

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

KARINA KAUFFMAN

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EM DIREITO
TRIBUTÁRIO E SEGURANÇA JURÍDICA**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2010**

KARINA KAUFFMAN

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EM DIREITO
TRIBUTÁRIO E SEGURANÇA JURÍDICA**

**Dissertação apresentada à banca examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como
exigência parcial para obtenção do título de Mestre em
Direito Tributário, sob a orientação da Professora
Doutora Clarice Von Oertzen de Araujo.**

**PUC/Mestrado
São Paulo - 2010**

BANCA EXAMINADORA

*Dedico este trabalho aos meus pais, Isaac e
Luzia, pelo apoio incondicional e amor
inesgotável e aos meus irmãos Renata e
Claudio.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço

Ao Professor Paulo de Barros Carvalho por ter me
dado a oportunidade de ingressar no Mestrado e
pelas inestimáveis lições;

À minha orientadora Clarice Von Oertzen de Araujo,
especialmente, pelo seu apoio e dedicação;

Aos meus professores do curso, pelo aprendizado transmitido
e estímulo à reflexão;

e

Aos meus colegas e amigos do curso pela caminhada em
conjunto.

*"A Cabala ensina que viemos a este mundo para
fazer por merecer a plenitude que a Luz do
Criador quer nos dar. Por isto, nada que traga
satisfação duradoura pode vir sem esforço,
sem merecimento"*

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a segurança jurídica e a modulação, para verificar se a aplicação da “modulação” proporciona segurança jurídica aos jurisdicionados.

Em busca deste objetivo, primeiramente buscamos analisar o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Verificamos que, no Estado moderno, não cabe mais uma relação de hierarquia entre o sistema político e o jurídico e que o Poder Judiciário se apresenta como um Poder neutro, apto a garantir os ditames da Constituição da República e a assegurar os direitos fundamentais do cidadão, sob a égide da legalidade e da moralidade públicas.

Quanto à segurança jurídica, constatamos que, a partir do momento em que a norma judicial passa a ser repetível para os casos idênticos, firmando-se assim um entendimento jurisprudencial consolidado, essa norma aproxima-se da norma legal, mas jurisprudência consolidada não é lei.

Procuraremos no nosso trabalho mostrar que a segurança jurídica é um sobreprincípio, ou seja, um princípio de sobrenível, com carga axiológica elevada e que necessita de outros princípios para sua definição. Um dos corolários da segurança jurídica que exploraremos neste trabalho será o da irretroatividade do direito, que está intimamente relacionado ao princípio da legalidade, já que se entende que a lei que deve ser aplicada ao caso é a lei em vigor à época da ocorrência do fato.

Se houver algum tipo de alteração de posicionamento das Cortes superiores, que acarrete alteração de sua interpretação da Constituição e das leis, tal mudança não poderá ter eficácia retroativa, sob pena de ferir-se, entre outros cânones constitucionais, a boa-fé objetiva do jurisdicionado que confiou na, até então, jurisprudência predominante. Essa é uma das garantias da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave:

Direito, tributos, irretroatividade, Judiciário, segurança jurídica.

ABSTRACT

This study aims to analyze the legal and modulation, to verify that the application of the "modulation" provides legal certainty for jurisdictional.

Toward that goal, first we aimed at analyzing the role of the judiciary in a democratic state of law. We note that in the modern state, there is no longer a reporting relationship between the political system and legal and that the Judiciary itself as a neutral power capable of guaranteeing the dictates of the Constitution and ensure the fundamental rights of citizens under the aegis of the legality and morality.

Legal certainty, we note that from the moment the standard judicial becomes repeatable for similar cases, has emerged as a consolidated jurisprudential understanding, the article approaches the legal norm, but settled case law is not law.

Seek in our work show that certainty is a overprinciple, i.e, a principle of overlevel, loaded axiological high and requires other principles for their definition. One consequence of legal certainty that this work will explore the retroactivity of the law, which is closely related to the principle of legality, since it means that the law should be applied to the case is the law in force at the time of occurrence of and the law.

If there is some kind of change in position of superior courts, which leads to change its interpretation of the Constitution and laws, such change may not be effective retroactively, on pain of hurt, among other constitutional rules, the objective good faith of courts which relied on the hitherto prevailing law. This is one of the guarantees of legal certainty in the democratic state of law.

Keywords:

law, taxes, non-retroactivity, judiciary, legal certainty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
1.1. O papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito	14
1.2. Estado Democrático de Direito na visão sistêmica	19
CAPÍTULO II – SISTEMA JURÍDICO NA ACEPÇÃO LUHMANNIANA	21
2.1. Complexidade do mundo moderno	21
2.2. Função do direito na teoria sistêmica	23
2.3. Positivação do direito	25
2.4. Ausência de hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo	26
CAPÍTULO III – VALORES E PRINCÍPIOS: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	31
3.1. Valor	31
3.2. Princípios	35
CAPÍTULO IV – SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	43
4.1. Segurança jurídica e a função do direito	43
4.2. Segurança jurídica: uma garantia constitucional	44
4.3. Segurança jurídica: sentido amplo e sentido estrito	46
4.4. Sobreprincípio da segurança jurídica	48
4.5. Principais princípios constitucionais que promovem a segurança jurídica em matéria tributária	50
4.5.1. Legalidade	50
4.5.2. Certeza e igualdade	51
4.5.3. Anterioridade e irretroatividade	54
4.5.4. Confiança no direito e previsibilidade	55
CAPÍTULO V – IRRETROATIVIDADE E JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL	59
5.1. Irretroatividade tributária	59
5.2. Direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada	61
5.3. Irretroatividade dos atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário	64
5.4. Irretroatividade e as modificações das jurisprudências judiciais	67
5.5. Modificações das jurisprudências judiciais, confiança e boa-fé	69
CAPÍTULO VI - VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA E NULIDADE DA NORMA JURÍDICA	73
6.1. Validade da norma jurídica	73
6.2. Vigência da norma jurídica	79
6.3. Eficácia jurídica, técnica e social	81
6.4. Nulidade e revogação	83

CAPÍTULO VII - MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	90
7.1. Modulação: significado e base legal	90
7.2. Norma inconstitucional	93
7.3. Controle de constitucionalidade	96
7.4. Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado	98
7.5. Controle de constitucionalidade aplicado no Brasil	102
7.6. Natureza da lei ou ato normativo inconstitucional	105
7.7. Dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no direito comparado	107
7.8. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Brasil	110
7.9. Da eficácia da decisão no controle abstrato de normas	114
7.10. Da eficácia da decisão no controle difuso de normas	117
CAPÍTULO VIII - ANÁLISE DOS CASOS LÍDERES QUANTO AOS EFEITOS DA DECISÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	119
1. STF; órgão julgador: tribunal Pleno; Data de publicação: 19/12/2007	119
Voto sobre questão de ordem	120
Voto-vista sobre questão de ordem	124
Conclusão	133
Nossa posição	134
2. STF; órgão julgador: tribunal pleno; data publicação: 19/12/2008	136
Resumo da decisão final	136
Análise do acórdão quanto aos efeitos da decisão	136
Conclusão	145
Nossa posição	145
3. STF, órgão julgador (tribunal pleno); data da publicação: 14/11/2008	147
Resumo da decisão final	147
Análise do acórdão quanto aos efeitos da decisão	147
Nossa posição	151
CONCLUSÃO: SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO	152
BIBLIOGRAFIA	156

INTRODUÇÃO

A escolha do tema dessa dissertação adveio primordialmente do interesse em procurar conhecer mais aprofundadamente sobre o respeito à segurança jurídica em matéria tributária no Brasil, que vive atualmente na condição de Estado Democrático de Direito.

Aliado a esse interesse, verificamos que, após pesquisas jurisprudenciais, ainda tratando especificamente de matéria tributária e considerando também a questão da segurança jurídica, apenas em caráter excepcional havia pedidos por parte dos contribuintes, em determinados casos, e, em outros, por parte das Fazendas Públicas, pela aplicação da “modulação”.

Assim, pretendemos fazer uma análise científica acerca desses dois temas: segurança jurídica e modulação, bem como em seguida esclarecer se a aplicação da “modulação” proporciona segurança jurídica aos jurisdicionados.

Sabemos que qualquer tema eleito como objeto de estudo possui conteúdo cognoscitivo ilimitado. Assim, primeiramente, para alcançar o conhecimento científico, necessitamos delimitar aquilo que pretendemos conhecer. Para tanto, é preciso realizar alguns cortes epistemológicos no objeto de conhecimento a ser estudado.

O primeiro corte que entendemos ser a base desta dissertação refere-se ao papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Em termos sistêmicos, no Estado moderno, a relação entre o sistema político e o jurídico é circular, feita por meio de controle e de limitações mútuas, o que significa que não cabe mais uma relação de hierarquia entre eles. O Judiciário, no Estado moderno, se apresenta como um Poder neutro,

apto a garantir os ditames da Constituição da República e a assegurar os direitos fundamentais do cidadão, sob a égide da legalidade e da moralidade públicas.

O Poder Judiciário, como centro do sistema jurídico, cria direito. O juiz aplica e cria direito quando profere uma sentença, ou seja, dentre as diversas alternativas de significados dos enunciados lingüísticos das leis para a solução de conflitos, estando diante de determinadas normas, o juiz opta por individualizar uma delas.

A partir do momento em que a norma judicial passa a ser repetível para os casos idênticos, firmando-se assim um entendimento jurisprudencial consolidado, essa norma aproxima-se da norma legal. Todavia, o limite para aplicação dessa norma judicial tem que estar adstrito aos casos idênticos, uma vez que jurisprudência consolidada não é lei.

O segundo corte realizado como objeto de nosso estudo se refere ao sobreprincípio da segurança jurídica. Entende-se por sobreprincípio um princípio de sobrenível, pois possui elevada carga axiológica e necessita de outros princípios para sua definição. Diante da importância de tal conceito, trataremos do significado e das características do valor desse sobreprincípio.

O direito, por ser uma construção do homem, é um produto cultural, produzido para alcançar determinadas finalidades, ou seja, referendar valores que a sociedade deseja implementar. O preâmbulo da Constituição brasileira elenca a segurança jurídica como valor supremo para se instituir um Estado Democrático.

A irretroatividade do direito, entre outros princípios, é corolário da segurança jurídica em matéria tributária. Ela está diretamente relacionada ao princípio da legalidade, pois a lei que deve ser aplicada ao caso é a lei em vigor à época da ocorrência do fato.

Com relação ao tempo, o legislador, ao elaborar normas, está voltado para o futuro, pois ele quer transformar a realidade. Já o Executivo e o Judiciário estão voltados para o passado, para o que definiu o legislador ao atuar em estrita vinculação com a Constituição, com a lei, com o Direito, tendo em vista o respeito ao princípio da tripartição de Poderes. Nesse sentido, verificaremos que o princípio da irretroatividade também se aplica às alterações jurisprudenciais. Como complemento desse sobreprincípio, trataremos também do princípio da confiança legítima e da boa-fé como proteção dos administrados.

O terceiro corte desta dissertação refere-se à modulação dos efeitos da decisão. A regra da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma exceção legal, criada pela norma infraconstitucional, art. 27 da Lei nº 9.868/99. A regra geral é no sentido de que os efeitos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo são *ex nunc*, significando que uma norma anulatória irá desconstituir o ilícito normativo anterior que foi inserido no sistema normativo de forma irregular, e, portanto, todos os atos fundados em sua aplicação são anulados, retroagindo-se até a sua instituição.

O art. 27 da referida lei excepciona essa regra geral e possibilita a atribuição de efeitos prospectivos ou outro momento qualquer a ser fixado para as decisões que declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que presentes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Por fim, analisaremos três casos líderes nos quais foram suscitadas as possibilidades de modulação dos efeitos das decisões tendo em vista o princípio da segurança jurídica.

CAPÍTULO I – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste capítulo, o estudo do Estado Democrático de Direito será analisado sob duas perspectivas que consideramos importantes para o tema do trabalho. Primeiramente, discorreremos sobre o papel do Judiciário nos modelos de Estado de direito. Em seguida, abordaremos o sentido de Estado Democrático de Direito na teoria sistêmica, ressaltando que esses itens estão relacionados ao Estado Democrático de Direito no Estado moderno.

Após discorrermos sobre o papel do Poder Judiciário nos diversos Estados de direito, observaremos que, na democracia moderna, o Judiciário tem a função de ser um Poder neutro, ou seja, um órgão que garante a legalidade, a moralidade da administração, os direitos dos cidadãos, o respeito às minorias, entre outros valores e princípios contidos na Carta da República.

Entendemos que a teoria sistêmica retrata bem o Estado Democrático de Direito numa sociedade moderna. Segundo essa teoria, não ocorre mais uma relação hierárquica do poder sobre o direito e, sim, uma relação circular de controle e limitações mútuas, na qual a Constituição é o ponto em comum a ambos.

1.1. O papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito

O modelo de Estado que predominava na Europa até o século XVII era o absolutista, no qual a monarquia possuía um poder ilimitado. A vontade do rei se confundia

com a vontade da lei, isto é, o direito não se distinguia da política. A doutrina da separação dos poderes surgiu com uma pretensão antiabsolutista.

Em contrapartida, nos séculos XVIII e XIX, surgiram, fundamentados em Montesquieu, os pensamentos jurídico e político liberal. A essência dessas novas concepções era a ideia de que o direito precisava separar-se da política, ou seja, o Estado necessitava de um direito autônomo à margem da política, para que essa fosse legitimada. A tripartição de poderes atribuiu a cada esfera de atuação do Estado – legislativa, executiva e judiciária – uma missão específica, inclusive a de controle entre eles.

No Estado liberal a legislação ocupou um papel de relevo. Ao Legislativo era atribuída a verdadeira função de governo, ao passo que o Executivo e o Judiciário eram Poderes coadjuvantes do protagonismo político do Legislativo. Ao Judiciário, representado pelo juiz, cabia a função de “boca da lei”, uma vez que a sua tarefa era de resolução de conflitos.

Com a separação entre política e direito, este tem a normatividade como seu objeto. O juiz passa a se orientar pela lei, como forma de imposição de limites à política, ou seja, ao invés de obedecer ao rei, ele devia guiar-se pelos ditames da lei.

Desse modo, o Estado liberal surgiu para superar o regime absolutista. A tese da divisão dos poderes, com o destaque conferido ao Legislativo, surge como uma fórmula capaz de atingir os seguintes objetivos: deslocar o centro de decisão política para uma arena na qual a burguesia tivesse assento (o Parlamento); impor limites à atuação do monarca, isto é, controlar o Executivo; dotar o Judiciário de uma posição institucional e orientada por

critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos (certeza jurídica, previsibilidade e garantia das expectativas).¹

No direito do Estado liberal, não cabia ao juiz interferir na vida privada do indivíduo ou no campo das relações de mercado. A estrutura codificada do ordenamento jurídico dava completude ao direito e impunha ao juiz, em tese, uma rígida e linear submissão à lei. Esta era perseguida como instrumento de garantia para o indivíduo.

O século XX é marcado pela passagem do liberalismo para o Estado social. Ocorre a publicização do direito privado, com ênfase crescente ao coletivo em detrimento do individual. O Estado passa a fazer a promoção da justiça e atua como agente econômico. O direito deixa de ser autônomo (liberal) e torna-se responsivo, ou seja, oferece respostas concretas às demandas sociais.

Nesse sentido, de um modelo liberal que privilegia o Legislativo assentado na suposta “separação” entre Estado e sociedade, no qual havia o monopólio parlamentar da produção do direito e uma atitude de não interferência do Judiciário na vida privada do indivíduo, transforma-se o modelo de Estado para uma instituição que interferirá em amplos segmentos da sociedade.

Com isso, a “separação” caminha-se para a “cooperação” entre Estado e sociedade; o direito e as decisões dos tribunais são capazes, pois, de interferir mais eficazmente na vida social, e, como consequência, verifica-se uma nova definição da tripartição de poderes e da função do Judiciário.

O século XXI pode ser considerado o século da crise do Estado social. O Estado moderno se caracteriza por uma série de modificações na sociedade. Ocorrem privatizações

¹ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 32.

no setor público, vê-se uma flexibilização do monopólio Estatal. Ingressa no direito uma nova forma de regulamentação, trata-se de “... uma nova maneira do Estado atuar na atividade econômica e na fiscalização da prestação de serviços públicos pelo particular ...”².

O Estado delega poderes a pessoas ou entidades do setor privado, para que estas regulem determinadas situações, por exemplo, o Estado delega aos pais dos alunos para que estes definam que percentual deverá ser aumentado nas mensalidades escolares. Surge, também, a discussão relacionada ao pluralismo jurídico³, isto é, um direito paralelo à margem do direito Estatal, por exemplo, como combinar o direito Estatal com a jurisdição internacional das Cortes de Estados.

O constitucionalismo moderno está fincado na divisão de poderes, no princípio da legalidade, na igualdade perante a lei, nos direitos fundamentais, na garantia das minorias, entre outros princípios. O Poder Judiciário, no Estado moderno, se apresenta como garantidor da observância das normas postas numa Constituição democrática. Ele conferirá eficácia plena aos direitos constantes na Carta Magna e controlará a moralidade na implementação das políticas públicas.

Todavia, nos referidos casos, existe a possibilidade de confrontação do Judiciário com os demais Poderes. O confronto com o Legislativo decorre do fato de o Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis que regulamentam a Constituição; no que tange ao Executivo, o confronto revela-se na possível interferência judicial na formação,

² Odete MEDAUAR. *O direito Administrativo em evolução*, p. 5221-5221.

³ Cf. André-Jean ARNOUD. Dicionário Enciclopédico. Pluralismo jurídico em direito, significa a coexistência de pluralidade de ordens jurídicas distintas estabelecendo ou não relações de direito entre si. Nesse sentido, os juristas são convidados a se confrontarem mais diretamente com o problema do pluralismo jurídico. Não se trata mais de simplesmente registrar a diversidade das regras de uma ordem jurídica – geralmente a ordem do Estado – e procurar suas relações com as particularidades da sociedade (problema do “mono-pluralismo jurídico”), mas de reconhecer a existência simultânea de pelo menos duas ordens jurídicas distintas e analisar as relações de direito que as vinculam.

controle e implementação das políticas públicas. Vê-se que coube ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, a garantia do controle de constitucionalidade das normas, bem como a possibilidade de sua interferência nas políticas públicas.

A tomada de decisão é função de todos os poderes, porém, a obrigatoriedade da decisão em qualquer circunstância é atribuída ao Judiciário, diferentemente do Executivo e Legislativo. Isso significa dizer que o Judiciário cria direito e, como consequência, houve, no Estado Democrático de Direito, um aumento de sua evidência pública e uma maior responsabilidade pelas suas decisões. Ocorre que tal situação proporciona a ele espaço para a discricionariedade e, concomitantemente, uma abertura para a arbitrariedade.

Desse modo, a fim de evitar essa excessiva exposição do magistrado, que pode implicar uma insegurança nas relações públicas, deve ser observada a neutralidade do Judiciário. Trata-se de uma revalorização da legalidade, princípio que se fundamenta no cumprimento das normas constitucionais. Nas palavras de Celso Fernandes Campilongo⁴,

Neutralização do Judiciário, na democracia moderna, significa acoplá-lo ao processo de governo como garantidor de uma efetiva continuidade do direito do cidadão, do controle das maiorias, da legalidade e da moralidade da administração. Neutralização política que a democracia exige do Judiciário não se assenta tanto na sua esterilização em relação aos demais Poderes ou a realidade social (o juiz ‘boca da lei’).

No mesmo sentido, leciona Misabel Abreu Machado Derzi⁵:

⁴ *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p.116.

⁵ *Modificações da Jurisprudência no direito tributário*, p. 49.

A escolha de uma das alternativas de interpretação, a solução de conflitos entre normas e a integração – se compatíveis com os enunciados lingüísticos postos pelo legislador – não configuram nenhum excesso no exercício das funções judicantes. (...) Desde O. Bülow, é cediço afirmar o árduo papel criador do juiz. O abandono de uma caduca concepção de aplicação da lei, como um silogismo lógico dedutivo, em favor de uma compreensão jurídica, parece ser uma aquisição definitiva.

O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito é cumprir os ditames das normas constitucionais. A ele cabe garantir que os demais Poderes exerçam suas funções. Por ser um poder neutro, imparcial, porém obrigado a decidir (*non liquet*), deverá sempre seguir os ditames da democracia constitucional.

1.2. Estado Democrático de Direito na visão sistêmica

Estado Democrático de Direito ou Estado de direito, na teoria sistêmica, apresenta-se como autonomia operacional⁶ do direito. Além disso, primordialmente, pressupõe uma diferenciação entre o sistema jurídico e o político.

Referidos sistemas são interdependentes, porém, ao mesmo tempo, possuem uma relação que os liga – no caso do sistema político, todas as suas tomadas de decisão estão subordinadas ao código lícito e ilícito do sistema jurídico; de outra parte, para o direito positivo, a legislação orientada politicamente apresenta-se como mecanismo mediante o qual se manifesta o sistema jurídico.⁷

⁶ Veremos adiante que a autonomia operacional do direito, para Luhmann, traduz-se na reprodução do sistema jurídico a partir de um código binário próprio (lícito/ilícito) e de seus próprios programas (Constituição, leis, decretos, jurisprudências, atos administrativos, contratos particulares, etc.).

⁷ Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e leviatã: uma relação difícil*, pp.89-94.

Nas formas anteriores de Estado, figurava uma relação de subordinação do direito à política. Ocorria uma subordinação hierárquica do poder sobre o direito; na prática, o direito só era aplicado de forma unilateral para os súditos. Nos dias atuais, em termos sistêmicos, a relação é horizontal entre esses sistemas, pois importa não mais uma relação hierárquica, porém circular, através de controles e limitações mútuas.

Segundo Luhmann, no Estado de direito, a diferenciação de política e direito concretiza-se mediante a Constituição. A Constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza tanto o procedimento eleitoral e a “divisão de poderes” quanto os direitos fundamentais. Aqueles configuram exigências primariamente políticas; estes, jurídicas.⁸

Assim sendo, na teoria sistêmica o que caracteriza o Estado Democrático de Direito é a ocorrência de uma eleição que respeita o voto como direito fundamental, bem como uma divisão de poderes no qual o jurídico controla o político mediante as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder.

⁸ Marcelo NEVES, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, p.102.

CAPÍTULO II – SISTEMA JURÍDICO NA ACEPÇÃO LUHMANNIANA

Tendo em vista ser a teoria sistêmica altamente profunda e intrincada, não pretendemos aqui esgotar os seus conceitos. Assim, utilizaremos neste trabalho algumas premissas que Niklas Luhmann adota com referência à jurisdição e à legislação, por configurar-se uma visão moderna da posição dos tribunais no sistema jurídico.

Nesse sentido, entendemos que a teoria sistêmica, como se verá no decorrer deste capítulo e de acordo com suas premissas, demonstra não haver hierarquia entre os Poderes. Conforme será analisado, o Poder Judiciário, sendo o centro do sistema jurídico, cria direito. Porém, antes de chegar a esse ponto, discorreremos sobre os pontos principais da teoria que dá subsídio a tal afirmativa.

2.1. Complexidade do mundo moderno

A teoria sistêmica desenvolvida por Luhmann está relacionada à complexidade do mundo moderno. A complexidade significa que, diante de um observador, se tem um amontoado de possibilidades, ou seja, traduz-se em aumento de elementos e possibilidades de relações, mais do que as que são suscetíveis de serem realizadas⁹. Essa teoria implica a capacidade de se reduzir complexidade e aumentar a estabilidade de um mundo em constante mudança.

⁹ Cf. apontamentos da aula do professor Marcelo Neves, disciplina: teoria do direito entre sistemas e discursos, PUC-SP, ano 2007. No dizer de Luhmann, “Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar.” *Sociologia do direito I*, p.45.

Ela pressupõe a superação do modelo existente na sociedade pré-moderna¹⁰, no qual predominava o princípio da estratificação social e a diferenciação social ocorria numa distinção entre camada superior e inferior.

Nesse modelo, apenas a ordem política da camada mais alta constituía-se autorreferencialmente¹¹. Sendo assim, “o direito permanecia sobredeterminado pela política e pelas representações morais estáticas, político-legitimadoras, não dispendo exclusivamente de um código-diferença específico entre um sim e um não.”¹² Diferentemente do Estado moderno no qual ocorre uma horizontalidade nas relações e autonomia intersistêmicas.

Nesta senda, uma vez que o mundo moderno envolve múltiplas possibilidades de escolha, ação e evento, Luhmann introduziu a concepção dos sistemas diferenciados funcionalmente. Segundo referido autor, é necessário que cada sistema social selecione dentre as pluralidades de expectativas normativas e cognitivas as que reduzam os seus respectivos comportamentos possíveis. Nas palavras de Celso Fernandes Campilongo¹³,

Essa estratégia de ‘redução de complexidade’ é implementada de dois modos: deslocamento dos problemas (transformar a complexidade do ambiente e seus problemas em complexidade e problemas do sistema) e dupla seletividade (realizar escolhas e conectá-las).

¹⁰ Luhmann vincula a evolução do direito aos diversos tipos evolucionários de sociedade: à diferenciação segmentária corresponde o direito arcaico; à hierárquica, o direito das culturas avançadas pré-modernas; à diferenciação funcional, o direito positivo (moderno). Marcelo NEVES, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, p. 20.

¹¹ Autorreferência: implica unidade do elemento, porque só existe naquele sistema.

¹² Marcelo NEVES, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, p. 80.

¹³ *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p.21.

No sistema jurídico, os deslocamentos dos problemas se traduzem com as questões apresentadas serem transformadas em termos legais ou ilegais. Quanto à dupla seletividade, ocorre, primeiro, viabilizando escolhas iniciais que absorvam incertezas (por exemplo, regulamentando a lei), e, após, viabilizando outras escolhas (por exemplo, observando se a lei é inconstitucional).

2.2. Função do direito na teoria sistêmica

O sistema jurídico é sensível apenas às expectativas¹⁴ normativas, isto é, são aquelas que resistem aos fatos e não se adaptam às frustrações¹⁵ (o expectante não está disposto a aprender). O direito, para Luhmann, promove congruente generalização de expectativas normativas. As expectativas normativas, segundo ele, são, em princípio, generalizadas em três dimensões. Vejamos suas lições¹⁶:

Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros (...). Na dimensão prática essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas.

¹⁴ Conforme o *Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann, verbis*: “Através de las expectativas, es posible ordenar las situaciones de doble contingência: Ego actúe de cierta manera, y así puede comprender la orientación de Alter, y por lo tanto también orientar su próprio actuar.”. Podemos sintetizar como o modelo que um espera do outro. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio, 1996, p.81.

¹⁵ Celso Fernandes CAMPILONGO, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p.19.

¹⁶ *Sociologia do direito I*, p.109.

