, desde que certo evento da vida, previsto em lei, se realize e possa ser atribuído a alguém (como devedor). Não só para que a Fazenda tenha a possibilidade de **apurar e exigir** o seu crédito, mas também para que essa atividade não se opera arbitrariamente e **sim dentro de proteções jurídicas pelo qual as repartições fiscais podem e devem investigar e fixar o direito creditório da Fazenda, para torná-lo exigível.**<sup>81</sup>

O Prof. José Afonso da SILVA destaca a “legalidade tributária”, afirmando que em sede de direito tributário o princípio da legalidade não é aquele genérico, mas sim o da “legalidade específica”, que se traduz num “princípio da reserva de lei”, posição da qual discorda parte da doutrina.

Não obstante, leciona que “Esta legalidade específica constitui **garantia constitucional do contribuinte**, em forma de limitação ao poder de tributar que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios **exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça** (art. 150, I)”<sup>82</sup>.

Ao discorrer sobre o princípio da legalidade, Victor UCKMAN “cita FUISTING, para o qual

o ordenamento tributário de um Estado deve fundar-se sobre bases jurídicas, de forma que os diversos tipos de impostos e os princípios gerais sobre o nascimento e sobre a dimensão da obrigação fiscal estejam estabelecidos desde o início e as pretensões fiscais em relação aos particulares resultem diretamente da lei ou que se chegue à sua determinação com base em disposições legislativas de modo a excluir o arbítrio.

<sup>81</sup> *Apud* CEDEÑO DE BARROS, p. 28.

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 375

<sup>83</sup> UCKMAR, Victor. Princípios comuns de direito constitucional tributário. Trad. por Marco Aurélio Grecco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976. p. 37.

Para finalizar a obrigatoriedade de observação do princípio da legalidade para a instituição de tributo, concluímos com o professor paranaense José Roberto VIEIRA, que ao discorrer sobre o tema nos traz curioso posicionamento de Pontes de MIRANDA acerca do princípio em geral, como verbaliza:

Tão robusto é o papel do Princípio da Legalidade no Brasil que Pontes de Miranda viu-se impelido a cunhar-lhe novo rótulo, dada a sua especificidade e a despeito da riqueza da língua-mãe. Batizou-o de **Legalitariedade**.

Legalitariedade que se projeta no capítulo tributário, configurando o Princípio da Estrita Legalidade da Tributação: “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça [...]” (art. 150, I). Em matéria de tributos, o Princípio da Legalidade possibilita e realiza a idéia de autotributação.<sup>84</sup>

Embora na prática (em tese a teoria é aceitável) a noção de autotributação (consentimento implícito do povo pela atuação do poder legislativo) possa ser questionada, é assente que também na abalizada opinião do professor paranaense o respeito à obrigatoriedade de lei para a concepção de tributo é irrefutável.

Cumpre-nos neste momento condensar as idéias desenvolvidas no decorrer, principalmente, desses últimos dois capítulos.

Vimos que a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo normativo, em via de ação direta, produz efeitos *ex tunc*, retroagindo imediatamente, independentemente de qualquer outra providência no momento de sua criação, declarando sua nulidade total.

<sup>84</sup> VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de DIREITO. *Revista de Direito Tributário*, p. 97, v. 54, 1990.



Vimos também que, consoante a posição já cristalizada pela maioria doutrinária e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, pela obrigatoriedade de observância ao Princípio Constitucional da Legalidade e mesmo pela própria conceituação do Código Tributário Nacional, somente lei válida, editada conforme os preceitos normativos constitucionais e legais, pode determinar uma exação tributária, desde a sua criação à sua conformação.

Logo, uma prestação pecuniária efetivada por força de norma declarada inconstitucional (em via de ação direta) nunca pode ter natureza tributária, por desrespeito ao princípio da legalidade e pela desconformidade ao conceito legal de tributo.

Pois bem, cabe-nos indagar, então, qual a natureza jurídica desse pagamento.

Sampaio DÓRIA responde: “a de confisco ou requisição forçada, sem indenização, ambos vedados pelo texto constitucional”<sup>85</sup>.

Ousamos discordar de Sampaio DÓRIA, pois a idéia de confisco está associada ou à de sanção ou à de apreensão forçada e além da capacidade contributiva do confiscado, mas por lei justa.<sup>86</sup>

Preferimos, então, não adentrar na questão específica de confisco ou requisição, para caracterizá-lo simplesmente como um pagamento indevido. De natureza não tributária, mas indevido. Um pagamento que gerou ao contribuinte um crédito para com a Fazenda. Crédito esse de natureza não tributária.

