

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

MÁRCIO ALEXANDRE IOTI HENRIQUE

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES E A MUDANÇA DO
ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

MÁRCIO ALEXANDRE IOTI HENRIQUE

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES E A MUDANÇA DO
ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do
título de DOUTOR em Direito Tributário
pela Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, sob orientação do Professor
Doutor Renato Lopes Becho.

SÃO PAULO

2015

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador _____

2º Examinador _____

3º Examinador _____

4º Examinador _____

5º Examinador _____

Ao Thomas e ao Lucas

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar o instituto da modulação dos efeitos das decisões dos Tribunais, voltando a atenção para a segurança jurídica dos cidadãos.

Entendemos que o sistema jurídico brasileiro possui somente mecanismos de proteção nas hipóteses em que existe alteração de entendimento na esfera administrativa ou na esfera legislativa. No entanto, não há, atualmente, uma forma de se precaver das alterações de entendimentos do Poder Judiciário, o que pode acarretar uma situação de piora do estado dos jurisdicionados. Isto porque, os cidadãos pautam suas condutas de acordo com os posicionamentos pacificados na jurisprudência. Contudo, se tais posicionamentos são alterados de forma abrupta, a princípio não existe qualquer instrumento que possibilite que os jurisdicionados tenham seus direitos preservados, já que a nova decisão, em regra, possui efeitos retroativos.

Neste cenário, entendemos que a modulação dos efeitos das decisões deve ser utilizada justamente nestas hipóteses, fazendo com que haja a prospecção dos efeitos do julgamento, para que todos os atos praticados pelos cidadãos, principalmente na esfera tributária, sejam preservados, garantindo-se, assim, a segurança jurídica que deve ser conferida pelo Poder Público.

Palavras-chave: Direito tributário, segurança jurídica, irretroatividade, modulação de efeitos das decisões.

ABSTRACT

This paper is intended to analyze the doctrine of the prospective overruling of the Courts decisions, focused on the principle of the legal certainty.

We understand that the Brazilian legal system only has protection mechanisms in cases that there is change of understanding at the administrative or legislative level. However, there is not a way to avoid the changes of understanding in the judiciary level, what may lead to a legal instability in the behavior of citizens. That is because citizens base their behavior according to the positions of the pacified jurisprudence. But, if such positions change abruptly, there is no instrument to facilitate the people have their rights preserved, since the new decision, as a rule, has retroactive effect.

In this scenario, we believe that the modulation of the effects of decisions might be used for such cases, so that there is the prospect of the effects of the judgment for all acts performed by citizens, especially in the taxation, preserving, the legal certainty which shall be given by the Government.

Key-words: Tax law, legal certainty, non-retroactivity, prospective overruling.

SUMÁRIO

Introdução	09
-------------------------	-----------

Capítulo I

1.1. O Direito como Sistema.....	13
1.2. O Positivismo Jurídico	22
1.2.1. O declínio do positivismo jurídico	27
1.3. O pós-positivismo jurídico como teoria integradora.....	30

Capítulo II

2.1. Os valores	40
2.2. Os princípios	45
2.3. A segurança jurídica.....	51

Capítulo III

3.1. Direito e Linguagem	61
3.2. O Direito e suas fontes.....	67
3.3. As normas jurídicas.....	79
3.3.1. Estrutura interna da norma jurídica	84
3.3.2. Espécies de normas jurídicas	89
3.4. Validade	93
3.5. Vigência.....	99
3.6. Eficácia.....	104

Capítulo IV

4.1. A (in)constitucionalidade das leis	108
4.2. O Supremo Tribunal Federal e sua função.....	118
4.3. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.....	123
4.3.1. Histórico	123
4.3.2. Noções introdutórias	140

4.3.3. Controle de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário	146
4.3.3.1. Controle de constitucionalidade por via incidental	146
4.3.3.2. Controle de constitucionalidade por via de ação direta	166
4.3.3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade	169

Capítulo V

5.1. A modulação dos efeitos da decisão	186
5.2. A modulação dos efeitos da decisão no controle difuso	204
5.3. Requisitos	207
5.4. Mudança de orientação jurisprudencial	219
5.5. Modulação dos efeitos da decisão em favor do Estado	236
5.6. A modulação dos efeitos da decisão no novo Código de Processo Civil e os Tribunais Superiores como intérpretes autênticos	238

Conclusão	245
------------------------	-----

Referências Bibliográficas	254
---	-----

INTRODUÇÃO

A modulação dos efeitos das decisões é um assunto que, ao passar dos anos, vem ganhando destaque, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Isto porque, com a mudança da forma de se enxergar o Direito, que deixou de ser encarado como estritamente positivista, para ser visto como neoconstitucionalista, tem-se verificado que é necessário entender como as decisões dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal influenciam os jurisdicionados.

Esta preocupação fica ainda mais evidente com a promulgação da Lei nº 13.105/15, que inseriu no ordenamento jurídico nacional o novo Código de Processo Civil, pois há dispositivos expressos, em referido diploma legal, que tratam sobre a modulação temporal dos efeitos das decisões, fazendo com que o instituto deva ser observado por todos os órgãos do Poder Judiciário e retirando sua aplicação do manejo da Corte Suprema, de forma exclusiva.

Assim, o presente trabalho busca fazer uma reflexão sobre esse tema, trazendo questionamentos, fixando premissas e posicionando-se sobre determinados pontos, para que uma análise científica possa ser realizada, a fim de compreender a melhor forma de aplicação do instituto na vida cotidiana.

Desta forma, através da consulta de bibliografia, legislação e jurisprudência, esta tese analisa vários pontos, para que se possa chegar a uma conclusão válida e útil sobre o tema.

O estudo inicia-se com a investigação do Direito como sendo um sistema e, portanto, um conjunto harmônico composto por elementos que possuem relação entre si. Tais elementos são as normas jurídicas, que devem ser dispostas de forma

ordenada e seguir uma hierarquia, evitando-se, desta forma, o caos dentro de referido sistema.

Uma vez fixada essa premissa, analisa-se as teorias sobre o Direito, verificando-se que, atualmente, o positivismo jurídico não pode ser aplicado de maneira irrestrita, pois a sociedade clama que o Poder Judiciário prolate decisões mais justas e corretas, motivo pelo qual a vertente neoconstitucionalista ou pós-positivista ganha forças e passa a ser a teoria que melhor se adequa ao desiderato dos jurisdicionados.

Ante tal fato, no segundo capítulo, os valores são colocados em evidência, já que eles permeiam o Direito desde a criação até o momento da aplicação da norma. A valoração é elemento ínsito do legislador e do aplicador do direito. Cada indivíduo possui os seus valores, a sociedade possui seus valores. Assim, é inquestionável que no momento de criar uma lei, os valores pleiteados pela sociedade devem ser observados, assim como é inegável que quando um magistrado decide um caso concreto utiliza-se de seus valores para julgar a demanda da forma como entende correta.

A investigação prossegue com o estudo dos princípios, que são normas jurídicas que possuem alta carga valorativa. Os princípios são o ponto de sustentação de todo o sistema do Direito, já que denotam os anseios da sociedade e conferem as garantias e os direitos fundamentais aos cidadãos. Dentre tais princípios, destaca-se o da segurança jurídica, que possui uma forte conexão com o instituto da modulação dos efeitos da decisão, tema central desta tese.

O terceiro capítulo trata do fenômeno do Direito e as formas pelas quais referido fenômeno social pode ser entendido. Há a análise acerca da Teoria Tridimensional do Direito e da Teoria Comunicacional do Direito. Além disso, as

fontes do Direito são estudadas. Apesar de não existir unanimidade sobre o tema, a legislação, a doutrina, a jurisprudência, os costumes, são fontes do Direito, isto é, através de tais veículos que há a criação do Direito. Posteriormente, o estudo trata da norma jurídica, seus elementos internos e suas espécies. Como já dito, a norma jurídica é o elemento que dá unidade ao sistema do Direito, motivo pelo qual sua compreensão é de fundamental importância em um trabalho científico.

Este capítulo termina com a análise dos institutos da validade, vigência e eficácia, que ganham destaque, pois quando existe a aplicação da modulação dos efeitos da decisão ao invés da norma declarada inconstitucional perder sua validade e, portanto, ser retirada do sistema jurídico, na verdade, há o comprometimento de sua vigência e eficácia. O entendimento deste ponto é necessário para o deslinde do trabalho.

O capítulo quatro inicia-se com a análise da inconstitucionalidade das leis, ou seja, quando uma lei deve ser considerada inconstitucional, quais são as formas de inconstitucionalidade e os mecanismos que o sistema confere para que uma lei seja declarada inconstitucional.

Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal tem papel fundamental, motivo pelo qual há um item específico neste trabalho que analisa a Corte Suprema e suas funções.

Ademais, o controle de constitucionalidade não poderia deixar de ser analisado. A análise de seu histórico, sua evolução e suas formas encerram o capítulo, que dá destaque ao controle de constitucionalidade por via incidental e por via de ação direta.

O último capítulo trata de forma ampla sobre o instituto da modulação dos efeitos da decisão. Neste ponto são verificados seu surgimento, a legislação

estrangeira sobre o tema e seus requisitos. Fixadas algumas premissas, o estudo ingressa na parte mais importante e analisa a aplicação da modulação nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Dentro deste ponto é verificada a possibilidade, ou melhor, a necessidade de modular os efeitos das decisões que alterem entendimento jurisprudencial pacificado pelos Tribunais em desfavor dos cidadãos, principalmente na esfera tributária, quando a alteração jurisprudencial pode significar a elevação da carga tributária dos contribuintes.

Por fim, os dispositivos trazidos pelo novo Código de Processo Civil sobre o tema são estudados, demonstrando a preocupação dos legisladores em dar evidência a modulação dos efeitos das decisões nos dias atuais.

Percebe-se que os principais pontos polêmicos e que são de interesse dos operadores do Direito são devidamente abordados, permitindo que seja realizada uma reflexão profunda sobre os institutos jurídicos analisados, inclusive, podendo verificar-se o entendimento jurisprudencial sobre o assunto e oferecendo meios de se indagar do acerto ou não dos julgamentos realizados pelos Tribunais do país.

Em linhas gerais, serão esses os assuntos tratados nesta tese, conforme se verificará a partir do capítulo primeiro.

CAPÍTULO I

1.1. O Direito como Sistema

Ao iniciarmos o estudo de qualquer objeto é necessário fixarmos algumas premissas, sem as quais haveria o total comprometimento das conclusões alcançadas. Neste caso não é diferente.

Ao longo deste trabalho, adotaremos várias premissas que possibilitarão formular a síntese de maneira adequada, comprometida com as formalidades necessárias e prezando pelo tema escolhido.

Assim, a primeira premissa que adotaremos neste estudo é a seguinte: o direito é um sistema.

Como ocorre com muitas outras, a palavra sistema é dotada do vício da ambiguidade. Vários são os sentidos que podem ser adotados para definir o que vem a ser sistema¹.

No entanto, é possível afirmar que o significado de base é aquele que entende que para ser considerado sistema, é preciso que os elementos que o constitui estejam estruturados, relacionando-se entre si e tenham um ponto referencial em comum. Além disso, determinado elemento somente pertencerá ao sistema se cumprir seus requisitos de existência, possuindo, desta forma, uma relação de pertinencialidade com referido sistema.

¹ Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “(...) na sua significação mais extensa, o conceito aludia, de modo geral, à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes. Conservando a conotação originária de conglomerado, a ele agregou-se o sentido específico de ordem, de organização. Aliada à ideia de cosmos, conceito fundamental da filosofia grega, ela aparece por exemplo entre os estóicos para descrever e esclarecer a ideia de “totalidade bem ordenada”. Os estóicos atribuíram-lhe, além disso, uma conotação ainda mais marcante, ao ligá-la ao conceito de techne, por eles definida como sistema de conceitos, configurando-a como suma.” (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. RT. São Paulo. 1976. p. 9).

Paulo de Barros Carvalho² ensina que:

(...) onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.

É por esta razão que podemos afirmar que o sistema é a *forma das formas*.

Para José Artur Lima Gonçalves³:

Sistema é um conjunto harmônico, ordenado e unitário de elementos reunidos em torno de um conceito fundamental ou aglutinante. Esse conceito aglutinante serve de critério unificador, na linguagem de Geraldo Ataliba, atraindo e harmonizando, em um só sistema, os vários elementos de que se compõe.

A harmonia interna necessária em um sistema não significa, todavia, que não possam existir contradições entre os seus elementos. Os conflitos são ínsitos dos seus elementos, mesmo porque somente podemos concordar com a ocorrência de incoerências que sejam intrassistêmicas e não intersistêmicas.

São várias as classificações dos sistemas. Contudo, nem todas são úteis ao nosso trabalho.

Desta forma, elegemos a classificação proposta por Marcelo Neves⁴, que leva em consideração a natureza dos elementos que compõem o sistema, como o critério classificatório mais adequado aos objetivos desta tese.

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16ª ed., Saraiva, São Paulo. 2004, p. 132

³ GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda – Pressupostos constitucionais*. Malheiros. São Paulo. 1997. p. 40-41.

⁴ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. Saraiva. São Paulo. 1988. p. 1 – 8.

De acordo com referido autor, os sistemas podem ser classificados como reais ou empíricos, que são aqueles que possuem como elementos os dados do mundo físico e social; e, proposicionais, constituídos por proposições linguísticas.

A diferenciação entre ambos ocorre no fenômeno linguístico, já que os primeiros seriam aqueles compostos por elementos do mundo natural, facilmente percebíveis pelo homem e que, portanto, seriam extralinguísticos.⁵

Os sistemas proposicionais, por sua vez, são classificados em nomológicos e nomoempíricos. Os primeiros partem de axiomas, sendo formados por elementos ideais, ou seja, proposições sem denotação empírica. Já os segundos são formados por elementos descritivos, que descrevem outros objetos, e por elementos prescritivos, que têm o condão de regular condutas intersubjetivas.

Percebemos que o direito positivo consubstancia-se, então, em um sistema proposicional nomoempírico, cujos elementos são prescritivos, ao passo que a ciência do direito é um sistema proposicional nomoempírico com elementos descritivos.

Marcelo Neves leciona que:

Os sistemas nomoempíricos prescritivos (ou normativos) têm a função de direcionar a conduta humana em um determinado sentido, incluindo-se no “mundo” da praxis. (...) Assim sendo, as suas proposições não têm pretensão de verdade, mas sim pretensão de

⁵ Algumas críticas são feitas a essa classificação, pois de acordo com a teoria que adotamos neste trabalho, é somente através da linguagem que se constrói a realidade. Não há conhecimento sem linguagem. Desta forma, os elementos que compõem qualquer sistema, seja real ou proposicional, somente poderiam ser constituídos a partir da linguagem, motivo pelo qual somente existiriam sistemas proposicionais. Neste sentido, leciona Paulo de Barros Carvalho que o “fenômeno da tomada de consciência da reunião de elementos do mundo exterior, pelos sentidos, já se pressupõe a manipulação de um conjunto de signos. À medida que pensamos em um evento qualquer, empregamos automaticamente uma linguagem que o vai revestindo, de tal sorte que a situação pensada apresenta-se invariavelmente vestida de um fragmento linguístico.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 6ª edição. Saraiva. São Paulo. 2008. p, 43).

validade, *que depende dos critérios de admissão e expulsão do sistema.*⁶

Com relação ao sistema do direito positivo⁷, é certo que o elemento aglutinante necessário para que haja a harmonização interna de referido sistema é a norma jurídica.

Tais normas estão obrigatoriamente dispostas de uma maneira hierarquizada, tanto no aspecto material, quanto no aspecto formal, sendo que é possível verificar-se que as normas inferiores derivam das normas superiores.

Ressalta-se, ademais, que o ponto de convergência de todas as normas que compõem o sistema de direito posto é a Constituição Federal. Esta é o fundamento de validade para todas as outras normas inferiores, o que confere homogeneidade e caráter unitário ao sistema de direito positivo.

Percebe-se, então, que não basta uma série de elementos para que haja efetivamente a existência de um sistema. Esses elementos devem possuir um ponto em comum, algo que os una.

Elizabeth Nazar Carrazza⁸, neste tópico, leciona que:

(...) não basta, portanto, um amontoado de elementos, para que haja um sistema jurídico. Para tanto, é necessário, também, que estes

⁶ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. Saraiva. São Paulo. 1988. p. 7.

⁷ Segundo Carlos Maximiliano, "O direito não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. (...) De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo". (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 5ª ed., Editora Freitas Bastos. 1951. p. 128). Nesta mesma esteira de entendimento, Juan Manuel Teran leciona: "Sistema es un conjunto ordenado de elementos según un punto de vista unitário". (TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1980, p. 146).

⁸ CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU – Progressividade – Igualdade e Capacidade Contributiva*. Juruá. 2000. Curitiba. p. 17/18.

elementos componham o todo, tendo em único objetivo, um único ponto de referência. Só haverá sistema normativo quando houver um conjunto de normas interligadas e coordenadas entre si, formando um todo orgânico.

É importante frisar, também, que o sistema do direito se relaciona com outros sistemas como o político, o moral, o ético, todos integrantes de um sistema maior chamado de sistema social.

A sociedade é o sistema comunicacional por excelência. Niklas Luhmann assevera:

*A Sociedade é o sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produzem, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações.*⁹

Neste ponto, é necessário notar o seguinte: de acordo com a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann¹⁰, que adotamos nesta tese, todos os subsistemas, que integram o macrossistema social, possuem códigos próprios de comunicação. Assim, apesar de existir uma conversa interssistêmica, um não pode colocar em risco a integridade do outro.

Por tal motivo é que podemos afirmar que os sistemas são fechados do ponto de vista de coordenação.

⁹ LUHMANN, Niklas. *O Conceito de Sociedade*. Apud VARGAS, João P. F. Domingues de, *O Conceito de Sociedade em Niklas Luhmann – A Sociedade como Sistema Omnicomprensivo*, Ecco Homo. Minas Gerais, 2003. p. 83.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baerck. Stanford University Press. Stanford. 1996.

Entretanto, quando o sistema se volta para o ambiente, é inegável que poderá sofrer influências, configurando um sistema cognitivamente aberto.

Todo sistema é dotado de uma função e de uma estrutura. A função pode ser entendida como toda a atividade desenvolvida pelo sistema com o intuito de cumprir seus objetivos, ao passo que a estrutura é composta por um código e um programa, que permitem o relacionamento com o ambiente.

Tratando especificamente do sistema do direito positivo, podemos afirmar que a função deste sistema específico é a estabilização das expectativas normativas. Ele tem como objetivo regular as condutas intersubjetivas dos membros da sociedade.

No entanto, para que um sistema cumpra sua função, devem existir determinações estruturais, que são os chamados códigos e programas.

É o código que realiza a separação do sistema do seu ambiente. Contudo, para que os códigos sejam dotados de conteúdo, é necessária a existência de programas que os complementem. Assim, é através da utilização dos programas, que há a determinação das formas pelas quais as influências do ambiente externo passarão a fazer parte do sistema, uma vez codificados.

Na seara jurídica, o código do sistema do direito prevê uma estrutura binária, segundo a qual as expectativas normativas devem ser cumpridas ou restam frustradas. Para tanto, o código binário utilizado é o lícito ou o ilícito.

Por outro lado, o sistema do direito utiliza-se de programas normativos para determinar a maneira como o código deve ser implementado, estabelecendo em quais situações os elementos externos deverão ingressar no sistema, qualificados como lícitos ou ilícitos.

A programação do direito ocorre através de normas jurídicas, que através da codificação de determinadas situações, fazem com que o sistema do direito se

adeque à evolução da sociedade, conferindo tratamento jurídico a situações novas advindas do sistema social.

Marcelo Neves leciona que:

(...) sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao ambiente. O direito constitui, em outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. A qualidade normativa serve à autopoiese, a cognitiva serve à concordância desse processo entre o ambiente e o sistema.¹¹

Assim, todo sistema pode ser considerado, ao mesmo tempo, aberto e fechado. Aberto porque a programação permite que influências do ambiente externo possam ingressar no sistema. No entanto, para passar a fazer parte do sistema, deve haver a codificação da informação, motivo pelo qual são considerados operacionalmente fechados, não se relacionando, neste ponto, com os demais sistemas externos.

Por tal motivo é que se fala que o sistema do direito possui uma clausura operativa e uma abertura cognitiva.

O fechamento do sistema confere autonomia ao mesmo, não significando, entretanto, que ele está alheio ao ambiente. Muito pelo contrário, como vimos, o sistema sofre influências do ambiente e poderá incorporar as informações externas de acordo com os critérios estabelecidos para tanto.

¹¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Tevâtã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Hanerms*. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 81.

Ao mesmo tempo, pode existir interação entre os sistemas, através da abertura cognitiva. De acordo com a teoria de Luhmann, esta interação entre os sistemas é denominada 'acoplamento estrutural'. Assim, a influência existente entre os sistemas faz com que haja a evolução da sociedade. O sistema do direito não é alheio a isso. Com o privilégio de certos valores pelos outros sistemas sociais, é certo que o direito incorporará aqueles que mais se amoldem ao desiderato da sociedade, alterando sua estrutura interna, de acordo com os códigos e programas estabelecidos para isso.

Celso Fernandes Campilongo assevera que:

(...) cada sistema mantém sua integridade, sua clausura operacional, e continua a operar com base em seus mecanismos específicos ou auto-referenciais. Entretanto, os sistemas estruturalmente acoplados estão abertos a influências recíprocas que permitem uma multiplicação das chances de aprendizagem na comunicação interssistêmica.¹²

Nesse sentido, podemos afirmar que o sistema do direito é autopoietico. A teoria da autopoiese, apesar de ter nascido no campo da biologia, foi incorporada por Niklas Luhmann no estudo dos sistemas sociais e pressupõe que o sistema é capaz de produzir sua própria organização, mantendo sua identidade e autonomia, mas, ao mesmo tempo, incorporando as transformações indispensáveis para sua evolução.

¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. Max Limonad. São Paulo. 2002. p. 60.

Raffaelle de Giorgi ao estudar a obra de Niklas Luhmann assevera que:

(...) o fechamento de um sistema que, ao estimular os distúrbios que provenham do ambiente, o sistema só reage entrando em contato consigo mesmo, ativando operações internas, acionadas a partir dos elementos que constituem o próprio sistema. Disto resulta a auto-referência e a autopoiese do sistema: o sistema produz e reproduz os elementos dos quais é constituído, mediante os elementos que o constituem. (...) A autonomia dos sistemas sociais, então, significa que os sistemas auto-regulam as formas da própria dependência e a própria independência. Nisto os sistemas devem se autodeterminar e, portanto, auto-identificar.¹³

Percebemos, portanto, que o direito, enquanto sistema, sempre manterá sua autonomia, identidade, mas poderá e deverá ser influenciado pelas informações do ambiente para que possa evoluir juntamente com a sociedade.

Sob tal ponto de vista, fica difícil sustentar que o direito, atualmente, deve ser visto tão somente sob o prisma do positivismo jurídico.

No próximo item, veremos que o positivismo jurídico, na verdade, enfrenta uma crise, ensejando o surgimento de uma nova teoria, que mais se adequa à realidade social, em especial a realidade de nosso país.

¹³ GIORGI, Raffaele de. *Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70*. [Tradução: Luiz Fernando Mussolini Junior]. In CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. Max Limonad. São Paulo. 2002. p.191.

1.2. O Positivismo Jurídico

Hans Kelsen, um dos principais nomes do positivismo jurídico, ganhou grande destaque ao elaborar uma teoria pura do direito.

A principal ideia de Kelsen é que para o direito ser considerado um sistema, deveria existir uma hierarquização das normas jurídicas de acordo com um critério de validade.

Houve a adoção da forma em detrimento de outros critérios, que até então eram tidos como fundamentais para a explicação do direito.

Mesmo assim existiam alguns pontos que deveriam ser enfrentados, pois de acordo com a teoria pura, o direito não poderia ser influenciado por outras normas, tais como as morais e religiosas, somente podendo existir normas com conteúdo propriamente jurídico.

A primeira premissa adotada para resolver esta questão foi a seguinte: toda norma deve conter uma sanção para ser considerada efetivamente jurídica. Assim, se existisse uma norma que a princípio não contivesse uma sanção, dever-se-ia analisar em todo o ordenamento a existência de proteção que cominasse uma sanção para o seu descumprimento.

As normas sem sanção não poderiam ser consideradas jurídicas, já que se não houvesse qualquer espécie de sanção cominada para o seu descumprimento, seriam irrelevantes juridicamente¹⁴.

¹⁴ Ao explicar o que são normas jurídicas, Hans Kelsen ensina: *“Nem todas as normas que se adotam são normas jurídicas. Também se trata de norma de moral e de costumes. Elas têm de diferenciar-se das normas jurídicas. Esta delimitação só poderá ser indicada aqui de modo muito simplificado. As normas jurídicas são normas de um sistema, que, para o caso de violação da norma, prevê, no final, uma sanção, isto é, uma força organizada, especialmente uma pena ou execução.”* (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. 3ª edição revista da tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. Revista dos Tribunais. 2003. p. 30):

Kelsen afirmava ainda que as normas, mesmo sem sanção, poderiam ser consideradas válidas, pois existiam. Contudo, mesmo válidas, tais normas seriam juridicamente irrelevantes. Percebe-se, portanto, que o critério da validade não era o primordial para a construção do direito. A ênfase deveria ser dada justamente na coercibilidade da norma e é justamente neste ponto que o autor separava o Direito da Moral.

Nas palavras de Hans Kelsen:

Se o Direito não fosse definido como ordem de coação mas apenas como ordem posta em conformidade com a norma fundamental, e esta fosse formulada com o sentido de que as pessoas devem se conduzir, nas condições fixadas pela primeira Constituição histórica, tal como esta mesma Constituição determina, então poderiam existir normas jurídicas desprovidas de sanção, isto é, normas jurídicas que, sob determinados pressupostos, prescrevessem uma determinada conduta humana, sem que uma outra norma estatuisse uma sanção para a hipótese de a primeira não ser respeitada. Nessa hipótese, o sentido subjetivo de um ato posto em conformidade com a norma fundamental – sentido esse que não é uma norma nem pode ser posto em relação com uma norma – seria juridicamente irrelevante. Nessa hipótese ainda, uma norma posta pelo legislador constitucional que prescrevesse uma determinada conduta humana sem ligar à conduta oposta um ato coercitivo – a título de sanção – só poderia ser distinguida de uma norma moral pela sua origem, e uma norma jurídica produzida pela via consuetudinária nem sequer poderia ser distinguida de uma norma de moral também produzida consuetudinariamente. Se o costume é considerado pela

*Constituição como fato produtor de normas jurídicas, então toda Moral constituiria parte integrante da ordem jurídica, na medida em que as suas normas são efetivamente produzidas por via consuetudinária.*¹⁵

A teoria pura também tinha como base central de sua fundamentação a hierarquização das normas. Em outras palavras, o direito somente poderia ser visto como um sistema, se as normas estivessem de acordo com as normas hierarquicamente superiores. O escalonamento hierárquico era fundamental para que houvesse a construção do ordenamento jurídico.