Nesta medida, a normatização é o mecanismo de generalização na dimensão temporal, e isso significa que se definem sanções. Por sua vez, na institucionalização (dimensão social) trata-se do consenso suposto, ou, noutros termos, as pessoas têm que se orientar de acordo com determinado modelo normativo.

Por outro lado, compreende-se a dimensão prática ou moral como a identificação de sentido, ou seja, são os elementos orientadores de uma ordem jurídica.

Assim, a função do direito, para Luhmann, consiste em sua eficiência seletiva, ou seja, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três referidas dimensões.¹⁷

No mesmo sentido, significa assegurar as expectativas normativas. Estas decorrem das prescrições do direito posto, as quais pretendem interferir nas condutas humanas, determinando como essas devem ser.¹⁸ As normas jurídicas, na teoria do sistema, surgem para superar as incongruências existentes nas expectativas normativas. Tal teoria mostra-se como um critério de solução de problemas jurídicos.

Conforme vimos, portanto, o sistema jurídico na sociedade moderna se diferencia e se especifica funcionalmente em contrapartida ao seu ambiente. Destarte, o que diferenciaria o sistema jurídico dos demais sistemas é o seu código¹⁹ comunicativo específico, adjetivos que, no direito, equivalem ao par lícito/ilícito, o qual confere unidade e fechamento operacional ao sistema jurídico, e o fechamento operacional corresponde no direito a suas operações específicas de reprodução.

¹⁷ Cf. LUHMANN, Niklas, *Ibid.*, p.116.

¹⁸ Fabiana Del Padre TOMÉ. *A prova no direito tributário*, p.42.

¹⁹ Vejamos o conceito traduzido de código utilizado na teoria dos sistemas: “Os códigos são distinções com as quais um sistema observa suas próprias operações e define sua unidade, esses permitem reconhecer quais operações contribuem a sua reprodução e quais não.” (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio, *Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*, 1996, p.42.)

Ocorre que os sistemas, para aprenderem e reciclarem-se, precisam estar abertos aos seus ambientes. No direito, não seria diferente, e isso ocorre por intermédio de processos seletivos de filtragem, sendo que o direito retiraria do ambiente as informações que lhe fossem úteis. Nesta medida, verificamos ser imprescindível a abertura cognitiva do sistema jurídico para solidificar o seu fechamento normativo.

2.3. Positivção do direito

A positivção do direito, na modernidade, também denominada “autodeterminidade”, traduz-se em um sistema diferenciado do seu ambiente por meio de um código próprio (lícito/ilícito), que o torna operacionalmente fechado.

Todavia, como já ressaltado, tal fechamento operacional implica uma abertura cognitiva ao ambiente, evitando, assim, o paradoxo da autorreferência, vale dizer, uma estagnação do sistema, pois este perderia sua capacidade de aprendizagem.

Nesse sentido, dispõe Marcelo Neves²⁰:

A capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) do direito possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e ‘veloz’. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente, exige ‘digitalização’²¹ interna de informações provenientes do ambiente.

Desse modo, essa alterabilidade do direito em virtude de um fechamento indiferente ao ambiente proporciona ao sistema jurídico o reciclar-se e aprender. Assim, a reprodução

²⁰ *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil, p. 82.

²¹ Entendemos por digitalização a introdução de informações no sistema por meio de uma linguagem própria.

autopoiética do direito ocorre dentro do próprio sistema jurídico, isto é, direito produzindo direito. Referido fechamento operacional está vinculado a programas e critérios jurídicos, que são conteúdos que orientam as decisões e soluções de conflitos no interior do sistema jurídico. Tais programas no sistema jurídico são condicionais, nos quais prevalece a relação se → então.

2.4. Ausência de hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo

De acordo com Luhmann, existe uma interdependência entre o órgão Judiciário e o Legislativo, pois ambos participam do aperfeiçoamento do Direito, mas não há uma relação hierárquica entre eles.

O sistema jurídico, para ele, é composto pelo centro, representado pelo Judiciário ou Tribunais, e pela periferia, representada pela legislação, partes privadas contratantes e outros. Os Tribunais estão proibidos de recusar a prestação jurisdicional.

A norma que proíbe a recusa da Justiça é estatuída, conforme Luhmann, como uma dupla negação sem conteúdo: a não-decisão não é permitida.²² Destarte, trata-se de uma norma que eleva o princípio da proteção legal. No dizer de Lourival Vilanova “o ato jurisdicional não se constitui como uma proposição declarativa (descritiva ou teórica), mas como proposição prescritiva.”²³

Daí porque Luhmann compreende a questão da atividade do Tribunal como um paradoxo da coerção em liberdade. Pois, ao mesmo tempo que os juízes são coagidos a

²² *A posição dos tribunais no sistema jurídico*, p.160.

²³ *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 179.

decidir, eles necessitam de uma maior liberdade para tanto, e é dessa forma que se constrói o direito. Nesta medida, para o referido autor, o direito não comporta lacunas, bem como a função interpretativa não pode ser dissociada da função judicativa. Eis como ele se manifesta a esse respeito²⁴:

Os Tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não-existência de uma motivação em termos de política jurídica, interpretar, construir os casos, para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao Direito vigente.

A certeza e a segurança jurídica, para Luhmann, existem no sentido de que o órgão jurisdicional está obrigado a decidir com o código binário diferencial a relação intersubjetiva. Porém, tal decisão há de estar livre de qualquer julgamento imparcial, como o motivado por uma solução política.

Como visto, a relação do centro com a periferia não é, na concepção luhmaniana de sistema jurídico, uma relação de hierarquia. Desse modo, como periferia do sistema jurídico, a legislação, os contratos entre particulares e outros participam do processo da formação e da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas.

A título de exemplo, compete à legislação por meio de regras válidas filtrar as irritações sucedidas do sistema político em linguagem jurídica. Cabe à periferia a função de filtrar as irritações advindas do mundo circundante a fim de manter a reprodução ‘autopoiética’ do sistema.

²⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*, p.162-163.

A concepção de que a decisão sobre leis genéricas é atribuição do legislador, enquanto que ao juiz atribui-se a decisão sobre disputas concretas, segundo Luhmann, é uma visão ultrapassada. Para ele, no processo da decisão judiciária, fica evidente que o juiz não se restringirá ao caso particular, mas sim formulará regras gerais para suas decisões. No seu entender, todo aspecto normativo da decisão judiciária tem que pretender sua generalização, implicando que casos equivalentes serão decididos da mesma forma.

Disso resulta um diferencial entre o Poder Judiciário e o legislador, qual seja, a de que o Poder Judiciário compromete-se com suas decisões. Assim, a partir do momento em que o juiz se vê confrontado com premissas idênticas no aparecimento dos casos, ele tem de julgá-los também de forma idêntica. Todavia, o mesmo não ocorre com o procedimento legislativo.

Do exposto, depreende-se que o juiz se submete ao princípio da igualdade de forma diversa do legislador. O juiz, além de tratar igualmente as mesmas condições, também decide da mesma forma os casos iguais. Desse modo, com cada decisão ele se ata a casos futuros, e ele só pode criar um direito novo na medida em que reconheça e trate novos casos como constituindo casos diferentes.²⁵

O juiz, quando vai decidir um caso, formula as premissas de sua decisão na perspectiva daquele que as interpreta e aplica, não sob o ponto de vista daquele que delas se utiliza apenas imediatamente. No entanto, devido à constante mutabilidade da sociedade moderna, tal proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica não pode ser rígida. Destarte, tal rigidez é suportada, a longo prazo, tendo em vista haver um legislador

²⁵ Niklas LUHMANN, *Sociologia do Direito II*, p. 35.

que lhe faça a retaguarda, oferecendo novos princípios aos juízes para que esses ignorem os antigos princípios da sua jurisprudência.

Portanto, segundo Luhmann, a proibição de denegação da justiça (“non liquet”), na atualidade, torna o sistema do direito como universalmente competente e ao mesmo tempo capaz de decidir. Desse modo, a fim de comprovar referida assertiva, ele consigna na sua obra “El derecho de la sociedad”, que, nos chamados “hard cases”, no qual se trata de casos em que as normas jurídicas existentes aplicadas através de métodos dedutivos corretos não proporcionam decisões claras, os tribunais têm de decidir sobre tais casos. Assim, como os tribunais não podem apoiar-se no direito vigente, eles devem criar um direito que garanta a solução de cada caso, baseando-se em decisões precedentes.²⁶

Fundamentada na teoria de Niklas Luhmann, Misabel Abreu Machado Derzi afirma que “... Uma vez definida a posição da Corte sobre certa matéria, os fatos iguais ao *leading case*, que se realizam sob a sua regência, devem ser avaliados e julgados segundo aquela posição, verdadeira norma “judicial” de orientação da conduta humana.”²⁷.

Transportando essa teoria ao sistema jurídico brasileiro, preceitua ela que o Supremo Tribunal Federal, nas suas decisões mais difíceis e polêmicas, deve estar submetido à Constituição e deve atuar a fim de proteger a confiança dos cidadãos em seus julgados e oferecer previsibilidade a suas decisões.

Nesta medida, observando ordenamento jurídico de acordo com a teoria sistêmica luhmanniana, verifica-se um modelo de superação do julgador ao legislador, conforme havia no Estado liberal (juiz “boca da lei”). Esse modelo preconiza a interdependência dos

²⁶ Niklas LUHMANN, “*El derecho de la sociedad*”, p. 375-376.

²⁷ *Modificações da jurisprudência no direito tributário*, p. 48-49.

órgãos e determina ser o Judiciário um poder neutro, centro do sistema jurídico, com a função de decidir, já que ao tribunal é proibida a recusa da prestação jurisdicional.

Do exposto, inferimos que, no mundo moderno, altamente complexo e contingente, as decisões dos tribunais, com base no seu código binário, asseguram que o sistema jurídico responderá às irritações do seu ambiente. Tal resposta deve ser dada pelo Poder Judiciário, conforme os ditames das normas constitucionais de um Estado Democrático.

CAPÍTULO III – VALORES E PRINCÍPIOS: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Com este capítulo pretendemos introduzir o capítulo seguinte, tema da presente dissertação. Por ser a segurança jurídica um princípio com forte conteúdo axiológico, exporemos algumas noções introdutórias sobre a axiologia, bem como a definição de princípio.

3.1. Valor

Nicola Abbagnano²⁸ dispõe que em geral valor significa o que deve ser objeto de preferência ou de escolha. Ainda, nas palavras de Raimundo Bezerra Falcão, “é, efetivamente, toda força que, partida do homem, é capaz de gerar no homem a preferência por algo.”²⁹ Tal assertiva confirma o exposto de que o valor não está nas coisas, é o homem que faz escolhas, prefere algo em detrimento de outro algo.

Partindo dessa premissa, Fabiana Del Padre assevera: “... o ser humano ao tomar uma conduta qualquer o faz com base em decisões, decorrentes de preferência. Essas decisões são realizadas mediante escolhas. Assim, considerando que escolher é valorar, toda ação humana está indissociavelmente ligada ao *valor*.”³⁰

O valor está no ser. A pessoa é portadora, por exemplo, de um valor moral positivo, ela é quem qualifica o quadro como belo (valor estético). O objeto apenas carrega o sentido

²⁸ *Dicionário de filosofia*, p. 989.

²⁹ *Hermenêutica*, p. 20.

³⁰ *A prova no direito tributário*, 247.

que o homem lhe dá. Nesse sentido, dizemos que o homem, mediante ato consciente, atribui valor aos objetos de sua experiência.

Johannes Hessen³¹ dispõe que os valores se acham em uma relação hierárquica. A ordem axiológica apresenta uma estrutura escalonada, os valores admitem graus, são susceptíveis de mais ou de menos. Ele também elenca como uma característica essencial do valor a polaridade, a qual consiste na oposição entre os valores positivos e negativos, entre valor e desvalor.

Segundo Miguel Reale³²,

(..) a dinâmica do direito resulta dessa polaridade estimativa por ser o direito concretização de elementos axiológicos: há o ‘direito’ e o ‘torto’, o lícito e o ilícito. (...) Não é por mera coincidência que existe sempre um autor e um réu, um contraditório no revelar-se do direito, dado que a vida jurídica se desenvolve na tensão de valores positivos e de valores negativo. O direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores.

Além da (i) bipolaridade, ele elenca outras características inerentes aos valores, tais como:

(ii) referibilidade: o valor importa sempre uma tomada de posição do homem perante algo. Os seres humanos conferem valores às coisas, aos outros homens e a eles mesmos – só a ele isso é possível;

(iii) preferibilidade: inexistência de uma ausência de valor, uma indiferença do sujeito perante o objeto que examina. O valor que atribuímos a um objeto é aquele que preferimos dentre todos os outros;

³¹ *Filosofia dos valores*, p.58.

³² *Filosofia do direito*, p. 189.

(iv) incomensurabilidade: os valores não podem ser mensurados, seria um sem-sentido semântico estabelecer proporções de medida aos valores;

(v) graduação hierárquica: o elemento da preferibilidade também se estabelece entre os próprios valores, construindo uma relação de hierarquia. É a ideologia que funciona como filtro, isto é, valores que filtram e organizam outros valores;

(vi) objetividade: ocorre de acordo com a necessidade do objeto para o valor se manifestar;

(vii) historicidade: os valores são frutos da trajetória existencial dos homens, é na evolução do processo histórico social que os valores vão sendo constituídos;

(viii) inexauribilidade: os valores são inesgotáveis, pois, por exemplo, se uma decisão promove segurança jurídica, não significa que não haverá mais segurança jurídica para as demais decisões; o mesmo ocorre com o valor estético: se foi atribuído o valor belo para um quadro, terá o belo para os demais quadros, obras, etc.

(ix) implicação recíproca: um valor influi, direta ou indiretamente, na realização dos demais, ou seja, a confiança, a previsibilidade do direito implica a boa-fé dos legisladores, que implica a segurança jurídica das decisões.

Ainda ampliando esse quadro, Paulo de Barros Carvalho adiciona a seguinte característica:

(x) atributividade: o sujeito não se comporta com indiferença a um objeto, atribuindo-lhe qualidades positivas ou negativas.

O direito, como construção do ser humano, é um produto cultural. Os objetos culturais são invariavelmente portadores de valores. Conforme Paulo de Barros Carvalho, o

direito “... carrega consigo uma porção axiológica que há de ser compreendida pelo sujeito cognoscente – o sentido normativo, indicativo dos fins (*telos*) que com ela se pretende alcançar.”³³

O legislador, ao elaborar uma lei, emite juízos de valor, pois, conforme as necessidades da sociedade, ele irá escolher quais dos acontecimentos correntes serão postos na condição de antecedente da norma jurídica.

Do mesmo modo ocorrerá na construção da norma, na escolha das modais deônticos. Os modais “obrigatório” e “permitido” revelam um valor positivo, significando que a sociedade aprova o comportamento prescrito ou que ele é necessário para o convívio social. Já o modal “proibido” demonstra um valor negativo, ou seja, trata-se de uma conduta rejeitada pela sociedade. “Vê-se que o valor está na raiz mesma do dever-ser, isto é, na sua configuração lógico-formal”.³⁴

Ressalta-se que os enunciados prescritivos em si não são portadores de valores, pois, conforme visto, é o homem quem atribui valor a tudo. O intérprete do direito também atribuirá valor aos enunciados prescritivos do ordenamento jurídico, construindo sentido para concretizar certos valores, que, segundo seu entendimento, o legislador quis implementar. Nas palavras de Aurora Tomazini de Carvalho: “Há valoração de todos os lados, para produzir o direito, para compreendê-lo e para aplicá-lo.”³⁵

Assim, o direito positivo formado por normas jurídicas possui uma carga valorativa significativa. Veremos que tais normas pertencentes ao sistema podem ser expressas como princípios ou regras, sendo que os princípios têm maior conotação axiológica.

³³ *Direito tributário, linguagem e método*, p.253.

³⁴ *Ib.*, p.175.

³⁵ *Curso de teoria geral do direito*, p. 259.

3.2 Princípios

A palavra princípio possui variadas acepções, tais como o “início”, “o primeiro momento de uma ação ou processo”, “começo”, “o que serve de base a alguma coisa” e outras mais. Existem diversas formas que sua significação pode exprimir, dependendo do objeto científico que irá ser estudado.

Se quisermos compreender o termo princípio, é necessário entender sua posição no contexto do ordenamento jurídico no qual está inserido. O princípio estaria formalizado em um texto normativo, equivalendo esse ao subconjunto do conjunto ordenamento positivo.

Pelo prisma da linguagem jurídica – tomando essa como a comunicação utilizada pelo direito posto, pela Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito em sentido estrito, que tem por objetivo promover o fenômeno jurídico –, verificamos que o princípio se aplica a ela perfeitamente, assim como às demais linguagens científicas que se utilizam, dentre outras, da ciência do direito como objeto de estudo, tais como a Filosofia do Direito – integrada pela Lógica Jurídica, Axiologia do Direito e Ontologia Jurídica –, a Sociologia do Direito e todas as outras que têm por interesse as normas do direito positivo.

Temos que o direito posto traduz-se na linguagem-objeto em um dado momento histórico e espaço territorial. A Dogmática do Direito ou a Ciência do Direito em sentido estrito é metalinguagem descritiva desse objeto, tendo em vista que se aprofunda doutrinariamente nessa linguagem. Ainda, a Filosofia do Direito, quando reflete sobre o direito posto, revela-se como metalinguagem desse e, quando atua sobre construções científicas, ostenta a hierarquia de meta-metalinguagem.

Desse modo, vislumbramos os princípios em todas as linguagens que tratam do direito, por exemplo, na lógica jurídica, ou lógica-deôntico-jurídica, a qual se utiliza da linguagem formal a fim de demonstrar as condutas do direito, ou seja, os modais: “O”(= obrigatório), “P” (= permitido), “V”(= proibido); na epistemologia do direito, na qual a “norma fundamental” de Kelsen é um pressuposto da prática cognoscente do direito; e ainda na axiologia, em que são vistos conceitos como a segurança jurídica, a justiça, a igualdade e outros.

Outra forma de identificar os princípios em todos os setores do direito é a que atribui a eles sentido geral ou específico, bem como explícito ou implícito. Assim, seriam gerais aqueles princípios comuns a todas as esferas do ordenamento, por exemplo, o princípio da legalidade constante no art. 5º, II, da Constituição de 1988; e seriam específicos aqueles pertinentes apenas a determinado ramo do direito, como, por exemplo, a legalidade tributária criada pelo art. 150, I da Carta Magna. Já os explícitos são os expressos claramente no sistema, tal como o princípio da anterioridade tributária ou do asilo inviolável; e os implícitos são os que estão subentendidos (não expressos), como o princípio da segurança jurídica.

Após termos visto que, tanto na linguagem jurídica como nas suas metalinguagens, há princípios, o nosso objeto de estudo partirá do conceito de princípio na Dogmática Jurídica.

Destarte, por ser o direito criação do homem, trata-se de um objeto cultural impregnado de valores. O ser humano, sempre em busca do conhecimento, ser vivente em uma determinada sociedade, direciona-se com base em valores. Existem os valores básicos eleitos pela comunidade, decorrentes do fato de todos da comunidade viverem no mesmo

território e momento histórico, mas também cada indivíduo de acordo com sua trajetória de vida realiza uma determinada interpretação sobre eles, fazendo com que os valores apresentem, assim, uma variação no grau de sua importância. Tais circunstâncias fazem, pois, com que os valores estejam sempre acompanhados de uma elevada indeterminação.

Assim, conforme visto no item anterior, o direito é um produto cultural impregnado de valores que informam as normas jurídicas, as quais são estruturadas sintaticamente com um antecedente e um conseqüente, porém com significações semânticas heterogêneas.

Nesta senda, como as normas jurídicas são textos que pertencem ao contexto do ordenamento jurídico, sendo aquelas espécies e esse o gênero, elas, normas jurídicas, estão carregadas de valor, porém não necessariamente com a mesma intensidade axiológica entre elas.

Logo, já podemos inferir que princípios são normas jurídicas suscetíveis de forma proposicional descritiva ou prescritiva, com elevada carga axiológica. É o nome que se dá às regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica.³⁶

Nesta medida, acolhemos o conceito de princípio proposto por Paulo de Barros Carvalho:

... os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. Entre eles e os expressos não se pode falar em supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que

³⁶ Paulo de Barros CARVALHO, *O princípio da segurança jurídica em matéria tributária*, p.78.

representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de princípios e de sobreprincípios.³⁷

A Constituição Federal do Brasil dispõe, no seu preâmbulo, sobre os valores jurídicos supremos para se instituir um Estado Democrático. Consigna os preceitos necessários e desejáveis “para se instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias ...” Referidos valores são de difícil percepção e demonstração na pragmática da comunicação jurídica.

Nesta medida, citados valores são entendidos como sobreprincípios, uma vez que não existe uma formulação explícita que lhes corresponda na Carta Magna. Os sobreprincípios decorrem do uso de outras normas com elevada carga axiológica e que, portanto, possuem o caráter de princípios.

Assim, discorrer acerca destes significa tratar de princípios que falam sobre princípios, ou seja, os sobreprincípios não estão expressos no texto constitucional, necessitando de outros princípios para sua definição.

Desse modo, inferimos que os sobreprincípios encontram-se em posição hierárquica superior aos demais princípios, posto que os demais princípios agem para alcançar a sua realização.

³⁷ *Direito tributário, linguagem e método*, p.257-258.

A fim de exemplificarmos, temos um sobreprincípio primordial no sistema do direito: o da certeza jurídica. Segundo Lourival Vilanova³⁸, o juiz não pode se eximir de sentenciar. A omissão de julgar não se harmoniza, em tese, com o ordenamento jurídico. Assim, na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurar um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, por exemplo, que “A” possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu.

Todavia, não vemos tal princípio redigido explicitamente na Carta Magna, já que ele se encontra implícito. Por isso, é denominado um sobreprincípio, e todas as normas do sistema hão de consagrá-lo, a fim de almejar o sentido deôntico, independentemente de ter havido respeito à justiça, segurança jurídica ou demais valores.

Consignamos até o momento que os princípios e os sobreprincípios são normas jurídicas, ainda que os sobreprincípios surjam pela conjunção dos princípios. Encontramos ambos em todo ordenamento, já que são aplicados a todos os ramos do direito; contudo, há princípios que só valem para um ramo específico do direito.

Esclarecemos que o nosso campo de estudo é o ramo do direito tributário, portanto, estudaremos os princípios gerais e os específicos na seara tributária. E lembramos que tais princípios se encontram determinados na Constituição Federal e ainda que os princípios aplicáveis ao direito tributário comumente se revelam como “limites objetivos”.

Cabe esclarecer ainda que “limites objetivos” são meios para se atingir os valores que têm por finalidade alcançar. Paulo de Barros Carvalho sinaliza que “Os princípios de direito tributário, por seu turno, geralmente se expressam como “limites objetivos”, postos como sobrerregras que visam a implementar os valores estipulados no ordenamento

³⁸ *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p.183.

jurídico.”³⁹ São de fácil verificação no sistema jurídico, e sua aplicação é imediata. São eles: o princípio da legalidade e da tipicidade cerrada; da anterioridade e irretroatividade da lei; da não-cumulatividade, entre outros.

Humberto Ávila, na sua obra “Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, faz um minucioso estudo reflexivo e comparativo dos conceitos de princípios, regras e postulados, estruturando-os sob fundamentos diversos dos usualmente empregados pela doutrina.

Referido autor conceitua os princípios da seguinte forma⁴⁰:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Neste sentido, quando o autor se refere a normas imediatamente finalísticas quer dar a entender que os princípios procuram atingir um fim e que o objetivo a ser atingido é o conteúdo que o princípio quer alcançar, algo que não precisa significar um término, mas sim o conteúdo desejado. O comportamento é adotado porque seus efeitos ajudam a promover o fim. Por exemplo, a interpretação do princípio da segurança jurídica irá indicar que a previsibilidade, a não-surpresa e a confiança compõem o estado de coisas e que comportamentos previsíveis e estáveis são necessários.

Com efeito, o que interessa aos princípios é chegar à finalidade que postulam, os meios somente têm sentido para atingir a sua finalidade. O fim significa alcançar o

³⁹ *Direito tributário, linguagem e método*, p. 281.

⁴⁰ *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p.78-79.

conteúdo, não necessariamente compreende um término. Aquele pode ser, por exemplo, a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade). Tal concretização dos fins pelos princípios depende de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário a sua promoção.

Assim, os princípios, ao demarcarem fins a serem alcançados, requerem a promoção de um estado de coisas – bens jurídicos – que demandam condutas necessárias à sua realização ou preservação.

Nesta medida, pode-se afirmar que os princípios possuem caráter deôntico-teleológico. Deôntico, porque estabelecem condutas proibidas, permitidas e obrigatórias, resultantes de determinado comportamento; e teleológico, pois resguardam ou promovem determinado estado de coisas. Nesta feita, se determinado comportamento não for adotado, o estado ideal do que se quer alcançar com os princípios não será realizado. Por exemplo, para a efetivação de um estado de lealdade e boa-fé, é necessário cumprir aquilo que foi prometido.

Ainda, os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, pois eles não têm a pretensão de solucionar diretamente o conflito e sim de colaborar, ao lado de outras normas ou até mesmo outros princípios, para uma tomada de decisão. Eles estabelecem diretrizes normativas a serem concretizadas, sendo um aspecto secundário o comportamento a ser tomado para alcançar a sua realização.⁴¹

Do exposto, concluímos, para efeito deste estudo, que há no ordenamento jurídico princípios e sobreprincípios. Esses últimos, de elevada carga axiológica, se concretizam por

⁴¹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 76.

intermédio da realização de outros valores ou de limites objetivos. A segurança jurídica, objeto desta dissertação, é um exemplo de sobreprincípio, ou seja, é uma norma de valor de sobrenível que se realiza por meio da implementação de outros princípios, como o da irretroatividade, igualdade, anterioridade, legalidade e outros.

CAPÍTULO IV – SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Este capítulo visa a tratar do sobreprincípio da segurança jurídica, dos princípios que a promovem e a sua importância para garantir a estabilidade das relações do ordenamento jurídico.

4.1. Segurança jurídica e a função do direito

De acordo com o estudado, a função do direito é garantir a manutenção de expectativas normativas (item 2.1), mesmo que estas venham a ser frustradas pela adoção de comportamentos divergentes. Vimos ainda que elas são generalizadas em três dimensões: a temporal, a social e a prática.

A segurança jurídica encontra-se na dimensão social. No sistema jurídico, os processos de seleção funcionam como filtros por meio dos quais múltiplas possibilidades sociais ingressam no sistema do direito como reduções de complexidades.

Esses processos possibilitam a generalização das expectativas normativas porque representam uma segurança do sistema contra o dissenso. Por meio deles, cria-se um consenso presumido em torno da decisão, ou seja, todos recebem a decisão como algo uma instituição.⁴²

⁴² Cf. VALVERDE Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*, p.61.