<sup>85</sup> Sampaio DÓRIA, p. 88.

<sup>86</sup> Ver RIBEIRO, Maria de Fátima. O efeito do confisco no imposto de Renda. *Coad Seleções Jurídicas*. 1990. Boletim n 7. 12, p. 17-19; DERZI, Misabel de Abreu Machado. A vedação constitucional de se utilizar tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 145-165, out. 1989; COSTA, Alcides Jorge. Natureza jurídica dos empréstimos compulsórios. *Revista de Direito Administrativo*, n, 70, p. 1-11.

O Professor Ricardo Lobo TORRES<sup>87</sup>, analisando a natureza do “indébito”, afirma categoricamente que “não é tributo o que se devolve”. Para tanto, sustenta:

A obrigação tributária subordina-se ao princípio da legalidade estrita. Nenhum tributo será aumentado sem que a lei estabeleça (art. 153, par. 29, da Constituição). A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória (art. 142, parágrafo único do CTN). Para que haja tributo, portanto, é necessário que a lei o tenha instituído e que a autoridade administrativa proceda ao lançamento de acordo com a norma preexistente. Se o cidadão recolhe uma importância não prevista em lei ou exigida pela autoridade administrativa em desconformidade com a lei, **aquela prestação não será tributo, mas erro, violência, engano, excesso, em suma, prestação de fato** [sem grifo no original].

A expressão “prestação de fato” tem o respaldo do Mestre Alfredo Augusto BECKER, citado pelo autor (p. 31), em nota de rodapé, que assim definiu: “Pagamento de tributo indevido não é pagamento de tributo, mas simplesmente prestação indevida”.

Concluindo seu raciocínio, o Prof. Ricardo LOBO TORRES assevera que “o indébito não é tributo, nem a obrigação de restituir é uma obrigação tributária”(p. 32).

Essa concepção se faz importante na abordagem prática que se pretende para finalizar este estudo acadêmico, que cuida dos procedimentos que devem ser observados para a restituição do indébito (não tributário).

Entretanto, faz-se necessária uma breve abordagem nas formas de evitar o pagamento do indébito, para então analisarmos as formas de sua recuperação.

Para não recolher aos cofres públicos o indébito, resta ao cidadão recorrer à via judicial, quer através do depósito integral efetuado como caução, no curso de um processo onde se discute a não obrigatoriedade do

<sup>87</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Restituição dos tributos*. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p.31.

pagamento pela inconstitucionalidade da exigência; quer através da concessão de liminar que autorize ao requerente o não pagamento imediato do indébito sem que lhe acometa nenhum prejuízo; quer através da concessão de antecipação da tutela pretendida, desobrigando o requerente dos recolhimentos indevidos. Essas são as maneiras mais econômicas e céleres de que dispõe o cidadão na defesa dos seus direitos, quando se trata de pagamentos indevidos.

A primeira, o depósito judicial — mais onerosa que as demais, pois impõe o desembolso dos valores impugnados de forma integral — permite a restituição mais rápida e assegura menor perda do poder aquisitivo dos valores dispendidos, pela desnecessidade de observância da forma de requisição por meio de precatórios requisitórios, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal.

As demais — liminar e antecipação de tutela, vinculadas ao tipo de ação movida — permitem que o cidadão possa utilizar os valores que dispenderia com o pagamento ou depósito do indébito no implemento de sua atividade laboral, por exemplo, evitando a injustiça de ter que aguardar até o trânsito em julgado da sentença que lhe reconheça a inexistência de relação jurídica válida que obrigue o pagamento para dispor do indébito.

Entretanto, se por qualquer razão o cidadão recolher aos cofres públicos o indébito, existem formas legais de recuperá-lo.

### 3.2 DA RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO

A primeira questão a ser abordada é no tocante ao seu direito de restituição. Qual o termo inicial para a contagem do prazo desse direito. Veja-se que aqui cabe uma distinção, para melhor elucidação da questão posta.

O efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo, amplamente discorrido nos capítulos precedentes, serve à determinação da natureza jurídica do pagamento efetuado. Presta-se, pois, à caracterização de sua natureza não tributária, não se podendo invocá-lo para a verificação da contagem do prazo que extingue o direito à restituição do indébito daquele que pagou indevidamente.