Não poderia existir contradição entre uma norma inferior e uma norma superior. Se fosse verificada qualquer espécie de contradição entre as normas, a norma inferior não poderia ser considerada como pertencente ao sistema.

Ademais, para que o escalonamento hierárquico pudesse ser efetivo, de suma importância também as fontes jurídicas das quais a norma emana. As fontes produtoras da norma precisariam ter competência para tal, caso contrário, a norma produzida não ingressaria no ordenamento jurídico.

Para dar embasamento a tal teoria, Kelsen precisou pensar na existência de uma norma fundamental. Esta norma fundamental seria um axioma que completaria a pirâmide normativa, dando o último fundamento de validade para as normas jurídicas. Trata-se de uma norma hipotética com o claro objetivo de dar o fechamento necessário para a teoria pura do direito.

Este é um dos pontos que demonstra a distinção entre o direito natural e o direito positivo.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes. 1998, p. 59-60

Nas palavras de Norberto Bobbio:

Ora, a posição jusnaturalista sustenta que para uma norma ser válida deve ser valorosa (justa); nem todo o direito existente é portanto direito válido, porque nem todo é justo. Esta posição identifica o conceito de validade e o de valor, reduzindo o primeiro ao segundo. Há uma posição juspositivista extrema que inverte a posição jusnaturalista. Também esta identifica os dois conceitos, mas reduzindo o conceito de valor ao de validade: uma norma jurídica é justa pelo único fato de ser válida (isto é, de provir de autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico para pôr normas).¹⁶

No positivismo todas as normas jurídicas válidas emanam do Legislativo, no entanto, a jurisprudência é considerada fonte do direito, motivo pelo qual estariam afastados os problemas das lacunas e das antinomias existentes no direito.

Avançando na história, surgiu outra corrente, derivada do positivismo jurídico e apoiada por Oliver Holmes, denominada realismo jurídico, que levava em consideração não somente a validade da norma como condicionante de sua inclusão no ordenamento jurídico, mas analisava também sua efetividade. Em outras palavras, a norma para estar inserida no sistema deveria ser efetivamente utilizada pelos tribunais¹⁷.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Ícone Editora. 1996. p. 137

¹⁷ Bobbio ensinava que: "Uma corrente jurídica contemporânea (surgida no início do século passado), que pode ser considerada pertencente ao positivismo jurídico entendido em sentido genérico, embora se diferencie do positivismo em sentido estrito, sustenta que é insuficiente a definição do direito baseada no requisito único da validade, sendo necessário, pelo contrário, introduzir também o requisito da eficácia. O direito, observa essa escola, é uma realidade social, uma realidade de fato, e sua função é ser aplicado: logo, uma norma que não seja aplicada, isto é, que não seja eficaz, não é, consequentemente, direito. A doutrina desta corrente, que é conhecida com o nome de escola realista do direito, pode ser resumida da seguinte maneira: é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade." (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Ícone Editora. 1996. p. 142).

Desta forma, o direito se resumiria às condutas do Poder Judiciário, não existindo, assim, qualquer problema de interpretação das normas já que tudo seria resolvido com o comportamento judicial.

Sobre este tema, destacamos a lição de Renato Lopes Becho:

O direito, para o realismo jurídico, não é aquele encontrado na justiça enquanto dado metafísico, não é o conjunto de normas jurídicas controladas por valores subjetivamente apresentados. Não é, também, o contido nas leis, ao menos não de modo essencial e exclusivamente. O direito é o decidido pela Justiça enquanto órgão do poder estatal, do Poder Judiciário. A fonte do direito, por excelência, está – para os realistas – no Poder Judiciário.¹⁸

O realismo jurídico recebeu diversas críticas¹⁹, já que todo o poder estaria concentrado unicamente no Poder Judiciário e este poderia, além de eternizar decisões ruins, criar certa ditadura na esfera judicial, que comprometeria todo o ordenamento jurídico.

¹⁸ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. 1ª edição. Saraiva. 2010. p. 187-188

¹⁹ As principais críticas que o realismo jurídico recebeu levaram em consideração o fato de que, para seus defensores, as decisões judiciais é que constituíam o direito, prevalecendo, inclusive, sobre as leis. Assim, a criação do direito decorreria da aplicação da lei. Pensado desta forma, o realismo poderia levar a uma ditadura judicial, já que o poder estaria concentrado diretamente no Poder Judiciário. A fim de tentar amenizar essas consequências, a única forma que poderia ser encontrada seria a harmonização e o equilíbrio entre os Poderes Públicos. Outra crítica recebida pelo realismo jurídico refere-se à possibilidade dos tribunais emanarem decisões ruins e, nesse caso, ante o poder existente nas mãos do Poder Judiciário, ficaria difícil seu não cumprimento. Para que tais situações sejam evitadas, deve existir a análise das decisões por um órgão jurisdicional superior, a fim de que eventuais equívocos sejam corrigidos. (BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. 1ª edição. Saraiva. 2010. p. 194).

1.2.1. O declínio do positivismo jurídico

A grande questão que deve ser analisada, a partir deste ponto, é o declínio do positivismo jurídico e quais foram as razões para tanto.

Tendo surgido em contraponto ao jusnaturalismo, o direito positivo, inegavelmente, trouxe grande evolução para a teoria do direito e, de certo modo, conseguiu responder à indagação do que seria direito.

Entretanto, é inquestionável que o juspositivismo também merece críticas, que acabam por revelar uma crise em suas estruturas, quando o direito é analisado com a visão dos dias atuais.

O positivismo jurídico apresenta problemas intrínsecos e extrínsecos, conforme adiante demonstraremos.

Intrinsicamente, podemos afirmar que o direito positivo não se preocupava com a interpretação, com a hermenêutica jurídica.

Como visto, as ambiguidades decorrentes da linguagem deveriam ser resolvidas pelo juiz pela simples escolha da norma que melhor se adequasse ao caso concreto, não havendo, desta feita, espaço para a teoria da interpretação. No realismo jurídico, a premissa é a mesma, pois a partir do momento em que o direito consistia no conjunto de decisões judiciais, não haveria espaço para se falar em interpretação, já que o sentido da norma não deveria ser buscado em qualquer outro lugar senão nos atos emanados do próprio Poder Judiciário.

Neste raciocínio, o positivismo jurídico entendia que a aplicação do direito era o ato de subsumir o fato à norma, motivo pelo qual a argumentação jurídica não tinha importância para o mundo jurídico.

Alberto Alonso Muños ensina que:

*Se o direito é o conjunto das normas, não é de causar surpresa que não tenha maior relevância o estudo da argumentação jurídica para a caracterização do direito. Esta esfera ficará sob o domínio da lógica, da psicologia ou da ciência política, ciências que nada têm a oferecer ao direito como ciência pura e autônoma.*²⁰

Contudo, devem ser ressaltados também os problemas extrínsecos do positivismo jurídico.

O primeiro deles diz respeito aos legisladores. A partir do momento em que se considera que as normas válidas devem emanar do Poder Legislativo, é inegável que sobre seus componentes recai enorme pressão política, social e moral.

Isto porque, são eles que deverão ter as discussões prévias à edição das leis, levando em consideração os anseios da sociedade e com base em outras ciências, que não a jurídica.

Os legisladores representam o povo e sua vontade e não poderiam deixar se corromper com questões alheias àquelas que influenciam diretamente na aprovação das normas que serão inseridas no ordenamento jurídico.

Nos dias atuais não é o que se verifica em grande parte dos países, nos quais os representantes do Poder Legislativo estão mais interessados em questões financeiras.²¹

²⁰ MUÑOZ, Alberto Alonso. *Transformações na Teoria Geral do Direito – Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo*. Quartier Latin. 2008. p. 129

²¹ Renato Lopes Becho ao descrever a realidade brasileira esclarece que: “*Entretanto, o que vemos na realidade brasileira deste início de século não é esse quadro. A maioria de nossos parlamentares acaba passando para o cidadão a impressão de que eles só estão interessados em ganhos financeiros próprios ou, quando muito, em ocupar o poder e dele não se afastar. Eles são eleitos, muitos deles, pelos votos que o partido recebeu, não por seus próprios méritos. Todavia, logo após*

A crítica mais severa que se faz ao positivismo jurídico, todavia, é ligada à efetiva necessidade da sanção normativa, sem que houvesse uma adequada teoria da interpretação, bem como desconectada da ideia da argumentação jurídica.

Isto porque, se a sanção fosse o único elemento capaz de distinguir as normas jurídicas das normas morais, seria possível afirmar-se que uma norma proveniente do Poder Judiciário teria o mesmo *status* de uma norma proferida por um criminoso que estivesse roubando um indivíduo. Ora, ambas as normas, se desobedecidas, trazem uma sanção ao indivíduo.

E mais, a partir do momento em que o direito é considerado como o conjunto de normas válidas, que são aquelas emanadas pela autoridade competente e hierarquicamente condizentes com as normas superiores, qualquer ordenamento jurídico criado seguindo tais requisitos deverá ser considerado válido e, portanto, como sendo o direito a ser aplicado.

Esse entendimento permitia que o direito fosse enxergado até nos piores regimes totalitários existentes no mundo, como aconteceu na época do III *Reich* alemão.

Durante este período foram cometidas inúmeras atrocidades, mas que por estarem pautadas em normas jurídicas válidas e inseridas no sistema através da autoridade competente, eram entendidas como direito.

Esta separação entre o direito e a justiça, pregada pelos positivistas jurídicos, passou a causar enorme desconforto, trazendo uma grande desconfiança acerca da

diplomados pela Justiça Eleitoral, filiam-se a outro partido, levando consigo os votos que eles não receberam. Escândalos de votações a troco de dinheiro ou de cargos públicos constantemente estão expostos na mídia. A identificação de decisões tomadas como resultado de lobby de natureza exclusivamente econômica, ou de pressão do Poder Executivo, é comum. Diversos parlamentares respondem a todo tipo de crime, e alguns deixam transparecer para a sociedade que buscaram – e conseguiram pelo marketing eleitoral – ser eleitos para obter foros privilegiados, pois estavam respondendo a processos na Justiça comum. Todo esse quadro está significativamente crítico nos dias que correm” (BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. 1ª edição. Saraiva. 2010. p. 195-196).

afirmação de que o direito deveria ser traduzido nas normas postas de determinado país.

Assim, no período do pós-guerra passou-se a buscar a aplicação da justiça nas decisões e na escolha da melhor legislação para aplicação nos casos concretos e isso enfraqueceu a corrente juspositivista.

Ante tais situações, era necessário que a teoria do direito desse um passo à frente e deixasse de ver o direito tão somente como um conjunto de normas válidas editadas pela autoridade competente.

Justamente neste ponto é que surge o pós-positivismo jurídico.

1.3. O pós-positivismo jurídico como teoria integradora

(...) (O pós-positivismo) esplende em riqueza e fecundidade inovadora, fazendo nascer da gestação de seus conceitos a Nova Hermenêutica, ao passo que o segundo (o positivismo jurídico) jaz embalsamado num formalismo álgido e refratário aos conteúdos velozes e dinâmicos daquele universo novo de direitos fundamentais em expansão; alheado da realidade, frequenta unicamente as páginas do Direito Constitucional Clássico, de inspiração liberal.²²

Com a ideia de que o sistema deveria ser corrigido para que o direito não mais permitisse a existência de barbáries como as cometidas no período nazista, houve o nascimento de uma nova teoria geral do direito, na qual passaram a ser impostos limites valorativos aos aplicadores do direito, deixando de existir uma distância entre direito e justiça.

²² BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 edição. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 591-592

Antes de prosseguirmos na análise e para que haja uma correta delimitação do tema, é importante frisar que no presente trabalho utilizaremos as seguintes nomenclaturas: entendemos que o neoconstitucionalismo é uma derivação do constitucionalismo tradicional surgido no segundo pós-guerra e que permanece até os dias atuais, ao passo que a expressão pós-positivismo é a teoria que embasa o neoconstitucionalismo.

Sob esta ótica, é possível afirmar que o pós-positivismo busca uma relativização na separação entre direito e moral, admitindo critérios materiais de validade das normas, permitindo, com isso, uma valoração das normas que devem ser aplicadas em cada caso concreto.

Para muitos doutrinadores, o pós-positivismo jurídico é uma teoria que une ideias do jusnaturalismo e do positivismo.

De acordo com Luís Roberto Barroso o pós-positivismo seria a *“confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”*.²³

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o local principal dos princípios; e, d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.²⁴

23 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

É inegável que existe uma grande carga valorativa que influencia as normas jurídicas. Esta valoração decorre da influencia dos desideratos sociais no momento em que houve a criação da norma jurídica.²⁵

Os valores, desta forma, integram o direito no momento de sua constituição, ao influenciar os fatos que se traduzirão em normas jurídicas emanadas pelo poder competente.

Entretanto, no pós-positivismo a influência dos valores não termina neste patamar. Para esta teoria deve existir a chamada abertura valorativa do sistema, já que, além de serem utilizados no momento pré-legislativo, para a criação de uma norma jurídica, os juízos de valores devem ser utilizados também quando da aplicação da norma jurídica pelo julgador.

Esta utilização dos valores quando da aplicação do direito é possível através da utilização dos princípios, já que estes carregam consigo uma forte carga valorativa. Isso permite dizer que, ao se deparar com um caso concreto, o julgador poderá afastar a aplicação de uma lei determinada, em razão da existência de um princípio com maior carga valorativa, que, naquela situação, traduz a melhor forma de Justiça para o deslinde da questão.

Luís Roberto Barroso²⁶ entende que:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma

²⁵ Miguel Reale assevera que: “toda norma enuncia algo que deve ser, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório”. (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33-34).

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 22. jan. 2007.

teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Assim, os princípios, que anteriormente eram desconsiderados pela teoria positivista, passam a ser o ponto central do neoconstitucionalismo, sendo carregados de valores que lhes dão sustentação, passando a serem entendidos como normas jurídicas.

Por serem dotados de alta carga valorativa, os princípios devem estar incluídos no mais alto diploma existente em um ordenamento jurídico, motivo pelo qual, o local em que os princípios devem estar inseridos é a Constituição Federal²⁷.

Percebe-se, com isso, que o pós-positivismo alterou bastante a teoria geral do direito, que refletia uma mentalidade centrada na lei como a única forma de se enxergar o direito.

Esta mudança era necessária em virtude de todos os acontecimentos já narrados e, principalmente, da evolução da sociedade.

O que se deve ter em mente é que o pós-positivismo trouxe o sistema jurídico muito mais perto de outras ciências, como, por exemplo, a moral, o que não era admitido pelas demais escolas filosóficas.

A importância desta transformação é fundamental para se entender o direito nos dias atuais, já que cada vez mais, a sociedade clama por decisões justas e corretas, de acordo com os anseios dos indivíduos.

²⁷ Como será visto adiante, existem princípios que estão expressos no texto constitucional, mas também existem princípios que são implícitos. O certo é que mesmo os princípios implícitos devem ser construídos pela análise sistemática dos dispositivos contidos no texto constitucional. Assim podemos afirmar que tanto os princípios expressos, quanto os implícitos devem estar inseridos na Constituição Federal.

Fazendo um corte metodológico e já analisando o ordenamento jurídico brasileiro, podemos afirmar que os conceitos adotados pelo neoconstitucionalismo estão em evidência.

A lei deixou de ser o ponto central da análise do direito e o legislador perdeu muito de seu poder com o advento de uma Constituição que trouxe diversas formas de proteção ao indivíduo.

Assim, voltou a ser necessário que o intérprete se utilize dos valores e não apenas das letras frias da lei, para que o direito possa ser bem aplicado.²⁸

E mais, o homem voltou a ser o ponto central da análise do direito.

Os valores, portanto, passam a ter relevante importância neste pensamento, podendo-se afirmar que referidos valores são exteriorizados pelos princípios.

Portanto, são os princípios que trazem consigo os valores morais tão exaltados nos dias atuais.

Além disso, a partir do momento em que os princípios jurídicos estão inseridos no texto constitucional, não há como enxergá-los de outra forma, senão como parte do ordenamento jurídico. Eles passam a ter forte cunho normativo.

Desta forma, nos termos do neoconstitucionalismo, está evidente a ligação entre direito e moral tão necessária para o desenvolver da teoria do direito.

Especificamente no direito brasileiro, temos que a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo inúmeros princípios, que servem de fundamento para todos os demais textos, inclusive os próprios dispositivos constitucionais.

Neste sentido, Renato Lopes Becho:

²⁸ Renato Lopes Becho, que utiliza a expressão direitos humanos para o pós-positivismo (expressão adotada neste trabalho), assevera que: *“Há, pois, um novo ponto de vista filosófico. Por ele, os direitos humanos significam o ressurgimento ou fortalecimento do direito natural valorativo, que significou a não aceitação da sociedade para a situação de controle estatal das fontes jurídicas.”* (BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. 1ª edição. Saraiva. 2010. p. 232).

Os direitos humanos não são as técnicas. Eles são os conteúdos e os fins do direito (a proteção do homem). E tais conteúdos significam a afirmação da axiologia do direito, a determinação de valores protetivo dos homens no ordenamento jurídico. O direito não pode ser visto, nesse contexto, como mera técnica de organização social ou de subjugação, por ato de força, da sociedade pelo detentor do poder. O poder e o direito passam a ser, repetimos, os instrumentos de salvaguarda dos homens. E o neoconstitucionalismo é o meio de se atingir esses objetivos. Os direitos humanos defendem a moral que deve ser seguida, essa justiça que ainda se persegue, essa ética minimamente posta no ordenamento jurídico.²⁹

Interessante notar que atualmente alguns tribunais brasileiros têm se utilizado do direito natural para proferir decisões em casos mais complexos, que demandam uma análise de elementos que transcendem o sistema jurídico e exigem conceitos de outros sistemas, tais como o moral.

Poder-se-ia imaginar que essa discussão, principalmente em direito tributário, estivesse esvaziada ou esgotada, pois sempre se tem em mente que o direito tributário necessita do aspecto da legalidade, do direito posto, mas isso não é verdadeiro.

Um dos maiores exemplos de utilização do direito natural no julgamento de um caso de direito tributário ocorreu no Recurso Especial nº 1.120.295/SP.³⁰

²⁹ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. 1ª edição. Saraiva. 2010. p. 250

³⁰ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ

DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I - pela citação pessoal feita ao devedor; I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial; III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Consequentemente, o dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

7. In casu: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).

9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) "a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997"; e (ii) "o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional", sendo certo que "o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco." (fls. e-STJ 75/76).

11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional: "Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido

Neste recurso, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, definiu o tema da prescrição em matéria tributária, decidindo que a interrupção da prescrição ocorre com a propositura da ação de execução fiscal.

O tema sempre foi complexo e, no ordenamento jurídico, existem dispositivos legais conflituosos, que tratam o assunto de maneira diversa.

recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44)." 12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que: "Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver', pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo).

Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição.

Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

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

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.' Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação.

Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição." (Eurico Marcos Diniz de Santi, in "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233) 16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1120295/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 219, diz que a citação válida interrompe a prescrição. No parágrafo único de referido artigo, há a disposição de que a interrupção da prescrição retroagirá para a data da propositura da ação.

Por outro lado, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 174, assevera que a citação é interrompida com o despacho do juiz que ordena a citação.

Para o julgamento do processo, o STJ entendeu por não aplicar nenhuma das legislações, criando um terceiro entendimento, baseado na razão.

Um olhar atento ao julgado demonstra que os ministros tinham duas alternativas legais (fonte legislativa) para decidir: ou escolhiam uma regra geral, o Código de Processo Civil, o que implicaria aplicar todo o dispositivo legal (art. 219), ou usavam uma regra particular, o Código Tributário Nacional. Eles escolheram outra alternativa, abrindo uma terceira possibilidade decisória: aplicando a razão (lógica).³¹

Nesta hipótese, houve a aplicação da coerência e não dos textos positivados para a solução da questão posta à análise do Poder Judiciário, podendo-se afirmar, assim, que houve a aplicação do direito natural racional e não do positivismo jurídico³².

Este é apenas um exemplo de como o aplicador do direito está mudando sua ótica no momento de julgar os casos colocados aos seus cuidados. Em outros tempos, admitir-se tal interpretação seria impossível, pois a questão estaria sendo decidida à margem da letra da lei.

³¹ BECHO, Renato Lopes. *O Direito Natural e o REsp 1.120.295*. in Revista Dialética de Direito Tributário 229. Dialética. São Paulo. 2014. p. 145-154.

³² BECHO, Renato Lopes. *O Direito Natural e o REsp 1.120.295*. in Revista Dialética de Direito Tributário 229. Dialética. São Paulo. 2014. p. 154.

No entanto, como já enfatizado neste trabalho, os tempos são de mudança e os juízes devem, sim, utilizar cada vez mais outras filosofias para decidirem os casos jurídicos apresentados. Na jurisprudência analisada, ficou evidente que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça fundamentaram seus entendimentos em obra doutrinária, deixando em segundo plano os ditames da lei, em detrimento, desta forma, à aplicação do positivismo jurídico.

Entendemos que hoje o neoconstitucionalismo deve ser prestigiado, já que extrai o que há de melhor entre as doutrinas jusnaturalista e juspositivista.

É sob este ponto de vista que o direito deve ser analisado e é com base nessa doutrina que esse trabalho analisará o tema central, sobre a modulação dos efeitos das decisões pelos tribunais superiores.

A adoção do neoconstitucionalismo é justificada, já que a modulação dos efeitos da decisão não poderia ser aplicada para um entendimento unicamente positivista. Isto porque, os positivistas não teriam como justificar que uma norma declarada inconstitucional e, portanto, inválida, poderia continuar produzindo efeitos e regulando condutas, já que referida norma não mais pertenceria ao sistema do direito positivo.

Como dito, o entendimento sobre o direito evoluiu e esta evolução permite que novos institutos sejam abarcados e possam ser aplicados nos dias atuais.

CAPÍTULO II

2.1. Os valores

Como vimos, é impossível, atualmente, dissociar o direito do valor. O dado valorativo está presente em toda configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático. Onde houver direito, haverá o elemento axiológico.

O valor, portanto, é um dado fundamental que deve ser estudado e entendido em sua completude.

Valorar é escolher. É preferir algo em detrimento de outra coisa. Qualquer ação humana está intimamente ligada aos valores, já que em todas as condutas, os homens tomam determinadas decisões e ao decidir, escolhem e preferem determinados caminhos em relação a outros.

Raimundo Bezerra Falcão ensina que valor: *“é efetivamente, toda força que, partida do homem, é capaz de gerar no homem a preferência por algo.”*³³

Portanto, o valor não está nas coisas, mas sim no homem que faz as escolhas e que dá o tom da preferibilidade.

Desta forma, quando alguém classifica um quadro como belo, o objeto apenas carrega o sentido que o homem lhe dá, mas é o ser que, mediante ato consciente, atribui valor aos objetos, levando em conta sua experiência.

Os valores não são. Na verdade, eles valem, já que não consistem em algo. Assim, só se pode afirmar sua existência como algo aderente ao ser e não como alguma coisa que tenha um ser.

³³ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. Malheiros. São Paulo. 2007. p. 20

Quando falamos na existência de um valor, é necessário ter em mente que referida existência consiste apenas no ato psicológico de valorar, segundo o qual, atribuímos a objetos, qualidades positivas ou negativas.

Valor, assim, é relação entre o sujeito dotado de uma necessidade qualquer e um objeto ou algo que possua qualidade ou possibilidade real de satisfazê-lo. Valor é um vínculo que se institui entre o agente do conhecimento e o objeto e é nessa relação que se descobre o que é bom, ou é justo, ou tem valor.

São vários os autores que tratam do tema dos valores, mas foi Miguel Reale quem desvinculou os valores dos objetos ideais para dar *status* autônomo à Axiologia ou Teoria dos Valores.

De acordo com sua teoria³⁴, os valores possuem os seguintes elementos:

a) a bipolaridade: apenas possível entre os objetos metafísicos e culturais, que é marca obrigatória dos valores. Onde houver valor, haverá, como contraponto, o desvalor, de tal modo que os valores positivos e negativos implicam-se mutuamente;

b) a implicação recíproca: um valor influi direta ou indiretamente, na realização dos demais;

c) a referibilidade: o valor importa sempre uma tomada de posição do ser humano perante alguma coisa, a que está referido. Os seres humanos conferem valores às coisas, a outros homens e a ele mesmo;

³⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Saraiva. São Paulo, 2002. p. 189.

d) a *preferibilidade*: apontam para uma direção determinada, para um fim. Inexiste a ausência de valor, a indiferença do sujeito em relação ao objeto que lhe é posto em contato;

e) a *incomensurabilidade*: não são passíveis de medição;

f) a *tendência à hierarquia*: apresentam forte tendência à graduação hierárquica (ordem escalonada), quando se encontram em relações mútuas, tomando como referência o mesmo sujeito axiológico. Nestes termos é que se verifica a *incomensurabilidade* dos valores querendo referir ao sem-sentido semântico que representaria estabelecer proporções de medida aos valores;

g) a *objetividade*: os valores requerem sempre objetos para neles se manifestarem. A objetividade é necessária, pois como os valores são qualidades que os homens conferem aos objetos, estes, obviamente devem existir;

h) a *historicidade*: os valores são construídos na evolução do processo histórico e social. Os valores são frutos da trajetória da existência do homem, sendo construídos a partir da evolução da sociedade;

i) a *inexauribilidade*: os valores sempre excedem os bens em que se objetivam. Os valores são inesgotáveis; e

j) a atributividade: os valores são preferências e o sujeito jamais se comporta com indiferença, atribuindo ao objeto qualidades positivas ou negativas³⁵.