Nesse sentido, uma vez selecionada certa expectativa pelo direito, o princípio da segurança jurídica impede que essa expectativa venha a ser modificada pelo próprio direito, pois, de acordo com Gustavo Sampaio Valverde, “Trata-se de um reforço à redundância do sistema, o que não impede, contudo, a sua variação, por meio de decisões políticas ou mesmo pela alteração nas circunstâncias sociais vigentes à época da decisão.”⁴³

A importância do exposto é que, numa sociedade altamente complexa, aquele que se comporta conforme a expectativa normativa pode ter a segurança e a confiança de que a sua expectativa não será institucionalmente desacreditada. E conclui o referido autor⁴⁴, fundamentado nas lições de Niklas Luhmann:

E sem uma pauta cogente de previsibilidade, ou melhor, sem a segurança jurídica de que determinadas comunicações podem e que outras não podem ser produzidas, seria realmente muito improvável que o sistema político pudesse se organizar para tomar decisões vinculativas em grande escala, ou que o sistema econômico pudesse produzir riqueza de uma forma organizada.

4.2. Segurança jurídica: uma garantia constitucional

O tema segurança jurídica passou a ter um papel mais significativo a partir do pós-guerra, no século XX, com grande ênfase aos direitos humanos, garantias e liberdades individuais, todos elencados na Constituição da República traduzidos em princípios.

⁴³ *Coisa julgada em matéria tributária*, p.128.

⁴⁴ *Ibid*, p.130.

O preâmbulo da Carta Magna brasileira prescreve, além de outros, a segurança e a justiça como valores supremos, ambos informando o direito positivo. Para o filósofo do direito Gustav Radbruch, são esses os elementos universalmente válidos da ideia de direito. Segundo ele, a segurança exige positividade do direito, pois, como ele esclarece:⁴⁵

(...) se não se pode identificar o que é justo, então é necessário estabelecer o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer cumprir aquilo que foi estabelecido. A positividade do direito pressuposto de sua justiça: tanto o ser positivo é parte do conceito do direito justo quanto o ser justo em seus conteúdos é tarefa do direito positivo.

Nos dias atuais, podemos afirmar que vivemos num Estado Constitucional. O movimento denominado constitucionalismo tem como idéia básica registrar por escrito o documento fundamental do povo, aquele a que Hans Kelsen⁴⁶ denominou norma fundamental. Segundo Niklas Luhmann (ver item 2.2), a autonomia do Estado de direito concretiza-se mediante a Constituição.

O Estado Democrático de Direito ou Constitucional permitiu a efetivação e a garantia de direitos fundamentais dos indivíduos perante o Estado. Este confere aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos, ou seja, os indivíduos passaram a exigir do Estado o cumprimento dos seus direitos.

A segurança jurídica implica na mobilidade da ordem jurídica, ou seja, seu constante aperfeiçoamento. O alcance da segurança jurídica é a finalidade do Estado Democrático de Direito, diferentemente do Estado Liberal, no qual a segurança jurídica era utilizada como um meio para almejar seus fins.

⁴⁵ *Filosofia do direito*, p.108.

⁴⁶ *Teoria pura do direito*, p. 247.

No dizer de Luís Eduardo Schoueri⁴⁷,

(...) enquanto o pensamento baseado no Estado de Direito valorizará a segurança jurídica concernente à certeza dos direitos, abrangendo a elaboração, a interpretação e a própria positivação do ordenamento, penetrando também na linguagem jurídica em busca da clareza e da certeza e no próprio funcionamento dos órgãos do Estado, o Estado Social de Direito trará novas cores ao mesmo valor da segurança jurídica, onde se prestigiará não mais a mera manutenção de regras, mas a previsibilidade da atuação do Estado quando da intervenção no domínio econômico, conforme os ditames da ordem econômica firmados pelo constituinte, o que implicará a necessária consistência dessa atuação em relação à própria política econômica adotada.

Assim, nesta conjuntura de Estado Democrático de Direito, em que a Constituição tem por missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa e demais direitos fundamentais, a justiça fica cada vez mais próxima da segurança jurídica.

Desse modo, no Brasil a segurança jurídica consiste numa categoria constitucional de importância primordial, composta e inclusa entre os direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos constantes no artigo 5º da Constituição Federal.

Nesta medida, todos os dispositivos que estabelecem garantias constitucionais visam, em última análise, “tornar seguros” os direitos neles contidos, o que na prática se constitui uma tentativa de realização da justiça.

4.3. Segurança jurídica: sentido amplo e sentido estrito

Asseveramos ser a segurança jurídica valor de sobrenível que informa o direito positivo. José Afonso da Silva complementa que a positividade do direito é uma exigência

⁴⁷ Segurança na ordem tributária nacional e internacional: tributação do comércio exterior. In: *Segurança jurídica na tributação e estado de direito*, p. 383.

dos valores da ordem, da segurança e da certeza jurídicas e que a segurança no direito tem um duplo sentido, traduzindo-se em segurança do direito e segurança jurídica⁴⁸.

No primeiro sentido, segurança do direito e constituição se misturam, uma vez que esta consiste no fundamento de validade do direito positivo, enquanto a segurança jurídica é uma garantia que decorre dessa positividade.

Nesta senda, referido autor averba que, nos termos da Constituição, a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. Na acepção ampla, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica.

Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.⁴⁹

Destarte, transpondo referida classificação para o direito tributário, essa segurança em sentido amplo realiza-se nas garantias consubstanciadas no art. 150 da Constituição, quais sejam: (i) de que nenhum tributo será exigido nem aumentado senão em virtude de lei – princípio da legalidade tributária (inc. I); (ii) de que não se instituirá tratamento desigual entre contribuintes – princípio da isonomia (inc. II); (iii) de que nenhum tributo será cobrado em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado nem mesmo no exercício financeiro em haja sido publicada

⁴⁸ Constituição e segurança jurídica. In: *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, p.15.

⁴⁹ *Ibid.*, p.17.

a lei que os instituiu ou aumentou – princípios da irretroatividade e anterioridade (inc. III); de que não haverá tributo com efeito confiscatório – princípio do não confisco (inc.IV).

No sentido estrito, a segurança se refere à proteção dos direitos subjetivos dos contribuintes, frente à mutação do direito posto, seja pela mudança das leis no tempo, seja dos atos administrativos ou da jurisprudência predominante nos tribunais superiores.

Assim, a segurança jurídica dos direitos subjetivos consiste em que administrados possam antever as consequências que seus atos surtirão em face do direito vigente naquele determinado espaço de tempo.

Uma importante condição da segurança jurídica, neste caso, está na relativa certeza de que as relações concretizadas no domínio daquela norma geral e abstrata, e individual e concreta, tal como jurisprudência, perdurem ainda que haja posterior revogação ou mudança da mesma. Deixemos por um instante esse tema e retornaremos a ele mais adiante.

4.4. Sobreprincípio da segurança jurídica

Discorremos no item 3.2 que o termo “princípio” se apresenta como norma que insere valor ao sistema jurídico especificando-se em sobreprincípio e princípio. Aquela norma de escala hierárquica superior concretiza-se pela atuação de outros princípios impregnados no ordenamento jurídico.

Consigna-se que as normas de enunciados expressos e as de teor implícito do texto constitucional com forte carga axiológica têm a mesma força vinculante. O fato de

figurarem no texto, ou no contexto, não modifica o teor valorativo de tais normas, as quais ingressam no sistema com forte dimensão semântica.

Nesse sentido, consiste a segurança jurídica num sobreprincípio pressuposto de formação de qualquer ordem jurídica em Estados de direito. Sobreprincípio, pois ela está implícita no texto da Carta Magna; todavia, efetiva-se pela atuação de outros princípios implícitos ou explícitos, tais como o da legalidade, igualdade, irretroatividade, anterioridade, universalidade da jurisdição e outros.

O sobreprincípio da certeza do direito, para Paulo de Barros Carvalho, traduz as pretensões do primado da segurança jurídica no momento em que, de um lado, (i) exige do enunciado normativo a especificação do fato e da conduta regradada, bem como, de outro, (ii) requer previsibilidade do conteúdo da coatividade normativa.

Ambos apontam para a certeza da mensagem jurídica, permitindo a compreensão do conteúdo, nos planos concretos e abstratos. Para o renomado jurista, o segundo significado (ii) quadra melhor no âmbito do princípio da segurança jurídica⁵⁰.

Assinala Geraldo Ataliba acerca da segurança jurídica, *ipsis verbis*:

Surge como expressão da segurança jurídica, o princípio da legalidade, inscrito no inciso II, com todo o rico amplo conteúdo que o peculiariza no contexto de nossas instituições. Mas, também, o princípio assegurador da estabilidade das relações jurídicas – consagrado no inciso XXXVI -, que garante, até mesmo contra a obra do legislador, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Aí o fulcro essencial da segurança dos direitos, que encontra também expressão maiúscula no preceito da universalidade da jurisdição – inscrito no inciso XXXV -, de acordo com o qual nem mesmo o legislador pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual praticada pelo Estado, mediante seus agentes, seja a que título for. Por último, é ainda expressão imediata desse princípio a norma segundo a qual a lei assegurará aos acusados ampla defesa.⁵¹

⁵⁰ *Direito tributário, linguagem e método*, p. 264.

⁵¹ *República e constituição*, p. 181.

Vê-se que a segurança jurídica é a razão de ser de todos os demais princípios consagrados pela Constituição.

Deveras, ausente a observância do princípio da igualdade e legalidade, não há segurança jurídica, assim como só há de se respeitar o princípio da irretroatividade e anterioridade para prestigiar a segurança jurídica, e nesse mesmo sentido seguem os demais. Logo, todos os referidos vetores existem para garantir a segurança jurídica do ordenamento positivo.

4.5. Principais princípios constitucionais que promovem a segurança jurídica em matéria tributária

4.5.1 Legalidade

Dentre o conjunto de princípios que refletem o significado da segurança jurídica está o princípio da legalidade, que surge no texto constitucional, em duas ocasiões garantidoras dos direitos fundamentais: no inciso II, do art. 5º, versando sobre os direitos e deveres individuais e coletivos; e no inciso I, do art. 150, no capítulo do sistema tributário nacional.

No primeiro sentido, o constituinte eleva a lei a fonte formal primária (veículo introdutor) do direito. Neste diapasão, o sistema normativo infraconstitucional somente poderá ser alterado por meio de lei. Nesse sentido, já vemos implicitamente uma vedação à

retroatividade da lei, posto que, se não existia lei anterior, não se pode falar em obrigação em virtude desta.

No segundo sentido, por ser uma limitação ao poder de tributar, o dispositivo legal protege o cidadão da criação e majoração de tributos de modo discricionários, já que se tem que obedecer aos termos constitucionais.

Nesta medida, a segurança jurídica, de acordo com Roque Antonio Carrazza, “ajuda a promover os valores supremos da sociedade, inspirando a edição e a boa aplicação das leis, dos decretos, das portarias, das sentenças, dos atos administrativos, etc.”⁵²

4.5.2. Certeza e igualdade

O ordenamento jurídico é composto por normas jurídicas que, quando efetivamente aplicadas, devem propiciar segurança à vida dos cidadãos e dos órgãos institucionais. É a positividade do direito que confere segurança às pessoas, ou seja, “cria condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros.”⁵³

As relações sociais são complexas. Ocorre o fenômeno da contingência, que, no conceito de Niklas Luhmann, significa que existem diversas alternativas de escolhas para uma determinada situação⁵⁴. Ou seja, caso não se faça opção por uma, existem diversas

⁵² *Curso de direito constitucional*, p. 385.

⁵³ Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Segurança jurídica e normas gerais tributárias*. In RDT 17-18/51.

⁵⁴ Cf. *Sociologia do direito I*, p.45.

outras. Daí dizer Alfredo Augusto Becker que a função do Direito é “conferir certeza à incerteza das relações sociais.”⁵⁵

O papel do Estado, com toda sua estrutura normativa, é conferir uma aplicação precisa ao direito. As relações estão dispostas na sociedade nas formas o mais variadas possível. Assim, cabe ao direito assegurar aos cidadãos respostas aos seus conflitos.

Segurança significa a clara determinação e proteção para todos do direito contra o não direito. Afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. que, na determinação do jurídico e, pois, na obtenção da segurança, a certeza e a igualdade são elementos primordiais.

Por certeza, entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência de suas próprias ações.

Digna de constantes citações é o conceito de certeza do direito, prolatado pelo magistério de Paulo de Barros Carvalho⁵⁶, para o qual

a certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica. Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que *A possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu*. Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o *certum* no conflito de condutas. E ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação A, B ou C, sobre uma delas há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inexorável da certeza jurídica.

No que tange à igualdade, é necessário que a lei que descreva a ação tributária típica se dirija para todos os contribuintes em iguais situações. Desse modo, o princípio da

⁵⁵ *Teoria geral do direito Tributário*, p. 79-80.

⁵⁶ *Curso de direito tributário*, p.165.

igualdade tributária estaria sendo aplicado tanto pelo Judiciário como pela Administração Pública, assegurando segurança jurídica aos contribuintes em sua relação com o Fisco, de forma que a todos que se encontrarem numa mesma situação será dispensado igual tratamento.

Já a segurança jurídica dos direito subjetivos (item 4.3) consiste no primado de que as relações jurídicas concretizadas no império de uma norma devem valer independentemente do surgimento de outras normas posteriores que a revoguem.

Com efeito, tendo a lei revogada produzido efeito com relação a algum sujeito da relação, temos que ocorreu uma situação jurídica subjetiva, que, nas palavras de José Afonso da Silva⁵⁷,

poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um *direito subjetivo*. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional. Recebe, assim, proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa.

Tal proteção ao direito subjetivo está prescrita na Carta Magna, no art. 5º, XXXVI, sob o enunciado de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, a certeza de que serão respeitados referidos institutos proporcionará às pessoas uma confiança no direito.

⁵⁷ *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, p.20.

De fato, está implicitamente subentendido no referido dispositivo constitucional que a lei nova não retroagirá alcançando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

4.5.3. Anterioridade e irretroatividade

O art. 150, III, “a”, da Constituição da República expressamente veda que a lei que cria ou aumenta tributos alcance fatos ocorridos antes do início de sua vigência. Tal dispositivo constitucional tem a intenção de proteger os contribuintes de seus atos praticados no passado, promovendo, assim, uma segurança jurídica.

Ainda, os princípios da anterioridade anual e da anterioridade nonagesimal visam a proteger os contribuintes em relação ao futuro, impossibilitando que as modificações das leis tributárias os surpreendam, desestabilizando assim suas contabilidades.

Tais princípios proporcionam aos contribuintes uma prévia preparação contábil para a nova realidade tributária. Esse período de 90 dias entre a data da publicação e início da vigência da lei, conforme o texto constitucional, assegura aos contribuintes um espaço de tempo necessário para adaptarem suas vidas econômicas às novas exigências fiscais.

A lei tributária, de um modo geral, como as demais leis, é instituída para alcançar o futuro. Os acontecimentos ocorridos antes da sua vigência são intocáveis. Essa garantia proporciona estabilidade e segurança nas relações jurídicas entre os contribuintes e o Fisco.

A irretroatividade do direito será objeto mais aprofundado de nosso estudo. Veremos que não somente a lei, contida no texto legal, como também os atos do Executivo e as

decisões dos Tribunais Superiores não poderão retroagir, sob pena de ferir o princípio da irretroatividade, corolário do sobreprincípio da segurança jurídica.

4.5.4. Confiança no direito e previsibilidade

O princípio da segurança jurídica possui um valor peculiar, qual seja, o de transmitir a toda comunidade social o sentimento de previsibilidade e da não surpresa quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta.

Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, consentindo aos mesmos que planejem suas ações futuras, possuam confiança no sistema jurídico profusor de transformações com teores coerentes e com a correta aplicação das normas para alcançar a realização do direito.

Compartilha com tal entendimento Gomes Canotilho⁵⁸, quando afirma que

(...) o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança - andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança, como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos.

Geraldo Ataliba afirma que no direito comparado existe uma previsibilidade na ação estatal e que as instituições transmitem confiança a seus administrados. Diz ele⁵⁹:

⁵⁸ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 256.

(...) o legislador e – com maior razão – o administrado e, aí incluímos o judiciário, não surpreendem o povo. Isso está na consciência cívica e intransigente e robusta do *taxpayer* americano como no senso de responsabilidade do *public servant* inglês; é essência do espírito administrativo alemão. Se os padrões culturais europeus criam clima mais favorável a esse tipo de responsabilidade política, é certo, também, que tais modelos foram entre nós sempre apresentados como paradigmáticos.

Ainda referido autor cita Heinz Paulick, professor da Universidade de Wurzburg, que mostra que a previsibilidade da ação estatal é tão valorizada na Alemanha, que às suas exigências cedem os interesses de arrecadação e mesmo os da “realização de uma imposição igual”.

Tal princípio, instrumento do similar “princípio da proteção da confiança” – igualmente valorizado pela doutrina germânica e prestigiado pela jurisprudência –, traduz-se no postulado de “certeza pronta e definitiva sobre a quantia da dívida tributária.”⁶⁰

A doutrina dominante – especialmente a alemã –, segundo Alberto Xavier, “tende a ver a essência da segurança jurídica na suscetibilidade de previsão objetiva, por parte dos particulares, das suas situações jurídicas (*Vorhersehbarkeit* e *Vorausverechenbarkeit*), de tal modo que estes possam ter uma expectativa precisa dos seus direitos e deveres, dos benefícios que lhe serão concedidos ou dos encargos que hajam de suportar.

Daqui resulta que a idéia geral de segurança jurídica se analise num *conteúdo formal*, que é a estabilidade do Direito, e num *conteúdo material*, que consiste na chamada “proteção da confiança” (*Vertrauensschutz*).”⁶¹

⁵⁹ *República e Constituição*, p. 173.

⁶⁰ *La ordenanza tributaria Alemana*, trad. de Carlo Palao Taboada, Madri, Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p.43. *Apud*, Geraldo ATALIBA, ps. 171-172.

⁶¹ *Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagesimal*, p.12.

Alberto Xavier⁶² nos ensina que

(...) os princípios constitucionais relativos à eficácia no tempo da fonte de produção jurídica, em matéria de tributos, que os tenham instituído ou aumentado, têm de comum disciplinarem a produção de efeitos no tempo pelas normas tributárias, de modo a evitar uma *tributação de surpresa*. Todos eles, na verdade, são corolários do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, segundo os quais se requer um grau razoável de previsibilidade da ação estatal, de modo a não atingir os contribuintes com modificações tributárias súbitas, cuja estabilidade se considera um dos alicerces da economia de mercado e do Estado de Direito.

Colacionamos um julgado do Superior Tribunal de Justiça que demonstra que as expectativas na tomada de decisões por parte dos contribuintes estão apoiadas na previsibilidade da ação estatal, *ipsis verbis*:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. LEI COMPLEMENTAR 118, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO.

(...)

18. Conseqüência desse raciocínio é que a Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com *as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada "surpresa fiscal"*. Na lúcida percepção dos doutrinadores, *"Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal."* (Humberto Ávila in Sistema Constitucional Tributário, 2004, pág. 295 a 300).

19. Sob o enfoque jurisprudencial "o Supremo Tribunal Federal, com base em clássico estudo de COUTO E SILVA, decidiu que o princípio da segurança jurídica é subprincípio do Estado de Direito, da seguinte forma: 'Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2o). *Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de*

⁶² *Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagésima*, Revista Dialética de Direito Tributário nº 147, p.12.

Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe o papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.” (ob. cit. pág., 296).

20. Na sua acepção principiológica "A *segurança jurídica pode ser representada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, os cidadãos devem saber de antemão quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor “antes” que os fatos por elas regulamentados sejam concretizados (irretroatividade), e se os cidadãos dispuserem da possibilidade de conhecer “mais cedo” o conteúdo das leis (anterioridade). A idéia diretiva obtida a partir dessas normas pode ser denominada “dimensão formal-temporal da segurança jurídica”, que pode ser descrita sem consideração ao conteúdo da lei. Nesse sentido, a segurança jurídica diz respeito à possibilidade do “cálculo prévio” independentemente do conteúdo da lei. Em segundo lugar, a exigência de determinação demanda uma “certa medida” de compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade conteudísticas para os destinatários da regulação.*" (ob. cit., pág. 296-297)

(...)

(AGRESP 696883/SE, Rel. Min. Luiz Fux, Órgão Julgador 1ª Turma, j. 16/06/2005, DJ 01/08/2005) (**grifo nosso**)

Do exposto, depreende-se que o sobreprincípio da segurança jurídica tem o propósito de gerar uma estabilidade e transmitir uma confiabilidade aos cidadãos frente ao cumprimento das normas constitucionais, infraconstitucionais e nas decisões judiciais pelos aplicadores da norma.

Deste modo, é de suma importância ressaltar que a previsibilidade e confiabilidade, além de estarem nas normas infraconstitucionais, estão nas decisões prolatadas pelos Tribunais Superiores. Assim, decisões reiteradamente tomadas no mesmo sentido, por um determinado tempo, tornam-se decisões previsíveis, gerando segurança jurídica nos utentes do direito.

CAPÍTULO V – IRRETROATIVIDADE E JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL

Conforme visto, a Constituição, no direito positivo, é que define os contornos da segurança jurídica, a qual, conforme também ressaltamos, pode ser compreendida num sentido amplo ou estrito.

No sentido amplo, temos a segurança jurídica como um sentido geral de garantia aos cidadãos. Ela se refere à proteção do direito objetivo, à sua positividade. No direito tributário, seus contornos estão indicados nos princípios contidos no artigo 150 da Carta Magna, já referidos.

Um dos corolários da segurança jurídica em matéria tributária é o princípio da irretroatividade, que impede que a lei retroaja a fim de alcançar fato passado. Tal princípio está diretamente relacionado ao princípio da legalidade, pois a lei que deve ser aplicada ao caso é a lei em vigor à época da ocorrência do fato jurídico.

Observaremos neste capítulo que, para o alcance da segurança jurídica, pode-se estender o princípio da irretroatividade das leis disposto na Constituição Federal, não só as normas legais, como também as jurisprudências dos tribunais superiores.

5.1. Irretroatividade tributária

O princípio da irretroatividade tributária proíbe a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art. 150, III, “a” da CF).

A regra geral, segundo Roque Antonio Carrazza, “é no sentido de que as leis tributárias, como de resto, todas as leis, devem sempre dispor para o futuro. Não lhes é dado abarcar o passado, ou seja, alcançar acontecimentos pretéritos. Tal garantia confere estabilidade e segurança às relações jurídicas entre Fisco e contribuinte.”⁶³

A exceção a essa regra ocorre no caso de lei criada ou interpretação de lei com intuito de beneficiar o contribuinte, ou seja, a própria lei estipula o benefício. Nesse caso, a lei retroagira alcançando o fato ocorrido.

No direito tributário, a retroação benéfica ao contribuinte dependerá de disposição legislativa expressa e específica. Tal previsão está disciplinada no art. 106, inc. II, ‘c’, do CTN.⁶⁴

De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a lei nasce para ser obedecida; todavia, tal obrigatoriedade só surge após a sua existência. Nesse sentido, são suas as seguintes palavras⁶⁵:

(...) considerar que a nova norma deve reger tanto os fatos futuros como os já sucedidos leva ao estado de insegurança do próprio direito, o que seria prejudicial, pois nenhuma situação ou ato jurídico poderia ser considerado seguro, se estivesse permanentemente à mercê de uma mudança na legislação que o alterasse ou o considerasse inválido.

⁶³ *Curso de direito constitucional tributário*, p. 319.

⁶⁴ Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I – (...); II – tratando-se de ato não definitivamente julgado: (...); c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

⁶⁵ *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, p. 220.

5.2. Direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

A segurança em sentido estrito se refere à proteção aos direitos subjetivos em face das mudanças do direito posto, da sucessão das leis no tempo e da necessidade de garantir os direitos adquiridos. Essa segurança está relacionada à certeza de que o direito proporciona ao indivíduo que a norma editada posteriormente não alcançará fatos ocorridos no passado.

A proteção ao direito subjetivo se encontra na Constituição como um direito fundamental, disposto no seu art. 5º, inc. XXXVI, sob o enunciado de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Cabe esclarecer que direito subjetivo, conforme José Afonso da Silva⁶⁶,

(...) é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada. Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. A lei nova (incluindo emendas constitucionais) não pode prejudicá-lo, só pelo fato de não o ter exercido antes.

A Lei de Introdução ao Código Civil explicita os conceitos dos institutos acima referidos. Assim, quanto ao direito adquirido, ela declara que são os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (art. 6º, §2º).

No mesmo sentido, dispõe Luís Roberto Barroso⁶⁷:

⁶⁶ *Ibid.*, p.21.

(...) direito adquirido traduz a situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nesta hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova.

O ato jurídico perfeito é considerado o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, §1º da LICC). Pontes de Miranda⁶⁸ leciona que:

O ato jurídico perfeito, a que se refere o art. 153, §3º (agora, art 5º, XXXVI), é o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos, como as reclamações, interpretações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as comunicações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição ou com sua eficácia (ato jurídico *stricto sensu*).

Nesta medida, José Afonso da Silva dispõe que “A diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei.”⁶⁹

No que se refere à coisa julgada, ficou suplantado o conceito prescrito no art. 6, § 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, prevalecendo o conceito do Código de Processo Civil, no seguinte sentido: Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467).

⁶⁷ *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, p.151.

⁶⁸ *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, t. V, 1971, p. 102.

⁶⁹ *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, p. 21.

Após o prazo para interposição de ação rescisória (art. 485, CPC), o titular do direito a coisa julgada terá a certeza jurídica de que esse integrou o seu patrimônio.

Tais institutos proporcionam segurança ao direito e impedem que um fato passado estabelecido mediante a norma vigente torne-se no futuro algo incerto.

Daí dizer Tercio Sampaio Ferraz Junior que: “Se o tempo cronológico tudo corroí, o instituto da coisa julgada é um instrumento capaz de resgatar o passado em nome do futuro incerto e cambiante, pela prevalência de uma incidência jurisdicional ocorrida sobre a efetividade de uma nova incidência sobre o mesmo objeto.”⁷⁰

Nesta medida, leciona Paulo de Barros Carvalho ser a bidirecionalidade passado/futuro fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas. A garantia do passado está na certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada. O futuro aponta para a confiança dos cidadãos no modo pelo qual as normas do direito se realizam, no sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos na regulação da conduta.⁷¹

Esses institutos funcionam, no âmbito tributário, como limites à eficácia das decisões de inconstitucionalidade do STF no controle concentrado e difuso.

⁷⁰ *Introdução ao estudo do direito*, p. 249.

⁷¹ Cf. Segurança jurídica e modulação dos efeitos. *Direito tributário em questão*, Revista da FEDST, n. 1, p.203-216.