É importante o que ressalta Ricardo LOBO TORRES, no extenso trabalho desenvolvido acerca da restituição de tributos sob a égide do sistema constitucional brasileiro anterior: embora reconhecendo a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade pelo sistema constitucional brasileiro, alega que em sede de restituição tributária, em nome da “segurança jurídica” e da “presunção de constitucionalidade” de todas as leis, têm-se admitido “temperamentos” à doutrina de influência norte-americana, o que, de toda sorte, não descaracteriza a nulidade dos pagamentos efetuados.

Ressalte-se que o brilhante estudo elaborado pelo professor fluminense, **embora reconhecendo a nulidade dos pagamentos efetuados e a sua natureza não tributária**, como já se comentou linhas atrás, **elabora a análise da restituição apenas sob o prisma da lei tributária, deixando de analisá-la, como propõe este estudo, sob a égide da legislação civil.**

Fábio FANUCCHI<sup>88</sup>, ao comentar o dispositivo tributário do artigo 168, inciso I, critica a expressão “crédito tributário” então empregada, e justifica:

É de ressaltar que o Código, no inciso I do artigo 168, usa expressão que nos parece imprópria: “data da extinção do crédito tributário”, para significar **a data da cobrança ou do pagamento indevido**. Ainda seria desculpável o uso da expressão “crédito tributário”, se o caso de devolução abrangesse apenas parcela

<sup>88</sup> FANUCCHI, Fábio. *A decadência e a prescrição em direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982. p. 106.

maior do que a devida no recolhimento pois, aí sim, haveria um crédito tributário a ser extinto. Todavia, nota-se que o caso é de devolução inclusive total, demonstrando a inexistência da obrigação tributária. Se o crédito tributário tem a mesma natureza da obrigação tributária e dela decorre, **não existindo obrigação não existirá crédito**. Portanto, não se pode falar, como data inicial do prazo de decadência do direito à restituição, na que marque a extinção de um “crédito” que não existe [sem grifos no original].

Portanto, dada a natureza não tributária da prestação efetuada, temos que nem mesmo a regra do artigo 168 do CTN pode ser aplicada à espécie. Porque o pagamento, embora indevido, não configura hipótese tributária, e inexistindo obrigação tributária inexistente crédito tributário a ser restituído.

Dessa forma, conclui-se que a recuperação do indébito deve ser disciplinada pela legislação que regula a restituição dos indébitos de qualquer natureza contra a Fazenda Pública — o Decreto 20.910/32, com as alterações da Lei 4.597/42, que revogaram o inciso VI do § 10º do artigo 178 do Código Civil e preconizam: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, **seja qual for a sua natureza**, prescrevem em cinco anos **contados da data ou fato do qual originarem**”.

O direito à recuperação do indébito somente teve origem com a declaração de inconstitucionalidade da norma que instituiu o tributo, isso porque, conforme já se discorreu nos capítulos anteriores, a norma inconstitucional teve a eficácia de compelir ao pagamento.

Nesse sentido já se posicionou o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em recente julgado”, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, que reconheceu o direito de restituição do indébito “independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido”. Cumpre-nos ressaltar, apenas, que

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 137, p. 938.

nesse caso, tratou-se do pagamento tributário indevido, utilizando-se portanto dos dispositivos contidos no CTN. Entretanto, aproveita-se o entendimento de que o marco inicial para a contagem do prazo prescricional do direito à recuperação do indébito não se cinge ao pagamento.

Ainda sem adentrar na descaracterização da natureza tributária do pagamento efetuado por força de lei declarada inconstitucional, ressaltamos outras manifestações doutrinárias de relevo, consubstanciando a posição de Hugo de Brito MACHADO e do Ministro Antonio de Pádua RIBEIRO, extraído de um texto de autoria de Wilson Rodrigues de FARIA<sup>90</sup>, cujos trechos, respectivamente, transcrevem-se:<sup>91</sup>

O direito de pleitear a restituição perante autoridade administrativa de tributo pago em virtude de lei declarada inconstitucional nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta. Ou com a suspensão, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional, na via indireta. [...] Inexiste, portanto, dispositivo legal estabelecendo a prescrição para a ação do contribuinte para haver tributo cobrado em lei que considere inconstitucional [...]. Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção.

Do Ministro:<sup>92</sup>

Ademais, é razoável e jurídico que se conte o prazo para a propositura da ação de restituição, em tal caso, a partir da decisão plenária do Supremo, que declarou a inconstitucionalidade da exação.