Adentrando especificamente na seara jurídica, temos que, o direito, a partir do momento em que é entendido como um objeto construído pelo homem, deve ser enxergado como um produto cultural e, como tal, invariavelmente portador 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.*³⁶

A partir de uma trama de valores sociais, que são expressados pela coletividade, os valores passam a servir de fundamento para a produção de textos normativos.

A produção normativa, contudo, não decorre de fatos, ou de um simples recorte de condutas, mas antes de uma valoração que é estabelecida sobre os fatos.

Assim, com a valoração dos fatos que são considerados valiosos, surgem as normas jurídicas e, com isso, podemos afirmar que os valores passam a integrar o ordenamento jurídico.

³⁵ A característica da atributividade foi acrescentada por Paulo de Barros Carvalho, já que para este autor o valor pressupõe a presença humana e um ato de atribuição, vinculando-o a um objeto (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. Noeses. São Paulo. 2008. p. 178).

³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. Noeses. São Paulo. 2008. p. 259.

Os valores indicam, ainda, as finalidades a serem alcançadas pelo ordenamento, uma vez que expressam valores sociais como justiça, segurança, igualdade, etc.

Todavia, uma observação deve ser feita. No momento em que o objeto de estudo é o direito, a norma jurídica, os valores para se interpretar tais objetos de conhecimento devem ser buscados no sistema jurídico. Jamais o intérprete deve se deixar levar pelos seus valores pessoais, intrínsecos, sob pena de comprometimento do trabalho.³⁷

Isso não quer dizer, no entanto, que após inseridas no ordenamento jurídico as normas jurídicas não poderão ser valoradas. Muito pelo contrário.

Os valores permeiam o sistema tanto no momento da confecção da norma como durante sua aplicação.

Os parâmetros de justiça e equidade devem ser buscados também no momento da aplicação concreta do direito.

Assim, 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.

Arthur Machado Paupério assevera que:

O direito positivo, ainda que não se constitua de meras essências de valor, é uma obra humana de interpretação e de realização valorativa, dentro das circunstâncias históricas que encontra. Em sua

³⁷ Renato Lopes Becho ensina que: *Acréscete-se que não se deve confundir, como alerta Paulo de Barros Carvalho, a natureza desse valor. Este deve ser o integrante de todo bem cultural, não a inclinação ideológica do intérprete. Em outras palavras, o valor aplicado sobre a norma, para conhecê-la, é o intrínseco dos bens culturais. Se o intérprete, além desse valor, agrega os seus pessoais (ideologia), haverá uma duplicidade de carga valorativa, perdendo a cientificidade da análise (pela valoração pessoal).* (BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário: teoria geral e constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2011).

*relação recíproca com a justiça, nem sempre direito positivo alcança o grau desejável, para tornar-se o direito justo a que todos nós aspiramos. Contudo, não existe norma de direito positivo sem valoração. A norma positiva é sempre expressão de um juízo de valor. Sem este, não existiria o próprio direito positivo.*³⁸

Portanto, a valoração está na produção, na compreensão e na aplicação do direito.

E é justamente neste ponto, que devem ser analisados os princípios jurídicos.

Isto porque, referidos princípios são o resultado da tradução, realizada pelo legislador constitucional, dos valores em linguagem jurídico-positiva.

2.2. Os princípios

Admitindo que o ordenamento jurídico é um fenômeno artificial, que tem por objetivo regular as condutas intersubjetivas dos cidadãos através da emissão de normas proibindo, permitindo ou obrigando, seu núcleo é formado pelos valores traduzidos na forma de princípios.

São os princípios que dão sustentação ao sistema jurídico, fazendo-o harmônico e unitário³⁹.

³⁸ PAUPÉRIO, Arthur Machado. Introdução axiológica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 163.

³⁹ Geraldo Ataliba demonstra de forma categórica essa função dos princípios. Segundo o autor: *O sistema jurídico – ao contrário de ser caótico e desordenado – tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores.* (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. Malheiros. São Paulo. 2004. p. 33).

Os princípios são normas jurídicas que possuem grande conotação axiológica e que têm por finalidade introduzir valores relevantes, no sistema jurídico positivo.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Nesta mesma linha de raciocínio, Paulo de Barros Carvalho⁴¹:

Em Direito, utiliza-se o termo 'princípio' para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma. Assim, nessa breve reflexão semântica, já divisamos quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Malheiros. São Paulo. 1998. p. 583-584.

⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. Noeses. São Paulo. 2008. p. 144.

hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos 'princípio' como 'norma'; enquanto nos dois últimos, 'princípios' como 'valor' ou como 'critério objetivo'.

Podemos verificar que os princípios jurídicos, sejam eles expressos ou implícitos no Texto Constitucional, têm o caráter de normas, ou ainda de sobre-normas, já que devem ser sempre observados em qualquer processo de criação das leis (enunciação), sob pena do produto desta atividade legislativa ser viciado.

Nesse sentido, a lição de Roque Antonio Carrazza:

*Segundo pensamos, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso, mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.*⁴²

Tais princípios existem para proteger o cidadão dos abusos do ente político, na disciplina das relações intersubjetivas⁴³. Desta feita, em face do elemento teleológico o intérprete busca nesses princípios, a efetiva proteção dos indivíduos.

Estes princípios não devem ser observados somente no momento da aplicação da norma já posta no sistema, mas sim, primordialmente, no momento da

⁴² CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22ª Ed. Malheiros, São Paulo. 2006. p. 39.

⁴³ Entendemos que mesmo aqueles princípios que existem para dar tratamento diferenciado ao Estado em detrimento do cidadão, como por exemplo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, também existem para dar segurança ao cidadão. Isto porque, a vida em sociedade deve ser regada para que todos possam conviver de forma digna e harmônica. Por tal motivo, deve existir algum ente que zela por esses direitos e não permite a anarquia ou que os cidadãos façam justiça com as próprias mãos. Assim, é justificável colocar em evidência o Estado, enquanto entidade apta a promover o bem estar social, concedendo-lhe privilégios para que possa administrar sua estrutura de forma adequada.

atividade de enunciação que dá origem à norma, de forma que eles se colocam além das chamadas normas de estrutura⁴⁴, tomando então o caráter de verdadeiras sobre-normas.

Assim, todas as leis e todos os institutos de direito devem estar pautados nos princípios constitucionais, para que possam estar inseridos no sistema constitucional. Caso isto não ocorra, certamente o produto legislativo estará maculado e não será apto a produzir seus efeitos peculiares, pois em dissonância com os regramentos do ordenamento jurídico pátrio.

Mas não é só.

A palavra “princípio” é detentora de várias acepções, podendo significar *início*, *ponto de partida*, *o que serve de base a alguma coisa*, etc.

Quando fazemos um corte metodológico e analisamos especificamente os princípios jurídicos, ficamos diante de uma série de fatores que devem ser

⁴⁴ As regras de comportamento se voltam diretamente para a conduta das pessoas, nas relações de intersubjetividade. Já, as regras de estruturas, têm por objeto os comportamentos relacionados à produção de novas normas, motivo pelo qual dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem os modos pelos quais as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema. Importante esclarecer, neste ponto, que a classificação entre normas de estrutura e de comportamento não é adotada de forma unânime entre os autores. Isto porque, parte da doutrina entende que todas as normas do sistema jurídico regulam a conduta humana. Nesse sentido, podemos citar a lição de José Souto Maior Borges, que asseverou: “(...) *normas de conduta o são porque regulam diretamente a conduta; normas de competência o são porque regulam indiretamente a conduta*” de modo que as normas de estrutura possuem como conteúdo “(...) *a conduta dos órgãos, inclusive os indivíduos-órgãos, agentes públicos e privados*”. E continua o autor: “(...) *normas de estrutura acabam por regular também, determinados comportamentos. Um órgão, enquanto centro de imputação normativa, não pode por si só produzi normas. Mesmo quando destinatário expresso de uma competência, por hipótese, tributária, não pode exercitá-la senão pela intermediação dos seus titulares e agentes. Logo as normas de estrutura regulam também comportamentos dos titulares e agentes dos órgãos. O comportamento produtor de regras o é porque norma de conduta do órgão prescreve essa atuação, somente exercitável no âmbito de sua competência, pelas pessoas que o integram. Essa distinção é desafortunada, porque toda a norma de estrutura é norma de competência e portanto de comportamento. A diversificação (nunca autonomização) dessas normas diante das normas de conduta não é da essência das normas, mas decorre tão-somente da matéria regulada, i. é, da regulação direta ou indireta da conduta humana*”. (BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3. ed. Malheiros. São Paulo. 2001. p. 376 – 377). Para o autor, portanto, não pode existir a regulação pelo direito de algo diverso de condutas humanas, de modo que, ao estruturar o sistema jurídico, determinadas normas dirigem-se a condutas de indivíduos cuja vontade é imputável ao Estado.

analisados pelos legisladores constituintes que, mesmo se não estiverem expressos, servirão de base para todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, existem outros mandamentos que também são considerados princípios, não porque possuem o condão de dar embasamento a todo o sistema jurídico, mas sim, por serem exarados de decisões posteriores ao texto constitucional, levando em consideração a importância dos valores colocados à discussão pelos constituintes originários.

Trata-se, no primeiro caso, dos princípios jurídicos por natureza. Já, a segunda hipótese, refere-se aos princípios por decisão.

Renato Lopes Becho demonstra a diferenciação entre ambas as espécies:

Os princípios jurídicos por natureza são os princípios da acepção 'b', acima descritos, é dizer: os princípios que estão no núcleo, no ápice ou na fundação do direito. Não importa onde (núcleo, ápice, fundação) o intérprete os localize, desde que seja no local de maior relevância para a compreensão de todo o sistema.

Outros princípios, entretanto, não são princípios por natureza. São princípios construídos por escolhas, por atos de vontade e de decisão, mas que, ao serem elaborados comprometem as regras que os sucederem.⁴⁵

Essa diferenciação é de suma importância no nosso estudo, pois é através do entendimento daqueles princípios que dão origem ao direito, que poderemos entender e fundamentar a teoria da modulação dos efeitos das decisões, que é o tema central deste trabalho.

⁴⁵ BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário: teoria geral e constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2011. p. 344.

Além disso, outro ponto importante que deve ser analisado é a diferenciação dos princípios e das regras.

Defendemos a tese de que existe distinção entre regras e princípios, apesar da tarefa de diferenciá-los ser bastante árdua.

São diversos os autores que tentam explicar essa diferenciação, mas é em Canotilho que acreditamos existir a melhor teoria.

Canotilho⁴⁶ apresenta as dessemelhanças entre regras e princípios segundo as diversas visões teóricas, conjugadas em cinco categorias, a saber: a) grau de abstração: os princípios são normas com grau elevado de abstração, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios carecem de intermediação concretizadora, por serem vagos e indeterminados, as regras aplicam-se diretamente; c) caráter de fundamentalidade no sistema de fontes no direito: os princípios são normas de natureza estruturante com papel fundamental no ordenamento devido a sua posição hierárquica; d) ‘proximidade’ da ideia de direito: “os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz)”, nas regras a vinculação abrange um conteúdo meramente funcional; f) natureza normogenética: os princípios são as razões para as regras, são as normas que estão na base, por isso desempenham uma “função normogenética fundamental”.

Assim, percebemos que as regras buscam embasamento nos princípios e deles diferenciam-se em razão de vários critérios que levam em consideração o grau de abstração, a forma de aplicação e também os valores envolvidos em cada situação.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina. Coimbra. 2003. p. 1160.

Por fim, é preciso salientar que os princípios são hierarquizáveis, isto é, pode existir hierarquia entre eles.

A doutrina trata alguns princípios como verdadeiros sobreprincípios por trazerem mandamentos maiores⁴⁷, derivados de valores que são utilizados para fundamentar a própria criação do ordenamento jurídico. Tais sobreprincípios são o da justiça, segurança jurídica, igualdade, liberdade e da certeza do direito.

O sobreprincípio da segurança jurídica, que mais nos interessa, será analisado com maior aprofundamento no item a seguir.

2.3. A segurança jurídica

A Constituição Federal de 1988 ao instituir um Estado Democrático de Direito e firmando a segurança como valor já dá o sentido pretendido ao princípio da segurança jurídica.

De cunho valorativo, o princípio em questão tem o condão de fazer existir no seio da sociedade o sentimento de previsibilidade com relação aos efeitos da regulação da conduta intersubjetiva. A partir do momento em que os indivíduos têm noção daquilo que pode ser esperado da aplicação das normas jurídicas, eles podem se planejar e não serão surpreendidos com relação à disciplina jurídica.

Por tal motivo, pode-se afirmar que o princípio em comento encontra-se diretamente relacionado aos direitos e garantias fundamentais do Estado

⁴⁷ Humberto Ávila é um dos autores que defende a existência de sobreprincípios. Segundo o doutrinador:

*Em segundo lugar, nem todos os princípios se situam no mesmo nível: há princípios que se igualam por serem objeto de aplicação, mas se diferenciam por se situarem numa relação de subordinação, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito relativamente aos princípios da separação de poderes, da legalidade e da irretroatividade. Se um princípio é uma norma de execução ou concretização de outra, a relação entre elas não é de concorrência, mas de subordinação. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 133).*

Democrático de Direito, eis que a surpresa é repugnante aos ditames do Estado de Direito.

A segurança jurídica deve estar presente no momento da aplicação do direito, devendo ser observada pelos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – quando da emanção de seus atos. Ademais, o princípio deve ter como destinatário o cidadão comum, porque é este quem deve compreender as normas postas no sistema, cumprindo suas determinações de proibição, obrigatoriedade e permissão.

Nas palavras de Humberto Ávila:

A segurança jurídica qualifica-se como norma jurídica da espécie norma-princípio, porque, pelo exame da sua estrutura e das suas partes constituintes, verifica-se que ela determina a proteção de um ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos, muitos dos quais já previstos expressamente. Todos os fundamentos constitucionais anteriormente referidos, diretos e indiretos, obtidos por dedução ou por indução, não só expressam a vinculabilidade dos ideias de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade estabelecidos como ainda definem esses ideais quanto aos seus vários aspectos. O qualificativo de norma jurídica de modo algum afasta o aspecto axiológico do princípio: apenas indica que, como princípio, incorpora e positiva um valor em um nível maior de concretização.⁴⁸

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª edição. Malheiros. São Paulo. 2012. p. 255-256.

Uma vez selecionada determinada expectativa pelo direito, o princípio da segurança jurídica impede que essa expectativa venha a ser modificada pelo próprio direito.

A pessoa que se comporta pautada em certas determinações existentes no ordenamento jurídico não pode ser surpreendida com a contestação de seus atos, se a expectativa apontava para a conduta efetivamente realizada pelo cidadão.

Isso não quer dizer, entretanto, que os entendimentos não possam sofrer alterações no decorrer do tempo.

Ocorre que, tais alterações não podem frustrar as expectativas dos cidadãos que praticavam a conduta dentro do posicionamento adotado, tendo a certeza de estarem agindo de forma correta.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, segurança jurídica é

*(...) 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.*⁴⁹

A segurança jurídica é um valor puro, que influencia outros valores dentro do ordenamento jurídico⁵⁰. Através da aplicação deste princípio o cidadão saberá com antecipação todos os efeitos e consequências de seus atos praticados.

⁴⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias*. In Revista de Direito Tributário nº 17/18. p. 51.

⁵⁰ Geraldo Ataliba, analisando referido princípio, lecionou que: “*Surge como expressão da segurança jurídica, o princípio da legalidade, inscrito no inciso II, com todo rico conteúdo que o peculiariza no contexto de nossas instituições. Mas, também, o princípio assegurado 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*

Além disso, referido princípio implica na mobilidade da ordem jurídica, permitindo seu constante aperfeiçoamento, de forma a salvaguardar o Estado Democrático de Direito.

Através da segurança jurídica, há a garantia dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade. Além disso, faz com que o cidadão possa controlar a atividade estatal, planejando suas atividades, através da existência e permanência de regras válidas.

O cidadão deve conseguir prever as consequências de seus atos no espaço e no tempo, bem como ter a exata noção de quais as consequências decorrentes de suas tomadas de decisão.

Para isso, os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, devem garantir a existência de comportamentos que contribuam para situações que gerem sentimento de confiança e de riscos jurídicos calculados para o jurisdicionado, através do conhecimento dos possíveis entendimentos exarados nas normas individuais e concretas expedidas pelos órgãos competentes.

De nada adianta falar-se em segurança jurídica se as normas individuais e concretas lançadas no sistema jurídico forem desconexas e em sentidos totalmente opostos. Tais condutas por parte do Estado fazem com que o cidadão não possa planejar de maneira adequada seu presente e, principalmente, seu futuro.

Assim, para que haja a primazia do sobreprincípio da segurança jurídica, deve existir uma uniformidade nos argumentos e dispositivos insertos em normas individuais e concretas, sobretudo naquelas expedidas pelo Poder Judiciário, caso contrário haverá insegurança instalada no ordenamento jurídico.

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.” (ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª edição. Malheiros. São Paulo. 2004. p. 181).

Desta feita, quando se fala em segurança jurídica deve-se afastar, o máximo possível, as ambiguidades existentes no sistema.

Na seara tributária, a segurança jurídica, de igual maneira, deve ser respeitada em prol do contribuinte. E mais, ao se tratar de direito tributário o Estado deve agir num sentido de proteção maior, a fim de evitar arbitrariedades por parte dos entes políticos.

Isso ocorre, pois existem, no Sistema Constitucional Tributário, diversas normas que impedem abusos, ou melhor, que asseguram os direitos e garantias dos contribuintes, privilegiando seus direitos fundamentais de liberdade e de propriedade.

É notório que o Estado necessita de recursos para gerenciar e custear suas operações, e que tais recursos são angariados através dos tributos que são cobrados do particular. Se não houvessem freios ao Estado, estaria ao seu alcance o cometimento de diversas práticas arbitrárias e ilegais frente aos contribuintes. Para que isto não ocorra é que existe o Direito Tributário, cuja função precípua é a limitação do poder estatal.

Humberto Ávila assevera:

O que deve ficar claro é que, como o princípio da segurança jurídica é fundado também nos direitos fundamentais, e a instituição de tributos provoca a sua restrição, dependendo do direito fundamental restringido e da intensidade com que ele é afetado, maior deverá ser a proteção por ele exigida.⁵¹

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª edição. Malheiros. São Paulo. 2012. p. 288.

Verifica-se, portanto, que quando se busca a segurança jurídica, alcança-se a garantia de respeito ao contribuinte e ao cidadão.

O sistema jurídico prevê alguns mecanismos que evidenciam o princípio da segurança jurídica.

No campo do Poder Legislativo, podemos citar os seguintes:

- artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que determina que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que estipula a retroatividade da lei penal somente nas hipóteses em que beneficiar o réu.

Na esfera tributária, temos, a título de exemplo:

- artigo 150, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, que trata do princípio da irretroatividade da lei tributária;
- artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal, que disciplina os princípios da anterioridade comum e nonagesimal, impedindo que os tributos criados ou aumentados possam ser cobrados dentro do mesmo exercício financeiro e antes de noventa dias da publicação da lei que os majorou ou criou; entre outros.

Assim, percebemos que o sistema jurídico está preparado para alterações legislativas, não colocando em risco a segurança jurídica dos jurisdicionados, que não serão surpreendidos com a mudança da lei e sua aplicação imediata.

O sistema também possui instrumentos para evitar a surpresa do contribuinte com relação à mudança de entendimento da administração pública, na esfera administrativa.

Os artigos 100 e 146, ambos do Código Tributário Nacional são claros ao dizer:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Art. 146. 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.

Ambos os dispositivos privilegiam o princípio da segurança jurídica, ao estipular, na hipótese do artigo 100, parágrafo único, que a observância das normas previstas no *caput* de tal dispositivo exclui a imposição de penalidades, juros de mora e correção monetária do valor cobrado, e no caso do artigo 146, que somente poderá existir a cobrança de tributo para os fatos geradores futuros, quando existir mudança nos critérios adotados pela administração.

Leandro Paulsen ensina que:

*O art. 146 do CTN positiva, em nível infraconstitucional, a necessidade de proteção da confiança do contribuinte na Administração Tributária, abarcando, de um lado, a impossibilidade de retratação de atos administrativos concretos que implique prejuízo relativa à situação consolidada à luz de critérios anteriormente adotados e, de outro, a irretroatividade de atos administrativos normativos quando o contribuinte confiou nas normas anteriores.*⁵²

Nas palavras de Humberto Ávila:

(...) o fato de os atos normativos da Administração não possuírem vinculatividade não afasta a possibilidade de, mesmo assim, haver proteção da confiança, quando a exigência de vinculação da Administração aos seus próprios atos e os direitos fundamentais assim o exigirem. É preciso referir que a própria função dos atos normativos reforça o dever de proteção da confiança que o contribuinte neles depositou: esses atos, que podem ser modificados pela Administração a qualquer tempo, também possuem presunção de validade, e, embora o contribuinte possa se insurgir judicialmente contra aqueles, não pode deixar de ordinariamente cumpri-los.

(...)

[A] contrapartida da funcionalidade dos atos normativos é a proteção da confiança dos contribuintes cujas disposições foram baseadas na presunção da sua validade. Os atos normativos funcionam como instrumentos garantidores de segurança de orientação e,

⁵² PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11 ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009, p.1020.

precisamente por isso, não podem deixar de proteger a confiabilidade inerente ao seu próprio funcionamento. (...)

É precisamente nessa direção que o art. 146 do Código Tributário Nacional estabelece que a mudança de orientação da Administração só tem eficácia com relação aos casos futuros, não alcançando, portanto, os casos passados. Embora esse dispositivo pressuponha a validade do ato normativo modificado, a eficácia reflexa do princípio da segurança jurídica protege aqueles contribuintes que atuaram com base na presunção da validade antes da sua modificação.⁵³

Verifica-se, desta forma, que o sistema jurídico está dotado de instrumentos para impedir que a modificação do entendimento da administração pública possa surpreender os contribuintes, que vinham pautando suas condutas nos posicionamentos até então adotados pelo órgão público.

Não se pode negar que tais dispositivos trazem confiança ao jurisdicionado contra práticas abusivas da administração, que pode, a qualquer tempo, rever seus posicionamentos e passar a aplicar interpretação mais gravosa contra o contribuinte.

Até aqui verificamos que o sistema possui mecanismos que importam em segurança jurídica no campo legislativo e na seara administrativa. No entanto, não existem, atualmente, instrumentos capazes de proteger o jurisdicionado da mudança de entendimento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

O sistema não está preparado para a modificação de posicionamento da jurisprudência e é fato notório que esta sofre alterações com o passar do tempo, tanto pela própria evolução da sociedade, quanto pelos juízos de valor exarados pela autoridade julgadora.

⁵³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª edição. Malheiros. São Paulo. 2012. p. 457.

Assim, é certo que o jurisdicionado não pode sofrer prejuízos em virtude da mudança de entendimento de um Tribunal sobre determinado assunto, quando havia pautado suas condutas na posição que era pacificada no órgão jurisdicional.

O sistema deve encontrar meios de privilegiar o princípio da segurança jurídica também nesta seara, a fim de que os cidadãos não sejam surpreendidos com a alteração da jurisprudência de uma forma abrupta e sem regras.

Esta preocupação ganha relevância principalmente na esfera tributária, já que, com a alteração jurisprudencial dos Tribunais, pode haver uma oneração do patrimônio do contribuinte, que deverá efetuar o pagamento de tributos antes considerados indevidos.

É justamente neste ponto que deve ser analisada a modulação dos efeitos da decisão, pois, aplicando tal instituto, o Poder Judiciário possibilita que seus jurisdicionados tenham ciência prévia da alteração de seu entendimento, determinando, ainda, a partir de qual instante referida modificação produzirá efeitos no mundo jurídico.

As decisões com efeitos prospectivos, assim, podem ser o mecanismo que faltava para consagrar o princípio da segurança jurídica nas três esferas de Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário.

Este tema será melhor abordado em capítulo próprio, quando tratarmos efetivamente da modulação dos efeitos das decisões judiciais.

CAPÍTULO III

3.1. Direito e Linguagem

Direito é uma palavra que comporta várias acepções e isso faz com que não se tenha unanimidade, na doutrina, para defini-lo e conceituá-lo. Várias teorias surgiram acerca do tema. Algumas são mais adequadas, outras menos, mas o importante é fixarmos algumas premissas para a completa análise do tema.

Neste trabalho apresentaremos duas teorias desenvolvidas por doutrinadores nacionais, que julgamos serem as mais consagradas no mundo jurídico. Abordaremos a teoria tridimensional do direito, elaborada por Miguel Reale e a teoria do direito como fenômeno comunicacional, desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho, a qual é adotada como referência para o desenvolvimento de nossa tese.

De acordo com Miguel Reale⁵⁴, justamente pelos vários significados que a palavra Direito possui, não é possível enxergar tal fenômeno sob um único prisma.

Na verdade, existem três aspectos ou elementos que devem ser observados: um aspecto normativo, um aspecto fático e um aspecto valorativo ou axiológico.

No aspecto normativo, a análise é realizada tendo como base o Direito enquanto ordenamento, incluindo, inclusive, a Ciência correspondente. Já no aspecto fático, o Direito é visto como fato, levando em consideração sua efetividade social e histórica. Por fim, o aspecto axiológico do Direito, o entende como valor de Justiça.

Nas palavras de Miguel Reale:

⁵⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva. São Paulo. 2005. p. 64.

*Eis aí, portanto, através de um estudo sumário da experiência das estimativas históricas, como os significados da palavra Direito se delinearam segundo três elementos fundamentais: - o elemento valor, como intuição primordial; o elemento norma, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento fato, como condição da conduta, base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a da realidade jurídica fenomenologicamente observada.*⁵⁵

Com base em tal assertiva, o Direito poderia ser compreendido através de três perspectivas.

- 1 - Se o estudo estiver sendo realizado por um cientista, o Direito será analisado tendo em vista o fato, o valor e a norma⁵⁶.
- 2 - Por outro lado, quando o ângulo de estudo for da sociologia do direito, a verificação será no sentido da norma, do valor e do fato.
- 3 - No entanto, o caminho será fato, norma e valor, se o direito estiver sendo objeto de estudo da filosofia.

O importante, todavia, é perceber que as três características são indissociáveis. De acordo com o autor:

*é logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores.*⁵⁷

⁵⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Saraiva. São Paulo. 2002. p. 509.

⁵⁶ De acordo com o autor: (...) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65).

⁵⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Saraiva. São Paulo. 2002. p. 513.