5.3. Irretroatividade dos atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário

A Constituição brasileira literalmente consignou a irretroatividade da lei, coibindo que lei nova alcance fatos jurídicos pretéritos a sua vigência. Desse modo, ela foi clara quanto às leis instituídas pelo Poder Legislativo. No que tange aos atos do Poder Judiciário e Executivo, ou seja, à irretroatividade de uma modificação jurisprudencial ou de um ato do executivo, esses são justificados de acordo com a sistemática da tripartição dos poderes.

O legislador na teoria sistêmica se encontra na periferia, ele absorve as necessidades externas ao sistema jurídico, filtra-as e transforma-as na linguagem do direito. O sistema normativo não é autorreferencial; ao invés disso, por meio da comunicação, ele está sempre se renovando e, desse modo, ele elabora leis pensando no futuro. Assim, as expectativas normativas, criadas pelo legislador, são o futuro, razão pela qual o princípio da irretroatividade é natural às leis.

Os demais poderes leem o ambiente externo pelos olhos do legislador. Eles atuam fundamentados nas regras impostas pelo poder Legislativo. Assim, enquanto ele dispõe sobre futuro, os Poderes Judiciário e Executivo olham o futuro numa forma de futuro-passado; assim, do ponto de vista do tempo, eles estão voltados para o passado, atuando em estrita vinculação com a Constituição, com as leis.

Nesse sentido, tendo em vista que as leis não retroagem, haja vista não ser da sua natureza, não podem também os atos do Judiciário e do Executivo, que as refletem, retroagir.

Vê-se, a título de exemplo legal, tal assertiva na Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), cujo inciso XIII do art. 2º, parágrafo único, ao enumerar os princípios a que deve obedecer o processo administrativo federal, inclusive em suas decisões judicantes, estabelece: “Art. 2º, parágrafo único (...): XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação” (sublinhei).

Assim, a nova interpretação dada à norma administrativa não irá alcançar as decisões prolatadas antes dessa, esse entendimento novo será aplicado para casos futuros.

Ao passo que no direito tributário, verifica-se esse princípio administrativo no art. 146 do CTN, a seguir transcrito:

A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Observa-se que o referido artigo veda a eficácia *ex tunc* das modificações judiciais em matéria tributária, sob a condição de que precedente consolidado tenha sido incorporado em lançamento. A inspiração para esse dispositivo legal foi retirada do direito alemão, porém sua aplicação nesse país não está adstrita à administração, pois vale também para os tribunais. Assim, uma jurisprudência alterada vale somente para o futuro.

O direito alemão, especialmente os seus tribunais constitucionais e sua dogmática, aplica analogicamente o princípio da irretroatividade das leis às decisões judiciais. Tal

emprego está simultaneamente associado e fortalecido com a invocação da proteção da confiança e da boa-fé.

Tércio Sampaio Ferraz empreende um estudo em defesa da aplicação do princípio da irretroatividade para o Poder Executivo e Judiciário. Veja o que ele expõe:

Nesses termos, pode-se entender que o princípio da irretroatividade das leis, na Constituição brasileira, exija um entendimento adequado, que vai além da noção de lei como mero enunciado. Lembre-se, a propósito, o argumento de Kelsen, segundo o qual a formulação correta da regra de direito não seria (...) ‘se um sujeito cometeu um delito, um órgão dirigirá uma sanção contra o delinqüente, mas sim se o órgão competente determinou, na ordem devida, que um sujeito cometeu um delito, então um órgão dirigirá uma sanção contra esse sujeito’ (cf. Teoria geral do Direito e do Estado, São Paulo, 1992, p.140).

Isso porque, numa visão kelseniana, o fato de a ordem jurídica (no caso brasileiro, em nível constitucional) garantir a irretroatividade das leis significa que, conforme esse preceito geral, está também em vigor uma norma geral que confere ao tribunal a competência de determinar, ele próprio, o conteúdo da norma geral que venha a aplicar, resultando da unidade desses dois preceitos, o sentido da irretroatividade.

Sendo o ordenamento um sistema dinâmico e as leis emanadas pelo Legislativo, via de regra, um comando geral que comporta mais de uma possibilidade interpretativa, é preciso entender que a irretroatividade das leis refere-se à lei conforme uma de suas interpretações possíveis. Essa interpretação adotada pode ser alterada e, com isso, a lei, em termos do seu sentido, se altera.

Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento. ‘O Direito não está pronto; é continuamente deduzido das fórmulas legislativas, judiciais e administrativas. (Revela-se)’, (cf. ALIOMAR BALEEIRO. Direito Tributário Brasileiro. 11.ed. atualizada por MISABEL ABREU MACHADO DERZI. Rio de Janeiro, 1999, Nota, p. 653.) A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto.

E se o princípio vale para o Legislativo, com muito mais razão até há de valer, naqueles termos, para o Executivo e para o Judiciário, enquanto Poderes do Estado.⁷²

Comungamos com o exposto e confirmamos a assertiva de que a irretroatividade é do Direito. O Direito novo não retroage para alcançar fatos ocorridos no passado.

⁷² Irretroatividade e jurisprudência judicial. In *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, p. 10-11.

5.4. Irretroatividade e as modificações das jurisprudências judiciais

No tópico acima, observamos que as modificações jurisprudenciais e os atos do Executivo não retroagem, o que significa que não alcançam fatos anteriores a essa mudança. Neste tópico, aprofundar-nos-emos no tema de interesse da tese, que se refere à questão de quando se considera que não pode retroagir uma jurisprudência nova para desfazer os efeitos da anterior.

O direito como objeto cultural está em constante evolução e reciclagem. O Judiciário acompanha esse processo. Porém, segundo a teoria luhmanniana, as Cortes Superiores devem manter o mesmo posicionamento na tomada de decisão nos casos idênticos, isto é, a decisão judiciária tem que pretender sua generalização, algo que implica que casos equivalentes serão julgados da mesma forma. Isso não deve significar o engessamento do Poder Judiciário, mas uma garantia de estabilização da expectativa normativa quanto ao mesmo caso.

Nesse mesmo sentido, leciona Misabel Derzi, acolhendo os ensinamentos habermasianos: “A teoria da argumentação atribui à sentença, as características da universalização e da inércia, para referir-lhe a vocação de se estender a outros casos do mesmo grupo e a tendência ao continuísmo, à repetição indeterminada no tempo.”⁷³

Nesta medida, no instante em que a Corte Suprema passa a decidir os casos idênticos num único sentido, essa decisão torna-se uma jurisprudência consolidada. Adotamos o posicionamento de Misabel Derzi ao se valer das lições de Heiki Pohl⁷⁴ de que

⁷³ *Modificações da jurisprudência no direito tributário*, p. 550.

⁷⁴ *Ibid*, p. 531.

o fator decisivo, para definir a jurisprudência, identificada como a mesma jurisprudência, será o fato de a pergunta geral (que se extrai de vários casos similares) obter a mesma resposta geral. Assim, uma jurisprudência consolidada ou estável, firmada pelo Supremo Tribunal Federal será qualquer decisão, tomada em caráter definitivo pelo Plenário, que deu resposta geral a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se a única decisão ou se são repetidas, em série.

Ocorre a modificação desta jurisprudência considerada consolidada pelo ordenamento jurídico no instante que, para uma pergunta geral extraída dos casos similares, é proferida resposta diversa daquela dada na jurisprudência anterior.

Assim, uma jurisprudência é considerada consolidada quando ela é julgada pelo pleno de um tribunal superior ou tribunal de justiça estadual, segundo competência definida na Constituição e nas leis e após publicada no Diário Oficial.

A vigência dessa norma judicial, consolidada como expectativa normativa, somente se configura com o trânsito em julgado. Logo, o trânsito em julgado marca o início da vigência dessa norma judicial.

Desse modo, os precedentes consolidados de um tribunal são considerados normas judiciais gerais e abstratas. Os demais juízes consubstanciados pelo direito processual civil de nosso ordenamento utilizam-nas como normas parâmetros.

O caput do artigo 557 do CPC configura-se um exemplo no qual, havendo confronto com jurisprudência dominante do STF ou STJ, o relator dos tribunais locais está autorizado a monocraticamente declarar inadmissível o recurso ou negar-lhe provimento. Vê-se o referido dispositivo, assim como outros valorizam fortemente os precedentes

jurisprudenciais, de modo a tornar oficial aquela influência dos julgados dos órgãos superiores sobre os inferiores.

A norma judicial aproxima-se, a partir do momento em que se converte em jurisprudência, da norma legal, em suas características essenciais. Por isso, está ainda na raiz do princípio da regra de separação dos Poderes compreender que a norma judicial não se pode desprender da casuística, isto é, dos casos concretos que motivaram a sua criação. Esse é o limite que nos assegura que a jurisprudência consolidada obriga, vincula, impõe-se a todos, **mas não é lei.**⁷⁵

Nesta feita, norma judicial proferida pelas Cortes Supremas vincula terceiros que se encontram em idênticas situação. Assim, para aqueles que figuram no mesmo grupo de casos e que não fazem parte do processo surge uma verdadeira expectativa normativa.

Entendemos que a irretroatividade jurisprudencial deve ser aplicada somente para os casos que fazem parte de uma mesma questão geral e possuam respostas idênticas. A aplicação analógica do princípio da irretroatividade legal à jurisprudencial está sob essa condição.

5.5. Modificações das jurisprudências judiciais, confiança e boa-fé

Esse item tratará da não aplicação de entendimento jurisprudencial novo para os casos que ainda não possuam jurisprudência consolidada e que não foram julgados de forma definitiva em razão do tempo de duração decorrido para a sua decisão. A

⁷⁵ Cf. Misabel Abreu Machado DERZI. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*, p. 575-576.

modificação da jurisprudência não alcançará os casos anteriores a ela, em virtude do respeito à confiança legítima e à boa-fé dos jurisdicionados.

O princípio da confiança legítima desenvolveu-se primeiramente no direito alemão, que o entende como um sistema de defesa do cidadão contra intervenções administrativas, legislativas e judiciais. A Dogmática e a jurisprudência alemãs utilizam o princípio da proteção da confiança como princípio e como direito fundamental individual, que somente o privado reivindica em contraposição à Administração Pública, aos Poderes Legislativo e Judiciário.

No seara legislativa, a proteção da confiança tem o condão de limitar o poder do legislador, nos casos em que os destinatários da norma sofram mais do que o objetivo perseguido pelo conteúdo legal.⁷⁶

Ocorre, também, proteção aos cidadãos em face de mudanças na jurisprudência dos altos tribunais que poderiam provocar uma deterioração das situações legais dos destinatários da norma interpretada. Logo, eles devem poder confiar também na continuidade de determinadas linhas de pensamento jurisprudencial para, em conformidade com elas, pautar suas ações no mundo jurídico e fenomênico.⁷⁷

Assim, em sede jurisprudencial, a confiança legítima tem o intuito de proteger os fatos pretéritos. Ela proíbe que se aplique entendimento diverso do que vinha sendo prolatado, independentemente de ter surgido um novo sentido para aquela matéria.

⁷⁶ Cf. BLANCO, Federico Castilho. *La protección de confianza en el derecho administrativo*, p.116.

⁷⁷ *Ibid*, p.362.

Nesta senda, um judiciário que vem decidindo num determinado sentido atua de forma a proporcionar confiança de que aqueles casos equivalentes serão julgados com o mesmo entendimento.

No que tange à boa-fé, Nelson Nery Junior divide-a em subjetiva e objetiva. Esta última é a que nos interessa neste estudo. Segundo esse autor, “A boa-fé objetiva se consubstancia na conduta que se espera da parte ou da administração, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua intenção em praticar o ato ou de celebrar o negócio jurídico privado ou administrativo.”⁷⁸

Nesta senda, espera-se que a administração pública pautada pela boa-fé objetiva de suas condutas, conforme os princípios regidos pela Carta Magna, quais sejam: a segurança jurídica, a legalidade e a moralidade administrativa.

Isto significa que o poder público deve manter-se coerente em suas condutas e, se assegurou ao administrado a segurança de que ele poderia realizar certo ato ou ter determinada conduta, posto que na visão do Estado estariam corretos, não pode o poder público, de modo abrupto e incoerente com sua conduta anterior, alterar seu posicionamento em detrimento do administrado.

Assim, o Poder Judiciário age de boa-fé objetiva quando não impõe aos jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações, frutos da modificação de seu entendimento a respeito de determinada situação ou relação jurídica. Caso o órgão superior do Judiciário altere sua interpretação sobre a Constituição e as leis, deve ser mantida a orientação dada na jurisprudência anterior, sob pena de ferir-se a boa-fé objetiva do jurisdicionado que confiou na, até então, jurisprudência predominante.

⁷⁸ Boa-fé objetiva e segurança jurídica. *In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, p. 83.

Quanto à aplicação da boa-fé objetiva às modificações jurisprudenciais, na seara tributária, referido autor⁷⁹ dispõe:

No campo tributário a boa-fé objetiva do contribuinte caracteriza-se pela realização de seu planejamento tributário e de sua conduta de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores. Não estaria de acordo com o espírito da Constituição, e não faria sentido, apenar-se o contribuinte porque fez planejamento tributário, praticou atos com repercussão tributária – contáveis ou não – obedecendo a jurisprudência predominante no momento, somente porque o tribunal alterou o seu entendimento relativamente àquele ponto.

Nesta medida, verifica-se que em toda hipótese de boa-fé, existe confiança a ser protegida. E isto significa que uma das partes, por meio de seu comportamento objetivo, criou confiança em outra, em decorrência da firme crença na duração de um estado de coisas.

Do exposto, inferimos que os princípios da proteção da confiança e da boa-fé são princípios constitucionais que se integram. Ambos, aliados, proporcionam segurança jurídica ao ordenamento positivo, o que podemos referendar pelas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma jurisprudência superior devem perdurar ainda quando tal jurisprudência seja substituída.”⁸⁰

⁷⁹ Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, p. 89.

⁸⁰ Mutações Jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. In *Crédito-prêmio do IPI*, p. 104.

CAPÍTULO VI - VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA E NULIDADE DA NORMA JURÍDICA

6.1. Validade da norma jurídica

O tema validade da norma jurídica tem significativa importância no presente trabalho, posto que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma nada mais afirma que tal norma é inválida e, portanto, não deve pertencer ao sistema. Assim, a inconstitucionalidade de uma norma, conforme adiante será explicado, é uma espécie do gênero invalidade.

Contudo, a doutrina diverge quanto ao fato de saber qual a natureza da norma inconstitucional: se inexistente, nula ou anulável, posto que, se inexistente ou nulo, seus efeitos serão “ex tunc”, enquanto se anulável, serão “ex nunc”.

Neste diapasão, iniciaremos pelo conceito de validade. De acordo com Paulo de Barros Carvalho, como conceito fundante, validade experimenta forte instabilidade significativa. Todavia, no seu entender⁸¹, a validade

tem um *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico-sintática e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u’a norma ‘n’ é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema ‘S’. Ser norma é pertencer ao sistema, o ‘existir jurídico específico’ a que alude Kelsen.

⁸¹ *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p.50.

De tal assertiva, podemos concluir que ser norma válida é ser norma jurídica; então, nesse sentido, validade é a pertinencialidade da norma ao sistema jurídico. Assim, infere-se que, se o sistema jurídico é formado por normas jurídicas, todas as normas nele contidas são válidas.

Ainda, no entender de Paulo de Barros Carvalho, a validade não é um atributo que qualifica a norma jurídica; assim, segundo seu pensamento, não pode haver norma jurídica válida ou inválida, posto que a expressão “norma jurídica” pressupõe ser a norma válida.

Conforme Hans Kelsen, “Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas.”⁸² Assim, o fundamento de validade de uma norma, no seu entender, só pode ser a validade de outra norma; nesse sentido, a norma inferior tem que estar sempre fundamentada numa norma superior.

Segue essa mesma linha Robson Maia Lins, que realiza o estudo da validade numa concepção estática e dinâmica. Na primeira, segundo esse autor, faz-se uso da linguagem sintática e semântica. Na segunda, da pragmática. Ele define a validade estática como o vínculo que une a norma ao sistema, tornando-a jurídica, enquanto se refere à validade dinâmica como processo de invalidação de normas.⁸³

Assim, numa perspectiva estática da validade, a norma é inserida no sistema jurídico por órgão competente e procedimento previsto em lei. Ocorre neste momento uma presunção de validade da norma, ou seja, a norma foi introduzida no sistema, então presume-se a sua validade.

⁸² *Teoria pura do direito*, pp. 216-217.

⁸³ Cf. *Controle de constitucionalidade da norma tributária*, p.73-74.

Fala-se em presunção, posto não se saber se a norma foi inserida no sistema em conformidade com os requisitos citados. Destarte, a validade sintática da norma, quando questionada, será feita por um órgão credenciado constitucionalmente – no caso de norma constitucional, no controle concentrado, a validade é realizada pelo STF.

Desse modo, como já visto alhures, faz parte da dinâmica do direito a mutabilidade do ordenamento. O sistema normativo é cognitivamente aberto, e, devido a essa abertura, os outros sistemas realizam um acoplamento estrutural com o sistema jurídico.

Nesse sentido, passam a influenciá-lo de forma que surgem novas expectativas em torno do direito. Sendo assim, uma norma válida poderá ser retirada do sistema antes do seu término de vigência. Desse modo, norma que era presumidamente válida, quando submetida ao STF no controle concentrado de constitucionalidade, pode ter sua invalidade decretada.

No Brasil, Pontes de Miranda lidera concepção divergente da teoria kelseniana. Concebe ele que o mundo jurídico é integrado em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. O plano da existência precede o plano da validade. Na sua concepção⁸⁴:

Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale ou se não vale. (...) Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.

⁸⁴ *Tratado de direito privado*, p.7.

Neste diapasão, norma válida tem sentido diverso de norma existente. O existir está no plano do ser, em que ingressam todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, pois no plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico.⁸⁵

Assim, por exemplo, um delegado de polícia não pode criar uma norma cobrando determinando tributo de um município, pois tal hipótese não configura fato jurídico, e, por isso, não existe segundo a lição ponteana, tendo em vista ter sido criado por uma autoridade incompetente. Neste caso, tal hipótese nem ocorreu no mundo jurídico, logo não pode ser qualificada. Desse modo, após a norma ser existente, ela poderá ser válida ou inválida.

A crítica a ser feita a referida teoria situa-se no campo da aplicabilidade da norma pelo órgão competente. Para este, é irrelevante a questão da existência anteceder a validade, posto que, se a norma está no sistema, ela existe e, se essa norma está sendo questionada, o juízo de valor feito pelo aplicador do direito será pela validade ou invalidade da referida norma. Assim, somente cabe ao órgão julgador a decisão de ser a norma inválida.

Na teoria kelseniana, a norma pertence ao sistema, ou seja, é existente e válida, e, se essa norma vier a ser questionada, o órgão judiciário competente é quem decidirá se essa norma permanecerá válida ou a expulsará do sistema jurídico.

Com efeito, ambas as posições são coerentes a partir cada qual de seu ponto de vista. Segundo Tácio Lacerda Gama, os modelos de Pontes e Kelsen não são contrários ou contraditórios, porém dois pensamentos que explicam a validade de ponto de vistas distintos sobre o sistema jurídico: aquele que observa e aquele que participa⁸⁶. Assim, a

⁸⁵ Cf. Marcos Bernardo de MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p.99.

⁸⁶ Cf. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. p. 305.

corrente doutrinária, que entende que norma válida é norma existente que pertence ao sistema jurídico, descreve o direito sob a visão do órgão julgador.

Noutro sentido, a corrente que considera que o existir antecede o valor, entendem que a norma pode estar no sistema jurídico sem ser válida, ou seja, descrevem o sistema com os olhos do observador.

Esclarece Tácio Lacerda Gama, em estudo, que a distinção entre observadores e participantes é decisiva para superar as controvérsias entre essas teorias. Registre-se que o observador é aquele que descreve o sistema jurídico, enquanto o participante prescreve normas jurídicas, disciplinando condutas. Vale transcrever o que ele expõe⁸⁷:

(...) De fato, cabe ao observador: *i.* perceber se a norma jurídica existe ou não existe num sistema qualquer; *ii.* o critério que esse observador usa para fundamentar esse juízo é a circunstância de a norma ser ou não passível de apreciação pelo judiciário; *iii.* Sustenta a compatibilidade ou incompatibilidade entre normas do sistema. Nos itens *i.* e *ii.* a análise é feita no plano do ser e as afirmações do observador sujeitam-se aos juízos de verdade ou de falsidade. No item *iii.*, as afirmações são irrelevantes, pois são feitas por um observador do sistema; cujas proposições de caráter descritivo não tem o condão de alterar a validade ou invalidade da norma no sistema jurídico. Já os sujeitos que participam do sistema de direito positivo como titulares da jurisdição podem prescrever que: *i.* toda norma que está num sistema corresponde a outra norma do sistema jurídico e é, por isso, presumivelmente válida; *ii.* se se demonstra não haver compatibilidade entre uma norma e a criada se ajusta à norma sancionatória da competência – cláusula alternativa tácita em Kelsen e norma processual em Lourival Vilanova; *iii.* a norma criada pode ter sido produzida de forma lícita ou ilícita, conforme se ajuste à norma de competência ou sancionatória da competência; *iv.* a aplicação desta pelo participante do sistema faz prevalecer a norma de competência em detrimento da vigência ou da eficácia da norma criada ilicitamente; *v.* o participante prescreve a licitude ou ilicitude de uma norma jurídica; *vi.* é pressuposto da manifestação do participante que a norma exista; por isso ele só se refere à validade ou invalidade da norma.

⁸⁷ *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 312.

Além da teoria normativista discorrida, tem-se a teoria jusnaturalista e realista da validade. O jusnaturalismo toma a validade como justiça divina. Neste sentido, norma válida no sistema é a norma justa, moral, a que cumpre os preceitos da natureza.

O grande defensor da teoria realista foi o dinamarquês Alf Ross. Denomina-se realista, pois as normas inseridas no ordenamento jurídico foram experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.

O direito vigente ou válido, para Ross, significa que suas normas são efetivamente acatadas, particularmente no âmbito dos tribunais, precisamente porque elas são vividas como socialmente obrigatórias pelos seus destinatários (= juízes).

Segundo referido autor, é a efetividade, isto é, a aplicação do direito pelos tribunais, fator decisivo para determinar a vigência das normas do ordenamento jurídico. São suas as seguintes palavras⁸⁸ a esse respeito:

“Todavia, somente os fenômenos jurídicos no sentido mais restrito – a aplicação do direito pelos tribunais – são decisivos para determinar a vigência das normas jurídicas. (...) A efetividade que condiciona a vigência das normas só pode, portanto, ser buscada na aplicação judicial do direito, não o podendo no direito em ação entre indivíduos particulares. O fator decisivo que determina que a proibição é direito vigente é tão-somente o fato de ser efetivamente aplicada pelos tribunais nos casos em que transgressões à lei são descobertas e julgadas.

Comungamos da idéia segundo a qual a norma que está inserida no sistema jurídico existe, tendo sua validade realçada nesse momento. Nesta medida, ela é considerada sintaticamente válida, produzindo efeitos num espaço territorial determinado. Todavia, se a

⁸⁸ Alf ROSS, *Direito e justiça*, p.60.

mesma for questionada, o órgão do judiciário avaliará se essa norma (validade dinâmica) está em conformidade com o sistema jurídico.

De qualquer sorte, tanto o modelo normativista de validade de Kelsen como o de Pontes, conforme explicação de Tácio Lacerda Gama, não são pensamentos contrários ou contraditórios. Os conflitos que podem advir da escolha de uma das teorias eventualmente estabelecer-se-ão por uma questão de ponto de vista: um de quem participa do sistema e o outro de quem o observa.

Assim, conforme Aurora Tomazini de Carvalho, não há razão de se optar por um conceito de validade em detrimento de outro, pode-se trabalhar ora com um, ora com outro, desde que as categorias de um não sirvam para justificar o outro, quando então aparecem as incongruências.⁸⁹

6.2. Vigência da norma jurídica

A vigência é um atributo de uma norma válida. Toda norma vigente é válida, mas a recíproca não é verdadeira.

Tal assertiva ocorre, por exemplo, na *vacatio legis*, que é o período em que a norma ingressou no ordenamento jurídico (já é válida), porém, devido ao lapso temporal disposto no art. 1º da LICC, ela ainda não tem força para reger as condutas inter-humanas a que prescreve. Ainda, a norma pode perder o vigor e continuar sendo válida.

⁸⁹ Cf. *Curso de teoria geral do direito*, p. 676.

Viger, segundo as lições de Paulo de Barros Carvalho, é ter força para disciplinar, para reger, para regular as condutas inter-humanas sobre as quais a norma incide, cumprindo, desse modo, seus objetivos finais.⁹⁰

Nesta medida, a norma jurídica só pode ser considerada vigente na medida em que está pronta para propagar efeitos e tão logo ocorram, no mundo social, os fatos descritos em seus antecedentes; isto é, norma vigente é aquela capaz de incidir.

As normas jurídicas podem ter vigência plena ou parcial. A vigência parcial da norma jurídica está relacionada com a norma revogatória. A norma revogatória estabelece no seu conteúdo a data final de vigência de uma norma. Assim, quanto aos fatos anteriores a esse marco temporal, a norma continua vigente.

Desse modo, mantém-se vigência para os fatos ocorridos anteriormente à norma revogatória, e, no que tange aos fatos futuros, ela perde a vigência.

Quanto à vigência plena, o nome já a identifica, ou seja, a norma se mantém vigente para os fatos passados e futuros.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. faz equivalente diferenciação, porém utilizando os termos “vigência” e “vigor”. Segundo o autor, a vigência ocorre no período que vai do momento em que a norma entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração; e o vigor manifesta a qualidade imperativa da norma, cuja força pode subsistir mesmo quando ela já não mais pertence ao sistema do ordenamento, isto é, embora revogada, a norma ainda conserva sua força vinculante e pode, por isso, produzir concretamente efeitos.⁹¹

⁹⁰ *Fundamentos jurídicos da incidência tributária*, p. 53.

⁹¹ Cf. *Introdução ao estudo do direito*, p. 201-202.

Referido tema é objeto de nosso estudo, pois no controle de constitucionalidade concentrado a norma anulatória (explicaremos adiante porque se trata de norma anulatória) retirará a vigência da norma ilícita, de forma parcial ou plena, dependendo do conteúdo normativo da decisão do STF.

Desse modo, quando o STF prolata uma decisão declarando a inconstitucionalidade de norma ilícita, ele pode prescrever: *i.* que sua vigência seja suspensa de forma plena, ou seja, passado e futuro – nesse caso, ela também retira a validade da norma; ou *ii.* de forma parcial, apenas para o futuro, no sentido de “restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”⁹²

6.3. Eficácia jurídica, técnica e social

A eficácia refere-se à possibilidade de produção de efeitos. A palavra “possibilidade” é utilizada nesse contexto porque podem existir normas que não produzam qualquer efeito na seara do direito ou socialmente, justamente por não incidirem ou pelo fato de não serem cumpridas pelos seus destinatários.