Da aplicação das normas genéricas da contagem dos prazos prescricionais e decadenciais, cita Sampaio DÓRIA o ilustre Caio da Silva PEREIRA:

<sup>90</sup> FARIA, Wilson Rodrigues de. Prescrição do crédito tributário : novos aspectos. *Informativo Consulex*, Brasília, v. 48, p. 1220 28 nov. 1994..

<sup>91</sup> Brito MACHADO, citado por FARIA (AC 44403-PE, 94.05.04627-6, Diário da Justiça, seção 2, p. 33960).

<sup>92</sup> Ministro Antonio de Pádua RIBEIRO, citado por FARIA, p. 71 (Resp. 44953-7-PR, 04.05.94).

Não se pode a rigor dizer que principia um prazo de prescrição no momento em que o sujeito deixa de exercer o seu direito, pois nem sempre isto é verdade, já que nem sempre a falta de exercício pode ser tachada de inércia do titular. A doutrina alemã dá-nos uma palavra e uma regra: **inicia o prazo de prescrição, como de decadência, no mesmo tempo que nasce para alguém uma pretensão acionável (Anspruch), ou seja, no momento em que o sujeito pode, pela ação, exercer o direito contra quem assuma situação contrária, já que “actio nondum nata non praescribitur”.**<sup>93</sup>

Pois bem, o prazo (de cinco anos, por força do Decreto 20.910/32) para aquele que efetivou a prestação pecuniária indevida por força de lei inconstitucional é contado a partir da declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando em via de ação direta.

Superadas as discussões acerca da existência do direito à recuperação do indébito e do seu termo inicial, passemos à análise das formas admissíveis dessa recuperação.

É usual, ao tratar-se da recuperação de indébito pago ao Estado, pensar logo na ação de repetição do indébito ou na compensação, de que tratam os artigos 66 da Lei 8.383/91 e especificamente no que concerne às contribuições à previdência social, na lei 9.032/95.

Isso porque o enfoque que geralmente se analisa é o da **devolução de tributo pago indevidamente.**

Entretanto esse não é o enfoque que se pretendeu com o presente estudo. Isso porque, por toda a pesquisa elaborada, pode-se concluir (e impõe-se repetir) que **o pagamento de “tributo” efetuado sob a égide de uma norma inconstitucional não tem natureza tributária, logo não pode sua recuperação reger-se pelas normas tributárias.**

<sup>93</sup> Sampaio DÓRIA, p. 88.

Assim sendo, tanto a restituição do pagamento indevido quanto a sua compensação, no caso *sub examen*, devem ser efetuadas em conformidade com as regras gerais de restituição contra o Estado.

Em termos práticos, quanto à ação ordinária para a restituição do pagamento indevido, ela não traz maiores conotações, pois o devedor, ainda que não a Fazenda Pública, será o ente governamental (União, Estado ou Município).

Independentemente da natureza do pagamento que se pretender restituir, deverá a ação seguir o rito especial de todas as ações contra o poder público, inclusive quanto à aplicação do artigo 100 da Constituição Federal, no tocante à expedição do precatório requisitório.

No entanto, é na modalidade da compensação que as diferenças se fazem sentir. A compensação de indébito tributário possui aspectos muito diferentes do da compensação do Código Civil que, como norma geral, na ausência de norma específica, rege a compensação dos pagamentos indevidos, de natureza não tributária, contra o poder público.

A construção jurisprudencial tem analisado a questão sob o aspecto exclusivo da compensação tributária, quer por força do pedido dos autos, quer por força da matéria em si (pretender compensar pagamento a mais de tributo), não se cuidando de apreciar a questão ora posta, nos termos do ordenamento civilista, pela exclusão da natureza jurídica tributária do pagamento cuja compensação se perquire.<sup>94</sup>

<sup>94</sup> Destacamos algumas decisões analisadas, como do Superior Tribunal de Justiça RMS 4442-4/SP, publicado no Diário da Justiça, de 28/08/95 (Adcoas, verbete 71217), Resp. 48018/Pr, publ. Diário da Justiça. 30/10/95 (Adcoas 71992) e RMS 5754-2/Pb, publ. Diário da Justiça, 18/09/95 (Adcoas 71301) ou dos Tribunais Regionais: 1ª. Região: Rem. "ex officio" em MS 94.01.32109-4-MG (Adcoas 71993) e AC 95.01.17022-5/AM, (Adcoas 71989); 5ª. Região, AC 30.211-PE (Adcoas 70518) e 4ª. Região AC 94.04.43699-2-RS (Adcoas 69836).