Assim, Miguel Reale entende que:

*Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.*⁵⁸

Através do fato, busca-se a satisfação do bem comum; com o valor privilegia-se o ideal de Justiça que deve permear o Direito; e, a norma decorre da relação existente entre os fatos e os valores.

Inquestionável que a teoria tridimensional do direito, que posteriormente foi difundida em diversos países, trouxe uma evolução na forma de se enxergar o fenômeno jurídico. Ainda mais numa época em que a teoria pura do direito de Hans Kelsen possuía diversos adeptos.

Por sua vez, Paulo de Barros Carvalho entende que o Direito é um fenômeno essencialmente comunicacional, somente se manifestando através da linguagem.

No caso específico do direito positivo a linguagem utilizada é a prescritiva, no sentido de que ela prescreve condutas intersubjetivas que devem ser seguidas pela sociedade.

Desta forma, os textos prescritivos do direito positivo, introduzidos no ordenamento jurídico pelos órgãos competentes, descrevem ocorrências do mundo social, que uma vez implementadas, desencadearão a prescrição contida no texto legal.

⁵⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva. São Paulo. 2005. p. 67.

No entanto, a linguagem prescritiva do direito positivo possui uma peculiaridade: ela nunca será apta a tocar os eventos e condutas sociais que regula, mesmo que emanadas pela autoridade competente. Mesmo porque, tais eventos sociais se esvaem no tempo e no espaço, deixando, tão somente, vestígios e marcas.

Na verdade, a linguagem prescritiva do direito positivo é totalmente desvinculada e autônoma da linguagem da realidade. São dois mundos totalmente distintos.

Isso significa, em outras palavras, que todos os eventos ocorridos no mundo real/social nada significam para o mundo jurídico, a não ser que sejam abarcados pela linguagem competente (linguagem prescritiva) do direito positivo.

Assim, a partir do momento em que os eventos sociais são atingidos pela linguagem social, eles se tornam fatos sociais e somente após se sujeitarem à linguagem prescritiva do direito positivo é que eles se tornam fatos jurídicos, tendo relevância jurídica.

Fato sempre se refere ao passado, a algo já ocorrido. Nunca ao presente. Tanto que a palavra *fato* provém do particípio passado do verbo fazer. E, além disso, fato somente existirá na hipótese de o evento ter sido vertido em uma linguagem competente. Se não existir uma linguagem abarcando, o ocorrido não passará de mero evento, que, como visto, se esvai no tempo e no espaço⁵⁹.

De acordo com as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶⁰:

⁵⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 3ª ed. Saraiva. 2004. São Paulo. p. 90.

⁶⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas. 1993. São Paulo. p. 253.

Fato não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.

Assim, somente após serem abarcados pela linguagem competente do direito positivo é que os eventos cotidianos poderão ser considerados jurídicos e desencadearem o nascimento da relação jurídica correspondente.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho⁶¹:

Digamos, então, que sobre a linguagem incide a linguagem prescritiva do direito positivo, juridicizando fatos e condutas, valoradas com o sinal positivo da licitude e negativo da ilicitude. A partir daí, aparece o direito como sobrelinguagem, linguagem de sobrenível, cortando a realidade social com a incisão profunda da juridicidade. Ora, como toda a linguagem é redutora do mundo sobre o qual incide, a sobrelinguagem do direito positivo vem separar, no domínio do real-social, o setor juridicizado do setor não juridicizado. Assim, como em evento qualquer, para tornar-se fato, exige relato em linguagem competente, qualquer acontecimento ou mesmo qualquer fato social que pretenda ingressar no reino da facticidade jurídica precisa revestir-se da linguagem própria que o direito impõe.

Deve-se esclarecer, também, que a linguagem competente do direito positivo é a do *dever ser*, ao passo que a linguagem da realidade social é a do *ser*.

O direito positivo, através de sua linguagem do *dever ser*, prescreve condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas para a sociedade.

⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 3ª ed. Saraiva. 2004. São Paulo. p. 13.

Denota-se, desta feita, que no âmbito jurídico, é considerada realidade para o direito tudo aquilo que foi devidamente exprimido em linguagem competente, motivo pelo qual o direito cria suas próprias realidades.

Explicando de outra forma, é possível afirmar que somente aquilo que estiver vertido em linguagem competente é que pode ser considerado verdadeiro para o direito. Não importa o evento que realmente ocorreu no mundo social, o que importa é aquele fato jurídico que foi convertido em linguagem competente, passando, assim, a ter importância para o direito positivo.

De tal assertiva verifica-se que as regras do direito positivo recortam partes da realidade social, sendo que nem todos os aspectos da realidade social se sujeitarão à realidade jurídica. Existirá um corte na realidade social, em que alguns fatos serão irrelevantes para o direito e outros serão juridicizados, tornando-se fatos jurídicos e prescrevendo condutas permitidas, proibidas ou obrigatórias para os cidadãos.

É somente através da linguagem competente que surgirão fatos jurídicos e que o desiderato do direito positivo de prescrever condutas intersubjetivas que devem ser seguidas pela sociedade pode efetivamente ocorrer.

Verifica-se, então, que, para essa corrente doutrinária, a qual adotamos no presente trabalho, a realidade jurídica é constituída pela realidade do direito positivo⁶².

⁶² O entendimento de que o direito se resume a um fenômeno comunicacional não é aceito de forma pacífica pela doutrina. Tércio Sampaio Ferraz Jr. assevera que: *Aceitamos limitadamente que o fenômeno jurídico te, basicamente, um sentido comunicacional, que nos coloca sempre no nível da análise linguística (...)* Dizemos, entretanto, limitadamente, porque recusamos a redução total do direito à linguagem, mesmo tomando-se esta num sentido amplo de comunicação. Nestes termos, preferimos dizer que o direito não é só um fenômeno linguístico, nem mesmo um fenômeno basicamente linguístico. Se ao nível normativo – o direito como sistema de proposições normativas – o aspecto linguístico pode ser encarado como fundamental, não se pode esquecer que ele corresponde também a uma série de fatos, empíricos, que se não são linguagem, como relação de forças, conflitos de interesse, instituições administrativas, etc., os quais, portanto, se não deixam de ter uma dimensão linguística, nem por isso são basicamente fenômenos linguísticos (...)

3.2. O Direito e suas fontes

O estudo das fontes do direito é de suma importância, já que é através dele que poderemos investigar a validade ou não das normas jurídicas, legisladas, não raras vezes, com severas imperfeições.

Além disso, tal estudo possibilita verificar o cumprimento dos preceitos estipulados pela Constituição Federal, no momento da edição das leis.

Portanto, estudar fontes do direito é fundamental para a verificação do atendimento dos requisitos ditados pela Constituição Federal, e, conseqüentemente, da constitucionalidade dos instrumentos normativos existentes em nosso ordenamento jurídico.

Vários são os autores e várias são as teorias desenvolvidas para se estudar as fontes do direito.

Contudo, primeiramente é necessário definirmos o que pode ser entendido como fonte do direito.

Como a própria expressão sugere, quando falamos em fonte do direito estamos interessados nas formas pelas quais o direito nasce, como ele se expressa, qual sua origem e de onde ele provém.

O tema sempre chamou muito a atenção por sua complexidade, pois os autores não chegam a um consenso. Para muitos existe uma divisão entre fontes formais e fontes materiais. Outros entendem que somente as chamadas fontes

Ou seja, não nos colocamos, eventualmente, na perspectiva da disciplinação da linguagem pelo direito, mas tomamos essa disciplinação como objeto de análise (...) porque não pretendemos realizar um estudo linguístico, mas ao nível linguístico (...).
Não pretendemos estudar a linguagem do direito ou da sua manifestação normativa, mas investigar o próprio direito, enquanto necessita, para a sua existência, da linguagem. (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Forense. Rio de Janeiro. 1978. p. 6-7.

materiais é que podem ser consideradas como verdadeiras fontes do direito. Enfim, o tema é complexo e merece uma atenção mais específica.

As fontes materiais seriam os fatos sociais que influenciam no conteúdo que será inserto nas normas jurídicas. Tais fatos sociais podem ser de natureza política, moral, religiosa, enfim, são todos aqueles fatos que ocorrem na realidade social e que de alguma forma influenciam na elaboração de normas jurídicas que serão positivadas. São os valores sociais que informam o conteúdo das regras jurídicas.

São os acontecimentos ocorridos no mundo fático, que motivam a positivação de normas jurídicas. Tais acontecimentos podem ser sociais ou naturais, bastam que envolvam a participação direta ou indireta de sujeitos de direito e que sejam suficientes para inflamar no legislador a iniciativa de elaborar uma norma prescrevendo-o no campo do direito posto.

As fontes formais, por outro lado, podem ser entendidas como o modo de manifestação das normas jurídicas, demonstrando quais os meios que devem ser empregados para o funcionamento do direito. É através das fontes formais que o direito se positiva com força obrigatória e o modo pelo qual se manifestam as fontes materiais.

Em suma, fonte formal poderia ser entendida como o modo que a ordem jurídica determina para a introdução de normas no sistema, ou seja, regra jurídica da qual a norma, cuja produção foi por ela regulamentada, extrairia seu fundamento de validade. As fontes formais se manifestariam através das leis, da jurisprudência, dos costumes e da doutrina.

Existem autores, como Maria Helena Diniz⁶³, que entendem que somente as fontes materiais são verdadeiras fontes do direito, pois delas é que se pode verificar, verdadeiramente, de onde o direito provém.

Miguel Reale, todavia, condena o uso da expressão *fonte material*. Para o jurista, somente pode ser considerado fonte do direito aquilo que esteja dentro do direito, não se admitindo conceitos metajurídicos.

*Como se vê, o que se costuma indicar com a expressão "fonte material" não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Fácil é perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas, situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito. Melhor é, por conseguinte, que se dê ao termo fonte do direito uma única acepção, circunscrita ao campo do Direito.*⁶⁴

Reale entende a teoria das fontes do direito sob o aspecto procedimental, ou seja, das condições e pressupostos que devam satisfazer quanto a um processo de aparição da norma, atribuindo a tal teoria a missão primordial de promover a fixação dos requisitos de fato e de direito que devem ser obedecidos para que qualquer produção de normas possa ser considerada válida.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª ed. Saraiva. São Paulo. 2007. p. 256.

⁶⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. Saraiva. São Paulo. 2005. p. 130.

Assim, o autor frisa que apenas poderá constituir objeto da ciência jurídica o que tradicionalmente se denominou fontes formais, isto é, os processos de produção de normas jurídicas.

*Por "fonte do direito" designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial.*⁶⁵

Desta forma, segundo o autor mencionado, não se pode falar em fontes do direito sem o poder de decidir, motivo pelo qual se exclui de pronto a doutrina, que por si só não tem o poder de obrigar. A doutrina se restringe a dizer as condições que legitimam as fontes, além de apurar o significado e alcance dos modelos jurídicos dela decorrentes. O poder é um elemento essencial e consubstancial ao conceito de fontes do direito.

Paulo de Barros Carvalho, por outro turno, entende que não se pode falar em fontes materiais ou formais. Na verdade, para referido autor, fontes do direito são os fatos jurídicos produtores de normas jurídicas. Assim, as fontes materiais do direito correspondem à teoria dos fatos jurídicos, são os fatos da realidade social, que, eleitos pelo legislador competente, são vertidos em linguagem de direito positivo,

⁶⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. Saraiva. São Paulo. 2005. p. 130.

consubstanciando hipóteses normativas prescritivas, processo que deve ser realizado, através de atos de enunciação.

Já as fontes formais, para o referido autor, são os instrumentos introdutórios de normas. Correspondem, então, à teoria das normas jurídicas, a qual tem por objeto as normas que trazem os ditames de como as regras de direito devem ser postas, alteradas ou excluídas do sistema.

Para referido autor:

*Pudemos relevar, outrossim, que o estudo das chamadas fontes materiais do direito circunscreve-se ao exame do processo de enunciação dos fatos jurídicos, de tal modo que neste sentido a teoria dos fatos jurídicos é a teoria das fontes dogmáticas do direito. Paralelamente, as indagações relativas ao tema das fontes formais correspondem à teoria das normas jurídicas, mais precisamente daquelas que existem no ordenamento para o fim primordial de servir de veículo introdutório de outras regras jurídicas.*⁶⁶

Portanto, Paulo de Barros Carvalho não considera como fonte do direito a lei, a jurisprudência, os costumes e a doutrina. Isto porque, para o autor, lei e jurisprudência são o próprio direito; a doutrina, por possuir uma linguagem eminentemente descritiva, jamais tem o condão de causar qualquer alteração à linguagem prescritiva do direito positivo; e, o costume, ao ser definido como prática social reiterada, pertence ao mundo fenomênico, sendo mero acontecimento social, não tendo, desta feita, o condão de tornar jurídicos os atos reiteradamente praticados.

⁶⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. Noeses. 2008. São Paulo. p. 396.

Verifica-se, com as posições demonstradas acima, a celeuma existente em relação ao tema das fontes do direito.

No entanto, no presente trabalho, precisamos enfrentar o tema e buscar um posicionamento que mais se adeque aos objetivos buscados nesta tese. Assim, não levaremos em consideração as chamadas fontes materiais, pelo simples fato de entendermos que os fatos sociais não podem ser considerados fontes do direito, a não ser quando juridicizados pela linguagem competente e insertos no ordenamento jurídico pelo procedimento adequado. Na linha de pensamento de Miguel Reale, os fatos que ocorrem no mundo físico são importantes e servem de fontes, mas para outras ciências que não a jurídica.

Desta maneira, o estudo deve ser pautado em relação às fontes formais, tomadas em seu sentido original, na qual estão compreendidas a lei, a jurisprudência, a doutrina e os costumes.

A lei é a fonte formal por excelência, sendo que a Constituição é a principal fonte do direito. É ela que embasa e dá origem ao direito posto. Abaixo do texto constitucional, está elencada toda a legislação infraconstitucional existente. São as leis complementares, as leis ordinárias, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, entre outras.

A legislação, sem dúvida, ocupa posição de destaque, pois o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Com relação aos costumes, estes podem ser considerados fontes secundárias do direito. Com maior importância no passado, quando o direito ainda não era escrito ou codificado e as práticas costumeiras eram repassadas oralmente por gerações, os costumes tiveram relevante papel como fonte do direito.

Atualmente, no entanto, os hábitos deixaram de possuir papel de destaque, passando a serem úteis em algumas situações específicas para se colocar fim em determinada celeuma.

Apesar de sua menor relevância nos dias de hoje, o artigo 100, inciso III, do Código Tributário Nacional⁶⁷, prevê a utilização dos usos e dos costumes, colocando-os no patamar de normas complementares à legislação tributária.

A doutrina, por sua vez, também possui relevância nesta discussão de fontes do direito. O ato de doutrinar é típico da ciência do direito, o doutrinador é então, invariavelmente, um cientista do direito, que tem como objeto justamente o direito posto, as normas com linguagem prescritiva. Ela tem a finalidade de explicar o direito posto, ajudando a compreendê-lo, mas não tem a propriedade de alterar suas estruturas prescritivas. A doutrina pertence ao mundo do “ser”, ao passo que o direito positivo pertence ao mundo do “dever ser”.

Pelo fato de possuir linguagem eminentemente descritiva, poder-se-ia pensar que jamais teria o condão de causar qualquer alteração à linguagem prescritiva do direito positivo, mas não é isso que temos visto recentemente, motivo pelo qual, em nosso entendimento, a doutrina pode ser considerada como fonte do direito.

Para ilustrar esse posicionamento, reportamo-nos ao voto do Ministro Luiz Fux⁶⁸, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.120.295/SP, já citado no

⁶⁷ Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

⁶⁸ A íntegra do voto pode ser obtida no seguinte endereço eletrônico: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9261311&num_registro=200901139645&data=20100521&tipo=91&formato=PDF

capítulo I desta tese. Em referida decisão, o Ministro utiliza-se exclusivamente da doutrina para julgar o tema colocado para análise, preterindo a legislação e a jurisprudência que já havia se consolidado sobre o tema. Evidente, assim, que a doutrina serviu de fundamento para embasar a decisão proferida, funcionando, neste caso, como verdadeira fonte do direito.

Por fim, devemos analisar a jurisprudência, que em nosso trabalho assume uma função de destaque, quando falamos em modificação do entendimento do Poder Judiciário.

Para muitos autores⁶⁹, a jurisprudência, entendida como o resultado da atividade jurisdicional, não pode ser considerada fonte do direito, já que é o resultado da aplicação do próprio direito.

Entretanto, nos tempos atuais, é inegável o papel da jurisprudência como fonte do direito.

É inegável que hoje a função dos juízes vai muito além da simples subsunção do fato à norma. Não é mais possível imaginarmos que um magistrado, no momento de decidir uma lide, tão somente realize a aplicação da letra fria da lei ao caso concreto colocado em sua frente para decisão.

O julgador deve valer-se da interpretação para construir a norma jurídica que será aplicada ao caso. Ressalta-se, ainda, que muitas vezes, a atividade judicial prevê uma interpretação diversa a determinado diploma normativo, sem que a lei sofra qualquer alteração legislativa.

Renato Lopes Becho demonstra com precisão essa afirmação:

⁶⁹ Paulo de Barros Carvalho é um dos autores que entende que a jurisprudência não pode ser considerada como fonte do direito, já que, para o autor, as decisões reiteradas dos tribunais são o próprio direito e não sua fonte. Segundo seu entendimento, as fontes do direito devem ser os veículos introdutórios de normas no sistema. Nas palavras do autor: *Isso nos permitirá operar com as fontes como algo diferente do direito posto, evitando, desse modo, a circularidade ínsita à noção cediça de fontes como sendo o próprio direito por ele mesmo criado.* (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: linguagem e método. Noeses. 2008. São Paulo. p. 393).

*A atividade judicial tem, portanto, essa função interpretativa e construtiva da norma jurídica. Ela permite, muitas vezes, a verificação até da mudança na compreensão de textos legais, pela atualização através do tempo, ainda que não haja alteração na redação.*⁷⁰

Além disso, a jurisprudência pode criar direito nas hipóteses em que existe uma lacuna no sistema e este mesmo sistema permite que o órgão julgador utilize-se da analogia para colocar fim ao caso concreto.

Assim, não há dúvidas de que a jurisprudência deve ser considerada como uma das fontes do direito, apesar de não possuir caráter normativo e não ser de observação obrigatória pelos jurisdicionados e pelos demais entes da administração pública.

O papel da jurisprudência como fonte do direito ganha maior relevância quando tratamos do tema da alteração dos entendimentos dos Tribunais, ou melhor, das modificações da jurisprudência, principalmente no campo do direito tributário.

É notório que os julgadores, durante o decurso dos anos, podem passar a analisar o tema sobre ótica diversa e acabar mudando de opinião acerca daquele assunto específico. Todos têm o direito de mudar de opinião ao analisar o direito. Assim, poderão existir mudanças na interpretação pelos mais variados motivos, dentre eles a natural evolução da sociedade, que certamente influencia o sistema do direito positivo, como já vimos em capítulo anterior.

Outra possibilidade de mudança de interpretação ocorre quando há alteração na composição dos Tribunais. É certo que os magistrados possuem suas próprias

⁷⁰ BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário: teoria geral e constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2011. p . 193

convicções e valores, não podendo ser obrigados a pensar de maneira uniforme sobre o mesmo tema. Desta forma, quando existe a mudança na composição dos órgãos julgadores é natural que haja modificação na jurisprudência sobre determinados assuntos.

Entretanto, como verificado anteriormente, o sistema do direito positivo não está preparado para a modificação de interpretação dos órgãos julgadores, havendo tão somente mecanismos que protegem o jurisdicionado e privilegiam o princípio da segurança jurídica nas esferas legislativa e administrativa.

Não há qualquer instrumento, previsto em lei, que determine que a modificação do entendimento do Tribunal tenha que respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Misabel Abreu Machado Derzi trabalha bem este tema:

As Constituições contemporâneas não consagram o princípio da irretroatividade em relação aos atos normativos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. É que, como já anotamos no tópico 9, deste Capítulo, o princípio da irretroatividade sempre pareceu uma decorrência natural às leis e está na base do princípio da separação de poderes.⁷¹

Este fato, da não previsão de mecanismos que assegurem a segurança jurídica dos cidadãos quando da modificação da jurisprudência, incomoda a comunidade jurídica, que tenta adaptar conceitos, para tranquilizar o sistema.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior reflete que:

⁷¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. Noeses. São Paulo. 2009, p. 546.

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 MIZABEL ABREU MACHADO DERZI. Rio de Janeiro, 1999, Nota, p. 653). A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a inteligência da lei aplicada a certo caso concreto.

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

A preocupação sobre o tema é relevante, pois a jurisprudência cria expectativas de direito, sendo que o jurisdicionado realiza suas condutas de acordo com os entendimentos pacificados nos Tribunais, principalmente na esfera tributária. Deve-se notar, portanto, que nessas hipóteses, a jurisprudência não deve ser entendida como aplicável apenas às partes de um processo. Na verdade, no momento em que admitimos que a jurisprudência gera expectativas de direito e deve ser considerada como fonte do direito, ela extrapola os limites da lide e gera consequências para toda a sociedade. Neste sentido, a jurisprudência, enquanto fonte do direito possui um papel similar ao da lei, já que cria efeitos para toda a comunidade e gera expectativas para todos os jurisdicionados.

⁷² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. e outros. *Irretroatividade e jurisprudência judicial. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ. Manole. São Paulo. 2008. p. 10-11.*

Assim, a mudança abrupta da interpretação causa enorme desconforto para o sistema jurídico, colocando em risco toda a sua segurança que deve ser garantida para sua harmonia interna.

Nas palavras de Renato Lopes Becho:

Em outros termos, se a jurisprudência não gerar expectativa de direito, se não for fonte do direito, não devemos dizer da existência de conflitos de jurisprudência entre quaisquer tribunais. Se a jurisprudência for irrelevante na formação do princípio da segurança jurídica, os advogados não precisam buscar os precedentes jurisprudenciais. Nessa hipótese, os repertórios de jurisprudência serão tão úteis quanto as revistas que tratam da vida alheia e qualquer tribunal pode decidir qualquer caso independentemente de outros processos.⁷³

É nessa esteira de raciocínio que deve ser analisada a modulação dos efeitos das decisões, principalmente aquelas emanadas pela Corte Suprema e pelos Tribunais Superiores, pois o sistema não pode deixar o jurisdicionado desprotegido quando existe a alteração do posicionamento jurisprudencial, se confere instrumentos hábeis para coibir surpresas com as alterações legislativas e de entendimentos administrativos.

Esse tema, que é o cerne desta tese, será desenvolvido em momento oportuno.

⁷³ BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário: teoria geral e constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2011. p. 200.

3.3. As normas jurídicas

Os legisladores introduzem, no ordenamento jurídico, textos de lei, construindo, desta forma, a realidade jurídica.

Fazendo um paralelo com a semiótica, que tem por objetivo o estudo dos signos, pode-se dizer que os textos de lei são o suporte físico, sendo, portanto, o substrato material com natureza física.

Mas para o direito positivo não basta a introdução de textos de lei no ordenamento jurídico. É necessário que haja a interpretação de tais textos, a fim de que se atinja o real objetivo do texto emanado pelo legislador.

Neste ponto, ingressa-se no significado, que é justamente o momento em que o intérprete toma o primeiro contato com o texto e lendo seus artigos e parágrafos, passa a relacionar semanticamente todos os seus termos e objetos.

No entanto, a interpretação somente estará completa quando o intérprete atingir o estágio da significação, segundo o qual, haverá a representação formada em sua mente, através da realização de unidades lógicas, obtendo-se a compreensão total das formações normativas.

Somente após estes estágios é que, de acordo com nosso entendimento, se formarão na mente do intérprete as normas jurídicas decorrentes do texto de lei.

Neste ponto, é importante o estudo das normas jurídicas, para melhor compreensão do tema.

Norma jurídica é uma expressão polissêmica que gera várias interpretações por parte dos autores, não existindo unanimidade sobre o tema.

O ponto comum entre todos os doutrinadores, entretanto, é que o direito deve ser entendido como um conjunto de normas jurídicas.

Para Tércio Sampaio Ferraz, a norma se torna jurídica através da institucionalização da relação entre o emissor e o receptor da mensagem normativa.⁷⁴

O autor assevera:

Ao examinarmos a noção de norma-comunicação, verificamos que ao comunicar-se, o homem o faz em dois níveis: o relato, isto é, a mensagem que emanamos (sentar-se) e o cometimento, a mensagem que emana de nós, ou seja, a simultânea determinação da relação entre os comunicadores (“por favor, sentem-se” ou “sentem-se!”). É nessa relação que se localiza o caráter prescritivo das normas. É nela que se pode descobrir o caráter prescritivo jurídico.⁷⁵

Através do cometimento, é instaurada uma relação de autoridade, sendo que o emissor é superior em relação ao receptor. No entanto, ainda deve haver a figura de um terceiro, estranho à relação instaurada entre os sujeitos, que terá o condão de institucionalizar a relação de superioridade entre os partícipes.

Para o autor:

Ora, o que vai dar o caráter jurídico à norma é a institucionalização desta relação de autoridade. O cometimento jurídico constrói-se por uma referência básica das relações entre as partes a um terceiro comunicador: por exemplo, o juiz, o costume, o legislador. É pela referência a este terceiro comunicador que se institucionaliza, na

⁷⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Atlas. São Paulo. 1994. p. 108.

⁷⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Atlas. São Paulo. 1994. p. 108.

*comunicação normativa, a relação complementar autoridade/sujeito.*⁷⁶

Ademais, para o autor, não é qualquer conteúdo que pode compor as normas jurídicas, pois se assim fosse, poderiam ser editadas normas com conteúdos quaisquer, que pudessem, inclusive, ir contra os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Assim, deve ser observada a existência de núcleos significativos, que sejam aceitos pela sociedade, de acordo com seus valores e ideologias. Tais núcleos, portanto, têm o condão de adequar os desideratos sociais aos temas lançados na prescrição jurídica, através de proposições de *dever ser*.

Miguel Reale, por sua vez, não concorda em reduzir as normas jurídicas a um juízo hipotético. Para referido autor, o dever ser somente poderia existir em normas que objetivam regular comportamento. No entanto, sob sua ótica, existem normas jurídicas que não tem o condão de obrigar, permitir ou proibir, mas sim de estabelecer organização, fixar atribuições, etc.