A capacidade de produzir efeitos depende de requisitos de natureza técnico-normativa ou fática. A doutrina estuda a eficácia sob três ângulos: a eficácia jurídica, a eficácia técnica e a eficácia social.

⁹² Lei nº 9.868/99, art. 27, parte final.

A eficácia jurídica é o vínculo de implicação do antecedente com o conseqüente de uma norma jurídica, isto é, ocorrendo o fato previsto no antecedente, institui-se a relação jurídica.

Eficácia jurídica, conforme Paulo de Barros Carvalho, é o próprio mecanismo de incidência – leciona ele “que ‘eficácia jurídica’ é a propriedade do fato jurídico de provocar os efeitos que lhe são próprios (‘a relação de causalidade jurídica’, na linguagem de Lourival Vilanova). Não seria atributo da norma, mas sim do fato previsto pela norma.”⁹³ Nesta medida, mesmo existindo uma norma, sem a concretização do fato, juridicamente, nenhum efeito se propaga.

Uma norma se diz eficaz quando estão presentes certos requisitos técnicos. Eficácia técnica é característica da norma que não se depara com obstáculos de natureza sintática, semântica, ou pragmática para incidir.

Assim, não havendo tais obstáculos, as regras jurídicas adquirem eficácia técnica, tendo condições operacionais de serem aplicadas. Agora, espelhando-se nos ensinamentos de Aurora Tomazini de Carvalho⁹⁴, distinguiremos quais são as faltas dessas condições técnicas da linguagem.

Verifica-se a ineficácia técnico-sintática de uma norma quando ela não puder produzir seus efeitos, ou pela existência no ordenamento de outra norma inibidora de sua incidência; ou pela ausência de outras regras regulamentadoras, de igual ou inferior hierarquia.

⁹³ *Fundamentos jurídicos da incidência tributária*, p. 55.

⁹⁴ Cf. *Curso de teoria geral do direito*, p. 724-725.

Citemos como exemplo na primeira hipótese decisão do tribunal em controle difuso declarando inconstitucional determinada norma – até a decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo STF e após resolução do Senado, a norma não tem eficácia técnica sintática, dado que o impedimento para produção de efeitos decorre da relação entre normas.

Ocorre a ineficácia técnico-semântica quando há óbice de natureza material impedindo a sua realização, por exemplo, uma norma que descreve, em seu antecedente, um fato de impossível realização social.

A ineficácia técnico-pragmática decorre do desuso da regra por aqueles que decidem o direito. Assim, pode haver regras válidas, vigentes, porém que caem no desuso dos tribunais, não sendo aplicada por eles.

Diz-se que uma norma tem eficácia social ou efetividade quando a sociedade acolhe o que está disciplinado no direito positivo. Nesta medida, ensina Paulo de Barros Carvalho: “Indicaremos como eficaz aquela norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios e as expectativas do legislador, da mesma forma que inculcaremos de ineficaz aquela outra cujos preceitos não foram cumpridos pelos sujeitos envolvidos na situação tipificada.”⁹⁵

6.4. Nulidade e revogação

Segundo Hans Kelsen, o fundamento de validade de uma norma jurídica está numa norma de superior hierarquia. Desse modo, norma válida, no seu entender, é aquela criada

⁹⁵ *Curso de direito tributário*, p. 84.

em conformidade com outra norma que lhe é hierarquicamente superior. Uma norma jurídica vale porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta⁹⁶.

O direito positivo é formado por um conjunto de normas válidas que regulam as condutas humanas intersubjetivamente.

Tais normas são inseridas no sistema jurídico somente por meio de outras normas, tendo em vista ser esse o veículo adequado para se ingressar no sistema.

Nesta medida, Paulo de Barros Carvalho ensina: “regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo sem que seja introduzida por outra norma, que chamamos, aqui avante, de veículo introdutor de normas. Isso já nos autoriza a falar em normas introduzidas e normas introdutoras, ou, em outras palavras, afirmar que as normas vêm sempre aos pares.”⁹⁷

Conforme Tácio Lacerda Gama, é a norma de competência que altera o sistema jurídico mediante a introdução de novas normas jurídicas.

Nas palavras do autor: “O termo ‘competência tributária’ será definido como a aptidão, juridicamente modalizada como permitida ou obrigatória, que alguém detém, em face de outrem, para alterar o sistema de direito positivo, mediante a introdução de novas normas jurídicas que, direta ou indiretamente, disponha sobre a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos.”⁹⁸

Na configuração da norma de competência, o seu antecedente é composto pela juridicização da enunciação que indica o sujeito competente, a realização do procedimento

⁹⁶ *Teoria pura do direito*, p. 221.

⁹⁷ *Direito tributário, linguagem e método*, p. 392-393.

⁹⁸ *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 221.

normativo, as referências de espaço e de tempo, enquanto o conseqüente é formado pelos enunciados advindos da enunciação juridicizada no seu antecedente.

Colacionamos o seguinte exemplo: antecedente – “dado o fato do processo legislativo n. ‘x’, promulgado pelo Presidente da República ‘x’, em Brasília, no data ‘x’ e publicado no canal ‘x’, na data ‘x’”; deve ser, conseqüente – “o dever de todos os integrantes da sociedade cumprirem os enunciados publicado neste processo”.

Todavia, quando a norma introduzida não foi produzida de acordo com os preceitos da norma introdutora ou norma de competência, ocorre uma irregularidade na sua criação.

Os âmbitos de vigência⁹⁹ pessoal, material, espacial e temporal das normas introduzidas têm de estar em consonância com o que prescreve a norma de competência, para uma norma ser considerada norma lícita. Havendo vício em qualquer um dos referidos âmbitos, ocorrerá um ilícito normativo.

Assim, verificando-se o descumprimento dos condicionantes formais e materiais da norma superior, a norma inferior será tida como nula. Todavia, para haver nulidade, é necessário uma outra norma que a considere.

Para Hans Kelsen, “A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve.”¹⁰⁰

⁹⁹ Tácio Lacerda Gama situa bem os sentidos dos quatro âmbitos de vigência de uma norma: “As ações previstas normativamente, cujo núcleo é um verbo, têm quatro âmbitos de vigência. Esses âmbitos correspondem aos sujeitos e predicados da ação, assim como aos condicionantes de espaço e de tempo. Daí falarmos em: âmbito subjetivo, material em sentido estrito, espacial e temporal da ação. O âmbito subjetivo é representado pelos sujeitos que realizam ou sofrem a ação. Os âmbitos espaciais e temporais têm que ver com as circunstâncias de espaço e de tempo na qual a conduta descrita pelo verbo pode ser realizada. O critério material em sentido estrito é o comportamento mesmo (i.e., auferir; matar; pagar) previsto pela norma jurídica.” *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, p.60.

¹⁰⁰ *Jurisdição constitucional*, p. 140.

É oportuno elucidar que não se confunde anulação e revogação. De acordo com as lições de Tárek Moysés Moussallem, *ipsis verbis*:

A anulação é a forma de o direito positivo controlar o produto da enunciação. Como acima dito, *o direito positivo não regula sua criação, mas, sim, controla a regularidade das normas produzidas*. Tais atos de controle encontram-se esparsos pelo sistema normativo.

Por sua vez, a revogação não visa ao controle da regularidade das normas produzidas, mas apenas à mudança de regulamentação de determinada conduta (mesmo que seja para o permitido negativamente), sem que ingresse no âmbito de a enunciação ter ocorrido conforme ou não as regras de produção normativa.¹⁰¹

Segundo Riccardo Guastini, há dois tipos de revogação: uma, fruto de uma decisão política (revogação legislativa); e outra, oriunda de uma decisão jurisdicional (revogação judiciária). A revogação legislativa é resultado da aplicação do princípio da preferência da lei posterior, enquanto que revogação judiciária é produto da preferência da norma superior.¹⁰²

Ulises Schimill Ordóñez, autor espanhol, conceitua norma revogatória como aquela cujo conteúdo normativo estabelece a data final de vigência da respectiva norma, enquanto que a norma revogada é aquela cuja validade se extingue quando se cumprem as condições estabelecidas na norma revogatória.

A revogação, segundo ele, ocorre quando a norma perde a validade por meio de outra norma da mesma categoria e nível normativo¹⁰³, já a anulação de uma norma, segundo ele, é função de outra norma, sendo a anulação a determinação da data final de vigência de uma norma de caráter condicionado. O ato que determina a data final do âmbito

¹⁰¹ *Revogação em matéria tributária*, p. 232.

¹⁰² *Teoria e dogmática delle fonti*, p. 200.

¹⁰³ Cf. *La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas*, p.238.

temporal da norma pode estar condicionado de diversas maneiras como modalidades dos âmbitos pessoal, espacial e material.¹⁰⁴

Assim, quando se tem uma nulidade condicionada por uma modalidade do âmbito material, significa que a norma está condicionada a ter um determinado conteúdo. Desse modo, havendo qualquer irregularidade deste, por exemplo, ferimento de dispositivos da Constituição ou de lei, a norma será nula, isto é, ocorre típico caso de conflito entre normas de diversos graus. Da mesma forma ocorre com o âmbito pessoal, ou seja, verificando-se que o sujeito era incompetente para a criação de uma norma, essa será considerada nula.

Nesta medida, conforme Ulises Schimill¹⁰⁵, é por meio da realização do controle de constitucionalidade que se completará a data final de vigência do âmbito temporal de uma norma.

Assim, a hipótese de anulação da lei está condicionada aos seguintes fatos: *i.* haver contradição com um dispositivo constitucional – trata-se de um conflito normativo entre normas de diversas hierarquias; *ii.* estar a anulação de acordo com um procedimento específico (jurisdicional ou administrativo); *iii.* realizar-se a anulação por um órgão competente – pelo STF, no caso de controle de constitucionalidade abstrato; ou pelos tribunais ou juízes, no caso de controle difuso. Ainda, só ocorre nulidade quando o sujeito provoca a jurisdição, por ver ameaçado um direito subjetivo.

Em resumo, somente essa outra norma, também chamada norma anulatória, terá aptidão para desconstituir a norma inserida no sistema de forma irregular. Tal

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.238.

¹⁰⁵ Cf. *La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas*, p.239.

desconstituição deve ser feita por um órgão competente, um ou mais sujeitos autorizados para o exercício da jurisdição, bem como por meio de procedimento previsto em lei.

Todavia, até que a norma anulatória não desconstitua a norma ilícita, essa continuará regulando condutas e produzindo efeitos, ou seja, manter-se-á válida, por conta da presunção de validade.

Ressalte-se que o tema da nulidade tratado neste item nos interessa quanto à norma que possua o ilícito da inconstitucionalidade.

Vimos que, por meio do controle de constitucionalidade, o ilícito normativo será desconstituído e tal norma terá sua invalidade decretada. Tal situação difere da questão da natureza da inconstitucionalidade no que tange à imputação dos seus efeitos no tempo: se nulo, anulável ou inexistente – disso trataremos mais adiante.

Do exposto, compreendemos que norma lícita é aquela produzida de acordo com a norma de competência. Essa prescreve como deve ser enunciada a norma e sobre o que deve versar.

A forma de elaboração da norma é positivada no instrumento introdutor, enquanto que a matéria que é introduzida, conforme aquela enunciação, é prevista pelo consequente do instrumento, ou seja, na natureza introduzida (enunciados-enunciados).¹⁰⁶

Verificando-se algum desajuste no âmbito de vigência material da norma introduzida com relação à norma de competência, cabe à norma anulatória determinar a não-aplicação da norma criada de forma irregular no que tange aos aspectos conflitantes com a norma de competência. Porém, quando os desajustes forem nos âmbitos de vigência

¹⁰⁶ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, p.99.

pessoal, espacial e temporal que estão na enunciação da norma de competência, tais desajustes atingirão a norma introduzida no seu todo.

CAPÍTULO VII - MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

7.1. Modulação: significado e base legal

Modulação vem do latim “modulatio” ou modulatinõnis¹⁰⁷ e etimologicamente tem o sentido de gradação, variação de cores.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao descrever a regra de modulação dos efeitos, afirma: “Trata-se de norma permissiva, que tem por conteúdo uma faculdade (poderá), no âmbito de uma competência (“declarar a inconstitucionalidade”), que autoriza modificações no efeito *erga omnes* (amplitude dos efeitos) e no efeito *ex tunc* (temporalidade dos efeitos).”¹⁰⁸

As normas permissivas, segundo esse autor, são as que se utilizam do operador “é permitido”, sendo que determinada ação ou omissão é qualificada como facultativa ou permitida, sem que haja, sobre o mesmo conteúdo, norma geral de obrigação/proibição.¹⁰⁹ Elas são também chamadas de medidas excepcionais pelos membros da Suprema Corte.

A regra de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade surgiu de uma exceção legal infraconstitucional da Lei nº 9.868/99, que disciplina sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

¹⁰⁷ Antônio Geraldo da CUNHA, *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*.

¹⁰⁸ *Do efeito ex nunc na declaração de inconstitucionalidade pelo STF*, in O Processo na Constituição, p. 536.

¹⁰⁹ Cf. *Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático*, In: www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=//publicações-cientificas/28 - acessado em 24/02/2010.

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Tal exceção está contida no artigo 27 desta lei.

Vejamos o que prescreve o art. 27 da Lei 9.868/99, *ipsis verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Desse modo, inferimos que citado dispositivo inovou ao dispor expressamente a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos ou de fixação de outro momento qualquer para as decisões que declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que presentes razões de segurança jurídica ou haja excepcional interesse social.

Todavia, ressalte-se já existirem julgados do Supremo Tribunal Federal anteriores e independentes da edição dessa lei, afastando a nulidade da norma considerada inconstitucional em favor de outros princípios jurídicos, presente no texto constitucional.

A título de exemplo, têm-se os julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 78.594 e 122.202 – no primeiro, o Tribunal aplicou a teoria do funcionário de fato para conhecer a validade dos atos administrativos praticados por funcionários investidos na função com base em norma declarada inconstitucional; enquanto que no outro, o Supremo decidiu que a retribuição declarada inconstitucional não deve ser devolvida no período de validade

inquestionada da lei de origem, tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.¹¹⁰

Ainda, esclarecemos que neste trabalho não será questionada a constitucionalidade do referido dispositivo infraconstitucional. Pelo contrário, trabalharemos com a premissa da sua constitucionalidade; ademais, o STF vem se valendo dela, utilizando-a para justificar as suas decisões.¹¹¹

Dessarte, diante do referido dispositivo, presume-se que a regra geral é a de que os efeitos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo são *ex tunc*, ou seja, a norma anulatória irá desconstituir o ilícito normativo anterior que foi inserido no sistema normativo de forma irregular, e, portanto, todos os atos fundados em sua aplicação são anulados, retroagindo-se até sua instituição.

Entretanto, como afirmado acima e em consonância com o referido dispositivo, poderá ocorrer, caso 2/3 dos componentes do Supremo Tribunal Federal assim entendam, a restrição dos efeitos dados à declaração de inconstitucionalidade ou decidir-se o momento em que ela passará a ter eficácia, se do trânsito em julgado ou de outro momento que julgarem ideal. Nessa ocasião, a decisão é tomada por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

¹¹⁰ STF, RE nº 78.594, 2ª Turma, Rel. Min. Bilac Pinto, DJ 30/10/1974 e o RE nº 122.202, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 08/04/1994.

¹¹¹ Porém, vale registrar o posicionamento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, quanto ao vício de inconstitucionalidade do art. 27 da lei 9868/99, na sua tese de doutoramento, *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, 2001, p.146, *ipsis verbis*: “(...) A fiscalização de constitucionalidade é um mecanismo de controle do Judiciário sobre a atividade dos órgãos com competência legislativa. Vale dizer, é uma forma de um Poder controlar a atividade de outro. Por isso, não pode o Poder controlado editar norma infraconstitucional restringindo, ou até mesmo ampliando a competência do órgão controlador, no caso, o Poder Judiciário. Tais alterações só poderão ser efetuadas por meio de emenda constitucional, nunca por lei ordinária.”

Neste diapasão, vislumbramos dois requisitos para que uma declaração de inconstitucionalidade passe a ter seus efeitos declarados para o futuro: a) quanto à forma, por maioria de 2/3 dos membros do STF; b) quanto à matéria, ter em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Nesta medida, a segurança jurídica e o excepcional interesse social foram eleitos os dois critérios subjetivos para que possa a Suprema Corte aplicar apenas os efeitos prospectivos à decisão que declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

7.2. Norma inconstitucional

A Constituição é a norma de superior hierarquia no ordenamento jurídico. Isso significa que todas as demais regras têm-na como fundamento de validade, de sorte que todas as normas criadas no ordenamento não podem contraditá-la.

Desta feita, a produção de um ato normativo, incluindo neste a criação de lei, deve estar sempre em consonância com a Constituição. Assim, todas as situações jurídicas necessariamente têm de estar em conformidade com a norma suprema, respeitando seus princípios e preceitos.

A superioridade hierárquica em referência advém da rigidez constitucional que significa uma proteção das normas constitucionais, mediante uma maior dificuldade na modificação de seu processo legislativo, diverso daqueles exigidos para as demais normas jurídicas da ordenação estatal.

Ocorre o vício da inconstitucionalidade quando o ato normativo posto no sistema não se adapta aos limites constitucionais. No dizer de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, “a inconstitucionalidade é um estado do sistema normativo, caracterizado por uma relação de desconformidade de uma norma em relação à Constituição.”¹¹²

No mesmo sentido preleciona Marcelo Neves¹¹³, *ipsis verbis*: “A inconstitucionalidade, porém, é um problema de relação intra-sistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais.”

Também discorre oportunamente sobre o tema Elival da Silva Ramos¹¹⁴, conforme segue: “A relação de inconstitucionalidade parte da Constituição-parâmetro, para colher os atos legislativos editados, subseqüentemente, com desrespeito aos requisitos de validade neles contidos.”

Nesta medida, compreendemos que, se uma lei é válida, pois foi posta no ordenamento jurídico por autoridade competente e procedimento autorizado constitucionalmente, então conclui-se que esta mesma lei tem sua validade definida pela Constituição Federal e, portanto, a verificação da sua inconstitucionalidade pressupõe a sua invalidade.¹¹⁵

¹¹² *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, tese de doutorado, PUC/SP, 2001, p.34.

¹¹³ *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, São Paulo, Saraiva, 1994, p.63.

¹¹⁴ *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 69-70.

¹¹⁵ Ressalta-se que, a maioria da doutrina nacional compreende que a inconstitucionalidade de uma norma significa a sua invalidade. Possuem esse entendimento: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, p.; Clèmerson Merlin Clève, *Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p.; Luís Roberto Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p.13.

Para Riccardo Guastini, a inconstitucionalidade é um caso particular de invalidade, pois entende ele que a inconstitucionalidade é a invalidade que deriva da não conformidade de uma norma com a Constituição.¹¹⁶

Observamos no item 5.4 que a norma anulatória desconstitui a norma ilicitamente criada. Norma ilícita é aquela cujo âmbito de vigência, pessoal, material, espacial e temporal está em dissonância com a norma que lhe dá o fundamento de validade, ou norma superior. Norma inconstitucional é norma ilícita, pois foi criada em desconformidade com a Carta Magna. Assim, até que a norma anulatória não desconstitua a norma inconstitucional, essa será considerada válida. Conclui-se que a norma anulatória invalida a norma ilicitamente criada.

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado neste sentido: de a inconstitucionalidade equivaler à própria invalidade. O acórdão Rp/SP nº 1016, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 26/10/1979, dispõe que a representação de inconstitucionalidade tem por objeto a “validade” da lei em tese.¹¹⁷

Importa esclarecer que o nosso sistema constitucional elenca duas formas de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação e a por omissão. Todavia, o nosso estudo ater-se-á ao exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade.

¹¹⁶ *Distinguiendo*, p.323.

¹¹⁷ Também neste sentido o voto do Min. Relator Celso de Mello no julgamento da ADIn 1434, DJU 22.11.1996, *ipsis verbis*: Não custa enfatizar – até mesmo em reiteração ao que vem sendo destacado – que o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, qualificando-se como típico processo de caráter objetivo, *sine contradictores*, destina-se, unicamente, a viabilizar “o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese ...” (RTJ 95/999, Rel. Min. Moreira Alves).

A inconstitucionalidade por ação, segundo José Afonso da Silva, ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição.

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta na compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, as quais se encontram na constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.¹¹⁸

7.3. Controle de constitucionalidade

A fim de proteger a supremacia da norma constitucional contra as inconstitucionalidades advindas de normas inferiores, a Constituição Federal assegura técnica especial, que a doutrina denomina controle de constitucionalidades das leis. Tal controle será jurisdicional quando exercido pelos órgãos do Poder Judiciário.

Controle de constitucionalidade das leis e atos jurídicos, nas palavras de Tácio Lacerda Gama¹¹⁹, é a técnica que o sistema dispõe para manter a consistência e hierarquia de suas normas. É por meio deste que o ilícito normativo será desconstituído, assim como sua invalidade decretada.

¹¹⁸ Enrique A.AFTALION, Fernando García OLANO e José VILANOVA, *Introducción al derecho*, p. 201. Apud, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p.47.

¹¹⁹ *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, p.332.

Neste diapasão, uma vez presumida ofensa à constituição, dispõe o artigo 97 da CF que: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Dessarte, as constituições, não só a brasileira como a maioria das constituições que são estudadas no direito comparado, outorgam ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos normativos do Poder Público que discordem de princípios ou preceitos constitucionais.

O controle de constitucionalidade como uma técnica de defesa e proteção da unidade e integridade do sistema jurídico é, no dizer de Luís Roberto Barroso¹²⁰,

(...) um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.

Conforme as lições de Ives Gandra da Silva Martins, “O controle de constitucionalidade tem, portanto, a finalidade de manter a supremacia constitucional e assim, a segurança jurídica, cerceando a ação do Poder Legislativo e, em alguns casos, até mesmo do Poder Executivo, que não podem desprezar a vontade soberana do Poder Constituinte originário.”¹²¹

¹²⁰ *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.1.

¹²¹ Segurança jurídica, boa-fé e proporcionalidade. Coisa julgada. Impossibilidade material de retroação. Modulação temporal. *Revista dialética de direito processual*, n° 79, p.149.

De fato, através do controle de constitucionalidade, a hierarquia e a superioridade da norma constitucional é preservada.

7.4. Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado

Pelos estudos de direito comparado verificamos que dois modelos históricos de controle de constitucionalidade das leis são exercidos pelos seus órgãos jurisdicionais¹²², sendo que genericamente o modelo judicial fundamenta-se no poder normal do juiz de refutar a aplicação de leis inconstitucionais aos litígios que tenha que dirimir.¹²³

No modelo austríaco, adota-se a fiscalização concentrada ou abstrata; já o norte-americano abraça o modelo de fiscalização difuso ou concreto.

O modelo de controle concreto nasceu da célebre decisão de 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, na Corte norte-americana. Neste precedente jurisprudencial, o supremo expositor da Constituição americana, John Marshall, descreve as linhas mestras que regeriam o *judicial review*, ou seja, cabe ao Judiciário interpretar as leis e aplicá-las de acordo com a Constituição. Assim, no caso de contradição entre atos legislativos e a Constituição, essa última é que deve prevalecer, por ser de superior hierarquia a qualquer norma infraconstitucional.

No que tange ao referido caso, leciona Roger Stiefelmann Leal¹²⁴:

¹²² Ressalva-se que na França o modelo de fiscalização é político, ou seja, quem o exerce é o Parlamento (legislador) ou um órgão político constituído para esta finalidade.

¹²³ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 116.

¹²⁴ *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, p. 18.

(...) embora não se encontre referência expressa no texto da Constituição norte-americana, a evolução do constitucionalismo naquele país acabou por reconhecer aos tribunais o poder de afastar a aplicação de quaisquer atos normativos por serem manifestamente contrários à Constituição, revisando, portanto, a compatibilidade de tais atos com o texto constitucional. Instituiu-se o chamado *judicial review*, situando-se o poder de realizar o controle da constitucionalidade dos atos estatais no âmbito de competência do Poder Judiciário.

No sistema de controle concreto, cabe a qualquer juiz ou tribunal exercer, no caso específico, a análise da compatibilidade da norma legal sob a questão de ela estar ou não em consonância com a constituição federal – caso entenda pela negativa, cabe a este produzir uma norma individual e concreta afastando a aplicação da norma inconstitucional.

Ressalte-se que esta norma individual e concreta que declara a inconstitucionalidade de norma ilícita somente produz efeitos entre as partes litigantes, ficando adstrita ao caso concreto. Assim, no controle concreto de constitucionalidade afasta-se a incidência do ato normativo inconstitucional somente naquele litígio subjugado à avaliação do Poder Judiciário.

O sistema norte-americano tem o caráter de um controle que se exerce via incidental, ou seja, no curso e por ocasião de um caso controverso e só na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se debate, seja importante para a decisão do caso concreto.

Assim, no controle concreto, a decisão de inconstitucionalidade não é o objeto principal do processo; ao contrário disso, é uma questão incidental e prejudicial. Incidental porque existe um processo subjetivo no qual a declaração de inconstitucionalidade foi suscitada incidentalmente, posto que o processo possui outro objeto. A prejudicialidade da questão nada mais é que a sua resolução condicionada ao teor da decisão final.

Nas palavras de Alexandre de Moraes¹²⁵,

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.

Noutra esteira, em oposição ao *judicial review*, vislumbra-se o modelo austríaco de fiscalização da constituição, concentrado em um único órgão. Assim, enquanto no modelo concreto-difuso todos os juízes e tribunais podem exercer o controle de constitucionalidade, no controle concentrado-abstrato somente o Tribunal Constitucional tem a exclusividade para o exercício deste.

Hans Kelsen foi o idealizador desta técnica de garantia constitucional. Explica-nos ele¹²⁶:

Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.”

Nesse modelo, o único órgão habilitado para criar uma norma de nulidade do ilícito da inconstitucionalidade é o Tribunal Constitucional, que é criado especificamente para tal finalidade. Assim, independentemente de um caso concreto, a discussão sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo é enviada ao referido Tribunal até que ele profira o seu pronunciamento.

¹²⁵ *Direito constitucional*, p. 589.

¹²⁶ *Teoria pura do direito*, p. 303.

Nesta medida, segundo Vânia Hack de Almeida¹²⁷,

Nesse sistema, a declaração de inconstitucionalidade é missão de um único órgão, uma espécie de legislador negativo, com atribuições de expurgar do ordenamento jurídico as normas desconformes com a Constituição. Suas decisões produzem eficácia *ex nunc*. Dessa maneira, a norma inconstitucional não é nula e sim anulável. A decisão de inconstitucionalidade possui uma natureza desconstitutiva e não declaratória.