Da mesma forma, a doutrina pátria tem tratado o tema sob o enfoque da legislação tributária, sempre tomando por parâmetro o artigo 170 do CTN, para analisar as normas ordinárias que regulam a compensação de tributos.

Dessa forma, trava-se a discussão acerca da restrição infralegal de compensação de tributos distintos, ainda que da mesma espécie; de qual a definição de tributo da mesma espécie; de quais são os tributos que podem ser compensados com o COFINS, o IR, etc., e até mesmo se é válida ou não a restrição do artigo 89, § 1º, da Lei 9.032/95, quanto à comprovação da intransferibilidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa paga indevidamente, ao custo da mercadoria.

Neste sentido, encontramos estudos que expressam teses doutrinárias de relevo, como a de Wladimir Novas MARTINEZ, Ricardo Mariz de OLIVEIRA e José Eduardo Soares MELLO,<sup>95</sup> muito embora abordem a questão sob a ótica da legislação tributária, não considerando a natureza do pagamento indevido.

Daí decorrer que todas essas questões suscitadas pela doutrina e analisadas pelos tribunais cingem-se à análise da compensação tributária: a limitação percentual do *quantum* compensável, a caracterização de mesma espécie tributária e a exigibilidade de comprovação de não repasse do indébito aos custos do produto das empresas são oriundas das especificações contidas na legislação tributária.

O Código Tributário Nacional determina, em seu artigo 170: “A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, **autorizar a compensação de**

<sup>95</sup> Respectivamente, restituição ou compensação de contribuições previdenciárias (p. 109), compensação e restituição de contribuições para a seguridade social : transferência da de encargos e limites ( p. 59) e contribuições sociais (p. 41), estudos publicados em *Contribuições sociais : questões polêmicas*. São Paulo : Dialética, 1995, sob a coordenação de Valdir de Oliveira ROCHA.

**créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública”.**

Ora, a lei complementar tributária<sup>66</sup>, pois (CTN) **condiciona** a compensação **de tributos pagos indevidamente pelo sujeito passivo** à previsibilidade de lei específica que irá regulamentar as condições e as garantias dessa compensação.

**Mas única e tão-somente para créditos tributários é que o artigo 170 do CTN deve ser aplicado. O que significa dizer que aos créditos de natureza não tributária não será aplicado o art. 170 do CTN, ainda que o devedor seja o poder público.**

É o Código Civil, no Título II “Dos efeitos das obrigações”, que regulamenta o pagamento indevido e a compensação.

Pelo digesto civil, artigo 964, “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”. Mas são os artigos 1.009 a 1.024 do mesmo Código Civil que regulamentam a compensação.

Socorremo-nos das lições do mestre Pontes de MIRANDA:

O art. 1009 do CC diz: “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.” Não se falou da alegação, como nos textos reinícolas; nem se adotou a compensação de pleno direito, segundo o Código Civil francês, art. 1290: “La compensation s’opère de plein droit, para la seule force de la loi... les deux dettes s’eteignent réciproquement à l’instant où elles se trouvent exister

<sup>66</sup> Mister se faz um esclarecimento acerca da classificação do Código Tributário Nacional, para o que transcrevemos o posicionamento de Roque CARRAZZA, em seu **Curso de Direito Tributário**, obra já citada, p. 398-399: A propósito indagamos: qual a natureza jurídica da Lei 5.172, de 25.10.66, que é veículo legislativo do Código Tributário Nacional? Apesar de seu nunca negado caráter nacional, ela foi votada como lei ordinária, uma vez que è época, inexistia no processo legislativo pátrio, a lei formalmente complementar à Constituição. pois bem, quer a doutrina mais tradicional que, implantados, primeiro em 1967 e depois, em 1988, novos regimes constitucionais, a lei em exame, mesmo não tendo sido aprovada com o quorum especial e qualificado do art. 69, da Carta Suprema, assumiu, ipso facto, a natureza de lei complementar, por versar sobre matérias que estão hoje reservadas a esta modalidade de ato normativo. Data maxima venia, assim não nos parece. A nosso ver, a Lei 5172/66 continua sim, sendo formalmente uma simples lei ordinária: materialmente entretanto, é lei de cunho nacional....Evidentemente, a matéria de que a lei em questão cuida (normas gerais em matéria tributária) passa a ser privativa de lei complementar, por determinação, primeiro, do art. 18, par. 1º. da Carta de 67/69 e, agora, do art. 146, da atual Constituição. Desta forma, a Lei nacional 5.172/66 só poderá ser revogada ou modificada por lei formalmente complementar” [sem grifo no original].