O autor entende que:

Na realidade, as regras que dispõem sobre a organização dos poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos: o que as caracteriza é a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do

⁷⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Atlas. São Paulo. 1994. p. 110.

*qual possam ou não resultar determinadas consequências. Ora, não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, não há que se falar em hipoteticidade.*⁷⁷

Desta forma, será jurídica a norma que deve ser seguida de forma objetiva e obrigatória, pouco importando reger matéria de comportamento ou de organização.

Apesar dos entendimentos acima expostos, adotamos a premissa de que norma jurídica é um juízo hipotético condicional, construído pelo intérprete a partir dos textos de direito positivo, em que se associa uma consequência à realização de um acontecimento fático previsto no antecedente ou suposto normativo.

Disto resulta que todas as normas jurídicas são implícitas, eis que são uma criação na mente do intérprete. Jamais uma norma jurídica pode ser considerada explícita. Explícito é tão somente o enunciado prescritivo veiculado no texto de lei.

Em outras palavras, os enunciados prescritivos são os textos legais introduzidos no sistema jurídico pela autoridade competente. É o suporte físico do direito positivo.

Norma jurídica, por outro lado, é a significação que se forma na mente do intérprete quando da análise dos textos legais.

Tanto que para se construir uma norma jurídica, na maioria das vezes, não basta um único artigo de lei. Normalmente, o intérprete deve se socorrer de vários textos legais para conseguir criar uma única norma jurídica.

Por tal motivo é que se pode afirmar que a norma jurídica é a entidade mínima e irreduzível dotada de sentido deôntico completo.

Vários são os elementos que diferenciam a norma jurídica de outras normas (por exemplo, as sociais e morais). No entanto, o elemento primordial é a

⁷⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. Saraiva. São Paulo. 2005. p. 95.

coercitividade. As normas jurídicas são coercitivas, no sentido de que seu cumprimento é obrigatório e caso não sejam cumpridas, podem ser impostas pelo órgão competente.

Ademais, toda norma jurídica possui um antecedente e um consequente, que se conectam através do operador deôntico *dever ser*.

De acordo com os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho⁷⁸:

A derradeira síntese das articulações que se processam entre as duas peças daquele juízo, postulando uma mensagem deôntica portadora de sentido completo, pressupõe, desse modo, uma proposição-antecedente, descritiva de possível evento do mundo social, na condição de suposto normativo, implicando uma proposição-tese, de caráter relacional, no tópico do consequente. A regra assume, portanto, uma feição dual, estando as proposições implicante e implicada unidas por um ato de vontade da autoridade que legisla. E esse ato de vontade, de quem detém o poder jurídico de criar normas, expressa-se por um dever-ser neutro, no sentido de que não aparece modalizado nas formas 'proibido', 'permitido' e 'obrigatório'. 'Se o antecedente, então deve-ser o consequente'. Assim diz toda e qualquer norma jurídico-positiva.

O antecedente da norma jurídica descreve um evento de possível ocorrência no mundo fenomênico, selecionando determinadas propriedades dos acontecimentos da realidade social que são relevantes para o mundo jurídico.

⁷⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. Noeses. 2008. São Paulo. p. 131.

O conseqüente da norma jurídica, por sua vez, tem a função de prescrever as condutas intersubjetivas que devem ser observadas pela sociedade. Trata-se de uma proposição de cunho relacional, conectando dois ou mais sujeitos de direito através de uma conduta permitida, proibida ou obrigatória.

Ou seja, o conseqüente normativo faz com que a relação jurídica efetivamente nasça na situação concreta⁷⁹.

3.3.1. Estrutura interna da norma jurídica

Muito se discute acerca da estrutura interna da norma jurídica.

Hans Kelsen entendia que as verdadeiras normas jurídicas eram aquelas que fixavam sanções (normas primárias), ao passo que as demais normas (normas secundárias), que fixavam competência, tratavam do processo, traziam permissões, não eram autônomas, pois deveriam se subsumir às primárias.

De acordo com o autor:

⁷⁹ Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. Noeses. 2008. São Paulo. p. 134/135) ensina que:

“Para a Teoria Geral do Direito, ‘relação jurídica’ é definida como o vínculo abstrato segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação. Para que se instaure um fato relacional, vale dizer, para que se configure o enunciado pelo qual irrompe a relação jurídica, são necessários dois elementos: o subjetivo e o prestacional. No primeiro, subjetivo, encontramos os sujeitos de direitos postos em relação: um, no tópico de sujeito ativo, investido do direito subjetivo de exigir certa prestação; outro, na posição passiva, cometido do dever subjetivo de cumprir a conduta que corresponda à exigência do sujeito pretensor. Ambos, porém, necessariamente sujeitos de direito. Nada altera tratar-se de pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, nacional ou estrangeira.

Ao lado do elemento subjetivo, o enunciado relacional contém uma prestação como conteúdo do direito de que é titular o sujeito ativo e, ao mesmo tempo, do dever a ser cumprido pelo passivo. O elemento prestacional fala diretamente da conduta, modalizada como obrigatória, proibida ou permitida. Entretanto, como o comportamento devido figura em estado de determinação ou de determinabilidade, ao fazer referência à conduta terá de especificar, também, qual é seu objeto (pagar valor em dinheiro, construir um viaduto, não se estabelecer em certo bairro com particular tipo de comércio, etc). O elemento prestacional de toda e qualquer relação jurídica assume relevância precisamente na caracterização da conduta que satisfaz o direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo, outorgando o caráter de certeza e segurança de que as interações sociais necessitam. É nesse ponto que os interessados vão ficar sabendo qual a orientação que devem imprimir às respectivas condutas, evitando a ilicitude e realizando os valores que a ordem jurídica instituiu”.

Se uma ordem jurídica ou uma lei feita pelo parlamento contém uma norma que prescreve uma determinada conduta e uma outra norma, que liga à não observância da primeira uma sanção, aquela primeira norma não é uma norma autônoma, mas está essencialmente ligada à segunda; ela apenas estabelece – negativamente – o pressuposto a que a segunda liga a sanção. E, quando a segunda norma determina positivamente o pressuposto a que liga a sanção, a primeira torna-se supérflua do ponto de vista da técnica legislativa. Se, por exemplo, um código civil contém a norma de que o devedor deve restituir ao credor, de acordo com as estipulações contratuais, o empréstimo recebido, e a norma segundo a qual, quando o devedor não restituir ao credor a soma emprestada, de conformidade com as estipulações contratuais, deve ser realizada sobre o patrimônio do devedor, a requerimento do credor, uma execução civil; tudo o que a primeira norma determina está contido negativamente na segunda, como pressuposto. Um código penal moderno não contém, a maior parte das vezes, normas das quais, como nos Dez Mandamentos o homicídio, o adultério e outros delitos estejam proibidos, mas limita-se a ligar sanções penais a determinados tipos legais (Tatbestande). Aqui se mostra claramente que a norma ‘Não matarás’ é supérflua quando vigora uma norma que diz: ‘Quem matar será punido’, ou seja, que a ordem jurídica proíbe uma determinada conduta pelo fato mesmo de ligar a esta conduta uma sanção, ou prescreve uma determinada conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta. Normas jurídicas não-autônomas são também aquelas que permitem positivamente uma determinada conduta, pois elas apenas limitam o domínio de validade de uma norma jurídica que proíbe essa conduta

na medida em que lhe liga uma sanção. Já nos referimos à norma permissiva da legítima defesa. A conexão entre ambas as normas em questão surge com particular clareza na Carta das Nações Unidas que, no seu art. 2º, n. 4, proíbe a todos os seus membros o emprego da força como autodefesa individual ou coletiva enquanto liga a esse emprego da força as sanções estatuídas no art. 39, e no art. 51, permite o uso da força como autodefesa, limitando assim a proibição geral do art. 2º, n. 4. Os artigos citados formam uma unidade. A Carta poderia conter um único artigo proibindo aos membros das Nações Unidas o uso da força em que não fosse autodefesa individual ou coletiva, fazendo do emprego da força, assim limitado, pressuposto de uma sanção. Um outro exemplo: uma norma proíbe o tráfico de bebidas alcoólicas, isto é, fá-lo pressuposto de uma pena, sendo, porém, essa norma limitada por uma outra segundo a qual o tráfico de bebidas alcoólicas, quando feito com permissão da autoridade, não é proibido, isto é, não é punível. A segunda norma, através da qual o domínio da validade da primeira é limitado, é uma norma não-autônoma. Aquela apenas faz sentido em combinação com esta. Ambas formam uma unidade. Os respectivos conteúdos podem ser expressos numa norma do seguinte teor: quem traficar bebidas alcoólicas sem permissão da competente autoridade será punido.⁸⁰

Para Kelsen, a norma é prescrição. No entanto, o mestre de Viena reduziu o ordenamento jurídico ao esquema de normas sancionantes, o que foi bastante criticado por alguns doutrinadores.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4ª Ed. Armênio Machado. 1976. Coimbra. p. 88/89.

Geraldo Ataliba, por sua vez, entende que a estrutura de toda norma jurídica, portanto também a da norma tributária, é composta por três elementos fundamentais: hipótese, mandamento e sanção⁸¹.

Ataliba assevera que:

Com efeito, a estrutura das normas jurídicas é complexa; não é simples, não se reduz a conter um comando puro e simplesmente. Toda norma jurídica tem hipótese, mandamento e sanção. Verificada a hipótese, o mandamento atua, incide.

Acontecido o fato previsto na hipótese da lei (hipótese legal), o mandamento, que era virtual, passa a ser atual e se torna atuante, produtivo dos seus efeitos próprios: exigir inexoravelmente (tornar obrigatórios) certos comportamentos, de determinadas pessoas.

Miguel Reale defende que as normas de conduta, que são aquelas que podem ser estruturadas em juízos hipotéticos, já que prescrevem comportamentos que devem ser cumpridos pela sociedade, sempre terão a alternativa do implemento ou da violação do dever que ela insere no mundo social.

É evidente que o legislador não pretende que o sujeito descumpra a regra imposta, tanto que para a pessoa que não a observa, existe a previsão de uma sanção, mas referido indivíduo possui liberdade em escolher cumprir ou descumprir a norma jurídica existente no ordenamento.

Assim, a norma jurídica teria como estrutura a conjunção da norma que prescreve o dever e da norma que prescreve a sanção pelo não cumprimento de

⁸¹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 42.

“
”
.

referido dever. No entanto, a relação entre ambas não possui tão somente o aspecto lógico, como entende Kelsen, mas deve ser observada também a carga valorativa existente em cada caso.

Para Miguel Reale:

*Como se vê, a hipoteticidade ou condicionalidade da regra de conduta não tem apenas um aspecto lógico, mas apresenta também um caráter axiológico, uma vez que nela se expressa a objetividade de um valor a ser atingido, e, ao mesmo tempo, se salvaguarda o valor da liberdade do destinatário, ainda que para a prática de um ato de violação.*⁸²

Paulo de Barros Carvalho, por seu turno, não concorda com a inclusão da sanção na estrutura da norma jurídica. No seu entendimento a sanção configura outra norma jurídica, com antecedente e consequente próprios, diversos, portanto, daqueles existentes na norma primária⁸³.

Na verdade, para referido autor, o antecedente da norma sancionatória, por ele denominada secundária, traria a descrição do descumprimento do comportamento previsto no consequente da norma primária, sendo que o consequente prescreveria a relação jurídica em que o Estado estaria autorizado a utilizar-se do emprego da coercitividade.

Posição semelhante é defendida por Lourival Vilanova⁸⁴:

⁸² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. Saraiva. São Paulo. 2005. p. 100.

⁸³ O autor assevera: “caso a sanção passasse a integrar a estrutura lógica da norma jurídica, haveríamos de conceber a regra que tivesse uma hipótese, uma consequência, outra hipótese para o descumprimento dessa consequência e, finalmente, outra consequência a que chamaríamos de sanção”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. Lael, 1974, p. 40).

⁸⁴ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. Noeses. São Paulo. 2005. p. 64.

Na primária, estatuem-se relações jurídicas deonticamente modalizadas como eficácia da realização dos pressupostos fáticos descritos no antecedente, impondo ao polo passivo um dado comportamento obrigatório, permitido ou proibido. Na secundária, preceituam-se consequências sancionadoras, no pressuposto do não cumprimento do estipulado na norma primária, determinante da conduta juridicamente devida. Tem-se, assim, o descumprimento da norma primária como pressuposto de incidência da norma secundária.

Este posicionamento parece ser o mais adequado, eis que a partir do momento em que a norma secundária é uma norma eminentemente processual, no sentido de que o sujeito ativo da norma primária provoca o Poder Judiciário para ver prevalecer o seu direito que foi descumprido pelo sujeito passivo da norma primária, não há razão para se entender que a sanção deva fazer parte da estrutura de referida norma primária.

Óbvio que não existe norma jurídica completa sem sanção, mas esta deve estar prescrita em norma autônoma e não em uma única norma jurídica.

A norma primária em conjunto com a norma secundária formam a norma jurídica completa.

3.3.2. Espécies de normas jurídicas

Com relação à classificação, as normas jurídicas podem ser abstratas, concretas, gerais e individuais⁸⁵.

A abstração e a concretude da norma se referem ao fato descrito em seu antecedente, ao passo que as características *geral* e *individual* são ínsitas do consequente normativo, referindo-se aos destinatários do comando legal.

Uma norma será abstrata quando seu antecedente descrever uma classe de eventos do mundo social de possível ocorrência.

Será concreta quando o antecedente descrever fato que já se realizou no mundo fenomênico. Trata-se de fato passado, de existência concreta.

Geral será a norma que trazer em seu consequente a regulação de um comportamento de uma classe de pessoas indeterminadas.

Individual, por fim, será aquela norma que contiver em seu consequente a regulação de um comportamento de certo indivíduo ou de pessoas determinadas.

Deve-se ressaltar que a generalidade ou a individualidade da norma fará surgir a relação jurídica correspondente.

Assim, da conjugação desses elementos, poderão surgir no ordenamento jurídico quatro espécies de normas jurídicas: - abstrata e geral; - concreta e geral; - abstrata e individual; e, concreta e individual.

Norberto Bobbio⁸⁶ já ensinava:

⁸⁵ Hans Kelsen já explicava a diferença entre as espécies de normas em sua Teoria Pura (ob. cit. p. 248), apesar de não definir o que é abstrato, geral, individual e concreto: “A norma geral, que liga a um fato abstratamente determinado uma conseqüência igualmente abstrata, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. É preciso estabelecer se in concreto existe um ato que a norma geral determina in abstracto; e é necessário pôr um ato concreto de coerção – isto é, ordená-lo e depois executá-lo – para este caso concreto, ato de coerção esse que é igualmente determinado in abstracto pela norma geral. Portanto, a aplicação de uma norma geral e abstrata a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral. E, por isso, a função da norma geral a aplicar também pode consistir em determinar o conteúdo da norma individual que é produzida através do ato judicial ou administrativo, da decisão judicial ou da resolução administrativa”.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*. 2ª ed. Editorial Temis. 1992. Colômbia. p. 133.

Normas generales y abstractas (de este tipo son la mayor parte de las leyes, por ejemplo, las leyes penales); normas generales y concretas (una ley que declara la movilización general se dirige a una clase de ciudadanos y al mismo tiempo prescribe una acción particular que, una vez cumplida, extingue la eficacia de la norma); normas particulares y abstractas (una lei que atribuya a determinada persona una función, por ejemplo la juez de la corte constitucional, se dirige a un solo individuo y le prescribe no una acción, sino toda aquellas acciones que son inherentes al ejercicio del cargo); normas particulares y concretas (el ejemplo más característico es el de la sentencia del juez).

Sem sombra de dúvidas, as normas que mais interessam ao cientista do direito são as normas gerais e abstratas e as normas individuais e concretas, eis que são as espécies mais comuns encontradas no ordenamento jurídico pátrio.

Certo é, porém, que todas as espécies de normas jurídicas possuem estrutura hipotético-condicional⁸⁷.

A norma geral e abstrata possui o operador deôntico (dever ser) neutro e tem por finalidade a prescrição de condutas para a sociedade. Por tal motivo é que “Dado um fato F, deve ser a consequência P”.

⁸⁷ Pode-se afirmar que a estrutura hipotético-condicional não é uma arbitrariedade do legislador.

Na verdade, trata-se de uma exigência do sistema jurídico, pois, a partir do momento em que o direito positivo tem como finalidade regular as condutas intersubjetivas da sociedade, somente pode haver tal regulação com uma estrutura que faça com que a ocorrência de determinado acontecimento deflagre uma relação jurídica.

O direito regula o mundo do ser, mas para isso deve utilizar a linguagem do dever ser, pois somente aqueles acontecimentos que o legislador entender que têm importância efetiva para o direito é que desencadearão relações jurídicas respectivas.

Além disso, o destinatário da norma sabe que se realizar o fato descrito na hipótese normativa, fará com que nasça a relação jurídico-tributária, em que o direito positivo regulará a conduta desejada em permitida, proibida ou obrigatória. E, o direito positivo somente poderá regular o comportamento humano se, efetivamente, houve a realização do fato descrito na hipótese, ou seja, se o ocorrido no mundo social se encaixa perfeitamente à hipótese normativa.

A norma individual e concreta, por seu turno, é regida pelo operador deôntico modalizado, em proibido, permitido ou obrigatório, eis que ela desencadeará a relação jurídica entre sujeito ativo e sujeito passivo determinados, proibindo, permitindo ou obrigando os indivíduos que estiverem no polo passivo da obrigação a realizar determinada conduta.

Destaca-se, ademais, que toda norma jurídica geral e abstrata exige a edição de uma norma individual e concreta, para que possa alcançar seus objetivos. Isto porque, o fato somente existirá quando o acontecimento social previsto no antecedente de uma norma geral e abstrata for devidamente descrito no antecedente da norma individual e concreta, desencadeando, desta forma, a relação jurídica competente.

Paulo de Barros Carvalho⁸⁸ bem demonstra tal explicação:

Penso ser inevitável, porém, insistir num ponto que se me afigura vital para a compreensão do assunto: a norma geral e abstrata, para alcançar o inteiro teor de sua juridicidade, reivindica, incisivamente, a edição de norma individual e concreta. Uma ordem jurídica não se realiza de modo efetivo, motivando alterações no terreno da realidade social, sem que os comandos gerais e abstratos ganhem concreção em normas individuais.

Percebe-se, por todo o exposto, que o entendimento sobre norma jurídica é de fundamental importância para o direito positivo, bem como para a ciência do direito.

⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. Noeses. 2008. São Paulo. p. 141.

Tendo como base as afirmações acima, será possível ingressar na análise de três institutos, a validade, a vigência e a eficácia, que influenciarão de forma contundente na abordagem do tema central deste trabalho.

3.4. Validade

A norma jurídica somente existe para a realidade do direito quando é inserida no ordenamento jurídico. Tal inserção deve ser realizada pela autoridade competente para produzir a norma em questão e através do processo legislativo previsto em lei.

Assim, a partir do momento em que a norma é posta dentro do ordenamento jurídico, ela passa a valer.

Nota-se, portanto, que as normas jurídicas sempre serão válidas ou inválidas, tendo como referência um determinado sistema de direito positivo.

Desta forma, afirmando-se que a norma é válida, conclui-se que ela pertence a determinado sistema. Na verdade, ela possui relação de pertinencialidade com o sistema em que foi posta pelo órgão legitimado e através do procedimento estabelecido para esse fim.

Validade, então, é sinônimo de existência da norma no ordenamento jurídico⁸⁹.

Paulo de Barros Carvalho⁹⁰ leciona:

⁸⁹ Neste ponto interessante ressaltar a posição de Riccardo Guastini que entende que validade e existência não são sinônimos. Para o autor: *Contrariamente a la opinión extendida entre los teóricos del derecho, distingo cuidadosamente la validez de la existencia (de una norma, de una disposición o de una fuente). Es condición necesaria para que una norma sea válida que sea conforme a todas las normas que regulan su creación. Para que una norma exista en el ordenamiento, en cambio, no es preciso tanto: es suficiente que sea creada por una autoridad normativa prima facie competente para crear esse tipo de norma. En otros términos, se disse que una norma, disposición o fuente es 'existente' cuando há sido creada de conformidad (no a todas, sino incluso solo) a alguna de las normas que regulan su creación.* (GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Genova: Giuffrè, Milan. 1993. p. 50).

É intuitivo crer que a validade se confunde com a existência, de sorte que afirmar que u'a norma existe implica reconhecer sua validade, em face de determinado sistema jurídico. Do que se pode inferir: ou a norma existe, está no sistema e é, portanto, válida, ou não existe como norma jurídica”.

Se a norma não fosse inserida no ordenamento jurídico, jamais ela poderia ser considerada norma jurídica. Poderia ser norma moral, ética, social, mas não jurídica.

Assim, quando se introduz normas em um determinado sistema ou ordenamento jurídico, está-se introduzindo novas regras de conduta que devem ser seguidas pelo cidadão, pois como visto no item anterior, somente as normas jurídicas possuem a característica da coercitividade.

Como dito, uma norma é válida se introduzida no sistema pelo agente competente e através do procedimento adequado. Esses são os critérios de validade adotados para a norma pertencer ao ordenamento jurídico.

Autoridade competente é aquela credenciada pelo sistema como apta para inserir enunciados jurídicos. Caso esse agente não seja legitimado, os enunciados por ele produzidos não serão válidos e, portanto, não serão jurídicos.

Por outro lado, quando se fala em procedimento próprio, tem-se que avaliar a forma de produção da norma. O enunciado somente pode ser considerado válido se tiver sido produzido nos termos prescritos pelo direito.

Tanto a autoridade produtora do enunciado, quanto o procedimento utilizado para produzi-lo podem ser verificados através da enunciação-enunciada do

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. Noeses. 2008. São Paulo. p. 404.

instrumento normativo, que traz os traços da enunciação, perdida no tempo e no espaço.

Contudo, este ponto merece uma reflexão: somente será possível verificar se o enunciado realmente foi produzido pela autoridade competente e através do procedimento adequado em um momento posterior. A norma jurídica sempre será admitida, num primeiro momento, como sendo válida. Somente num segundo momento é que poderá ser analisado de forma efetiva se os dois critérios para a validade foram ou não obedecidos. Motivo pelo qual se fala que a validade é um axioma do direito.

Para Norberto Bobbio:

El problema de la validez es el problema de la existencia de la regla em cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no. Mientras el problema de la justicia se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho; esto es, se trata de comprobar si una regla juridica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, asi como es, es una regla juridica. Validez de una norma equivale a existencia de esa norma como norma juridica. Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesario medirla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se trata de establecer la entidad y el alcance de un resultado.⁹¹

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*. 2ª ed. Editorial Temis. 1992. Colômbia. p. 21.

Existe uma presunção de que a autoridade que introduziu o enunciado prescritivo no ordenamento jurídico era a legitimada para tanto, tendo, inclusive, utilizado o procedimento adequado prescrito em lei.

Sendo assim, as normas nascem válidas, pois passam a existir na realidade jurídica, já que foram inseridas no ordenamento do direito positivo. A verificação quanto a produção da norma ter ou não seguido o procedimento adequado, bem como ter ou não sido editada por autoridade competente, é realizada posteriormente. Caso fique demonstrado que não houve a obediência aos critérios da validade, poderá existir sua futura desconstituição.

Na verdade, não se trata de uma presunção de validade, pois a norma de fato existe. O que se presume é que a enunciação e o enunciado da norma, verificada através da enunciação-enunciada, tenham sido criados em conformidade com as normas que regulam sua criação.

Enquanto não houver a verificação da enunciação, com sua consequente desconstituição, tem-se que ela ocorreu nos moldes estabelecidos pelas regras do sistema, pois ela está constituída em linguagem jurídica e como tal possui presunção.

Desta forma, verificar se a enunciação e o enunciado estão de acordo com as regras existentes no ordenamento jurídico não significa dizer que os critérios de validade foram atendidos, pois, como dito, a norma já é válida, eis que existente. Na verdade, tal verificação é utilizada como critério de permanência do enunciado no sistema de direito positivo.

Isto ocorre, pois, caso fosse admitida a vinculação entre validade e adequação ao procedimento legislativo, sempre as normas deveriam ser

consideradas inválidas ou, no máximo, presumidamente válidas, até que fossem apreciadas pelo Poder Judiciário.

Entretanto, não há como se fazer essa vinculação entendendo-se a validade como a relação de pertinencialidade de uma norma com determinado sistema. Em outras palavras, a partir do momento em que ela é inserida no sistema do direito positivo ela existe para o mundo jurídico e, existindo, ela é válida.

Não se pode confundir, ainda, os critérios de validade, que são a autoridade competente e o procedimento adequado, com o fundamento de validade da norma. São coisas distintas.

Tércio Sampaio Ferras Jr. menciona que uma norma é válida ainda que:

*o conteúdo não seja cumprido, é respeitada, sendo tecnicamente imune a qualquer descrédito. Logo o valer de uma norma não depende da existência real e concreta das condutas que prescreve: mesmo sendo descumprida, ela vale.*⁹²

Tal entendimento faz com que uma norma inconstitucional seja válida no sistema de direito positivo. Até que ela seja desconstituída com a declaração de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, ela existe no ordenamento jurídico e produz efeitos para as situações que disciplina.

Assim, o fundamento de validade da norma não é critério de validade, mas sim, de permanência no sistema de direito positivo.

Esclarece-se, por fim, que a análise da validade da norma pode ocorrer em dois planos distintos: tendo como foco o veículo introdutor ou a norma introduzida.

⁹² FERRAZ Jr. Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas. 1994. São Paulo. p. 199.

Quando existe divergência entre o veículo introdutor e as normas que lhe são hierarquicamente superiores, existe uma inconformidade na enunciação-enunciada, eis que, ou a autoridade não era competente ou o procedimento não era adequado. Neste caso fala-se em vício formal.

Em havendo dissonância na norma introduzida, há inadequação do enunciado-enunciado, acarretando na existência de vício material.

Contudo, diga-se novamente, mesmo que a norma contenha vícios, ela será válida, até que haja a análise e declaração de invalidade pelo Poder Judiciário. Isto porque, tais vícios encontram-se no plano dos fatos e precisam ser relatados em linguagem jurídica competente.