Ainda, conforme José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁸,

À idéia de um controle concentrado está ligado o nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controle constitucional não é propriamente uma *fiscalização judicial*, mas uma *função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa*. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial.

O sistema austríaco possui o carácter de um controle que se exerce em via principal, isto é, atua em um adequado e autônomo processo constitucional instituído *ad hoc* (para um fim específico), inteiramente desvinculado dos casos concretos.

Ocorre que, ambos os sistemas, tanto o norte-americano como o austríaco, sofreram adaptações pelos países que os acolheram. Vislumbra-se que o sistema difuso-concreto encampado pelos Estados Unidos da América passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como os países europeus que adotaram o sistema austríaco.

¹²⁷ *A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade*, p.562.

¹²⁸ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 869-870.

Destarte, conforme as lições de Oswaldo Luiz Palu, a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem¹²⁹.

7.5. Controle de constitucionalidade aplicado no Brasil

Desde a Constituição de 1981, o Brasil vem adotando o controle de constitucionalidade do modelo norte-americano. Tal Carta Magna admitiu a fiscalização, pelo Judiciário, da constitucionalidade das leis.

Todavia, por meio da Emenda Constitucional nº16/65, foi instituído o controle concentrado de constitucionalidade. Por meio dele foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, encaminhada pelo procurador-geral da República.¹³⁰

Com a Constituição de 1988, o controle de fiscalização foi aperfeiçoado. O modelo brasileiro pode ser considerado uma combinação do modelo de fiscalização concreto-difuso, no qual qualquer instância judicial pode fazer o controle de constitucionalidade para decidir um caso concreto, tendo o STF o papel de intérprete máximo da Constituição, e do

¹²⁹ *Controle de constitucionalidade*, p. 173.

¹³⁰ A referida emenda alterou o art. 101, item I, alínea k, da Constituição de 1946.

modelo concentrado-abstrato, no qual um único órgão, isto é, o STF, é o representante da Constituição Federal.

Clèmerson Merlin Clève realiza algumas distinções necessárias dos modelos de controle de constitucionalidade existentes no Brasil, conforme vemos no trecho abaixo, transcrito *ipsis verbis*¹³¹:

No Brasil, como ninguém desconhece, o controle de constitucionalidade é: a) difuso, na medida em que todos os órgãos jurisdicionais dispõem de competência para exercitá-lo; b) incidental, na medida em que é desencadeado, em princípio, através de um mecanismo indireto de fundamentação que pode ser utilizado pelas partes para o fim de justificar a pretensão (autor) ou a resistência/defesa (réu); e c) subjetivo, já porque tem por finalidade principal a defesa do interesse juridicamente protegido de alguém, e não propriamente a da Constituição objetivamente considerada.

(...)

O controle abstrato de constitucionalidade, ao contrário, é: a) concentrado, na medida em que apenas o STF dispõe de competência, quanto aos atos normativos federais e estaduais, e em face da Constituição Federal, para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade; b) principal, na medida em que é suscitada por meio de uma ação autônoma, que visa verificar, em tese, a validade do ato normativo; e c) objetivo porque, à margem de tal ou qual interesse, tem em vista a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetiva, quando o que avulta é a constante conformidade ou procura de conformidade dos comportamentos, dos atos e das normas com as regras constitucionais.

Desse modo, no sistema brasileiro o controle de constitucionalidade é praticado de modo difuso por todos os órgãos do judiciário, quer dizer, pelos juízes de primeira instância e pelos tribunais, tendo por finalidade a defesa de um direito subjetivo de uma das partes no processo. Ainda pode ser feito por um único tribunal, de modo concentrado no Supremo Tribunal Federal, em que ocorre um processo objetivo de defesa da Constituição, na qual

¹³¹ *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v.5, n.19 abr/jun. 1997, p. 285.

não existem interesses subjetivos, nem uma lide, já que o intuito é a defesa da ordem constitucional¹³².

Também o controle é feito, incidentalmente, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto do processo, mas uma questão prejudicial, na qual a sua resolução é condição para a solução da lide, ou pela via principal ou ação direta, a qual independe da existência de um caso concreto, em que cumpre ao tribunal manifestar-se acerca da validade de uma lei e decidir pela sua permanência ou não no sistema. Desse modo, a ação direta visa à proteção do ordenamento jurídico, rejeitando a presença de uma norma incompatível com a harmonia da Constituição.

Neste diapasão, o Brasil adota, ao lado do modelo incidental, o modelo por via principal de lei em tese ou decorrente de ação direta. Contudo, após a Constituição de 1988, verifica-se uma tendência de dar maior peso ao controle concentrado, sem prejuízo do método difuso.¹³³

¹³² No mesmo sentido dispõe a jurisprudência do STF: “O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais.” Rcl 397, Min. Rel. Celso de Mello, 1993.

¹³³ Possuem tal entendimento: José Afonso da Silva, *Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, v. 13/15, 1979, p.123; Clèmerson Merlin Clève, *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide*, p. 286; e André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 272.

7.6. Natureza da lei ou ato normativo inconstitucional

A fim de compreendermos quais são os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se prospectivos ou retrospectivos, necessitamos saber sobre a natureza da lei ou ato normativo inconstitucional, se esse é inexistente, nulo ou anulável.

Ruy Barbosa entende que inconstitucionalidade importa em nulidade, ao afirmar que “Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa auctoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nullidade”¹³⁴

No mesmo sentido se expressa Alfredo Buzaid, que segue a linha norte-americana ao considerar todo ato inconstitucional como absolutamente nulo. Diz ele: “Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei adversa à Constituição é *absolutamente nula; não simplesmente anulável*. 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”.¹³⁵

Já Celso Ribeiro Bastos defende o posicionamento de que uma lei ou um ato normativo inconstitucional é inexistente. Segundo ele, “Com vista unicamente à teoria da criação do direito, não se reveste nem mesmo da condição de lei, sendo despiciendo afirmar se é constitucional ou não. Pelo simples fato de ser lei, infere-se que se trata de lei constitucional, a única existente.”¹³⁶

¹³⁴ *Os actos inconstitucionaes, do congresso e do executivo ante a justiça federal*, p.42-43.

¹³⁵ *Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 128.

¹³⁶ *Curso de direito constitucional*, p.399.

A corrente que defende que a natureza jurídica da lei ou ato normativo inconstitucional é anulável e, portanto seus efeitos são prospectivos, fundamenta-se no modelo austríaco, no qual a lei é válida e obrigatória até a decretação de sua inconstitucionalidade. Logo, para tal corrente a norma inconstitucional é válida até a desconstituição de seus efeitos pelo Poder Judiciário.

Filia-se ao referido posicionamento Regina Maria Macedo Nery Ferrari, lecionando que, “a norma constitucional é simplesmente anulável, visto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que opera, eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação da sua inconstitucionalidade.”¹³⁷

O Direito brasileiro, influenciado pela doutrina e jurisprudência norte-americana, adotou o posicionamento de que a inconstitucionalidade equipara-se à nulidade absoluta da lei ou ato normativo.¹³⁸

Destarte, o fundamento para a teoria da nulidade absoluta está na rigidez constitucional. Assim, tendo em vista ser a Carta Magna a norma de superior hierarquia no ordenamento jurídico, todas as demais normas que a contrariem devem ser tidas como nulas, ou seja, estariam viciadas na sua origem, e seus atos seriam impossibilitados de convalidação. No mais, caso uma lei inconstitucional pudesse reger uma determinada

¹³⁷ *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 3ªed., Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 181. Reconhecem tal entendimento: José Souto Maior Borges, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da Contribuição para a Seguridade Social*, p. 121.

¹³⁸ Trouxemos à baila algumas decisões com esse entendimento: 1. “Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre o fato, nela visto ou previsto, não há fato jurídico e, via de lógica consequência, o fato não produz qualquer efeito jurídico. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” RE 93.173, Rel. Min. Firmino Paz, 1982; 2. RE 93.356, Rel. Min. Leitão de Abreu, 1981; Rp nº 971, Rel. Min. Djaci Falcão, 1978.

situação e produzir efeitos, isso representaria uma negativa de vigência da Constituição sobre aquela matéria naquele espaço de tempo.¹³⁹

7.7. Dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no direito comparado

Vislumbra-se que a maioria dos países que acolheram o sistema de controle de constitucionalidade com a finalidade de proteger sua Constituição optou pelo sistema de fiscalização norte-americano, quanto aos efeitos temporais de sua decisão. Isto é, a norma considerada inconstitucional tem sua nulidade decretada *ab initio*, produzindo, desse modo, efeitos retroativos ou *ex tunc*.

Ocorre que as Cortes responsáveis pelo controle de constitucionalidade visualizaram que referido posicionamento não poderia ser completamente rígido, haja vista que em determinados casos a aplicação do princípio da nulidade da norma inconstitucional poderia ferir outros princípios de suma importância das respectivas Constituições Federais. Sendo assim, esses países adotaram o modelo norte-americano, porém tornando mais flexíveis a prolação dos efeitos das decisões.

Nesse sentido, nos Estados Unidos da América, onde se aplica o entendimento dos efeitos retroativos da norma declarada inconstitucional, no ano de 1965, a partir do caso *Link-letter vs. Walker*, a Suprema Corte se posicionou no sentido de que a Constituição Americana nem proíbe nem exige o efeito retroativo de decisões de inconstitucionalidade.

¹³⁹ Possuem tal entendimento: Alfredo Buzaid, *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p.131; Daniel Sarmiento, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis*, p. 28; Clèmerson Merlin Clève, *Declaração de inconstitucionalidade*, p.289.

Desse modo, vislumbra-se uma maleabilidade no posicionamento da Suprema Corte Americana quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A despeito de na Alemanha vigorar o princípio implícito da nulidade da norma inconstitucional,¹⁴⁰ o Tribunal Constitucional Federal Alemão a fim de garantir a proteção da Constituição poderá declarar a inconstitucionalidade de uma norma, sem pronúncia de nulidade. Tal forma de decisão está disciplinada no §31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional, que admite a ilegitimidade constitucional da norma, porém deixa de declará-la nula, surgindo para o legislador o dever jurídico de empreender as medidas necessárias para extirpar o estado de inconstitucionalidade.¹⁴¹

Nesta medida, no dizer de Gilmar Ferreira Mendes, “a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade tem o efeito de impedir que os tribunais, a administração e quaisquer outros órgãos estatais apliquem a norma inconstitucional a partir da data da decisão, observando rigorosamente a censura constante da parte dispositiva do julgado.”¹⁴²

Além da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o direito alemão reconhece outra variante de decisão protetora da Constituição, a denominada decisão de apelo ao legislador. Ocorre quando o Tribunal, verificando que a norma ainda é constitucional, porém em vias de se tornar inconstitucional, em razão de mudanças das relações fáticas ou jurídicas, socorre-se ao legislador para que o mesmo corrija o seu vício evitando assim a sua inconstitucionalidade.

¹⁴⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 255.

¹⁴¹ *Jurisdição constitucional*, p. 255.

¹⁴² A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei – Unvereinbarkeitserklärung – na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v.2, n.5, out./dez. 1993, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p.161-162.

A Constituição portuguesa é expressa quanto ao dever do Tribunal Constitucional restringir os efeitos retroativos da decisão, promovendo efeitos para o futuro, nas situações que a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo se sobreponham ao princípio da nulidade constitucional.¹⁴³

Na Espanha, assim como nos demais países, a norma declarada inconstitucional é nula *ab initio*, ressalvando-se apenas os efeitos advindos de decisões judiciais anteriores transitadas em julgado, conforme o art. 161.1, “a”, da Constituição Espanhola.¹⁴⁴

Na Itália, a doutrina e jurisprudência dominantes também consideram nula *ab ovo* a lei inconstitucional, a despeito de o teor literal do art. 136 da Constituição italiana poder conduzir a uma interpretação diversa. Não obstante, a retroatividade da norma declarada inconstitucional encontra limites na coisa julgada, na prescrição e decadência, isto é, nos

¹⁴³ Dispõe o art. 282 da Constituição portuguesa:

“1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprecinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

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

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto n.ºs 1 e 2.” (fonte: www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Político/Constituicao/ - acessado em 24 de fevereiro de 2010).

¹⁴⁴ Nesse sentido dispõe Clèmerson Merlin Clève: “Na Espanha, a Constituição, no art. 161.1. ‘a’, dispõe que ‘*la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica com rango de ley, interpretada por la jurisprudência, afectará a ésta, si bien la sentència o sentencias reciadas no perderán el valor de cosa juzgada*’. Por sua vez, o art. 40 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, pressupondo a aplicação retroativa da decisão de inconstitucionalidade (nulidade), estabelece como limite à retroatividade as sentenças com força de coisa julgada, salvo no caso das sentenças penais ou contencioso-administrativas referentes a um procedimento sancionador, quando a regra que resulte como consequência da nulidade da norma aplicada seja mais favorável ao condenado que esta.” (*A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.165).

efeitos já consumados e consolidados produzidos antes da decisão de inconstitucionalidade da norma.¹⁴⁵

A Áustria, diversamente dos demais países referidos, segue a doutrina de Kelsen, na qual a lei inconstitucional é anulável, e a decisão que reconhece tal situação tem caráter constitutivo, produzindo efeitos prospectivos.

7.8. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Brasil

A constituição brasileira não é explícita quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, porém grande parte da doutrina e a jurisprudência consolidada assentem o caráter declaratório e retroativo (*ex tunc*) das decisões.¹⁴⁶

No Brasil, assim como nos países que seguem a linha do modelo norte-americano, há a pronúncia de invalidade da norma declarada inconstitucional *ab initio*. A decisão de inconstitucionalidade no controle abstrato importa na declaração de nulidade da norma. Nesta medida, tem-se como dogma que a norma declarada inconstitucional é norma nula desde o início de sua vigência.

No sistema no qual o controle tem caráter difuso-concentrado, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (“null and void”)

¹⁴⁵Cf. SARMENTO, Daniel, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (O princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*, Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr./jun. 1998, Rio de Janeiro, Atlas, p.32.

¹⁴⁶ Possuem tal entendimento: Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p.325, e Clèmerson Merlin Clève, *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide*, p.289. No que se refere à jurisprudência, ver o RE 103.619,1985, RDA n.160, p.80 e ss.

e, por isto, ineficaz, e, a partir disso, o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional.¹⁴⁷ Assim, a declaração de inconstitucionalidade, tanto no modelo concentrado como no difuso, implica a pronúncia da nulidade do ato atacado.

Contrário a essa posição, o Ministro do STF Leitão de Abreu, no voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343-BA, defendeu a natureza constitutivo-negativa das decisões de inconstitucionalidade, demonstrando preocupação com a segurança jurídica do ordenamento jurídico. Veja o que dispôs o então ministro:

... mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado, por isso que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável. (...) Acertado se me afigure, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos seus destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. (...) A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estaria procedendo sob o amparo do direito objetivo.

Referido posicionamento advém dos ensinamentos de Kelsen, que é favorável a uma teoria da anulabilidade. Para este, se uma determinada lei ou ato normativo produziu efeitos no mundo jurídico, tal fato não pode ser olvidado. Desse modo, a decisão que decreta a nulidade da norma teria caráter constitutivo.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Mauro CAPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 115-116.

¹⁴⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade*, p. 478.

Ocorre que o Tribunal não comungou com o voto referido, mantendo a posição considerada de que a lei ou ato normativo declarado inconstitucional é nulo *ipso jure* e produz efeitos *ex tunc*. Tal entendimento, segundo Gilmar Mendes, tem base constitucional porque “O poder de que dispõe qualquer juiz ou Tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, a, b e c) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade.”¹⁴⁹

Dessarte, a sentença que afirma a inconstitucionalidade da norma tem natureza declaratória, posto que o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, de acordo com orientação assentada há muito no STF¹⁵⁰ e abonada pela doutrina dominante. Assim, a decisão judicial apenas reconhece a existência de um ato viciado, não desconstituindo a lei ou o ato normativo, tal como ocorre, por exemplo, no modelo austríaco. Nesse sentido, a decisão, em princípio, retroage desde o início da norma impugnada, produzindo efeitos retroativos.

Compartilhando com o posicionamento do STF, Tércio Sampaio Ferraz Júnior tem como premissa que a decisão a ser proferida em ação direta de inconstitucionalidade terá efeito declaratório. Significa que a sentença produzida pelo órgão judicial tem efeitos para o passado, ou seja, ela não intervém no direito, nas relações jurídicas, transformando-as. Ela apenas reconhece ou declara as relações jurídicas ocorridas, acarretando assim a geração de efeitos desde o momento em que tais relações se consolidaram. Assim, a

¹⁴⁹ *Jurisdição constitucional*, p.326.

¹⁵⁰ STF, Rp nº 971, Rel. Min. Djaci Falcão, 1978; Rp nº 1.016, Rel. Min. Moreira Alves, 1979. Veja o posicionamento do STF: “A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade ab initio). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461).” ADI 1434 MC, Rel. Min. Celso de Mello, 1996.

declaração de inconstitucionalidade, por resultar a total nulidade dos atos do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide.¹⁵¹

Traz-se à baila posicionamento divergente do referido, encabeçado por Pontes de Miranda e seguido por uma minoria abalizada de doutrinadores, no sentido de que a pronúncia de inconstitucionalidade proferida pela Corte Superior possui caráter constitutivo negativo. Vejamo-lo¹⁵²:

Para que a decisão positiva sobre inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou o tribunal diria: 'Não existe'; e a eficácia seria a de toda decisão declarativa (...) Se há lei, claro que é *quaestio iuris praeiudicialis* se ela vale, ou não vale; e lei, sabemos, não vale se ofende a Constituição. Enquanto não se cria, para todos, a ação constitutiva negativa, em que se possa argüir de inconstitucionalidade, *in abstracto*, a lei, os juízes e tribunais somente podem conhecer da questão como prejudicial (...) Tal *quaestio iuris praeiudicialis* é de constituição negativa e concreta, razão por que a sua eficácia é *in casu*; ...

Diante do exposto, verificamos que no Direito brasileiro a regra é que as decisões proferidas no controle de constitucionalidade possuem caráter declaratório e efeitos retroativos. A norma ilícita tem sua invalidade decretada desde o início de sua vigência. Ocorre que, em nome da segurança jurídica, haja vista que os fatos tidos como inválidos produziram efeitos no mundo concreto, foi editada a Lei 9.868/99, que se constitui uma exceção, conforme vimos no item 6.1, a regra.

Nesta senda, o legislador infraconstitucional literalmente permitiu, somente nos casos de manutenção da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de 2/3 dos votos dos Ministros do STF, que a nova norma que surgiu em razão da

¹⁵¹Cf. *Do efeito ex nunc na declaração de inconstitucionalidade pelo STF*, p.535.

¹⁵² *Comentários à Constituição de 1967, com emenda nº 1 de 1969*, p.619-621.

declaração de inconstitucionalidade tenha seus efeitos prospectivos a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado pelos julgadores. Nestes casos, tais decisões possuem caráter constitutivo.

7.9. Da eficácia da decisão no controle abstrato de normas

O § 2º, do artigo 102, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, conferiu às decisões definitivas de mérito prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, na ação declaratória de inconstitucionalidade, eficácia contra todos (= *erga omnes*) e efeito vinculante, ou seja, tanto o Poder Judiciário como o Executivo deverão respeitar essa decisão de inconstitucionalidade e não mais aplicar a lei ou ato normativo anterior.¹⁵³

A declaração de inconstitucionalidade, no controle abstrato de normas, possui eficácia *erga omnes*, o que significa que o resultado da decisão proferida pelo STF abrangerá para além dos integrantes da relação processual objetiva. A lei ou ato normativo declarado inconstitucional tornar-se-á ineficaz para todos os administrados.

Observando-se por um prisma processual, a eficácia geral ou eficácia *erga omnes* impede, em primeiro plano, que a questão decidida seja submetida novamente ao Supremo

¹⁵³ Veja o que dispõe o §2º, do art. 102 da CF/88, *ipsis verbis*: “Parágrafo segundo. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Tribunal Federal.¹⁵⁴ A doutrina também conceitua a eficácia *erga omnes*: como força de lei,¹⁵⁵ ela é aplicada aos sujeitos passivos das relações processuais.

O efeito vinculante trata de instituto jurídico originado no direito processual alemão. Nas justificações, elaboradas pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes e apresentadas pelo deputado Roberto Campos no projeto de Emenda Constitucional (PEC n. 130/1992), foi introduzido no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante.

Conforme referida justificação, o instituto do efeito vinculante tem por objetivo evitar a repetição de aplicação de norma declarada inconstitucional por tribunais e agentes públicos administrativos. Assim, para evitar tal fato, a força vinculante da decisão de mérito da Suprema Corte impede que outros tribunais e órgãos administrativos deem interpretação diversa da proferida por ela.¹⁵⁶

Ainda, verifica-se, de acordo com justificação infra transcrita na nota de rodapé 156, a orientação prevalecente de que, diferentemente da eficácia *erga omnes*, que se refere à parte dispositiva da decisão, o efeito vinculante, além da parte dispositiva, abarca também

¹⁵⁴ Cf. Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 327.

¹⁵⁵ Gilmar Ferreira MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 437.

¹⁵⁶ Importa transcrever a seguinte passagem da justificação apresentada: “Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não logriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Consequência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.” Proposta de Emenda Constitucional n. 130, de 1992. In Mendes, Gilmar Ferreira, *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*, <http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=108>, 1999 – acessado em 24 de fevereiro de 2010.

os chamados fundamentos ou motivos determinantes da decisão. Isso significa que a eficácia da decisão transcende o caso particular, ao passo que os princípios emanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser respeitados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.¹⁵⁷

Quanto à dimensão subjetiva do efeito vinculante, integra a concepção de Estado Democrático de Direito a ideia de que o direito não pode ficar estagnado no tempo e que este evolui concomitantemente com as expectativas da sociedade. Desse modo, é legítima a mudança de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, com base em argumentos consistentes, bem como pelo Poder Legislativo.

Segundo Gilmar Mendes, “De um ponto de vista material também é de se excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isso poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente aos órgãos de jurisdição constitucional.”¹⁵⁸

Ademais, o § 2º, do art. 102, da Constituição Federal fez expressa referência ao efeito vinculante em relação “aos demais órgãos do Poder Judiciário”. Nesse sentido, infere-se do exposto a exclusão do próprio órgão julgador e do legislador, valendo essa norma somente para os demais órgãos do Judiciário e do Executivo.

A Corte Suprema brasileira tem se posicionado no sentido de que o efeito vinculante previsto na Carta Magna não o condiciona, pois tal efeito está limitado aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Executivo.¹⁵⁹ Também tem pronunciado que a declaração de

¹⁵⁷ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva, e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 339.

¹⁵⁸ *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 342.

¹⁵⁹ ADI nº 2675/PE, Rel. Min. Carlos Velloso; e ADI nº 2777/SP, Rel. Min. Cezar Peluso.

inconstitucionalidade não obstaculiza o Poder Legislativo de editar lei contrariando decisão de inconstitucionalidade anteriormente proferida.¹⁶⁰

Importa consignar que o desrespeito por qualquer órgão do Poder Judiciário à decisão transitada em julgado da Corte Suprema autoriza a propositura de reclamação por todos aqueles que se achem atingidos pela decisão contrária ao entendimento do STF.¹⁶¹

7.10. Da eficácia da decisão no controle difuso de normas

O modelo difuso implica, conforme visto, que cabe a cada juiz ou tribunal não aplicar a lei que considere inconstitucional. Tal órgão judiciário interpreta o sentido daquela lei e deve dar prevalência a norma que considere de acordo com a Constituição.

A norma individual e concreta, prolatada pelo juiz ou tribunal no caso concreto, terá efeitos apenas entre as partes que compõem a lide. Tal decisão possui eficácia declaratória, pois invalida a regra impugnada, declarando sua nulidade. Assim, referida norma individual veiculada pelo provimento jurisdicional no sistema brasileiro faz coisa julgada somente entre as partes componentes da lide. De sorte que outro tribunal ou juiz está livre para decidir de acordo com suas convicções quanto à constitucionalidade dessa regra.

Nesta medida, tal lei ou ato normativo que foi declarada inconstitucional no caso concreto continua vigente e eficaz no ordenamento jurídico para os demais casos. Somente após a desconstituição desse ilícito normativo pelo STF, por maioria absoluta dos seus

¹⁶⁰ ADI nº 907, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1993; e ADI nº 864, Rel. Min. Moreira Alves.

¹⁶¹ Veja do dispõe o art. 102, I, “I”, da CF/88: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.”

membros (CF, art.97), suspende-se a sua excoutoriedade mediante resolução do Senado (CF, art.52, inc. X¹⁶²).¹⁶³

No que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, a norma individual e concreta veiculada pelo provimento jurisdicional tem eficácia retroativa, *ex tunc*, posto que se remete aos fatos passados, objetos do processo em que se impugnou a norma inconstitucional como questão prejudicial. Tal decisão prolatada com efeito retroativo somente tem aplicação para as partes e no processo em que ocorreu a referida declaração.

Todavia, a declaração de inconstitucionalidade na via difusa passará a ter seus efeitos *erga omnes*, após a sua suspensão pelo Senado Federal. Tal manifestação do Senado que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*.

¹⁶² Diz o art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

¹⁶³ No entender de Paulo de Barros Carvalho, “No caso de declaração de inconstitucionalidade de norma pela Suprema Corte, tratando-se de controle difuso, suspende-se a eficácia da regra mediante resolução do Senado, até que seja ela revogada pelo órgão competente.” Noutros termos, para ele, a resolução promulgada e publicada pelo Senado Federal, tem o papel de suspender a eficácia técnica daquela regra, que continua vigente e válida, porém sem poder atuar, até a sua expulsão do sistema jurídico pelo órgão competente que a promulgou. (*Curso de direito tributário*, p.82).

CAPÍTULO VIII - ANÁLISE DOS CASOS LÍDERES QUANTO AOS EFEITOS DA DECISÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Neste momento, faremos uma análise acerca da jurisprudência em matéria de direito tributário na qual foram suscitadas as possibilidades de modulação dos efeitos das decisões tendo em vista o princípio da segurança jurídica. Ressalta-se que os acórdãos que serão analisados foram escolhidos por serem os “leading cases” julgados pela Corte Suprema.

1.

STF; órgão julgador: tribunal Pleno; Data de publicação: 19/12/2007		
PROCESSO	MINISTRO RELATOR (na questão de ordem)	MATÉRIA
RE nº 370.682/SC	Marco Aurélio	Crédito presumido de IPI

A presente questão gira em torno do direito ao crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é não tributada ou sobre a qual incide a alíquota zero. A União sustenta que o acórdão, ao reconhecer direito a crédito nas hipóteses de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero, ofendeu o inciso II do § 3º do art. 153 e, ainda, o § 6º do art. 150 da CF. Os Ministros Ilmar Galvão, Gilmar Mendes, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ellen Gracie foram favoráveis ao recurso interposto pela União, sendo esta vencedora por maioria.