à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives" (aliás, até a concorrência de dívida menor); nem se exigiu a declaração de vontade feita à outra parte, conforme o Código Civil alemão, par. 388, ou o suíço revisto das obrigações, art. 124. Tem-se pretendido que a compensação se opera no direito brasileiro, de pleno direito, como em direito francês. Porém, se é certo que não lhe exigimos ao suporte fático a declaração de vontade à outra parte, tampouco adotamos a compensação de pleno direito. A alegação do direito reinícola é elemento do suporte fático.<sup>97</sup>

Infere-se, pois, que os limites do artigo 1.010 devem ser respeitados, apenas se admitindo a compensação entre "dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis".

Portanto, ao contrário do que dispõe a legislação tributária em vigor, não se pode pretender compensar os valores pagos indevidamente por força de dispositivo normativo declarado inconstitucional, de natureza não tributária, com créditos vincendos do poder público.

Somente se compensam dívidas vencidas. É preciso, ainda, que os créditos sejam líquidos (tanto os do que efetuou o pagamento indevido quanto os do poder público).

Veja-se que o próprio Código Civil trata de diferenciar a compensação de créditos não tributários do Poder Público, dos tributários, quando dispõe, em seu artigo 1.017 que "As dívidas **fiscais** da União, dos Estados e dos Municípios também **não** podem ser objeto de compensação, **exceto** nos casos de encontro entre a administração e o devedor, **autorizados nas leis e regulamentos da Fazenda**".

Logo, as dívidas **não tributárias da União, Estados e Municípios** podem ser até mesmo objeto de compensação, independentemente de qualquer restrição que não as gerais do artigo 1.010.

<sup>97</sup> Pontes de MIRANDA (Tratado..., t. 24, par. 2269, 327-328), *apud* nota 21, de P.R. Tavares PAES (Comentários ao Código Tributário Nacional. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 380.

Nenhuma restrição pode ser feita, além daquelas consignadas no artigo 1.010 (liquidas, vencidas e de coisas fungíveis) do Código Civil, para a compensação entre o pagamento indevido oriundo de dispositivo legal declarado inconstitucional por via de ação direta com débitos existentes junto à União, aos Estados e aos Municípios.

## CONCLUSÕES

Durante o decorrer do estudo elaborado, conclusões e opiniões da autora foram sendo emitidas, como que arrematando as idéias suscitadas, notadamente na finalização de cada item dos capítulos.

Entretanto, impõe-se neste capítulo a análise exclusiva e consubstanciada na posição pessoal da autora, que buscou fundamentos nas idéias e teses já defendidas pelos instrumentadores do direito.

A evolução histórica do sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis, esboçada no capítulo primeiro deste estudo, teve por finalidade precípua tentar demonstrar os princípios metajurídicos que a sustentam e fundamentam.

Mais do que uma garantia de respeito à norma máxima do ordenamento jurídico positivo, aos seus princípios e determinações, expressas ou implícitas, mais do que tentar assegurar-lhe estrita efetividade, a fiscalização da constitucionalidade das leis é uma garantia inerente a todo Estado Democrático de Direito.

A Assembléia Constituinte, que detém o poder originário para elaborar as normas constitucionais é formada por representantes do povo, pressupondo sejam seus representantes.

Deve, pois, ser a Constituição a expressão da vontade popular. E o é. Mais ou menos impregnada dos interesses “lobísticos” de determinados segmentos, mas não deixa de ser a expressão da vontade dos eleitores.

Ao parlamento cabe respeitar a vontade daqueles que o compuseram: o povo, a sociedade, de forma que as normas, os princípios inseridos no Texto Legal Maior da Nação não sejam aviltados, violados.

Entretanto, cabe, no nosso ordenamento jurídico, ao Poder Judiciário fiscalizar, controlar a produção normativa infraconstitucional.

Para tanto, conferiu ao Supremo Tribunal Federal a missão de guardião da Constituição. Defensor da vontade popular. Sem o controle de constitucionalidade das leis, o equilíbrio se rompe, permanecendo a sociedade à mercê exclusiva do Parlamento.

A supremacia Constitucional, a existência de um ordenamento normativo superior, paradigmático, fundamental, como o quer Kelsen, impregnado das diretrizes e dos princípios que tentam espelhar a vontade popular e buscam a Justiça, são imprescindíveis e até indissociáveis a um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Uma norma que avilte, afronte tais princípios, tais diretrizes não tem valor, não existe. É nula, de pleno direito. NULA.