Merece destaque um pensamento de Robson Maia Lins⁹³:

Assim é a validade das normas jurídicas. Postas no sistema, mesmo que por órgão incompetente e em desacordo com procedimento previsto, ou, violando cláusula pétrea, somente quando retirada do ordenamento é que podemos dizer, em juízo jurídico de valor, que a norma é inválida. Quando o Legislativo produz norma jurídica geral e abstrata, criando tributo, por mais absurda que seja a norma, por mais que qualquer estudante de direito com poucos conhecimentos jurídicos possa apontar vários vícios de inconstitucionalidade, é o sistema jurídico que aponta órgão e procedimento de constituição de declaração de inconstitucionalidade da norma 'jurídica'. Se todas as pessoas habilitadas linguisticamente podem emitir juízos de justiça, de ética, sobre as normas, nem todas têm competência para juízos jurídicos de valor invalidador de normas. O próprio sistema positivo

⁹³ LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição*. Quartier Latin. São Paulo. 2005. p.80/81.

se encarrega de oferecer os mecanismos processuais para tanto, prevendo a legitimidade ativa e passiva, órgão competente para julgamento, processamento, e assim por diante.

Em seguida será analisado o instituto da vigência.

3.5. Vigência

No ponto anterior, verificou-se que a norma jurídica válida é aquela que pertence ao sistema do direito positivo.

Portanto, validade não é uma qualidade da norma jurídica, mas sim a relação de pertinencialidade existente entre referida norma e determinado sistema.

Agora, volta-se a atenção para a vigência, que diferentemente de validade, pode ser entendida como um atributo da norma jurídica.

A primeira observação que deve ser feita é que para ser vigente, obrigatoriamente, a norma deve ser válida. Esta conclusão é óbvia, já que não pode se falar em vigência de uma norma que não existe.

Tendo-se em vista tal premissa, pode-se dizer que vigência é a qualidade da norma jurídica válida que está apta a produzir os efeitos que lhe são peculiares. Assim, sempre que ocorrerem no mundo fenomênico os eventos descritos no antecedente da norma jurídica vigente, os efeitos jurídicos serão propagados, havendo a instauração da relação jurídica prevista em seu consequente.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis

*os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada.*⁹⁴

Assim, toda norma vigente, obrigatoriamente deve ser válida. No entanto, nem toda norma válida possui a qualidade de vigor. Isto porque, existem normas inseridas no ordenamento jurídico que não possuem a aptidão de propagar os efeitos que lhe são peculiares.

Tal fato ocorre ou porque as normas jurídicas ainda não adquiriram a aptidão de irradiar efeitos ou porque já a perderam⁹⁵.

A *vacatio legis* é um exemplo de norma jurídica válida, mas que ainda não possui possibilidade de irradiar os efeitos que lhe são peculiares, não tendo, portanto, vigência. No entanto, por ser uma norma válida ela pode inclusive ser objeto de controle de constitucionalidade ou legalidade.

É no artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que se encontra a diretriz genérica relativa ao vigor das leis. Tal artigo estabelece que, salvo disposição de lei em contrário, a lei passa a ter vigência quarenta e cinco dias depois de ter sido publicada.

Ocorre que, especificamente no Direito Tributário, a regra genérica do artigo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sofre influência de institutos

⁹⁴ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas. 1994. São Paulo. p. 196-197.

⁹⁵ De acordo com este entendimento, Paulo de Barros Carvalho (*Direito tributário: linguagem e método*. Noeses. 2008. São Paulo.. p. 405) afirma: “*Há normas que existem e que, por conseguinte, são válidas no sistema, mas não dispõem dessa aptidão. A despeito de ocorrerem os fatos previstos em suas hipóteses, não se desencadeiam as consequências estipuladas no mandamento. Dizemos que tais regras de direito não têm vigor, seja porque já o perderam, seja porque ainda não o adquiriram.*”

jurídicos existentes no sistema, quais sejam: os princípios da irretroatividade e da anterioridade da norma jurídica tributária.

Tais princípios encontram-se insculpidos no artigo 150, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal.

Tendo em vista tais fatores, é possível afirmar que o termo inicial da vigência das normas jurídicas de caráter tributário será deslocado para um momento posterior. Em outras palavras, tais normas não entrarão em vigor quarenta e cinco dias após a sua publicação, mas sim no primeiro dia do exercício seguinte ao que foi publicada.

Portanto, a norma tributária que instituir novo tributo ou aumentar um já existente deve se coadunar tanto a regra genérica do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, quanto às regras próprias do sistema tributário nacional previstas no texto constitucional.

A norma pode ter vigência plena quando estiver apta para produzir efeitos para o passado e para o futuro. Em contrapartida, há vigência parcial quando a vigência se dá apenas para o passado ou apenas para parte do passado ou para o futuro.

Neste ponto é importante tecer alguns comentários acerca da vigência das normas gerais e abstratas e das normas individuais e concretas.

Como visto, as normas gerais e abstratas descrevem, em seu antecedente, um fato de possível ocorrência, e em seu consequente, a regulação de um comportamento de uma classe de pessoas indeterminadas. Por outro lado, as normas individuais e concretas possuem em seu antecedente a ocorrência de um fato passado e no consequente existe o desencadeamento de uma relação jurídica entre sujeito ativo e sujeito passivo determinados, proibindo, permitindo ou

obrigando os indivíduos que estiverem no polo passivo da obrigação a realizar determinada conduta. Ambas possuem estrutura hipotético-condicional.

Percebe-se, assim, que os efeitos jurídicos de tais normas são completamente distintos. Enquanto as normas gerais e abstratas são produzidas para serem aplicadas, as individuais e concretas são editadas para serem executadas.

Tais características são de suma importância quando da análise da vigência das normas acima citadas.

Isto porque, as normas gerais e abstratas somente estarão aptas a produzirem os efeitos que lhe são próprios quando estiverem aptas a serem aplicadas, pois é somente neste momento que há a conversão do fato em linguagem jurídica competente. Em outras palavras, é com o ato de aplicação que a norma geral e abstrata passa a integrar a ordem jurídica, podendo produzir efeitos jurídicos. Antes da aplicação, as normas até podem produzir efeitos, mas estes não serão jurídicos.

Diferente é o que ocorre com as normas individuais e concretas. Estas são vigentes a partir do momento em que estiverem aptas a serem exigidas. Por serem resultado da incidência, a partir do momento em que ingressam no ordenamento jurídico, já estão qualificadas com a vigência.

Portanto, não há que se falar em *vacatio legis* para as normas individuais e concretas. Tal instituto somente é aplicado para as normas gerais e abstratas, para que os cidadãos, que terão que obedecê-las, tenham ciência da nova regra inserida no ordenamento jurídico.

Outra análise que deve ser feita com relação a esse tema é a seguinte: é certo que para que uma norma ingresse no ordenamento jurídico, precisa existir um

veículo introdutor, que introduzirá a norma introduzida. Portanto, é correto afirmar que as normas sempre ingressam no sistema aos pares.

Tanto o veículo introdutor, quanto a norma introduzida são normas jurídicas e possuem, portanto, estrutura hipotético-condicional. A única peculiaridade é que os veículos introdutores são normas gerais e concretas, eis que seu antecedente descreve a ocorrência de um fato passado e seu conseqüente estabelece uma relação jurídica sem sujeitos determinados, pois atinge todos aqueles que devem respeito a conduta regulada pela norma.

Os veículos introdutores, assim, inserem no sistema normas gerais e abstratas, individuais e concretas e individuais e abstratas.

Levando em conta tais premissas, é possível afirmar que os veículos introdutores, a partir do momento em que passam a existir no ordenamento jurídico, também passam a ter vigência, produzindo os efeitos que lhes são peculiares.

Paulo de Barros Carvalho⁹⁶ ilustra essa afirmação:

Os veículos introdutores terão sua vigência marcada pelo átimo da própria validade. Nesse caso específico, vigência e validade são concomitantes e não teria sentido imaginar-se que a regra geral e concreta, operando como instrumento introdutor, tivesse de esperar intervalo de tempo para, somente depois, irradiar sua vigência, dado que a finalidade exclusiva de tais normas é inserir na ordem jurídica posta outras normas.

Entretanto, com a norma introduzida não ocorre da mesma forma. Na verdade, é a norma introdutora que fixará a vigência das normas introduzidas e na

⁹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. Noeses. 2008. São Paulo. p. 407.

maioria das vezes, não há coincidência entre o início da vigência da norma introdutora e da norma introduzida.

Percebe-se, portanto, que há grande diferença quando se estuda o instituto da vigência nas normas introduzidas e nos veículos introdutórios. Tais diferenças serão de suma importância quando da análise do controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

3.6. Eficácia

Quando se fala em eficácia, está-se tratando da efetiva produção das consequências próprias às normas, não podendo, por tal motivo, ser confundida com vigência, que é a aptidão para produção de efeitos.

Para ser eficaz, necessariamente a norma jurídica deve estar vigente, ou seja, ela deve ter condições de produzir os efeitos que lhe são peculiares. Sem estar vigente, não há como ela efetivamente produzir efeitos. Além disso, por óbvio, a norma deve existir para o mundo do direito, devendo ser, então, válida.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

*Uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza fática, outros de natureza técnico.*⁹⁷

⁹⁷ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas. 1994. São Paulo. p. 197.

Existem três espécies de eficácia: eficácia jurídica, eficácia técnica e eficácia social.

Eficácia jurídica é o atributo do fato jurídico e não da norma jurídica. Assim, uma vez verificado o fato descrito no antecedente normativo, tal fato jurídico propaga os efeitos que lhe são peculiares.

A eficácia jurídica decorre diretamente do mecanismo da incidência. Trata-se da causalidade jurídica.

Para que o fato social possa se transformar em fato jurídico, relevante para o direito, deve estar contido no antecedente de uma norma concreta. Isto porque, como visto, tal espécie normativa traz em seu antecedente um fato devidamente ocorrido no mundo fenomênico, que através da conversão em linguagem competente, passa a integrar a hipótese normativa, transformando-se em jurídico.

Eficácia social, por sua vez, é o cumprimento da norma posta no sistema pela comunidade em geral. A regra que é cumprida pela sociedade é socialmente eficaz. Em contrapartida, aquela norma que é desrespeitada de forma rotineira, é socialmente ineficaz.

A questão da eficácia social é bastante relevante para a Política do Direito, visto que traduz os anseios da sociedade com relação às mudanças legislativas, podendo ter como objetivo tanto retirar do sistema uma norma tida como ineficaz, quanto introduzir nova regra que coadune com a vontade popular.

A eficácia técnica, por fim, é a qualidade da norma jurídica produzir efeitos, quando ocorridos os fatos descritos em seu antecedente, uma vez removidos os obstáculos que impediam tal propagação.

Assim, fala-se em ineficácia técnica nas seguintes situações:

Existe ineficácia técnica sintática quando a produção de efeitos pela norma é impedida devido a existência de outra norma inibidora de sua incidência no sistema do direito positivo ou quando não existir regras regulamentadoras, de igual ou inferior hierarquia.

Ineficácia técnica semântica ocorre quando a norma não possui condições materiais de produzir efeitos, eis que aquilo que disciplina é de impossível ocorrência. Verifica-se um problema com o conteúdo da norma e esta não produz efeitos jurídicos.

Por derradeiro, fala-se em ineficácia técnica pragmática quando a norma apesar de ser válida e vigente não mais é aplicada pelos tribunais. Os operadores do direito que tem o condão de fazer incidir a norma para o caso concreto, não mais a utilizam, motivo pelo qual perdem sua eficácia técnica.

Em capítulo próprio, estudaremos o impacto que as decisões judiciais editadas com efeitos prospectivos, ou seja, que tiveram seus efeitos modulados exercem sobre a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas.

Isto porque, como ficará evidente, existe uma clara distinção entre o instituto que é atacado – validade, vigência e eficácia – quando há a declaração de inconstitucionalidade de uma lei com ou sem a modulação dos efeitos da decisão.

Neste trabalho, é de fundamental importância o estudo da validade, vigência e eficácia das normas, já que o instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão está intimamente ligado a tais temas.

Isto porque, quando estudamos a possibilidade de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal continuar a produzir efeitos por certo lapso temporal, fica evidente que referida norma não foi retirada do sistema e, portanto, permanece válida.

Na verdade, nestas situações, a norma inconstitucional perde sua vigência, eis que fica inapta a produzir seus efeitos a partir do marco estabelecido pela Corte Suprema. Pode-se falar, ainda, na existência de ineficácia técnica sintática da norma, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal obsta a produção de efeitos da lei incompatível com a Constituição Federal.

Este assunto será analisado de forma mais completa no último capítulo desta tese.

CAPÍTULO IV

4.1. A (in)constitucionalidade das leis

Não é de hoje que há plena aceitação da supremacia constitucional, entendida como a prevalência do Poder Constituinte sobre o Constituído. A Constituição é o produto da elaboração constituinte e, com isso, há a supremacia hierárquica de suas normas em relação às demais.

A Constituição deve ser vista como uma norma, funcionando como fundamento de validade das normas infraconstitucionais, já que, dentro do sistema jurídico, é o último critério vigente de pertinência das demais normas desse sistema.

J. J. Gomes Canotilho assevera que:

(1) As normas constitucionais constituem uma lex superior que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas da constituição são normas de normas (normae mormarum) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.⁹⁸

A Constituição é prescritiva e como tal dita às formas como devem ser criadas as demais normas dentro do sistema jurídico. Através de suas regras e princípios, a Constituição determina os passos a serem seguidos para a edição de outras

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7ª edição. Almedina. Coimbra. 2003. p. 1147.

normas, de menor hierarquia pelo legislador e este deve seguir os parâmetros desenhados pelas normas constitucionais para a criação de leis hierarquicamente inferiores ao texto máximo que lhe dá fundamento. Sua supremacia pode ser entendida como uma função de *“metalinguagem prescritiva em relação às normas infraconstitucionais”*.⁹⁹

Não é por outra razão, que a superioridade constitucional implica o princípio da conformidade ou da constitucionalidade, fazendo com que as normas constitucionais sejam sempre adotadas como o último fundamento de validade de todas as outras normas inseridas no ordenamento jurídico.

Para ser efetiva e obrigatória a Constituição deve ser aceita de forma voluntária, caso contrário, não cumprirá sua determinação de fundamentar as normas infraconstitucionais editadas pelo legislador ordinário.

O princípio da constitucionalidade, por sua vez, não tem a aptidão de demonstrar como as normas inferiores devem se enquadrar em termos materiais ou formais, mas sim, evidenciar, através das regras e princípios inseridos no texto constitucional, como que referidas normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com os ditames constitucionais.

Utilizando, uma vez mais, as lições de J. J. Gomes Canotilho:

Em termos aproximados e tendenciais, o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior – princípio da hierarquia – e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios

⁹⁹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. Saraiva. São Paulo. 1988. p. 63.

*constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia – princípio da constitucionalidade.*¹⁰⁰

Como vimos em capítulo anterior, todo princípio é uma norma jurídica e o princípio da constitucionalidade não foge à regra.

Como tal, o princípio da constitucionalidade é dotado do binômio antecedente e consequente, caracterizando-se, portanto, num juízo hipotético condicional.

A partir desta premissa, podemos afirmar que em todas as oportunidades em que houver uma lei infraconstitucional editada pelo legislador ordinário em dissonância com o texto constitucional, seja formal ou materialmente (antecedente), deverá existir (dever ser) seu julgamento de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, de acordo com o procedimento estabelecido para tanto (consequente).

Assim, qualquer lei que não esteja em conformidade com a Constituição deverá ser declarada inconstitucional pelo órgão competente. Este é o sentido construído da análise sistemática do texto constitucional, tendo como balizador o princípio da constitucionalidade.¹⁰¹

Nas palavras de Marcelo Neves:

A estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, do qual é corolário a supremacia da Constituição, conduz ao problema da lei inconstitucional. Define-se inconstitucional uma lei cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, expressa ou implicitamente, ao conteúdo de

¹⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7ª edição. Almedina. Coimbra. 2003. p.1148,

¹⁰¹ "A inconstitucionalidade legislativa pode ser definida, pois, como a relação que se estabelece, a partir de uma Constituição vigente, entre esta e uma lei, editada sob sua vigência, e que lhe é hierarquicamente inferior, cujos termos, contudo, são incompatíveis, formal ou materialmente, em vista do que o sistema constitucional determina a produção de certos efeitos (sanção) previamente traçados, que podem ser imediatos ou depender de uma provocação (nulidade ou anulabilidade da lei)". TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional brasileiro concretizado*. Método. 2006. p. 194.

*dispositivos da Constituição. E, no sentido rigoroso aqui considerado, é a lei (em sentido formal ou material) em relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais.*¹⁰²

O descompasso com o texto constitucional pode ser de ordem formal ou de ordem material. Em ambos, todavia, a consequência é semelhante: a partir do momento em que há o reconhecimento do vício, deverá ser declarada a incompatibilidade daquele texto, sob pena de negar-se o próprio sistema jurídico.

É o que extraímos da doutrina de Celso Ribeiro Bastos:

*A inconstitucionalidade de uma lei é, pois, a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado a forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado.*¹⁰³

O vício formal ou material da norma infraconstitucional ocupará o antecedente que implicará no reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em razão de seu descompasso com a Constituição, que é a prescrição existente no consequente. Assim, existindo produção normativa da qual resulta a relação direta entre a Constituição e a lei infraconstitucional viciada (formal ou materialmente), *deve-ser* irrompida a relação entre a autoridade causadora do vício, o legitimado e o juiz, em que esse declarará o efeito jurídico prescrito, por regular procedimento.

J. J. Gomes Canotilho ensina que:

¹⁰² NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. Saraiva. São Paulo. 1988. p. 73-74.

¹⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Celso Bastos. São Paulo. 2002^a. p. 626

*O princípio da prevalência da constituição não deixa margem para dúvidas relativamente à sanção geral aplicável a um acto normativo colidente com o parâmetro normativo-constitucional – inconstitucionalidade.*¹⁰⁴

O juiz é legitimado para exercer o controle judicial de constitucionalidade porque a ele predetermina-se o poder de criar a norma individual e concreta de reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade como uma etapa do processo de concretização da norma geral.

Tendo em vista tal premissa, é necessário analisar um ponto bastante importante acerca da inconstitucionalidade. Na verdade, o que se busca definir neste momento, é quando que surge a inconstitucionalidade.

Em capítulo anterior, mostramos que o direito é um fenômeno comunicacional, vertendo-se em linguagem competente para que possa prescrever as condutas subjetivas que regularão a sociedade.

Direito positivo pode ser entendido, então, como todo o conjunto de textos legais (regularmente positivados), revestidos de validade, que compõem um determinado sistema jurídico. É o direito posto, que tem por objetivo, tão somente, regular a conduta humana, de forma que guarda grande preocupação com as relações intersubjetivas.

O direito positivo utiliza-se de uma linguagem prescritiva, do dever ser, prescrevendo condutas, de forma que a ele, corresponde a lógica deôntica. Em razão disso, pode-se afirmar que suas proposições são válidas ou não válidas.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7ª edição. Almedina. Coimbra. 2003. p. 947.

Por outro lado, a ciência do direito tem por objeto justamente o estudo do direito positivo. Ela descreve, investiga, discorre sobre o direito posto, emitindo juízos de valor sobre as normas jurídicas. É através dela que se chega à essência da norma, no seu campo de incidência, na sua validade, dentre outras considerações acerca do texto de lei.

Utilizando-se da linguagem puramente descritiva, à ciência do direito referem-se os valores de verdade e falsidade, correspondendo, portanto, à lógica clássica.

Importante destacar que a ciência do direito pode ser considerada uma linguagem de sobrenível em relação ao direito positivo. Isto porque, a linguagem da ciência do direito descreve a linguagem prescritiva do direito posto. Por tal motivo é que se afirma que a linguagem da ciência do direito é uma metalinguagem em relação à linguagem prescritiva do direito positivo.

Neste norte, é correto afirmar que a doutrina é a mais pura manifestação da ciência do direito.

Percebe-se, desta forma, que o cientista do direito, ao contrário do legislador, vai estudar, sobremaneira, as normas jurídicas regulando as relações de intersubjetividade.

Por esta razão, pode-se asseverar que no campo da ciência do direito não há espaço para contradições, sendo impossível encontrá-las, em face da utilização da lógica clássica.

A lógica da ciência do direito é a da não contradição, de modo que a eventual existência de premissas contraditórias ocasiona a destruição interior do silogismo, prejudicando a obtenção de qualquer conclusão com um mínimo de validade. Sendo assim, diante da utilização de premissas que se contradizem, não há que se falar em conclusão válida.

O mesmo, entretanto, não ocorre com o direito positivo.

Neste, não só é possível existirem contradições, como elas frequentemente ocorrem.

Tais contradições dão-se em virtude da incapacidade técnica de nossos legisladores e muitas vezes, voluntariamente, em razão de pressões políticas dos governantes, especialmente, no campo do direito tributário.

Desta feita, estes aparentes conflitos de normas são resolvidos justamente pela ciência do direito, através da aplicação dos princípios consagrados pelo sistema normativo, como o da hierarquia das leis ou da ordem cronológica. Todavia a contradição persiste no corpo do direito posto, somente desaparecendo com a edição de outra norma, pelos órgãos habilitados, que venha a retirar a validade de uma das regras contraditórias.

Denota-se do explanado a grande importância na diferenciação entre direito positivo e ciência do direito. Contudo, não são todos os doutrinadores que se preocupam com esta diferenciação, o que acaba comprometendo, sobremaneira, o entendimento do ordenamento jurídico pátrio, eis que muitos conceitos são confundidos, várias definições são equivocadas, acabando por dificultar a compreensão dos textos legais introduzidos no sistema jurídico brasileiro.

Feitas tais considerações e entendendo a diferença existente entre direito positivo e ciência do direito, é possível prosseguirmos na seguinte indagação: quando ocorre a inconstitucionalidade?

Será que é possível afirmar que a inconstitucionalidade pode ocorrer no plano da ciência do direito ou somente há que se falar em inconstitucionalidade da lei quando há a efetiva declaração pelo Poder Judiciário, que é o órgão legitimado para tanto?

A primeira premissa que deve ser adotada é a seguinte: a partir do momento em que uma lei ingressa no ordenamento jurídico ela é válida e presumidamente constitucional.

Pois bem.

Se admitirmos a possibilidade das discussões ocorridas no campo da ciência do direito, enquanto metalinguagem, interferir de forma direta nas prescrições positivadas do direito positivo, é possível afirmar, sim, que pode existir a inconstitucionalidade de uma lei posta no sistema, ainda que não haja a sua declaração oficial pelo órgão competente. A inconstitucionalidade seria o produto da reflexão em metalinguagem.

Assim, qualquer intérprete poderia tomar conhecimento da lei e emitir seu juízo de valor acerca de sua constitucionalidade.

Adotando-se esta posição, todavia, uma lei poderia ser considerada inconstitucional no mundo da ciência do direito, mas tal posicionamento não ser adotado pelo tribunal, que entendeu pela constitucionalidade do texto legislativo ou vice-versa.

Nesta concepção, fica evidente que, a despeito da possibilidade de elaborarem-se as mais variadas teorias sobre a constitucionalidade ou não da lei em questão, tais teorias não passam de discussões ocorridas na seara da ciência do direito, ou seja, no campo da metalinguagem.

Para que haja efetivamente a declaração de inconstitucionalidade de um texto de lei que esteja em descompasso com os preceitos constitucionais, é necessário que haja uma mensagem prescritiva. Em outras palavras, somente poderemos falar em efetiva inconstitucionalidade quando, através da linguagem prescritiva do direito

positivo, houver a declaração pelo órgão legitimado a emitir uma norma individual e concreta acerca do assunto.

A decisão judicial, através de sua natureza constitutiva, reconhece a inconstitucionalidade, alterando, de forma definitiva, o ordenamento jurídico, ao introduzir nova norma individual e concreta no sistema jurídico positivo.

A interpretação da inconstitucionalidade foi atribuída a uma autoridade habilitada e como tal, somente esta pode manifestar-se acerca da existência de vícios que maculem a lei sob análise. Importante esclarecer que referida interpretação será agregada ao ordenamento jurídico no momento da edição da norma positiva, não podendo mais ser questionada, independentemente das discussões realizadas no campo da ciência do direito.

Portanto, verificando-se o tema sob esse prisma, não há qualquer óbice no direito positivo entender pela constitucionalidade da lei, enquanto que na metalinguagem da ciência do direito, os intérpretes defendessem sua inconstitucionalidade. Enquanto não reconhecida a inconstitucionalidade pela autoridade competente, a ciência do direito atua no plano das suposições. São dois mundos diferentes, constituídos por linguagens diversas.

A decisão do tribunal constitucional, desta forma, possui o condão de retirar a força obrigatória da norma viciada de forma definitiva, afastando a presunção de constitucionalidade que a lei possuía.

Se esta decisão está conforme os entendimentos da ciência do direito ou não, é outra questão, mas o que deve ser levado em consideração é a prescritividade do direito positivo na declaração de inconstitucionalidade do texto.

Salientamos, por fim, que não estamos retirando a importância da ciência do direito. Com certeza esta possui papel fundamental na linguagem prescritiva do

direito positivo. Mas tal importância resume-se a influenciar os julgadores na resolução de questões jurídicas.

Como explanado, podem existir diversas teses doutrinárias acerca da constitucionalidade ou não de determinada lei. Tais teses influenciarão os julgadores, que com suas próprias ideologias, tomarão partido sobre aquele problema concreto colocado para análise.

Marcelo Neves assevera que:

Na questão da inconstitucionalidade, portanto, o conteúdo da metalinguagem do intérprete (jurista ou órgão aplicador) dos textos constitucionais e legais condicionará fundamentalmente a sua verificação e solução. As imprecisões semânticas (vagueza e ambiguidade) dos termos constitucionais e legais (linguagem-objeto) dão margem a uma diversidade de processos redefinitórios (metalinguagem), deles podendo extrair-se tanto soluções afirmativas quanto negativas do 'estado' de inconstitucionalidade de uma lei.¹⁰⁵

Percebe-se, desta forma, que a ciência do direito influencia, sim, o aplicador do direito, mas não é ela quem declara a inconstitucionalidade de uma lei.

Posto isso, precisamos verificar, em nosso ordenamento jurídico, qual é o órgão apto a declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Esclarece-se, desde já, que os três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, possuem competência para tanto, como adiante será visto.

Contudo, o primeiro ponto que será abordado, diz respeito às funções do Supremo Tribunal Federal, que é o órgão máximo do Poder Judiciário.