Voto sobre questão de ordem

O Ministro Ricardo Lewandowski submeteu ao Plenário do Supremo Tribunal Federal questão de ordem para que se decidisse acerca da possibilidade de se conceder efeitos prospectivos à decisão favorável à União Federal.

Referido Ministro teceu uma análise doutrinária utilizando conceitos da teoria geral do direito e do direito constitucional, para em seguida ingressar no mérito do tema. Buscaremos realizar uma síntese dos seus principais argumentos.

Primeiramente, ele discorreu sobre o princípio da supremacia das normas constitucionais. Entendeu ele que, ocorrendo incompatibilidade de uma norma qualquer com o texto magno, isso faz desaparecer o fundamento que permite que ela exista validamente em dado ordenamento legal. Desse modo, para preservar essa supremacia, no Brasil, existe o controle repressivo, de responsabilidade do Judiciário, que é um controle de natureza híbrida, que pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal – chamado concentrado ou abstrato –, como por qualquer outro órgão judicante, singular ou coletivo – denominado incidental ou difuso.

A norma declarada inconstitucional, embora a Constituição não seja explícita, corresponderá a uma sanção de nulidade ou anulabilidade, produzindo efeitos, respectivamente, *ex tunc* ou *ex nunc*. Vale transcrever o trecho do referido acórdão:

Embora a Constituição não explicita qual a pena cominada à norma inconstitucional, ela decorre do princípio da supremacia, correspondendo à sanção de nulidade ou anulabilidade, com efeitos, respectivamente, *ex tunc* ou *ex nunc*. No controle difuso de constitucionalidade, a nulidade, como regra, é reconhecida *ipso iure*, operando *ab initio*, ou seja, retroativamente; no controle concentrado, também se declara a nulidade do ato normativo, geralmente com eficácia *ex tunc*, podendo, todavia, ser ele apenas anulado, estabelecendo-se que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade opera *ex nunc* ou *pro futuro*.

Atualmente, diversos países, inclusive o Brasil, têm legislação expressa que adota a pena de anulabilidade para as normas inconstitucionais, porque a inconstitucionalidade de uma norma pode ser arguida a qualquer tempo e a adoção sistemática da sanção de nulidade acarretaria graves transtornos às relações sociais, inclusive a própria certeza do direito poderia ser colocada em xeque. Diz ele:

... A anulação da norma inconstitucional, com a modulação dos efeitos temporais da decisão, surge assim como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores socialmente relevantes, em especial o da segurança jurídica.

O legislador pátrio, inspirado nos modelos alemão e português, criou a Lei 9.868/1999, para preservar a estabilidade das relações jurídicas pré-existentes. O art. 27 da referida lei autoriza o STF, por maioria de dois terços de seus membros, a estabelecer, discricionariamente – tendo como balizas os conceitos indeterminados de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social” – que sua decisão, em certos casos, tenha eficácia em momento posterior à vigência da norma declarada inconstitucional. Tal medida, segundo o referido Ministro, não é nova na doutrina brasileira. Transcrevemos trecho ilustrativo dessa medida:

É dizer, o direito positivo, agora, consagra a tese, já defendida por alguns no passado, em sede doutrinária¹⁶⁴, segundo a qual a decisão de inconstitucionalidade tem natureza constitutivo-negativa, e não apenas declaratória, como se entendia tradicionalmente, a partir de uma interpretação clássica do princípio da supremacia, combinada com uma leitura mais estrita dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria.

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, o efeito *pro futuro*, previsto nas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, difere do efeito *ex nunc*. Vejamos:

O efeito *pro futuro*, previsto nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, convém registrar, difere do efeito *ex nunc*: este opera desde a decisão de inconstitucionalidade, ao passo que aquele atua a partir do momento escolhido pelo Supremo. Embora o efeito prospectivo variável possa causar certa espécie, seja por seu aspecto inovador, seja por não encontrar previsão constitucional expressa, quando compreendido sob uma ótica teleológica, não é difícil constatar que ele que encontra fundamento no princípio da razoabilidade, porquanto objetiva não apenas minimizar o impacto das decisões do Supremo sobre relações jurídicas já consolidadas, como também evitar a ocorrência de um vácuo legislativo, em tese mais gravoso para o ordenamento legal do que a subsistência temporária da norma declarada inconstitucional.

Ele explica que o art. 27, ao autorizar o Supremo a “restringir os efeitos” da declaração de inconstitucionalidade, sem qualquer outra limitação expressa, a rigor não exclui a modulação da própria eficácia subjetiva da decisão, de maneira a permitir que se circunscreva o seu alcance – em geral *erga omnes* – a um universo determinado de pessoas. Assim, mesmo nos processos subjetivos quando a matéria é afeta ao Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos *erga omnes*.

Citado Magistrado faz um paralelo entre a súmula vinculante e a modulação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de índole subjetiva. Vejamos:

¹⁶⁴ Por exemplo, Pontes de Miranda, Comentários á Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo III. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1970, p. 615-626.

Como o enunciado das súmulas vinculantes poderá ser – e, em regra, será – deduzido a partir de decisões reiteradamente prolatadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, não há negar que, por via de consequência, mostra-se também perfeitamente possível a modulação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de índole subjetiva, mormente quando resultantes de julgamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Após análise dos aspectos doutrinários, o Ministro Ricardo Lewandowski passou a tratar da matéria em referência. Ele partiu de uma análise jurisprudencial da situação em apreço. Relatou que as primeiras decisões da Suprema Corte favoráveis aos contribuintes datavam do final dos anos 90s e que não ocorreu o trânsito em julgado uma vez que a parte adversa interpôs agravo regimental e embargos de declaração.

Sendo assim, tendo em vista entendimento pacificado por aquela Corte por quase uma década, os contribuintes passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam a entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados.

Ainda, discorre ele, que, mesmo após mudança de entendimento acerca da matéria, praticamente todos os Tribunais Regionais Federais e mesmo os magistrados de primeira instância da Justiça Federal continuaram a prestigiar a jurisprudência predominante na Corte.

Neste diapasão, o referido Magistrado reproduz os ensinamentos de Karl Larenz¹⁶⁵, demonstrando o papel dos precedentes reiterados nos tribunais superiores (transcrição *ipsis verbis*):

¹⁶⁵ Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª Ed, 1983, p. 521-522.

... existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um direito judicial ...

Desse modo, considerando que não houve alteração no contexto fáctico e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no posicionamento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entende o Ministro ser conveniente evitar uma modificação abrupta de rumo de tal forma que ela acarrete prejuízos aos jurisdicionados, pois estes pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano por longo tempo dominante.

Diante do exposto, votou o referido Ministro em homenagem ao princípio da segurança jurídica, aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, ao conferir efeitos *ex nunc* a essa decisão e ao RE 353.657.

Voto-vista sobre questão de ordem

O Ministro Marco Aurélio manifestou-se contrariamente à questão de ordem proposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski, não comungando com a aplicação de efeitos

prospectivos neste julgamento. Para ele, a compensação está explícita no inciso II, § 3º, art. 153 da Constituição, cujo texto é claro a respeito da matéria. Nesta medida, entendeu que não caberia aplicação analógica da questão de ordem suscitada ao presente caso.

Nesse sentido, ele justificou que a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/99 reclama declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, isto é, pede que o Tribunal atue como legislador negativo. Então, logo em seguida, dispôs que, no presente caso, em momento algum, declarou-se a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Vejamos:

Na espécie, em momento algum, declarou-se a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Jamais figurou, no ordenamento jurídico pátrio, o creditamento, pela alíquota final, de valor que o contribuinte não recolheu a título de imposto sobre produtos industrializados em operação anterior isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero. Até aqui o que se tem é o pronunciamento do Plenário do Supremo sobre a inexistência do direito ao crédito, e isso se fez a partir de interpretação conferida, como já consignado, à Constituição Federal, mais precisamente ao artigo 153, § 3º, inciso II, nela contido, que a União sempre apontou como infringido.

Nesta medida, asseverou o referido Ministro que a razão de ser do art. 27 da Lei nº 9.868/99 é presumir a legitimidade constitucional do ato normativo, gerando, assim, a confiança dos cidadãos em geral naquilo que o ato previu.

Dessa forma, para ele, o Supremo somente pode fixar a eficácia do decidido se ocorrerem os pressupostos do citado artigo, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, bem como motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. No caso presente, disse ele, não se tem sequer o questionamento de lei específica.

Pensar de modo diverso, segundo o citado Ministro, significaria o Judiciário atuar como Legislador positivo. Neste sentido, ele afirmou:

Suscito a inviabilidade de examinar-se, por não haver as premissas do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a questão de ordem alusiva à aplicação analógica, a menos que este Tribunal esteja disposto a adentrar o campo do poder normativo, fazendo-o após os fatos e, mais do que isso, após julgamento de recurso extraordinário no caso concreto, atuando como se legislador fosse e o sistema consagrasse não o direito posto mas aquele ditado consoante os parâmetros da situação jurídica apreciada.

No mérito, o referido Magistrado também não se manifestou favorável à observância, por analogia, do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Para ele, os contribuintes que não ingressaram na justiça ou que não fizeram o aproveitamento do crédito direto na sua contabilidade sairão prejudicados, posto que sofrerão as peias dos dois institutos consagrados, quais sejam, a prescrição e a decadência; enquanto que os demais lograrão verdadeiro enriquecimento ilícito, porque, no seu entender, seria contrário à Constituição Federal.

Neste diapasão, o fixar-se o termo inicial para definir-se o direito ou não ao crédito implicará, não a preservação da segurança jurídica e o excepcional interesse social, mas a desordem desenfreada, ficando os contribuintes e cidadãos em geral estimulados aos questionamentos em Juízo.

Asseverou o referido Magistrado que o Tribunal não chegou a pacificar o tema sobre o creditamento de IPI. Apesar do plenário daquela Corte ter julgado, em 18 de dezembro de 2002, alguns Recursos Extraordinários favoráveis aos contribuintes, não menos correto seria que os acórdãos formalizados viessem a ser impugnados mediante embargos declaratórios pela União Federal.

Alguns desses embargos só foram julgados em 2007 e outros ainda estariam pendentes de julgamento. Assim, não caberia dizer que o Supremo assentou, mediante acórdão coberto pela coisa julgada, o direito ao creditamento.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio, dispôs que a segurança jurídica estava na proclamação do resultado dos julgamentos como formalizada. Vejamos suas palavras:

A segurança jurídica está, na verdade, na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se a primazia à Constituição Federal e exercendo o Supremo o papel que lhe é reservado – o de preservar a própria Carta da República e os princípios que a ela são ínsitos, como o da razoabilidade e o do terceiro excluído.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Ministro-Relator, rejeitando a questão de ordem. Segundo ela, no caso não houve declaração de inconstitucionalidade, além do mais não ocorreu mudança de jurisprudência que pudesse significar afronta ao princípio da segurança jurídica.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau frisou que o artigo 27 da Lei 9.868/99 cuida de minimizar eventuais efeitos perniciosos decorrentes da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não sendo este o caso. Assim, declarações de constitucionalidade – afirmou ele – não geram efeitos perniciosos ao operarem retroativamente.

Outro argumento desfavorável à modulação de efeitos, neste caso tratado pelo referido Magistrado, se refere à segurança jurídica. Não há que se falar em uma mudança de jurisprudência que jamais foi fixada definitivamente por aquela Corte. Nesta medida,

asseverou que o que detém força de verdade legal é a coisa julgada, cuja autoridade, quando reiterada, faz jurisprudência. Vale registrar suas palavras:

... O argumento de que existiria “jurisprudência pacífica” mesmo quando as decisões não tenham transitado em julgado – e nenhuma delas transitou em julgado! – e quase ingênuo. O que detém força de verdade legal é a coisa julgada, cuja autoridade, quando reiterada, faz jurisprudência desta Corte, visto que ela – essa jurisprudência – não fora estabelecida.

O Ministro Joaquim Barbosa também considerou inadequada a modulação temporal dos efeitos da decisão da Corte que reconheceu a constitucionalidade da vedação ao crédito pretensamente oriundo das operações de aquisição de bens tributados com o IPI à razão de alíquota zero.

Ele demonstrou, em seu voto, que, entre a publicação do caso líder apontado como fundamento da projeção de segurança jurídica, o RE 350.446 (j. 18/12/2002; DJ de 06/06/2003), favorável aos contribuintes, e a publicação da ata da sessão em que a tendência de reversão do entendimento da Corte se confirmou (15.12.2004; DJ de 02.02.2005) transcorreu um ano e oito meses.

Segundo ele, o fato de a reversão da jurisprudência ter se fixado e de ter sido confirmada em pouco tempo, além da constante oposição das autoridades fiscais ante a pretensão do contribuinte, configurou uma falta de estabilização da jurisprudência. Nesta medida, no seu entender, a expectativa do contribuinte somente estaria estabilizada caso um dos mecanismos contidos na Constituição federal tivesse ocorrido. É conveniente transcrever o referido trecho de seu voto, *ipsis verbis*:

Assim, e respeitados os limites do sistema, as autoridades fiscais tinham plena legitimidade para buscar a mudança de orientação da Corte. A Constituição federal traz alguns mecanismos de estabilização de expectativas, que são o trânsito em julgado, para o caso específico; a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade em controle concentrado; a adoção de resolução pelo Senado Federal; a súmula de entendimento, com eficácia geral e vinculante; e a prescrição e a decadência. **Mas somente com o implemento de um desses mecanismos é que a expectativa contrafática do Fisco não poderia mais ser renovada com vigor.** (grifo original).

Assim sendo, tendo em vista que nenhuma dessas formas de estabilização atingiu a questão em exame, entendeu o referido Magistrado ser previsível que os contribuintes que agissem contrariamente à orientação fazendária seriam autuados em eventual fiscalização.

Ainda, do mesmo modo que os demais Ministros, exceto o Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que neste caso não se firmou declaração de inconstitucionalidade de lei, como disciplina o art. 27 da Lei 9.868/99. Pelo contrário, asseverou a constitucionalidade da vedação ao reconhecimento de créditos que não estão expressamente previstos na Constituição ou em lei.

O Ministro Carlos Britto também votou no sentido de que, para aplicar o art. 27 da Lei nº 8.689/99, enquanto modelo ou paradigma a processos de índole subjetiva, é preciso que se observe o principal pressuposto desse artigo, qual seja, declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o que não ocorreu no presente caso.

Além disso, conforme referido Magistrado, não houve alteração de jurisprudência. Comungou ele com o Ministro Marco Aurélio no sentido de que, alterando os efeitos da decisão, o Supremo estaria fazendo às vezes de legislador positivo. Transcrevemos os seus dizeres:

... O Ministro Marco Aurélio também lembrou que, a reconhecer ultra-atividade ou ultra-operatividade eficaz à nossa decisão, projetando no tempo ou protraindo o seu efeito, implicaria fazer do Supremo um legislador positivo, muito mais que negativo.

O Ministro Cezar Peluso também entendeu que não se aplica o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Para ele, não houve mudança da jurisprudência que chegasse a ofender o princípio da segurança jurídica. Vejamos o que ele dispõe:

Nesse contexto, indaga-se: há ofensa ao princípio da segurança jurídica ou excepcional interesse social que justifique restrição da eficácia da decisão apenas aos fatos futuros?

Data venia, tenho que não. E, partindo da hipótese, para efeito de argumentação, que tenha havido mudança da jurisprudência, eu diria que tal mudança, neste caso, embora pudesse frustrar expectativas, não causaria instabilidade nem insulto ao postulado da confiança e segurança das relações econômicas, sociais ou jurídicas, porque sua eficácia não é vinculante nem **erga omnes**, e a legislação infraconstitucional determinava comportamento contrário, isto é, não apropriação do crédito, essa, sim, com eficácia **erga omnes** e força vinculante para as autoridades, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional. (grifo original).

Desse modo, segundo ele, os jurisdicionados não podiam se valer do crédito relativo à aquisição sujeita à alíquota zero, posto que o fundamento de validade do ato anulado (crédito) era provisório, já que não havia decisão transitada em julgado. Assim, a reversão ou a exigência de tais valores pelo Fisco não constituem, conforme o Magistrado, de forma alguma, consequência inesperada.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, esclareceu que o Ministro Ricardo Lewandowski valera-se do argumento do art. 27 da Lei 9.868/99, apenas como arrimo, uma vez que vem sendo aplicado e aceito por aquele Tribunal. Todavia, frisou que o referido Ministro deixou claro no seu voto que se tratava de uma interpretação. Ainda, asseverou que o Tribunal tem dado mostras, em larguíssima jurisprudência, no caso de eventual

revisão de interpretação constitucional ou, ocasionalmente, de revisão de interpretação de carácter legal.

Assim, no intuito de demonstrar que o presente caso tratava de mudança de interpretação de norma Constitucional pelo Tribunal, trouxe o Ministro Marco Aurélio à baila a lição de Larenz (transcrita abaixo *ipsis verbis*):

‘A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação – restrição ou extensão – do significado da norma até aqui prevalecente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico – objectivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falamos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja (Larenz, Metodologia, cit., p.498-500).’

Continuando com a citação de Larenz:

‘O preciso momento em que deixou de ser ‘correcta’ é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um ‘tempo intermédio’ podem ser ‘plausíveis’ ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição.’

Além do texto em referência, o Ministro Gilmar Mendes transcreveu o pensamento de Peter Häberle acerca do tema de interpretação da norma jurídica. Vejamo-lo:

‘... não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*) ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na, realidade pública (...)

(...) em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle interpretierten- Gesetzen “Zeitgesetze” – nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro.’

Assim, no entender de Peter Häberle, a mutação da Constituição é realizada por seus intérpretes, e essa é sempre contínua.

Do exposto, verifica-se que o Ministro Gilmar Mendes comungou das premissas teóricas do voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, em oposição aos demais Ministros, no sentido de que não se trata de aplicar para o referido caso o art. 27 da Lei 9.868/99, mas de aplicar, entendendo ele que havia, sim, uma mudança de entendimento, a prospectividade em nome da segurança jurídica.

Contudo, não vislumbrou ele, no caso, por não haver uma situação consolidada, a aplicação da prospectividade à interpretação constitucional. Vejamos seu posicionamento final a respeito do caso:

... não vislumbro, no caso, a adequação devida para a aplicação desse entendimento, inclusive a partir do que também foi destacado da tribuna pela eminente Procuradora, ao dizer que a publicação do acórdão desse chamado *leading case* se deu no dia 06/06/2003; em 25/02/2003, a Primeira Turma já propunha a rediscussão da matéria no âmbito do Plenário; a matéria já constava da pauta do Plenário em 19/03/2003. Tivéssemos nós uma situação consolidada, ainda que de mera interpretação constitucional se cuidasse, eu não teria nenhuma dúvida de subscrever integralmente os fundamentos aqui estendidos por Sua Excelência.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio. Para ele, o caso, trata de reversão de um precedente. Tal reversão veio a se dar em virtude da mudança de composição do Tribunal, assim como da rediscussão longa do assunto. Desse modo, o referido Magistrado não comungou com a possibilidade de mudança dos efeitos desta decisão.

Conclusão

Do referido julgado, verificamos que dois foram os itens centrais e comuns à maioria dos Ministros acerca da discussão: o primeiro gira em torno da questão da prospectividade dos efeitos da decisão, enquanto o outro refere-se à consolidação da jurisprudência.

Quanto ao primeiro item, o Ministro Ricardo Lewandowski aventou a possibilidade, no caso, de aplicar a prospectividade em nome da segurança jurídica. Ele apenas, conforme asseverou o Ministro Gilmar Mendes, valeu-se do argumento do art. 27 da Lei 9.868/99, especialmente no tocante à prospectividade, por se tratar de instituto que está sendo utilizado naquele Tribunal.

Todavia, a maioria dos membros daquela Corte votaram no sentido de que o art. 27 cuida dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, não sendo aplicáveis tais efeitos ao caso em questão.

Nesta medida, referidos Magistrados utilizaram de argumento diverso da questão de ordem aventada pelo Ministro Ricardo Lewandowski para negarem os efeitos prospectivos

a decisão deste caso líder. Tais posicionamentos talvez signifiquem ainda o apego a formalismos que impedem uma visão além da literalidade do texto legal.

No que tange ao segundo item, todos os Ministros daquela Corte, exceto o Ministro Ricardo Lewandowski, entenderam que a decisão da matéria não feria o princípio da segurança jurídica. Em síntese, para eles não houve o trânsito em julgado de nenhum caso.

Nossa posição

Conforme asseveramos nesta tese, no presente caso, ocorreu uma verdadeira mudança de entendimento jurisprudencial. Essa modificação de precedente foi realizada sem alteração do texto normativo da Constituição, bem como sem mutação na configuração dos casos concretos apresentados.

Neste caso, a Corte Suprema decidiu, no ano de 2002, RE 350.446-1/PR, a favor do direito ao crédito presumido de IPI às empresas em relação às operações isentas, sujeitas à alíquota zero ou não tributadas.

A partir de 2007, a Suprema Corte modificou seu entendimento, RE 370.682-9/SC, sem alterá-lo em texto legal, de modo que o direito ao crédito presumido ficasse limitado às hipóteses de isenção, não se estendendo às operações sujeitas à alíquota zero ou não tributada.

Uma vez que não chegou a ocorrer o trânsito em julgado do RE 350.446-1/PR, a maioria dos membros do STF votou no sentido de não haver coisa julgada a ser protegida,

fato imprescindível à formação de um precedente consolidado. Logo, não teria sentido modular os efeitos da decisão, já que não há insegurança jurídica a ser protegida.

De fato, é inegável a ausência de coisa julgada, marco de vigência de precedente jurisprudencial, mas também é inegável a presença de outros princípios constitucionais. Se o princípio da irretroatividade não pode ser acolhido, outros direitos e garantias fundamentais, como previsibilidade, confiança, boa fé, corolários do sobreprincípio da segurança jurídica deveriam ter sido analisados para decidir pela modulação.

Mister ressaltar que, diversamente do disposto, não compreendemos que o Tribunal atuou como legislador positivo. Conforme corroborado linhas atrás, o conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre a mesma matéria é norma judicial.

Nesta medida, comungamos com a afirmativa de Nelson Nery Junior que “Esse instituto é distinto daquele oriundo da combatida idéia de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, proferindo decisões legislativas em substituição indevida ao Poder Legislativo, exorbitando de sua função interpretativa e, em certa medida criadora.”¹⁶⁶

¹⁶⁶ Boa-fé objetiva e segurança jurídica, *In: Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, p.80.

2.

STF; órgão julgador: tribunal pleno; data publicação: 19/12/2008		
PROCESSO	MINISTRO RELATOR	MATÉRIA
RE nº 377.457/PR	Gilmar Mendes	COFINS – Soc. Cívis

Resumo da decisão final

Os Ministros em sessão plenária decidiram, nesses autos, que se tornou um caso líder, pela legitimidade da revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91, haja vista inexistir relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Segundo essa Corte, a LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída.

Análise do acórdão quanto aos efeitos da decisão

O Ministro Marco Aurélio, em voto-vista sob a questão material, comungou com o entendimento de que o elemento formal na elaboração de uma lei não pode ser deixado em segundo plano, potencializando o elemento material, pois, em se tratando de processo legislativo, a forma é essencial à valia do ato.

Ressaltou ele que no STJ o tema chegou a estar pacificado às inteiras, uma vez que foi editada súmula no sentido de que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais seriam isentas da COFINS. Vejamos:

Mais do que isso, veio o STJ em prol da segurança jurídica, a tornar estreme de dúvidas o que sempre foi sustentado pela melhor doutrina – a impossibilidade de esse ato normativo de envergadura maior ser alterado por diploma hierarquicamente inferior. Editou o STJ verbete que, sob o nº 276, passou a integrar, norteando os procedimentos em geral, que súmula da jurisprudência predominante, com o seguinte teor:

“As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado”. (sublinhado nosso)

Após, questionar a inobservância do princípio da segurança jurídica em face da mudança de direcionamento do Estado, declarou (*ipsis verbis*):

Pois bem, muitos contribuintes, acreditando na postura do Estado, na segurança jurídica que os atos editados visam a implementar, deixaram de recolher a contribuição. Outros, em estágio suplantado posteriormente, atuaram procedendo o depósito e, considerada a pacificação da matéria, vieram a levantar os valores. Lucros, como ressaltado pelo jurista Hugo de Brito Machado, foram distribuídos, partindo-se da premissa de que realmente se estava, ao menos sob o ângulo formal, diante de preceito revelador da isenção.

Como fica almejada a segurança jurídica caso prevaleça a óptica até aqui majoritária? O Estado não pode surpreender os cidadãos que atuaram de boa-fé. O Estado não pode, de uma hora para outra, mudar direcionamento que sempre observou e vir a dar o dito pelo não dito, mitigando a forma, tão indispensável à concretização dos ideários que lhe são próprios.

Do exposto, verificamos a clara posição do Ministro Marco Aurélio no sentido de que a jurisprudência já estava pacificada quanto à referida matéria. Desse modo, ocorreu uma grave afronta aos princípios constitucionais da segurança jurídica, boa-fé do contribuinte e certeza do direito.

Acerca do pedido de modulação realizado pelo recorrente ao Tribunal, o Ministro Gilmar Mendes se pronunciou no sentido de que a discussão da lide tratava de declaração de constitucionalidade e por analogia poderia ser aplicado a ela o instituto da modulação. Assim, transcreveremos os posicionamentos que julgamos fundamentais:

O Ministro Relator Gilmar Mendes manifestou-se no sentido de não acolher o pedido de modulação. Disse ele:

Entendo que a matéria já era jurisprudência do STF – aí temos essas divergências já na ADC 1.

E também temos uma doutrina bastante rica, nessa perspectiva, a partir do nosso clássico e saudoso Geraldo Ataliba, quanto à lei complementar, quando dizia que não havia essa ontologia da lei complementar, mas era preciso que a constituição assim definisse, portanto, se houvesse, de alguma forma, um excesso legislativo abarcando matérias que não comportavam esse conceito.

Verificamos que o referido Ministro relator justificou a não recepção do instituto da modulação pelo fato de a matéria já ser jurisprudência do STF e por haver doutrinadores que pensam de acordo com o posicionamento daquela Corte.

O Ministro Menezes Direito demonstrou, em seu voto, preocupação com as execuções em cascata que ocorreriam caso os efeitos da decisão não fossem os modulados.

Nesse sentido asseverou:

O que me preocupa muito, Sr. Presidente, são os efeitos dessa decisão no tocante às pessoas atingidas, porque se nós não admitirmos essa possibilidade teórica de aplicar a analogia para determinar a modulação dos efeitos, nós podemos ter uma execução em cascata que pode gerar uma conseqüência extremamente gravosa.