Das várias formas existentes nos diversos sistemas constitucionais encontrados, adotou-se no Brasil um sistema misto. Compete ao Poder Judiciário a fiscalização da constitucionalidade das leis, que pode ser suscitada por via de defesa ou direta.

O controle difuso (via de defesa) outorga a qualquer órgão do judiciário o poder de afastar a exigibilidade da norma inconstitucional para a situação jurídica concreta, produzindo efeitos, obviamente, apenas entre as partes da lide proposta.

O controle por via de ação direta, ao contrário, somente pode ser exercido pelo órgão competente à guarda da Constituição: o Supremo Tribunal Federal que, declarando a inconstitucionalidade de dispositivo de lei,

declara sua nulidade, sua inexistência para o mundo jurídico, produzindo efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

Submetida uma norma jurídica ao controle **direto** de constitucionalidade, está-se a exercer um dos postulados básicos inerentes ao Estado Democrático de Direito: o direito à segurança jurídica.

A natureza jurídica de qualquer pagamento efetuado sob a égide de um ato nulo é unicamente de um **pagamento indevido**.

Assim já entendeu doutrina e jurisprudência, como ficou caracterizado pelo preclaro Juiz Ari PARGENDLER:<sup>98</sup>

Qual é a natureza dos valores que as empresas vendedoras de mercadorias recolheram indevidamente na forma do art. 9º da Lei nº 7689, de 1988 e alterações posteriores?

Elas não tem a natureza de imposto nem a de contribuição; são valores exigidos **indevidamente - esta a sua qualificação** [sem grifo no original], independente de qual seja o código utilizado para a respectiva arrecadação.

Pois bem, não sendo tributos não podem submeter-se às regras tributárias para sua recuperação por aquele que efetuou o pagamento indevido.

O direito à recuperação desse indébito é indiscutível. O próprio Código Civil (art. 964) e até mesmo o Código Tributário Nacional (art. 165), este último para a hipótese de indébito tributário, asseguram a recuperação de todo pagamento indevido, ainda que ao Poder Público.

Entretanto, por divergirem as regras que concernem à recuperação do indébito tributário do não tributário, impõe-se caracterizar que a recuperação dos pagamento efetuados sob a égide de norma inconstitucional

<sup>98</sup> AC 94.04.43699-2-RS - TRF 4ª. Região - Adcoas 69836.

não se submete à legislação tributária, independentemente da forma de seu recolhimento, pois sua natureza não é de tributo.

O prazo prescricional para a recuperação é de cinco anos, por se tratar de pagamento indevido efetuado ao Poder Público, por força do Decreto 20.910/32, que deverá ser contado a partir da declaração de inconstitucionalidade da norma, pois só então o sujeito pode, por intermédio de uma ação, exercer o direito contra seu antagonista.

Pode optar pela restituição, que deverá obedecer aos preceitos gerais das ações contra o Estado (de qualquer das esferas), inclusive no que concerne à expedição dos precatórios requisitórios, observado o artigo 100 da Constituição Federal, ou pela compensação. Nesse último caso, a compensação deverá ser efetuada nos termos do Código Civil (arts. 1.009/1.024) e não nos termos da lei tributária (art. 170 do CTN e demais legislações ordinárias), pois, como restou demonstrado, o pagamento efetuado não tem natureza tributária.

Devem-se apenas observar os requisitos do artigo 1.010 do C.C.: as dívidas devem ser líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

Sabe-se que o tema proposto é complexo por envolver, inclusive, temas de outras áreas que não a exclusiva do Direito Constitucional. Entretanto, procurou-se, dentro do possível, abordar todos os aspectos imprescindíveis ao estudo proposto, com maior ou menor profundidade, quando necessário.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.
- 2 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1981.
- 3 \_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 1975.
- 4 BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo : Saraiva, 1983.
- 5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal — 2ª T. Recurso Especial 32.631-PR. Relator: Ministro Villas Boas. **Revista dos Tribunais**, v. 295, p. 709.
- 6 \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 137, p. 938.
- 7 BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1958.
- 8 CALAMANDREI, Piero. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Padova : CEDAN - Casa Editrice Dott. A., 1950.
- 9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra : Coimbra, 1982.
- 10 \_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993.
- 11 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre : S. Fabris, 1984.
- 12 CARRAZZA, Roque Antonio. 4. ed. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo : Malheiros, 1993.
- 13 CASILLO, João. Do controle de constitucionalidade das leis. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 8, p. 77, 1986.