¹⁰⁵ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. Saraiva. São Paulo. 1988. p. 161.

4.2. O Supremo Tribunal Federal e sua função

Apesar de ter sido instituído em janeiro de 1829, foi com a primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, que se conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da constituição, como o órgão máximo de cúpula do Poder Judiciário.

Tal Constituição trouxe uma nova concepção de Poder Judiciário e outorgou a possibilidade ao Supremo Tribunal Federal de analisar a constitucionalidade de uma lei em uma situação concreta.

Essa função perdura até os dias atuais. Nos termos do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, o Supremo possui como função precípua aplicar a lei aos casos particulares. Em outras palavras, quando provocado, através de uma demanda judicial, o Supremo Tribunal Federal deve estancar qualquer espécie de contradição existente em decisões de Tribunais inferiores, determinando, de forma definitiva, a aplicação da lei ao caso concreto.

Assim, através do recurso extraordinário, há o controle de constitucionalidade nas ações judiciais propostas pelos particulares. Esta espécie de controle de constitucionalidade é chamada de difusa, já que qualquer órgão do Poder Judiciário pode julgar a lei questionada na demanda particular como sendo inconstitucional. No entanto, a palavra final acerca da constitucionalidade do veículo legislativo em análise sempre será do Supremo Tribunal Federal. Note-se, também, que, em princípio, em tal controle de constitucionalidade, a decisão proferida pelo Supremo somente tem aplicação para as partes do processo (“intra partes”), não se estendendo a todos os jurisdicionados.

No entanto, em 1965, foi criado o controle de constitucionalidade de forma abstrata, que foi aperfeiçoado na Constituição Federal de 1988. Nesta espécie de controle de constitucionalidade, os legitimados para questionar a inconstitucionalidade de uma lei devem provocar diretamente o Supremo Tribunal Federal para que se manifeste acerca do tema. Nesta espécie de controle, as decisões proferidas pela Corte Suprema possuem eficácia “erga omnes”.

Destacaremos um tópico específico para tratar das formas de controle de constitucionalidade existentes em nosso ordenamento jurídico, mas não pudemos evitar de formular estes conceitos básicos para que possamos entender a função do Supremo Tribunal Federal atualmente.

Pois bem. Na primeira forma de controle de constitucionalidade não restam dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal age como órgão máximo do Poder Judiciário. Contudo, quando estamos diante de uma decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade, o Tribunal assume uma postura de Corte Constitucional¹⁰⁶, já que abandona sua função de árbitro máximo das demandas particulares, para adquirir um perfil de definidor de padrões amplos e abstratos de conduta, a serem seguidos por uma generalidade de pessoas e não somente pelas partes de um determinado processo.

Gilmar Mendes, ao tratar do tema, leciona que:

¹⁰⁶ Deve-se esclarecer, por oportuno, que no sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não pode ser tido como uma verdadeira Corte Constitucional, no sentido estrito da expressão, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos, em que a Corte Suprema somente possui competência para tratar exclusivamente de casos constitucionais. No Brasil, como dito, o Supremo Tribunal Federal possui a função precípua de ser o guardião da Constituição Federal, nos termos do *caput* do artigo 102 da Carta Magna. No entanto, o mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso I, alíneas *b* e *c*, confere competência para o Supremo Tribunal Federal processar e julgar de forma originária infrações penais comuns. Verifica-se, portanto, que nestas hipóteses, o Supremo age como verdadeiro órgão julgador de primeira instância, proferindo decisões como se fosse o primeiro grau de jurisdição. Por tal motivo é que afirmamos que no julgamento de ações de inconstitucionalidade movidas através de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal assume “postura” de Corte Constitucional.

*A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas.*¹⁰⁷

Nos últimos anos, a importância dada para a resolução das demandas particulares começou a ser colocada em segundo plano, dando-se maior ênfase às decisões proferidas em controle abstrato, em que o Tribunal assume o papel de verdadeira Corte Constitucional. Assim, aquela função de órgão máximo do Poder Judiciário passa a ceder espaço para o objetivo de tornar-se o Tribunal Constitucional brasileiro.

André Ramos Tavares afirma que o Supremo Tribunal Federal é o “*órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, exercendo, em tempo parcial, as funções próprias de um tribunal constitucional, já que também desempenha as funções de tribunal comum, resolvendo litígios concretos*”¹⁰⁸

E é justamente neste ponto que começam as preocupações.

Como Corte Constitucional, o Tribunal deve manter total autonomia dos demais Poderes do Estado, inclusive do próprio Poder Judiciário.

Roger Stiefelmann Leal ensina que:

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. Saraiva. São Paulo. 2014. p. 50.

¹⁰⁸ TAVARES, André Ramos. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*, Dimitri Dimoulis (coordenador-geral). Saraiva. São Paulo. 2007, p. 370

A primeira característica básica dos Tribunais Constitucionais reside na sua própria autonomia em relação aos demais poderes do Estado. (...) O Tribunal Constitucional deve, portanto, compor uma magistratura independente do aparato jurisdicional ordinário e das estruturas dos demais poderes. Nesse sentido, configura um poder autônomo, distinto e organicamente independente do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É este, segundo Favoreu, o atributo que diferencia um Tribunal Constitucional de um Tribunal Supremo de última instância.¹⁰⁹

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não possui essa autonomia desejada. Muito pelo contrário, seus onze Ministros são indicados pelo Presidente da República, devendo contar com a aprovação da maioria absoluta do Senado Federal.

Ora, inegável que o sistema de composição do Supremo sofre influências políticas, alheias à função precípua de tal órgão, colocando em xeque a autonomia necessária para ser considerada efetivamente uma Corte Constitucional.

Sobre o tema, escreveu Nelson Nery Jr.:

(...) no atual sistema constitucional brasileiro, temos realmente uma Corte Constitucional Federal, consubstanciada no STF, conclusão que se extrai da competência que o legislador constituinte conferiu àquela corte de justiça.¹¹⁰

¹⁰⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2006. p. 59-60

¹¹⁰ NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2004. p. 29-30.

E continua o autor:

(...) verificamos, entretanto, que o perfil constitucional do nosso Tribunal Federal Constitucional não se nos afigura o melhor, porquanto não nos parece que um órgão do Poder Judiciário possa apreciar, em último e definitivo grau, as questões constitucionais que lhe são submetidas de forma abstrata, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República sem critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes¹¹¹.

As influências ideológicas permeiam a escolha dos Ministros que ocuparão as cadeiras do Supremo Tribunal Federal e serão esses mesmos Ministros que passarão a julgar questões de relevância política, dando a última palavra sobre a constitucionalidade de diplomas legislativos editados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Esta é a chamada *judicialização* da política, que significa que questões com relevância do ponto de vista político deverão ser decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.

A imparcialidade dos julgadores deve se sobrepor a qualquer influência ideológica que os tenha colocado naquela função. No entanto, seria muito mais sensato que os cargos para o Supremo Tribunal Federal fossem preenchidos de forma mais neutra e com total autonomia de injunções dos demais Poderes da República.

De órgão máximo do Poder Judiciário para Corte Constitucional, o que importa é que seus Ministros possuam independência suficiente para editar decisões que

¹¹¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. Revista dos Tribunais, 2004. São Paulo. p. 35.

possam contrariar os desideratos dos Poderes Legislativo e Executivo quando do julgamento das leis inseridas no sistema jurídico.

A função exercida pelo Supremo Tribunal Federal não pode sofrer intervenções alheias àquelas que realmente importam para o deslinde da causa.

4.3. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

4.3.1. Histórico

Fazendo um corte metodológico, estudaremos o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, deixando de lado a época imperial.

O Poder Moderador instituído pelo Imperador estava bastante enfraquecido, causando grande insatisfação e revoltas por todo o país. O Estado unitário adotado não conseguiu atingir seus objetivos, pois com um território tão vasto, ficava impossível governar de forma única em tempos de pouca modernidade e comunicação. Isso fazia com que fossem criados pequenos centros de poder (um misto de poder político e militar) que passaram a questionar as ações do governante, ocasionando algumas revoluções e originando movimentos políticos que passaram a buscar o ideal republicano.

Nesse contexto, o Brasil se tornou uma República Federativa, tendo forte influência dos Estados Unidos da América, que era tido como um exemplo de República, já que tal país era visto como garantidor de uma democracia séria e que primava pela busca das igualdades sociais.

Logo após a proclamação da república, foi editada, em 1891, a primeira Constituição republicana, na qual, pela primeira vez, instituiu-se a separação dos poderes, com funções distintas, autônomas e harmônicas, sendo certo, ainda, que o Poder Legislativo já era constituído por duas Casas diversas, o Senado e a Câmara dos Deputados.

Nas palavras de Celso Bastos:

*Com a Constituição Federal de 1891, o Brasil implanta, de forma definitiva, tanto a Federação quanto a República. Por esta última, obviam-se as desigualdades oriundas da hereditariedade, as distinções jurídicas quanto ao status das pessoas, as autoridades tornam-se representativas do povo e investidas de mandato por prazo certo.*¹¹²

Foi na Constituição de 1891 que surgiu, pela primeira vez, em nosso país o controle de constitucionalidade das leis. Na verdade referido controle surgiu antes mesmo da edição do texto constitucional, mais especificamente com o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que ao organizar a Justiça Federal, previu expressamente a possibilidade do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei.¹¹³

Com grande influência norte americana, o texto constitucional conferiu competência para o Poder Judiciário analisar a constitucionalidade das leis,

¹¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Celso Bastos. São Paulo. 2002^a. p. 173

¹¹³ O artigo 3º do Decreto 848 rezava o seguinte: “(...) na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação.”. Além disso, o artigo 9º, parágrafo único, alínea “b”, conferiu competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar o recurso das sentenças definitivas “quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto”

inovando no ordenamento jurídico, pois antes disso, era o próprio Poder Legislativo que verificava a compatibilidade dos instrumentos infraconstitucionais com o texto da constituição.

Além disso, foi garantido a qualquer indivíduo a possibilidade de questionar, judicialmente, a constitucionalidade de uma lei, consagrando, desta forma, o controle difuso de constitucionalidade ou o também chamado controle de exceção.

Os artigos 59 e 60 do texto constitucional de 1891 traziam expressamente a possibilidade do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º. Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Art. 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

Foi nesta época, portanto, que o Supremo Tribunal Federal passou a ter a função precípua de ser o guardião da constituição, objetivo que perdura até os dias atuais, como vimos em item anterior.

Luís Roberto Barroso afirma que:

Ausente do regime da Constituição Imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60), da dicção dos dispositivos relevantes extraía-se a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição. O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso.¹¹⁴

Ocorre que, apesar da Constituição de 1891 ter configurado o ideal republicano, este somente existia no papel. Durante a chamada primeira república, ocorrida entre 1891 e 1930, surgiu o coronelismo, no qual o coronel era tido como uma autoridade local, que protegia, socorria e sustentava a população. Em contrapartida, no entanto, o coronel exigia obediência e fidelidade de seus comandados, inclusive no momento do voto. Nesta época, o voto era aberto e, portanto, facilmente controlado pelo coronel, que poderia verificar a fidelidade de seu povo, surgindo, desta forma, o voto de cabresto e o fenômeno chamado de política dos governadores.

Assim, a república e democracia implantadas na Constituição de 1891 não eram exercidas, tendo papel meramente decorativo. Os coronéis elegiam os representantes do poder legislativo e estes escolhiam o Presidente da República. Tal situação passou a incomodar a sociedade, que protestava por maior participação política e seriedade nas votações.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3ª edição. Saraiva. São Paulo. 2008. p. 62.

José Afonso da Silva descreve que:

*O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com a teoria da divisão dos poderes e tudo. A relação de força dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente.*¹¹⁵

A instituição do voto secreto, desta feita, era importante medida a ser tomada. Aliado a isso, o mundo sofria com vários problemas e crises, especialmente a de 1929, que acabaram por conferir aos trabalhadores direitos até então inexistentes.

Essas mudanças eram aclamadas pela população, que estava descontente com o andamento dos acontecimentos em nosso país.

Neste cenário, surgiu Getúlio Vargas, que, apoiado pelas minorias, promoveu uma série de mudanças no país, acabando com o coronelismo, com a política dos governadores e privilegiando a democracia social.

Ante tais fatos, em 1934, após a instalação da Assembleia Constituinte, em 03 de maio de 1932, houve a promulgação de novo texto constitucional. A Carta Política de 1934 passou a ser a primeira Constituição efetivamente social, possuindo nítido caráter democrático e interventivo. Dentre suas inovações, as mais significativas foram a instituição do voto secreto e a conferência às mulheres do direito de votar;

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª edição. Malheiros. São Paulo. 2008. p. 80.

reforçou-se a tripartição dos poderes; veicularam-se diversos direitos sociais, incluindo os previdenciários, etc. Em outras palavras, o novo texto constitucional provocou significativas alterações no nosso ordenamento jurídico.

Essas inovações ocorreram também com relação ao controle de constitucionalidade, que passou a ser realizado pela maioria da totalidade dos membros do Tribunal, nos termos do artigo 179, daquele diploma constitucional, privilegiando-se, desta forma, a segurança jurídica, já que a dissonância entre as decisões dos Tribunais seriam mais controladas.

No entanto, a maior inovação no campo do controle de constitucionalidade trazida pela Constituição de 1934 foi a possibilidade de apreciação de lei em tese. O artigo 12 de referido texto constitucional previu que o Supremo Tribunal Federal detinha competência para analisar a competência da lei que decretasse a intervenção federal, no caso de a mesma fundar-se em descumprimento a determinados princípios constitucionais. Na prática, toda vez que os poderes políticos pretendessem intervir em um Estado, o que deveria ser feito mediante lei, teriam que submeter esta lei ao prévio controle judicial de constitucionalidade, como requisito de validade. Tratou-se da primeira hipótese de controle concentrado de constitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal poderia, de plano, decidir pela inconstitucionalidade do diploma legislativo sob análise, independentemente de tal tese ser arguida como preliminar em demanda de um particular.

Além disso, a Constituição Federal de 1934, em seus artigos 91 e 96, previu, ainda, que o Senado Federal, através da edição de uma resolução, pudesse suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, dando eficácia geral às decisões do controle concreto de constitucionalidade. Antes, existia um grande problema, que era justamente a falta

de eficácia geral às decisões da Corte Suprema, que declaravam a inconstitucionalidade de alguma lei.

Após apenas três anos de vigência, a Constituição de 1934 deu lugar para uma nova Carta Constitucional em 1937.

Novamente sob influência de outros países, que passavam por grande transformação política após o final da Primeira Guerra, o Brasil se via envolto com ideologias políticas opostas: de um lado o regime fascista, encabeçado por Plínio Salgado e seu Partido da Ação Integralista Brasileira e de outro lado, o surgimento do Partido Comunista do Brasil, sob o comando de Luís Carlos Prestes.

Ambos os partidos faziam frente ao governo de Getúlio Vargas e queriam dominar o poder.

Neste cenário, o então Presidente Getúlio Vargas aplicou um golpe de Estado e promulgou o novo texto constitucional em 1937, com viés totalmente autoritário, dando grandes poderes ao Chefe do Executivo.¹¹⁶ Esta nova Constituição extinguiu o Senado Federal, apesar de conter em seu texto a disposição sobre a repartição de poderes, e previa que o Poder Legislativo poderia, a qualquer tempo, ser colocado em recesso pelo Presidente da República.

Além disso, a atuação do Poder Judiciário também sofreu grandes restrições.

A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderia ser rejeitada pelo Presidente da República e pelo Poder Legislativo.

O artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, determinava:

¹¹⁶ O artigo 73 da Constituição de 1939 rezava: “Art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do país.”

Art. 96. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Apesar do dispositivo determinar a reanálise da lei declarada inconstitucional pelo Parlamento, isto nunca aconteceu, pois durante toda a ditadura da era Vargas, chamada de Estado Novo, o Congresso permaneceu fechado, e o poder de veto sempre permaneceu a critério do Presidente da República.

Tratava-se de uma verdadeira carta branca aos poderes políticos para invalidar uma decisão judicial.

Era nítido o caráter autoritário do regime e o grande retrocesso que o Estado Novo trouxe para a ideologia liberal democrática que era buscada desde a proclamação da República, em 1889.

Este cenário perdurou até o final da Segunda Guerra Mundial.

Com o Pós-Guerra, os ares democráticos voltaram à tona. Tanto assim, que Getúlio Vargas convocou eleições presidenciais para o final do ano de 1945, com a nítida intenção de permanecer no poder.

Entretanto, em 29 de outubro de 1945, os militares depuseram Getúlio Vargas e a eleição foi vencida por Eurico Gaspar Dutra.

Em 18 de setembro de 1946, após assembleia constituinte, é promulgada a nova Constituição.

Celso Bastos enfatiza que:

*A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descuidar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934.*¹¹⁷

Foram várias as inovações trazidas pelo novo texto constitucional, sempre com a ampliação das garantias e direitos individuais.¹¹⁸

Com a volta da democracia, retornam também os temas que haviam sido suprimidos durante o período da ditadura, dentre eles o controle de constitucionalidade, que passou a ser mais privilegiado na nova ordem constitucional.

A Constituição de 1946 novamente previu a necessidade de maioria absoluta de votos nas decisões de declaração de inconstitucionalidade, bem como a possibilidade do Senado Federal expedir resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Houve também o retorno da previsão da representação de inconstitucionalidade interventiva, prevista na Constituição de 1934. Com relação a esse assunto, o texto constitucional de 1946 trouxe nova roupagem, pois o objeto da ação passou a ser leis estaduais que ofendessem os princípios sensíveis da Constituição. Além disso, permitiu-se em caso de ofensas aos princípios sensíveis a

¹¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Celso Bastos. São Paulo. 2002^a. p. 200.

¹¹⁸ Podem ser citados, como exemplo: a criação do direito de greve (artigo 158), o amplo acesso ao Poder Judiciário (artigo 141, § 4º), o mandado de segurança (artigo 141, § 24), etc. Além disso, houve a previsão de eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente da República, com mandato de cinco anos, eleitos pelo voto universal, direto e secreto, determinando a responsabilidade do Presidente da República por todos os seus atos. No âmbito do Poder Legislativo, o Senado Federal volta a exercer seu papel, trazendo o país, novamente, ao sistema bicameral.

submissão direta do ato estadual ao Supremo Tribunal Federal, e somente depois, em caso de declaração de inconstitucionalidade, a intervenção seria efetivada.

Esta ação colocava em evidência o controle concentrado de constitucionalidade, já que conferia poderes a um único órgão, o Supremo Tribunal Federal, apreciar e pronunciar-se sobre a questão colocada sob sua análise.

No entanto, percebeu-se que a via do controle concentrado deveria ser mais privilegiada, pois atendia de forma mais efetiva o ideal democrático buscado naquela época.

Tendo isso em foco, em 26 de novembro de 1965, foi editada a Emenda nº 16, que instituiu de forma definitiva o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no ordenamento jurídico nacional.

A partir da edição de referida Emenda Constitucional permitiu-se o questionamento de lei em tese, pelo Procurador Geral da República, diretamente perante o Supremo Tribunal Federal. Desta forma, leis federais e estaduais passaram a poder ser declaradas inconstitucionais de forma direta pelo Supremo Tribunal Federal, sem a necessidade de ingresso de demanda judicial por particular, como ocorre no controle difuso.

Sobre esta inovação, ensina Zeno Veloso:

Sem prejuízo do controle incidental, e ao lado da representação interventiva (destinada a resolver conflitos federativos), a EC nº 16/65 introduziu, no Brasil, o controle concentrado da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, portanto, controle a ser exercido não apenas incidentalmente, diante de caso concreto, mas fiscalização constitucional genérica, abstrata, da norma em tese, com o escopo de averiguar o vício da

*inconstitucionalidade e o objetivo precípuo de defender a ordem constitucional, garantindo a supremacia da Carta Magna.*¹¹⁹

Desta forma, estava inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade, que tem como objetivo principal a defesa do sistema jurídico da existência de leis que não são convenientes e que estejam em descompasso com o texto constitucional.

É óbvio que não se pode tirar a importância do controle difuso, que serve de mecanismo de defesa, nos casos concretos, dos direitos individuais. Contudo, a possibilidade de discussão de lei em tese permite que seja assegurada a harmonia do sistema, já que os diplomas legislativos em dissonância com as disposições constitucionais deverão ser extirpados do ordenamento jurídico.

Prosseguindo na caminhada histórica do controle de constitucionalidade em nosso país, chegamos ao ano de 1964, época em que houve o Golpe Militar e que, por motivos óbvios, a Constituição de 1946 não mais atendia aos anseios da classe que se encontrava no poder.

Assim, em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada nova Constituição, que conferiu amplos poderes ao Presidente da República.

O privilégio dado ao Chefe do Poder Executivo fortaleceu em demasia a União em detrimento dos demais entes federativos e permitiu, através dos Atos Institucionais e dos Decretos-Leis, que o Presidente passasse a ter grande poder de edição de normas, sob o argumento de caráter de urgência, necessidade e interesse público.

¹¹⁹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade*. Cejup. Belém. 1999. p. 34

Tais poderes culminaram na edição do malfadado Ato Institucional nº 05, em 13 de dezembro de 1968, que conferia plenos poderes ao Presidente da República, num dos maiores exemplos de autoritarismo existente nos tempos modernos.

Em termos de controle de constitucionalidade, a Constituição de 1967 manteve toda a disciplina existente na ordem constitucional anterior, ampliando, ainda, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na intervenção federal, que passou a ter como parâmetro de controle, ao lado dos denominados princípios, a garantia à execução de lei federal.

Na época, a grande polêmica que se instaurou sobre o tema do controle de constitucionalidade foi a seguinte: no controle abstrato, somente o Procurador Geral da República era legitimado para questionar a inconstitucionalidade da lei perante o Supremo Tribunal Federal. No entanto, não se sabia ao certo se o Procurador Geral era obrigado ou não a ingressar com a ação direta, mesmo em hipóteses de flagrante inconstitucionalidade. Assim, discutia-se a possibilidade do órgão legitimado recusar-se a ingressar com a ação perante a Corte Suprema.

Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins:

Enquanto importantes vozes na doutrina reconheceram o direito de o Procurador-Geral submeter ou não a questão ao Supremo Tribunal Federal, consoante a sua própria avaliação e discricionariedade, uma vez que somente ele dispunha da competência constitucional para propor essa ação, sustentavam outras a opinião de que estaria obrigado a oferecer a arguição do Supremo Tribunal Federal se

*houvesse pelo menos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei.*¹²⁰

A celeuma persistiu por longo tempo e ganhou maior intensidade pelo fato de que, no período ditatorial, o Procurador Geral da República era nomeado exclusivamente pelo Presidente da República. A imparcialidade do Procurador ficava em xeque, já que muitos entendiam que ele não tomaria medidas que pudessem afrontar os interesses do governo.

Assim, o fato de Procurador Geral da República ser o único legitimado para propor a ação direta perante o Supremo Tribunal Federal para questionar a inconstitucionalidade de uma lei em tese era um problema que deveria ser superado, já que por ser uma análise discricionária, poderia ser evitado o questionamento de diversos diplomas legislativos, que pudessem, de alguma forma, comprometer os anseios do Poder Executivo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta que:

A intenção do legislador constituinte era fácil de aperceber. Pretendia este instituir um controle, concentrado no Supremo Tribunal Federal, visando a norma em tese (como diz a doutrina, um controle principal e não incidental), quando a declaração de nulidade desta conviesse ao Executivo Federal. Claro que este último aspecto não era explícito – qualquer um poderia, como pôde, reclamar do Procurador-Geral da República – tal ‘representação’. Mas, em termos realistas, sendo o Procurador-Geral nomeado pelo Presidente da República e podendo

¹²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.686, de 10-11-1999*. Saraiva. São Paulo. .2001. p. 52.

*ser, a qualquer momento, livremente exonerado por este, jamais atuaria ele contra as conveniências do chefe do Governo.*¹²¹

O monopólio do Procurador Geral da República no controle abstrato de constitucionalidade permaneceu durante todo o período da ditadura militar. Algumas medidas foram tomadas na tentativa de apaziguar os ânimos relativos a esse problema, mas todas inócuas e que não surtiram qualquer efeito.

Ficava evidente, desta forma, que, a despeito do controle abstrato e concentrado ser imprescindível para o sistema jurídico do país, ainda era necessária a correção de erros e distorções existentes, que impediam o pleno funcionamento de tal ferramenta.

O aperfeiçoamento do controle concentrado somente ocorreu após o final do regime militar, com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, convocada pelo então Presidente da República, José Sarney, e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro de referido ano.

Este novo texto constitucional, elaborado após vinte anos de um regime ditatorial, trouxe grandes avanços na esfera dos direitos individuais e sociais, satisfazendo os anseios de uma sociedade oprimida pelo regime militar.

No campo do controle de constitucionalidade, o grave problema enfrentado na ordem constitucional anterior sobre o monopólio do Procurador Geral da República ser o único legitimado para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal foi, de plano, corrigido, eis que houve uma abertura no rol de possíveis autores de tal demanda, permitindo, inclusive, que outros setores da sociedade e da economia tivessem acesso ao ajuizamento da ação.

¹²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999)*. In *Revista de Direito Administrativo* nº 220, abr/jun 2000. Renovar. Rio de Janeiro. p. 8.

Assim, a Constituição Federal de 1988 conferiu legitimidade para a instauração do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade a entes privados, como órgãos sindicais, partidos políticos e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Ives Gandra da Silva Martins ensina que:

*Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade. Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.*¹²²

O texto originário da Constituição Federal também previu a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que pode ser manejada para resolver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal.

Todavia, esse instrumento só foi descoberto na prática após a edição da lei que o regulamentou (Lei nº 9.882 de 06 de dezembro de 1999). Tanto assim, que a ADPF nº 01 só foi proposta no ano de 2000. E apesar da lei regulamentadora, a jurisprudência foi a principal responsável pela definição de seus contornos,

¹²² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.686, de 10-11-1999*. Saraiva. 2001. São Paulo. p. 62.

passando a servir em caráter subsidiário aos processos de controle de constitucionalidade, especialmente ao controle abstrato.