A Ministra Cármen Lúcia entendeu que a jurisprudência ainda iria firmar alguns parâmetros que orientariam a tomada de decisão pela modulação. Ainda declarou que, neste caso, a jurisprudência não encaminhava a sociedade a pensar num determinado sentido.

Vejamos:

Sr. Presidente, vejo que a idéia de modular efeitos deve ter alguns parâmetros que a jurisprudência, ao longo do tempo, haverá de fixar. Penso que haverá de ser demonstrada a excepcionalidade da situação, a possibilidade de insegurança jurídica, quando se encaminhava a sociedade a acreditar numa jurisprudência num determinado sentido, quando não é este o caso, como bem lembra Vossa Excelência, e, ainda, a necessidade de sinalizar a atuação sobre determinada matéria para o que vier pela frente. Não vislumbro essas situações neste caso.

O Ministro Menezes Direito interveio no referido voto, fazendo a determinada observação:

É que eu estou considerando que esta matéria foi posta no plano infraconstitucional, reiteradamente, perante o STJ. E perante o STJ a matéria foi assentada em sentido exatamente oposto àquele que nós estamos julgando agora, ou seja, numa palavra, essa diferença de posições entre o que foi assentado no plano infraconstitucional pelo STJ, e não é de hoje, é de muito tempo, o que está sendo dividido neste momento, considerando que não houve decisão anterior, pode ter havido uma indicação, um indício, mas não houve, pode gerar, e aí é a sustentação que faço uma insegurança jurídica e conseqüências terríficas, porque as pessoas vão ser atingidas com essa decisão, é preciso considerar, não são grandes contribuintes; são pequenos contribuintes.

(...) Realmente, com relação aos tribunais das instâncias ordinárias, isso não me preocuparia, mas se trata de um tribunal que tem, constitucionalmente, a competência de decidir a matéria, em último grau, no plano infraconstitucional, no plano da interpretação da lei, durante bastante tempo, sem nenhuma discrepância.

Neste diapasão, o referido Ministro alertou para a importância de que as decisões favoráveis aos contribuintes fossem prolatadas por um órgão de cúpula, que tem

competência de decidir matéria em último grau. No mais, chamou a atenção para o fato de ter se passado muito tempo, sem ter havido qualquer indício de mudança de posição, o que deixou os contribuintes – frisando, no seu voto, serem pequenos contribuintes – pegos de surpresa, gerando a eles uma insegurança jurídica.

Ainda, uma crítica, nossa, a ser feita ao voto da Ministra Cármen Lúcia é no sentido de que o instituto da modulação disciplinado pela Lei 9.868/99 é novo somente no que tange a ser um texto legal. Todavia, como afirmado neste trabalho: desde 1977, com o voto do Ministro Leitão de Abreu, no processo RE 79.343, são enfatizados os efeitos prospectivos da decisão, a fim de assegurar a segurança jurídica.

Já o Ministro Celso Mello proferiu voto no intuito de adotar a medida excepcional, ou seja, a modulação dos efeitos da decisão, por razões de segurança jurídica. Ele alegou que a matéria objeto deste litígio foi sumulada pelo STJ desde 2003 e que tal diretriz jurisprudencial veio a prevalecer após ampla discussão jurídica.

Segundo o Ministro, referido dado assumia fundamental importância, pois colocava em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que haveria de prevalecer entre o Estado e o contribuinte, em ordem a que as justas expectativas desse não fossem frustradas por atuação inesperada do Poder Público. Neste caso, ocorreria uma clara ruptura de paradigmas com a prolação de decisão que claramente onerava a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária. Vejamos alguns trechos mais relevantes de sua decisão:

Não se desconhece que, na cláusula constitucional **que contempla** o direito à segurança, **inclui-se** a positivação do direito à segurança jurídica, **sob pena** de se ignorar, **com grave lesão** aos cidadãos, **o atributo da previsibilidade** das ações estatais, **que norteia e estimula** a adoção de padrões de comportamento **por parte** das pessoas em geral (e dos contribuintes em particular).

Os cidadãos **não podem** ser vítimas **da instabilidade** das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias ou das deliberações emanadas dos corpos legislativos.

Assume relevo, desse modo, **a asserção** segundo a qual o princípio da segurança jurídica supõe que o direito seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis. (grifo original).

Continua ele, trazendo à baila o princípio da confiança e da boa-fé (transcrição *ipsis verbis*):

A instabilidade das decisões estatais, **motivada pela ruptura abrupta** de critérios jurisprudenciais, que, **até então**, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa **traduzia** expressão direta do que se continha na Súmula 276/STJ -, **não** pode **nem** deve afetar **ou** comprometer a esfera jurídica daqueles que, **confiando** em diretriz firmada pelos Tribunais **e agindo** de acordo com esse entendimento, **ajustaram**, de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos **reiterados** do Superior Tribunal de Justiça **a propósito** da subsistência, no caso, **da isenção** da Cofins. (grifo e sublinhado original).

Com efeito, o referido Ministro confirmou o prestígio que a Suprema Corte profere ao princípio constitucional da segurança jurídica em diversos julgamentos, inclusive naqueles de enunciado sumular. Assim, ele assinalou que a súmula conferia maior estabilidade à jurisprudência, atuava como instrumento de referência a outros julgados, acelerava o julgamento das causas e evitava julgados contraditórios. Além dessas funções, discorreu ele sobre o significado do enunciado sumular:

Daí o alto significado jurídico e social que resulta da **formulação sumular, pois,** além de encerrar um resultado paradigmático **pertinente** a decisões judiciais futuras **em torno** da mesma controvérsia, **dá concreção** às múltiplas funções **que são inerentes** à súmula da jurisprudência predominante dos Tribunais: **função** de segurança jurídica, **função** de orientação jurisprudencial, **função** de simplificação da atividade processual **e função** de previsibilidade decisória (...). (grifo e sublinhado original).

Ainda, o Ministro Celso de Mello ponderou que a Suprema Corte pautou-se, quando da tomada de decisões, nos seus precedentes ora firmados. Nesta medida, segundo ele, até mesmo em temas de índole constitucional, a hipótese de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, não incidiria sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, para o referido Ministro, na Corte Suprema os precedentes jurisprudenciais fixados têm por objetivo conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias abarcadas por esses mesmos precedentes, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes, bem como preservar, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

No voto em referência, o Ministro afirmou serem o postulado da segurança jurídica e o princípio da confiança nas ações do Estado diretrizes constitucionais que o Supremo Tribunal Federal, em contexto como o que ora se evidencia, não pode dispensar. Assim, por serem eles expressões do Estado Democrático de Direito, impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetam-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo,

autorizando preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal.

Nesta feita, a ruptura de paradigma, conforme o magistrado, resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, como ocorre neste caso, impõe – em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos – que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. Neste sentido, após análise descritiva, o Ministro Celso Mello votou pela aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto reformularam seu posicionamento para conferir a modulação dos efeitos nesta situação, a partir do referido voto.

Vale ressaltar que os argumentos utilizados pelo Ministro Ricardo Lewandowski foram no sentido de haver uma súmula do STJ sufragando tese contrária, bem como que anteriormente a março de 2006, nos julgamentos dos recursos extraordinários 419.629/DF e 451.988 – AgR/RS, aquela Corte entendia que a revogação da isenção da Cofins para sociedades de profissão regulamentada era questão infraconstitucional, ficando convalidado, dessa maneira, o teor da súmula nº 276 do STJ, como enunciado final da posição do Poder Judiciário acerca da matéria.

O Ministro Cezar Peluso sustentou três argumentos contrários à modulação, dois para o caso concreto e um geral. Nos casos concretos, o referido Ministro afirmou: (i) não ter visto densidade jurídica que justificasse uma confiança dos contribuintes a respeito dessa tese; (ii) que o tribunal estaria concedendo moratória fiscal se limitasse os efeitos dessa decisão. No outro caso, o uso analógico da modulação para os julgamentos no

controle dos processos subjetivos expressaria baratear o uso da modulação, transformando-a em regra toda vez que se alterar a jurisprudência dos outros tribunais.

A crítica nossa, a ser feita aos argumentos do referido Ministro, é no sentido de que a jurisprudência que se estava empregando como paradigma para outros julgados é uma súmula de Corte Superior que foi publicada no ano de 2003. Todavia, somente a partir do ano de 2006 o STF deixou de entender que a matéria sob exame era de ordem infraconstitucional. Enquanto isso, os contribuintes estavam pautados em precedentes consolidados que lhes proporcionavam segurança e confiança no poder judiciário.

Ainda, entendemos que o instituto da modulação é justamente uma forma que a legislação encontrou para preservar o princípio basilar do Estado de direito, que é a segurança jurídica, proporcionando aos jurisdicionados confiança no direito. Não é uma regra que automaticamente terá de ser aplicada quando for alterada a jurisprudência de outros tribunais, mas como medida excepcional, sempre que se verificar que deva prevalecer o princípio da segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Já o argumento utilizado pelo referido magistrado no que se refere à consequência da modulação ser uma concessão à moratória fiscal é insubsistente. A moratória fiscal significa o perdão da dívida, enquanto que o instituto da modulação tem por objetivo assegurar às partes do litígio que confiaram nos precedentes jurisprudenciais consolidados – nesse caso particularmente uma súmula de uma Corte Superior – a segurança de que podiam confiar no ordenamento jurídico.

Também em sentido contrário à modulação votou o Ministro Marco Aurélio, apontando que invariavelmente tem votado contra esse instituto. Entendeu ele que a modulação se mostrou um incentivo à criação de tributo à margem da Constituição Federal.

Por tal motivo acompanhou o Presidente, ressalvando que a matéria ficou pacificada no STJ mediante a edição de um verbete que passou a integrar a súmula da Corte.

Conclusão

No presente caso, cinco Ministros foram favoráveis à aplicação da modulação dos efeitos da decisão e cinco contrários. Ocorre que, conforme o art. 27, da Lei 9.868/99, somente por maioria de dois terços poderiam os membros do STF restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só teria eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou outra data qualquer. De sorte que, devido ao não alcance de quórum, o pedido de modulação foi rejeitado.

Do exposto, vislumbra-se que os argumentos favoráveis a modulação, neste caso, quando contrapostos aos contrários, se mostram consistentes ao direito positivo. Ressalva-se o voto do Ministro Marco Aurélio, que é contrário invariavelmente ao instituto da modulação, conforme visto.

Nossa posição

Trata-se de um caso de modificação jurisprudencial. Afirmamos no item 5.3 que, do ponto de vista do tempo, vimos que as leis que estão voltadas para o futuro são normas gerais e abstratas, já as precedentes estão voltadas para o passado, para o que pôs o legislador, atuando em estrita vinculação à Constituição e às leis. O princípio da

irretroatividade legal é natural ao sistema jurídico, ou seja, leis novas não alcançam fatos ocorridos antes da sua vigência, e tal norma esta prescrita constitucionalmente. Por se esperar que o Judiciário cumpra sua função constitucional, cabe o uso desse princípio analogicamente a este Poder, ou seja, um novo precedente jurisprudencial não retroage para alcançar fatos passados.

No presente caso, como já relatado pelos Ministros favoráveis à modulação, os juízes e os tribunais desde o ano de 2003 aplicavam a súmula do STJ, no sentido de que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais seriam isentas da COFINS. Verifica-se caso claro de jurisprudência consolidada. Relembrando as lições do item 5.5, vimos que uma jurisprudência consolidada ou estável será qualquer decisão firmada pelos tribunais superiores, tomada em caráter definitivo pelo Plenário, que deu resposta geral a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se a única decisão ou se são repetidas, em série.

Assim, por se tratar de modificação jurisprudencial, em respeito aos princípios da irretroatividade, confiança e boa-fé do contribuinte, todos constituindo-se em expressão do sobreprincípio da segurança jurídica, entendemos que caberia ao STF acolher a modulação dos efeitos da decisão.

3.

STF; órgão julgador: tribunal pleno; data da publicação: 14/11/2008		
PROCESSO	MINISTRO RELATOR	MATÉRIA
RE nº 556.664/RS	Gilmar Mendes	Declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91

Resumo da decisão final

Os Ministros em sessão plenária declararam a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que havia fixado em 10 anos o prazo prescricional das contribuições da seguridade social, e também a incompatibilidade constitucional do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77, o qual determinava que o arquivamento das execuções fiscais de crédito tributário de pequeno valor seria causa de suspensão do curso do prazo prescricional.

Análise do acórdão quanto aos efeitos da decisão

Na sessão plenária, o Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, deliberou aplicar efeitos “ex nunc” à decisão, esclarecendo que a modulação aplica-se tão-

somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso, nos termos do voto do relator.

O Ministro Relator Gilmar Mendes acolheu parcialmente o pedido de modulação, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese. Ele votou no sentido de que são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46, ou seja, de dez anos, e não impugnados antes da conclusão desse julgamento.

Importa transcrever o seu pronunciamento a respeito do pedido de modulação:

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Referida decisão significa que somente os contribuintes que ajuizaram ação, tanto judicialmente como administrativamente, até a data deste julgamento (11/06/2008), serão beneficiados com a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da lei 8218/91. Conseqüentemente, aqueles contribuintes que aguardaram a decisão do STF para após ajuizarem ação de repetição de indébito, se não o fizeram antes da referida data deste julgamento, não o poderão fazer conforme decisão da Suprema Corte.

Vê-se que a declaração de inconstitucionalidade, bem como a aplicação da modulação ocorreu em controle difuso de constitucionalidade. Todavia, a decisão tem eficácia *erga omnes*.

O Ministro Marco Aurélio, que foi voto vencido, assevera que a matéria versada não é nova e que o primeiro pronunciamento sobre a questão da prescrição e da decadência são institutos próprios de lei complementar datada de 1992, com o julgamento do Recurso Extraordinário 138.284, enquanto a lei 8.212 é do ano de 1991. Vejamos a manifestação desta Corte, no referido julgado:

... A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, 'b'). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, 'b'; art. 149).¹⁶⁷

Além desse precedente, o referido Ministro citou nesse mesmo sentido o Recurso Extraordinário nº 396.266/SC também de relatoria do Ministro Carlos Velloso. Ainda aludiu que, diante de tais precedentes, os Ministros daquele Tribunal passaram a decidir monocraticamente, negando seguimento a recursos voltados a infirmar pronunciamentos de Tribunais Regionais Federais no sentido da necessidade da lei complementar. Nesta medida, assegura-se não se cogitar tal decisão de surpresa para quem quer que seja, muito menos para o Estado. Vejamos suas palavras sobre a decisão pela modulação neste caso:

Indago: podemos cogitar de contexto a autorizar a modulação? A meu ver, não. E decidimos, há pouco – só que aqui os ventos beneficiam Estado e no caso a que me refiro, o pleito se mostrou dos contribuintes -, em situação mais favorável à modulação, e ela foi rechaçada, quando examinamos a questão da alíquota zero e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O Tribunal, nessa oportunidade – e buscavam os contribuintes a modulação -, apontou que não haveria como se cogitar de insegurança jurídica porque os pronunciamentos anteriores, estes sim a favor dos contribuintes, dos beneficiários do pleito de modulação, não teriam transitado em julgado.

¹⁶⁷ RE nº 138.284/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ de 28/08/1992.

Observe-se a pertinência de sua crítica ao uso da modulação para beneficiar o Estado, enquanto que em situações que se mostravam bem mais favoráveis ao contribuinte não fora concedida a modulação. Ainda, continuou ele:

Ora, Presidente, neste caso concreto, em que a jurisprudência do Supremo, desde 1969, sempre foi no sentido de se ter como indispensável o trato da matéria mediante lei complementar – e a Lei nº 8.212, repito, é de 1991 -, não há premissa que leve o Tribunal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais porque, posteriormente, ante a morosidade da Justiça, se acaba chegando a um meio termo que, em última análise – em vez de homenagear a Constituição, de torná-la realmente observada por todos, amada por todos -, passa a mitigá-la, solapá-la, feri-la praticamente de morte.

Vê-se que o referido Ministro não vislumbrou nessa matéria os requisitos materiais para o uso da medida excepcional, ou seja, uma situação que demonstre insegurança jurídica e o excepcional interesse social.

Por fim, afirmou ele que o mais prejudicado com a decisão em referência é o contribuinte que tem uma carga tributária elevada, e o Estado ainda locupleta-se com seus bens (transcrição *ipsis verbis*):

Não vejo com bons olhos, Presidente, a modulação em caso que acaba por diminuir a eficácia da Constituição Federal. A modulação quando, em última análise, há o prejuízo para os contribuintes, já exasperados com a carga tributária e, também, o locupletamento do Estado.

Vale ressaltar que todos os demais Ministros não justificaram seus votos, apenas acompanharam o Ministro Relator.

Nossa posição

No presente, o STF em controle difuso reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n.8.212/91, assim como modulou os efeitos desta decisão. Neste caso, o plenário entendeu que a regra da nulidade não deveria ser aplicada e, por razões de segurança jurídica os efeitos da decisão, seriam *ex nunc*, impedindo-se a cobrança dos créditos ainda não pagos por prazo superior a cinco anos, porém proibindo-se a restituição dos valores outrora recolhidos aos cofres públicos, argumento fundamentado nas leis declaradas inconstitucionais.

Todavia, conforme explanado neste trabalho, entendemos que para o presente caso não podemos defender a modulação dos efeitos da decisão em razão da segurança jurídica, por dois motivos: primeiro, porque não se trata de modificação jurisprudencial, uma vez que a jurisprudência e o posicionamento da Dogmática sempre deram sinal de inconstitucionalidade no que tange aos referidos dispositivos, bem como não houve precedente consolidado; segundo, não podemos falar em ofensa aos princípios da confiança e da boa-fé

Ainda, esclarecemos que neste caso apenas os contribuintes adimplentes suportaram o peso da segurança de todos. Assim, tal decisão, ao invés de trazer segurança jurídica para os jurisdicionados, provoca efeito diverso: ocorrerá um aumento de ações na justiça, além do fato de que tal decisão deixa uma sensação de estímulo de que leis podem ser editadas desrespeitando a Constituição, as leis e a jurisprudência dos tribunais superiores.

CONCLUSÃO: SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO

O desenvolvimento da pesquisa revelou que a regra de modulação é no sentido de que os efeitos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo são *ex tunc*, significando que uma norma anulatória irá desconstituir o ilícito normativo anterior que foi inserido no sistema normativo de forma irregular, e, portanto, todos os atos fundados em sua aplicação são anulados, retroagindo-se até a sua instituição. Todavia, o legislador entendeu que, em alguns casos, o fato de preservar a consistência do ordenamento jurídico pode ser mais prejudicial aos jurisdicionados do que preservar os efeitos da norma criada ilicitamente.

Com efeito, a eliminação retroativa de normas vigentes no sistema jurídico pode gerar situações de verdadeira instabilidade do direito, ocasionando grande insegurança para aqueles que pautaram seus atos pela norma declarada inconstitucional. Nesse sentido, leciona Paulo de Barros Carvalho¹⁶⁸, *ipsis verbis*:

Estabelecido, porém, que a declaração de inconstitucionalidade pode dar-se a qualquer tempo, ou seja, o direito de ação não preclui, passou-se a observar que a aplicação da pena de nulidade, como regra prejudicaria não somente a certeza do direito, mas também e principalmente o próprio direito, enquanto sistema prescritivo de condutas, uma vez que toda norma goza da presunção de constitucionalidade até ser expulsa do sistema. A providência ensejaria clima de instabilidade, depreciando o sentimento de certeza das mensagens normativas, um dos pilares de sustentação da ordem jurídica-positiva.

¹⁶⁸ Segurança jurídica e modulação dos efeitos, p. 210.

Tendo em vista essa assertiva, o legislador excepcionou a regra, instituindo a Lei 9.868/99, na qual o seu artigo 27 dispõe sobre a modulação. Assim, a aplicação da modulação é uma exceção legal que afasta a nulidade da norma declarada inconstitucional em favor de outros princípios jurídicos presentes no texto constitucional. Ressalta-se que a modulação dos efeitos em benefício da segurança jurídica foi objeto de discussão pela Suprema Corte já no ano de 1977, no voto citado pelo então Ministro Leitão de Abreu (vide item 7.8).

Nesta senda, vislumbrando o tribunal superior que a retroação dos efeitos da norma declarada inconstitucional irá ferir a segurança jurídica ou excepcional interesse social, ele possibilitou a adoção da prospectividade dos efeitos da decisão.

Entendemos que a aplicação da modulação se estende também para interpretação divergente de norma. Logo, ocorrendo insegurança jurídica em virtude da decisão da Corte Suprema, deverá ser aplicada a modulação dos efeitos da decisão em nome dessa segurança jurídica.

Porém, como saber se o sobreprincípio da segurança jurídica em matéria tributária foi ferido na decisão prolatada pelos tribunais superiores?

Para responder a essa questão, vamos relembrar as lições anteriores. O direito é um objeto cultural criado para alcançar determinadas finalidades, ou seja, valores que a sociedade deseja implementar. A Constituição Federal brasileira elenca a segurança e a justiça, entre outros, como valores supremos para se instituir um Estado Democrático de Direito. A segurança jurídica caracteriza um sobreprincípio que necessita de outros princípios para sua definição.

A irretroatividade é um dos princípios que garante a segurança jurídica. Ele impede que a lei retroaja a fim de alcançar fatos passados em relação ao início de sua vigência. Todavia, defendemos a posição de que, em virtude da tripartição dos poderes, aplicamos analogicamente o princípio da irretroatividade também às decisões jurisprudenciais, porque o legislador elabora normas pensando no futuro, pois ele quer transformar a realidade, enquanto o Judiciário está voltado para o passado, para o que pôs o legislador, atuando em estrita vinculação às normas do ordenamento.

Nesta medida, uma nova decisão da Corte Superior modificando jurisprudência não pode abarcar os fatos jurídicos ocorridos sob a égide do precedente. Tal assertiva não significa o engessamento do Poder Judiciário, pois o sistema jurídico não é autorreferencial, ele está aberto às informações dos outros sistemas, mas o juiz deve manter o mesmo posicionamento na tomada de decisão nos casos idênticos, significando isso uma garantia de estabilização da expectativa normativa quanto ao mesmo caso. Assim sendo, na medida em que o plenário da Corte Suprema passa a decidir os casos idênticos num único sentido, essa decisão torna-se uma jurisprudência consolidada. O trânsito em julgado marca o início da vigência dessa norma judicial.

Ainda, posicionamo-nos no sentido de que, mesmo que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, em nome da confiança legítima e da boa-fé, instrumentos de atuação da segurança jurídica, a nova jurisprudência não pode atingir fatos advindos de orientação jurisprudencial predominante anterior.

Um judiciário que vem decidindo num determinado sentido atua de forma a proporcionar confiança de que aqueles casos equivalentes serão julgados segundo o mesmo entendimento. Ainda, o Poder Judiciário tem de agir de boa-fé, no sentido de que as

modificações jurisprudenciais não devem impor aos jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações.

Logo, a mudança de posicionamento das Cortes Superiores, com alteração de sua interpretação sobre a Constituição e as leis, não pode ter eficácia retroativa, sob pena de ferir-se, entre outros cânones constitucionais, a boa-fé objetiva do jurisdicionado que confiou na, até então, jurisprudência predominante.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALMEIDA, Vânia Hack de. A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Curso Modular de Direito Constitucional, Org. Paulo Afonso Brum Vaz, Jairo Gilberto Schäfer, Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ARNAUD, André-Jean. Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ATALIBA, Geraldo. República e constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BLANCO, Federico Castillo. La protección de confianza em el derecho administrativo. Madri: Marcial Pons, 1998.
- BARBOSA, Ruy. Os actos inconstitucionaes, do congresso e do executivo ante a justiça federal. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____, Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Processo Administrativo Tributário, Org. Reinaldo Pizolio, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito Tributário. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BORGES, José Souto M.. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da contribuição para a seguridade social. Lei 8.870/94, art.25, § 2º. Revista tributária e de finanças públicas, São Paulo, ano 8, n.30, p. 119-137, janeiro-fevereiro de 2000.
- BUZAID, Alfredo. Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Maxi Limonad, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Aurora Tomazini De Carvalho. Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Direito Tributário Fundamentos Jurídicos da Incidência. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008.

_____, O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. Cadernos de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros, nº 61, 1993.

_____, Segurança jurídica e modulação dos efeitos. Revista da FESDT, n. 1, pp.203-216, Porto Alegre, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. Cadernos de direito constitucional e ciência política. Estudos e pareceres, v.5, nº 19, p.279-306, abr/jun. 1997.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. México, Universidad Iberoamericana, A.C., 1996.

CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. 2. Ed., 11ª Impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira S/A, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel e outros. Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. In: Crédito-prêmio do IPI: estudos e pareceres III. São Paulo: Minha Editora, 2005.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRARI, Regina Maria M. N.. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Do efeito ex nunc na declaração de inconstitucionalidade pelo STF, in O Processo na Constituição, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____ ; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: Efeito ex nunc e as decisões do STJ . São Paulo: Manole, 2008.

_____, Segurança jurídica e normas gerais tributárias. In RDT 17-18/51.

_____, Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático, “www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=//publicações-cientificas/28”.

GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009.

GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____, Teoria e dogmática delle fonti. Milano: Giuffrè, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e á teoria da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de S.; FRANCO, Francisco M. M.. Dicionário Houaiss da língua portuguesa, 2. ed. Rio de Janeiro: Moderna, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____, Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LINS, Robson Maia. Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- _____, Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- _____, A posição dos tribunais no sistema jurídico. 1990.
- _____, “El derecho de la sociedad”. Universidade Iberoamericana, México, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999/Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELLO, Marcos Bernardo. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei – Unvereinbarkeitserklärung – na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v.2, n.5, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1993.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo VI, 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Parte Geral, Tomo IV, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____, Comentários à constituição de 1967. Tomo III, São Paulo: Revista do Tribunais, 1970.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____, Entre Têmis e Leiatã :uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NERY JR., Nelson; CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: Efeito ex nunc e as decisões do STJ . São Paulo: Manole, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIMENTA, Paulo R. L.. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. Tese de doutorado, PUC/SP, 2001.

_____, A modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade da lei tributária em controle difuso. Grandes questões atuais do direito tributário, São Paulo: dialética, v.12, p.417-434, 2008.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. Filosofia do direito, 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.212, p. 27-40, abr/jun. 1998.

SHOUBRI, Luís Eduardo. Segurança na ordem tributária nacional e internacional: tributação do comércio exterior, em Santi, E.M (coord.). Segurança jurídica na tributação e estado de direito, São Paulo: Noeses, 2005.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed., São Paulo: Malheiros. 2005.

_____, Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence./Cármem Lúcia Antunes Rocha (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____, Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, 1971.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2008.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária. Tese de doutorado, PUC/SP, 2003.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

XAVIER, Alberto. Sujeição dos atos do Poder Executivo que majorem o IPI ao princípio da anterioridade nonagésima. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº 147, 2008.