- 14 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro : Forense, 1966.
- 15 CEDEÑO DE BARROS, José Fernando. **Aplicação dos princípios constitucionais do processo no direito tributário**. São Paulo : Saraiva, 1996.
- 16 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 17 \_\_\_\_\_. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- 18 \_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional**. São Paulo : Acadêmica, 1993.
- 19 COELHO, Luis Fernando. **Introdução à ciência do direito**. [s.l.] : HDV, 1983.
- 20 COSTA, Alcides Jorge. Natureza jurídica dos empréstimos compulsórios. **Revista de Direito Administrativo**, n. 70, p. 1-11.
- 21 DERZI, Misabel de Abreu Machado. A vedação constitucional de se utilizar tributo com efeito de confisco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, p. 145-165, out. 1989.
- 22 DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Controle da constitucionalidade e teoria da recepção**. São Paulo : Malheiros, 1995.
- 23 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. v. 5.
- 24 DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Causas de impedimento prescricional de indébitos tributários : ocorrência de coação e inconstitucionalidade. **Revista de Direito Tributário**, v. 39, p. 82, 1987.
- 25 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967.
- 26 FANUCCHI, Fabio. **A decadência e a prescrição em direito tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.
- 27 FARIA, Wilson Rodrigues de. **Consulex**, v. 48, p. 1220.

- 28 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- 29 FERRAZ, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGKALIAS, Ritinha S. **Constituição de 1988 : legitimidade, vigência e eficácia, supremacia.** São Paulo : Atlas, 1989.
- 30 FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado.** Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- 31 HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- 32 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. por João Batista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1987.
- 33 MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- 34 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade.** São Paulo : Saraiva, 1995.
- 35 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: CONFERÊNCIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO Brasil (9. : 1982 : Florianópolis). **Revista de Direito Público**, n. 57/58, p. 5-35.
- 36 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da constitucionalidade : aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo : Saraiva, 1990.
- 37 \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional.** São Paulo : Saraiva, 1996.
- 38 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1988.
- 39 \_\_\_\_\_. **Textos históricos do direito constitucional.** 2. ed. Lisboa : Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990.
- 40 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 20. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- 41 NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo : Saraiva, 1988.

- 42 NOGUEIRA de Paula, Edyclea Tavares. **Prescrição e decadência no direito tributário brasileiro.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984.
- 43 NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Separata de: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 29, 1987.
- 44 PAES, P.R. Tavares. **Comentários ao código tributário nacional.** 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- 45 REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.
- 46 RIBEIRO, Maria de Fátima. O efeito do confisco no imposto de renda. **Seleções Jurídicas Coad.**, Boletim 12, p. 17-19, 1990.
- 47 ROCHA, Valdir de Oliveira. **Contribuições sociais : questões polêmicas.** São Paulo : Dialética, 1995.
- 48 SANTOS, Ernane Fidelis. O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 661, p. 25, 1990.
- 49 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 2. ed. São Paulo : RT, 1982.
- 50 \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo.** 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- 51 SILVA FILHO, Derly Barreto. As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 713, p. 7, 1994.
- 52 UCKMAR, Victor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário.** Trad. por Marco Aurélio Grecco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.
- 53 VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, v. 54, p. 95-97, 1990.

Acórdãos:

## I - do Supremo Tribunal Federal:

- 1 - RE 32.631-Pr - RT 295/709
- 2 - RE 136.883-RJ - RTJ 137/936

## II - Do Superior Tribunal de Justiça:

- 1 - RMS 5754-2/Pb - Adcoas - verbete 71301 -publicado DJ 18/09/95;
- 2 - RMS 4442-4-SP - Adcoas - verbete 71217 -publicado DJ 28/08/95;
- 3 - Resp. 48018-Pr - Adcoas - verbete 71992 - publicado DJ 30/10/95.

## III - De Tribunais de segunda instância:

- 1 - TRF 1ª. Região: AC 95.01.17022-5/AM - Adcoas verbete 71989;
- 2 - TRF 1ª. Região: RMS 94.01.32109-4-MG - Adcoas verbete 71993;
- 3 - TRF 4ª. Região: AC 94.04.43699-2-RS - Adcoas verbete 69836;
- 4 - TRF 5ª. Região: AC 30.211-Pe - Adcoas verbete 70518.