Outra inovação foi a criação, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Essa ação serviria para se reconhecer a omissão estatal na efetivação de normas constitucionais. No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que no caso de omissão na edição de lei regulamentadora, a decisão apenas declararia a mora do Estado, deixando, desta forma, tal decisão de possuir qualquer efeito prático, o que torna pouco útil essa modalidade de ação do controle concentrado.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 3, em 1993, houve o surgimento no ordenamento jurídico nacional da ação declaratória de constitucionalidade, embora com um rol mais restrito, neste primeiro momento, de legitimados em relação à ação direta de inconstitucionalidade. Na verdade, com tal ação, positivou-se o que na prática já ocorria. Desde a representação de inconstitucionalidade se entendia que as decisões no controle concentrado de constitucionalidade eram ambivalentes. Assim, tanto valiam para declarar a inconstitucionalidade, quando procedentes as representações, como para proclamar a constitucionalidade, quando improcedentes os pedidos.

Mas a grande contribuição ao positivar a ação declaratória de constitucionalidade foi afastar as dúvidas quanto à eficácia e os efeitos das decisões que reconheciam a constitucionalidade de lei ou ato normativo. O texto reformador tornou expressa a eficácia geral e o efeito vinculante nas decisões tomadas em ADC.

Por outro lado, a Emenda Constitucional 45, editada em 2004, que trouxe algumas reformas no Poder Judiciário, apresentou singelas modificações no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Tornou expressa a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, equiparando aos legitimados da ADI.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 45 imprimiu grandes avanços ao controle difuso de constitucionalidade.

O novo texto constitucional criou o regime de repercussão geral para os recursos extraordinários e a possibilidade de edição de súmula com efeitos vinculantes. Ambos os institutos foram criados como resposta à crise numérica que atingiu a jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal recebia por ano mais de uma centena de milhares de processos, congestionando-o a ponto tal que o impedia de se manifestar sobre as questões constitucionais relevantes.

O regime de repercussão geral consiste na racionalização do tempo do Supremo Tribunal Federal, que deixa de se dedicar sobre questões constitucionais, cuja relevância não é suficiente a justificar o seu conhecimento em sede extraordinária, devendo prevalecer o que for decidido pelas instâncias ordinárias. O novo regime afasta a prática de outrora, que acabava convertendo o STF em uma espécie de quarta instância judiciária.

A regulamentação deste instituto foi ainda mais além, permitindo que em casos de inúmeros recursos versando sobre a mesma questão, seja escolhido apenas um como paradigma da controvérsia constitucional. Uma vez resolvida a controvérsia, os tribunais apenas aplicariam aos processos represados o conteúdo da decisão do

Supremo Tribunal Federal. Esse regime em muito aproxima os dois modelos de controle de constitucionalidade.

Já a súmula vinculante representou o tema mais polêmico da EC nº 45 de 2004. A possibilidade de edição de súmula vinculante, sem dúvidas, agrega ao STF, ao lado da qualidade de legislador negativo (na declaração de nulidade de leis), a condição de legislador positivo.

Por certo, a súmula vinculante serve especialmente ao controle difuso de constitucionalidade, de modo que o Supremo Tribunal Federal pode sumular o seu entendimento sobre determinada norma constitucional, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Esse é o histórico e o panorama atual acerca do controle de constitucionalidade em nosso país. Vários percalços foram ultrapassados até que pudesse ser atingido o nível de maturação existente nos dias de hoje.

No tópico seguinte, analisaremos as espécies de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, para atingirmos, posteriormente, a questão da modulação dos efeitos das decisões, que é o tema central deste trabalho.

4.3.2. Noções introdutórias

Como vimos em capítulo anterior, o direito é um sistema, sendo que seus elementos devem coexistir de forma harmônica, através de uma ordem interna. Essa ordem decorre de instrumentos que buscam a unidade do sistema, sempre voltados para seu elemento máximo, que é a Constituição Federal.

Desta forma, no sistema jurídico todos os elementos devem estar em conformidade com os ditames constitucionais, motivo pelo qual o sistema apresenta mecanismos de fiscalização, que verificam se os demais textos legais inseridos no ordenamento estão em sintonia com a Carta Magna.

Nas palavras de Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

*O mecanismo destinado à fiscalização da conformidade de determinada conduta perante a Constituição Federal é o controle de constitucionalidade.*¹²³

Tal mecanismo é efetivado através de órgãos previamente habilitados pela própria Constituição Federal, que estabelece quais são os procedimentos adequados para tanto.

O controle de constitucionalidade, desta feita, privilegia a supremacia da Constituição Federal, tanto no âmbito formal quanto no material.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

*A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.*¹²⁴

¹²³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro – aspectos constitucionais e processuais*. Malheiros. 2010. São Paulo. p. 32.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª edição. 4ª Tiragem. Saraiva. São Paulo. 2014. p. 23.

A fiscalização inerente ao controle de constitucionalidade pode acontecer sob diversas modalidades.

Pode-se realizar o controle com foco no objeto a ser analisado. Assim, é possível falar em inconstitucionalidade formal e material.

A inconstitucionalidade formal refere-se a uma violação de regras de procedimento, ao passo que, quando houver desrespeito ao aspecto substancial, a lei é formalmente perfeita, mas fere e conflita com o texto constitucional.

Por outro ângulo, tem-se a verificação com foco no tempo em que o controle ocorre, podendo ser preventivo ou repressivo. O primeiro ocorre quando a situação colocada em análise é abstrata e acontece antes da lei entrar no ordenamento jurídico e o segundo quando o ato já estiver consumado e a lei já pertencer ao sistema do direito positivo.

O modo de controle também sofre variação. Fala-se em controle concreto quando a fiscalização recai sobre uma situação concreta, em que existe uma lide entre partes de um processo, no qual está sendo discutida a inconstitucionalidade de uma lei em segundo plano, por tratar-se de uma questão incidental e prejudicial. Por outro lado, existe o controle abstrato, no qual a lei não necessita ter refletido sua incidência no campo concreto, bastando sua existência no sistema jurídico. Neste último caso, o que se busca é a preservação da harmonia do sistema com a eliminação de uma norma em desconformidade com a Constituição Federal.

Por fim, o controle de constitucionalidade pode ser analisado em relação ao órgão controlador. O sujeito competente pode pertencer a um órgão dos Poderes Executivo ou Legislativo, ocasião em que termos o controle político, ou então pertencer ao Poder Judiciário, quando haverá o controle jurisdicional. O controle jurisdicional poderá, ainda, ser difuso ou concentrado. Será difuso quando todos os

membros do Poder Judiciário, em todas as instâncias detêm competência para declarar uma lei inconstitucional. Por outro lado, o controle será concentrado quando a decisão acerca da inconstitucionalidade pertencer exclusivamente a um único órgão do Poder Judiciário.

No Brasil, o controle de constitucionalidade não é realizado de forma exclusiva pelo Poder Judiciário, apesar do controle no âmbito judicial ser a regra.

A Constituição Federal traz hipóteses em que o controle de constitucionalidade pode e deve ser feito pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

Nas palavras de Gilmar Mendes:

Executivo e Legislativo têm um papel marcante em algumas questões relacionadas com o controle de legitimidade dos atos do Poder Público:

- (1) O exercício do poder de veto com fundamento na inconstitucionalidade da lei, típica atribuição do Executivo, entre nós;*
- (2) a possibilidade de suspensão de atos normativos que exorbitem dos limites estabelecidos em lei (art. 49, V);*
- (3) a correção de decisões judiciais pelo Poder Legislativo;*
- (4) a possibilidade de anulação de atos normativos pelo Legislativo;*
- (5) a possibilidade de que o Executivo se negue a aplicar a lei com fundamento no argumento da inconstitucionalidade;*
- (6) a possibilidade de que declare a nulidade de lei mediante ato de natureza legislativa.¹²⁵*

¹²⁵ MENDES, Gilmar. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade*. In *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Ano 34. N. 134 abr/jun 1997. p. 14

Assim, os instrumentos mais importantes de controle preventivo de constitucionalidade que são utilizados pelos Poderes Executivo e Legislativo são a possibilidade de veto e análise do projeto de lei pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Nos termos do artigo 66, parágrafo 1º, da Carta Magna, o Presidente da República poderá vetar, total ou de forma parcial, o projeto de lei a ele enviado, se o considerar inconstitucional ou contrário ao interesse público.

Já, no âmbito do Poder Legislativo, o artigo 58, da Constituição Federal determina que as Casas Legislativas devam conter comissões permanentes, nos termos dos competentes Regimentos Internos. Dentre tais comissões, destaca-se a Comissão de Constituição e Justiça, que possui como atribuição a análise das propostas de emenda constitucional e de projetos de leis apresentados, à luz do texto constitucional.

Inegavelmente trata-se de forma de controle de constitucionalidade preventivo, realizado por órgão de natureza política.

Assim, verifica-se que em ambos os casos, o controle de constitucionalidade realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo impede que ingressem no sistema jurídico textos que não se coadunam com a Constituição Federal. Na verdade esta espécie de controle de constitucionalidade ocorre no procedimento legislativo, antecedendo a existência da lei.¹²⁶

¹²⁶ Neste ponto merece destaque o seguinte: a partir do momento em que se entende que o Poder Executivo pode vetar um texto de lei que seja inconstitucional, realizando um controle de constitucionalidade prévio à existência da lei, pode-se afirmar que referido Poder não tem competência para manifestar-se acerca da constitucionalidade do texto posteriormente a sua inserção no sistema jurídico. Desta forma, o Poder Executivo não pode negar que determinada lei seja aplicada por entender ser ela inconstitucional. Isso se aplica também aos Tribunais Administrativos. A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello é neste sentido: “(...) *num processo administrativo tributário não pode ser discutida a constitucionalidade da lei: porque este tribunal é um tribunal administrativo, e um tribunal administrativo se aloca no plano sublegal; e por se aloca no plano sublegal, ele não tem poderes para contender aquilo que resulta de lei*”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O controle*

A possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade pelos Poderes Executivo e Legislativo tem como fundamento o princípio da Separação de Poderes.

No Estado Democrático de Direito, a Separação dos Poderes ganha evidência, deixando de compreender o exercício de atividades estanques pelos Poderes Políticos, para fomentar verdadeira colaboração entre os entes para que o as finalidades estabelecidas no texto constitucional, com especial destaque à realização dos direitos fundamentais, sejam efetivamente atingidas. Desta forma, asseverando-se, que cada um dos órgãos autônomos incumbidos de uma das três funções estatais as exerça com absoluta primazia, mas não exclusividade.

Luís Roberto Barroso ensina que:

Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.¹²⁷

de constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. RDT 75. p. 18).

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva. São Paulo. 2009. p. 300.

Com efeito, deve-se admitir, portanto, a coparticipação do Executivo e do Legislativo na tarefa de controlar atos normativos com relação à Constituição Federal, desde que caiba ao Judiciário uma função claramente prevalente nessa tarefa.

No próximo item será analisado o controle jurisdicional de constitucionalidade, que é o que possui maior relevância e denota o maior interesse para o desenvolvimento de nosso trabalho.

4.3.3. Controle de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário

Em nosso ordenamento jurídico, são as normas jurídicas os objetos do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, sejam elas gerais e abstratas ou individuais e concretas. A Constituição prevê, ainda, a possibilidade de declarar-se a inconstitucionalidade por omissão, nas hipóteses em que o órgão competente deixa de legislar ou o faz de forma incompleta, o que pode ocasionar diversas consequências negativas ao jurisdicionado.

Há duas modalidades de fiscalização da constitucionalidade possíveis no direito brasileiro: o controle de constitucionalidade por via incidental e o controle de constitucionalidade por via de ação direta.

4.3.3.1. Controle de constitucionalidade por via incidental

Esta espécie de controle de constitucionalidade caracteriza-se por ser a única maneira que o cidadão possui para questionar a inconstitucionalidade de uma lei. Isto porque, a fiscalização da constitucionalidade por via incidental ou de defesa

pressupõe a existência de uma ação judicial, uma lide com interesses antagônicos entre as partes envolvidas, na qual está se questionando a constitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto.

Assim, caberá ao juiz da causa manifestar-se, na própria demanda judicial existente, acerca da constitucionalidade ou não da lei colocada para análise.

Importante notar que nesta espécie de controle, a questão da inconstitucionalidade da lei é matéria de fundo (fundamento jurídico do pedido), pois o mérito da demanda discute a existência de uma afronta a determinado direito ou bem da vida, que está sendo afetado pela legislação tida por inconstitucional. A declaração da inconstitucionalidade ocorrerá de forma incidental e se consubstancia em uma questão prejudicial, já que deve ser decidida de forma prévia ao julgamento da questão de mérito da demanda.

Por tal motivo, para que o controle de constitucionalidade por via incidental possa ser manejado, deve existir um conflito entre partes, uma situação concreta, não cabendo a discussão sobre lei em tese, ou melhor, sobre normas gerais e abstratas.

Tanto o autor quanto o réu da demanda podem suscitar a inconstitucionalidade da lei no caso concreto, sendo certo, ainda, que o Ministério Público também detém competência para tanto, e o próprio juiz, de ofício, pode manifestar-se acerca da incompatibilidade da norma perante o texto constitucional, mesmo que as partes tenham se mantido silentes sobre a questão, já que se trata de matéria de ordem pública.

Uma das características do controle por via incidental é ser difuso, ou seja, todos os órgãos do Poder Judiciário estão aptos e são competentes para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Como esta espécie de controle ocorre quando do julgamento de uma ação judicial, de uma situação concreta em que existe conflito entre as partes, o Poder Judiciário está apenas cumprindo sua função jurisdicional, motivo pelo qual é conferida competência para qualquer órgão (singular ou colegiado), de qualquer instância (primeira, segunda ou tribunais superiores), pronunciar-se sobre a incompatibilidade da lei com a Constituição Federal.¹²⁸

Luís Roberto Barroso entende que:

*Por trata-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição.*¹²⁹

Perante o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário e que possui como função precípua ser o guardião da Constituição, o julgamento de inconstitucionalidade por via incidental ocorre, na maioria dos casos¹³⁰, através do recurso extraordinário¹³¹.

¹²⁸ O juiz singular de primeiro grau quando julga a inconstitucionalidade de uma lei por via incidental não necessita de maiores formalidades para proferir sua decisão. No entanto, quando o julgamento de inconstitucionalidade ocorre no Tribunal, há procedimentos que devem ser seguidos pelo órgão colegiado. O artigo 97 da Constituição Federal institui a chamada reserva de plenário, determinando que somente o pleno possa se manifestar, por maioria absoluta, sobre a declaração de inconstitucionalidade da lei, não existindo competência, desta forma, às Câmaras ou Turmas para se pronunciarem sobre o assunto. Os órgãos fracionários dos tribunais devem obediência aos artigos 480 a 482, do Código de Processo Civil, que disciplina a arguição de inconstitucionalidade perante tais órgãos.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª edição. 4ª Tiragem. Saraiva. São Paulo. 2014. p. 118.

¹³⁰ O Supremo Tribunal Federal, na verdade, pode exercer o controle de constitucionalidade por via de defesa quando pronuncia-se, de forma incidental, em causas de sua competência originária, nos termos do artigo 102, inciso I, da Constituição Federal ou por via recursal, de acordo com os incisos II e III do mesmo dispositivo constitucional, através dos recursos ordinário ou extraordinário..

¹³¹ Pontes de Miranda, ao tratar do recurso extraordinário, entende que sua finalidade é “assegurar: a inteireza positiva; a validade; a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição.”

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão previstas no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal¹³², que, em suma, tratam do julgamento de questões constitucionais.

Tais recursos estão enquadrados na classe dos recursos excepcionais, juntamente com o recurso especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, diferenciando-se, desta forma, dos recursos ordinários ou comuns, que são dirigidos e apreciados pelos tribunais locais ou regionais.

Os recursos comuns respondem imediatamente ao interesse do litigante vencido em ver reformada a decisão que o desfavoreceu, bastando, portanto, a sucumbência.

O recurso extraordinário, por sua vez, sempre foi manifestado como recurso propriamente dito (interposto, portanto, no mesmo processo) e fundado imediatamente no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição Federal, sendo que apenas mediatamente visa à tutela do interesse do litigante. Assim, pode-se dizer que o recurso extraordinário possui um caráter político.

Por se tratar de um recurso excepcional, o recurso extraordinário possui alguns pressupostos de admissibilidade próprios¹³³.

(MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII: arts. 539 a 565. Forense. Rio de Janeiro. 2002. p. 39).

¹³² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

¹³³ Nas palavras de R. Ives Braguittoni: *Assim, o já bastante complexo exame de admissibilidade do recurso extraordinário se tornará ainda mais diferenciado. Além de todos os requisitos comuns de admissibilidade (objetivos, como tempestividade, preparo, existência, cabimento e outros, subjetivos, que são interesse e legitimidade), continuarão sendo exigidos ainda os requisitos especiais de admissibilidade – tanto os previstos na lei quanto os derivados de exigência jurisprudencial (dentre os quais, como visto, sobrepõem em importância o prequestionamento e a proibição de discussão de matéria fática, ambos consolidados em súmula.* (BRAGUITTONI, R. Ives. *Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal*. Atlas. São Paulo. 2007. p. 53).

O primeiro ponto que deve ser observado é que para o manejo do recurso extraordinário deve haver o esgotamento das instâncias inferiores, já que ele somente poderá ser interposto quando as causas tiverem sido decididas em única ou última instância¹³⁴.

Assim, deve-se esgotar todos os meios ordinários de impugnação, caso contrário não será admitido o recurso extraordinário.

Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

*O extraordinário e o especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única, originária. Isso coloca o problema de só serem exercitáveis contra “causas decididas” ou “decisões finais”, ambas expressões significando que não podem ser exercitados per saltum, deixando in albis alguma possibilidade de impugnação.*¹³⁵

Ademais, esta espécie de recurso não tem por finalidade precípua corrigir a injustiça da decisão anterior. A partir do momento em que se admite que o recurso extraordinário é manejado perante o Supremo Tribunal Federal e este é o guardião

¹³⁴ No tocante ao recurso extraordinário, a Constituição Federal não faz menção a tribunal prolator da decisão recorrida, mencionando apenas que a decisão deve ser de única ou última instância. Daí a possibilidade de interposição do Recurso Extraordinário contra a decisão de turma recursal dos juizados especiais.

O mesmo não ocorre com o recurso especial, já que o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, diz expressamente que o Superior Tribunal de Justiça julgará em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça. Assim, ante ao fato do segundo grau dos juizados especiais ser composto de um colegiado de juízes, todos de primeiro grau de jurisdição, o Superior Tribunal de Justiça não entende este colegiado como um verdadeiro tribunal, não admitindo, desta forma, recurso especial em sede de juizados especiais. Neste sentido, o STJ editou a súmula 203: *Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.*

¹³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. RT. São Paulo. 2008. p. 128.

da Constituição Federal, não há que se falar em revisão das decisões judiciais. O que se busca é garantir o cumprimento da Constituição Federal naquele caso concreto, sendo que o direito subjetivo da parte será atingido de forma reflexa.

Por tal motivo é que o recurso extraordinário não se presta para revisar matéria de fato ou reexame de provas produzidas nos autos do processo. As matérias conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do recurso extraordinário limitam-se às questões de direito relacionadas à matéria constitucional.

Outro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário é o prequestionamento da matéria.

Para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório. É necessário mais. No aresto recorrido a matéria deve ter sido decidida, e decidida de forma manifesta.

Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida de acordo com os dispositivos constitucionais indicados, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto, não bastando a simples menção dos artigos.

José Miguel Garcia Medina leciona que:

A expressão prequestionamento – que, originariamente, dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que “questionam” – passou a significar a exigência de que da decisão conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão constitucional ou federal. Na verdade, então, o prequestionamento da decisão seria o reflexo da atividade das partes ao longo do processo. Caso este

*prequestionamento (das partes) não se refletisse na decisão, teria havido omissão do Judiciário, suprido pela via dos embargos de declaração.*¹³⁶

Assim, a parte, após esgotados os recursos cabíveis, deve opor embargos de declaração, com o intuito de prequestionar a matéria. No entanto, os embargos de declaração somente poderão ser opostos, se antes de proferido o acórdão embargado a parte já tiver suscitado a questão constitucional e a respeito manteve-se omissa o aresto. Não se prestam os embargos de declaração, portanto, para suscitá-la originalmente, para inovar na matéria.

O recurso extraordinário é sujeito a uma dupla triagem de seus pressupostos de admissibilidade. Como sua petição de interposição é endereçada ao Presidente do Tribunal de origem, este possui competência para analisar os requisitos de admissibilidade do recurso nos termos do artigo 542, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil¹³⁷.

Se admitido o recurso, as condições de admissibilidade serão objeto de reexame pelo órgão julgador no Supremo Tribunal Federal.

Ao Presidente do Tribunal de origem compete proferir fundamentado juízo prévio sob os requisitos genéricos e os pressupostos constitucionais de admissibilidade do recurso extraordinário.

¹³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. RT. São Paulo. 2008. p. 222.

¹³⁷ Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

§ 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada.

Contudo, não está o relator, na instância especial, adstrito ao juízo de prelibação pelo Presidente do Tribunal de origem, podendo negar ou dar seguimento ao recurso extraordinário por outro ou outros fundamentos.

Teresa Arruda Alvim Wambier assevera que:

*Os requisitos de admissibilidade dos recursos constituem matéria de ordem pública, cuja ausência deve ser conhecida de ofício. Por isso, tem-se que, embora admitido o recurso pelo órgão a quo, nada impede que o Tribunal ad quem não o admita.*¹³⁸

Questão importante acerca do recurso extraordinário diz respeito ao instituto da repercussão geral¹³⁹, editado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o parágrafo 3º, ao artigo 102, da Constituição Federal.

Referido dispositivo constitucional diz:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹³⁸ MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. RT. São Paulo. 2008. p. 77.

¹³⁹ A respeito do tema da repercussão geral, escreveu Athos Gusmão Carneiro: *A respeito do tema escreveu José Manoel de Arruda Alvim que a expressão “repercussão geral” significa praticamente a colocação de um filtro, ou um divisor de águas em relação ao cabimento do recurso extraordinário, deixando de merecer julgamento os recursos não dotados deste atributo, ainda que forma e substancialmente pudessem ser aptos à admissão e ao julgamento. Refere o eminente processualista, com a costumeira propriedade, que o novo instituto se coloca como filtro de caráter político prévio à admissão de recursos com a flexibilidade desejável, descartando aqueles recursos “que não mais tenham razão alguma de ser, senão uma insistência socialmente não desejável do recorrente, permeada por um animus lotérico”.* (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recursos especial, agravos e agravo interno*. Forense. Rio de Janeiro. 2008. p. 41-42).

Além disso, o artigo 543-A e seu parágrafo 1º, do Código de Processo Civil estabelece que:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Percebe-se, desta forma, que a questão debatida no recurso extraordinário deve ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, transcendendo para além do interesse subjetivo das partes na causa. Em outras palavras, tem de contribuir para a persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio (relevância e transcendência), caracterizada está a repercussão geral da controvérsia.

Ao adotar os requisitos da relevância e da transcendência, o constituinte derivado utilizou conceitos jurídicos indeterminados, pois tal análise será feita de acordo com o caso concreto apresentado para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

A relevância da questão debatida tem de ser analisada do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico. Deve-se frisar que basta restar caracterizada a relevância do problema debatido em uma dessas perspectivas.

A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, o que deve ser analisado é a importância da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas suscetíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo Tribunal Federal e, bem assim, a natureza do direito posto em causa.

Nosso ordenamento jurídico determina que, independentemente da demonstração da relevância econômica, social, política ou jurídica para além das partes da questão debatida, haverá repercussão geral sempre que o recurso atacar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 543-A, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil¹⁴⁰.

O recorrente possui o ônus de demonstrar a existência da repercussão geral da questão debatida em sede de preliminar do recurso extraordinário. Não o desempenhando, o apelo excepcional não será admitido.

No entanto, a fundamentação levantada pela parte para demonstração da repercussão geral da questão debatida não vincula o Supremo Tribunal Federal. Pode esta Corte Suprema admitir o recurso extraordinário entendendo relevante e transcendente a questão debatida por fundamento constitucional diverso daquele levantado pelo recorrente.

A competência para a apreciação da existência ou não de repercussão geral da questão debatida é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, apesar dos Tribunais de origem realizarem um exame prévio da admissibilidade do recurso

¹⁴⁰ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (...)

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

extraordinário, não poderão se manifestar sobre o requisito da repercussão geral, nos termos do artigo 543-A anteriormente transcrito.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, somente pode recusar o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral pela manifestação de dois terços de seus membros¹⁴¹.

Reconhecida a relevância e a transcendência da questão debatida, binômio caracterizador da repercussão geral, e presentes os demais requisitos inerentes ao juízo de admissibilidade recursal, tem o Supremo Tribunal Federal de conhecer o recurso extraordinário.

A partir deste momento, o Supremo Tribunal Federal deve julgar o mérito do recurso, provendo-o ou não. A decisão prolatada substituirá o aresto de 2ª instância, operando-se o efeito substitutivo do recurso.

Todavia, na hipótese do Supremo Tribunal Federal pronunciar-se no sentido da ausência de relevância e transcendência da questão debatida, a Corte Suprema deverá negar seguimento ao recurso, por decisão irrecurável, não o conhecendo. A decisão, nesse caso, não substituirá a decisão recorrida.

O não reconhecimento da repercussão geral de determinada questão tem efeito para além daquele processo específico, no sentido de que outros recursos

¹⁴¹ Athos Gusmão Carneiro manifestou-se sobre o juízo de admissibilidade da repercussão geral lecionando o seguinte: *A triagem, sobre a ocorrência ou não do pressuposto constitucional da repercussão geral, admite sucessivas etapas. Primeiramente, compete à Presidência do STF recusar, desde logo, o recurso extraordinário cuja petição não contenha a preliminar (formal e fundamentada) alusiva à repercussão geral, bem como recusar o recurso quando já houve precedente do STF, em casos análogos, afastando tal repercussão; e igual competência terá o Ministro relator, caso a matéria haja ultrapassado o crivo da Presidência, em ambos os casos sendo possível à parte recorrente interpor agravo interno da decisão que negue seguimento ao recurso (RISTF, art. 327). Mais uma triagem será feita quando do julgamento pela Turma: e se negada a repercussão geral por, no mínimo, dois votos, a matéria será submetida ao Plenário. Em sessão plenária, a decisão pela inexistência da repercussão exige um quorum de dois terços dos membros da Corte, ou seja, pelo menos oito julgadores devem pronunciar-se nesse sentido (CPC, art. 543-A, § 4º).* (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recursos especial, agravos e agravo interno*. Forense. Rio de Janeiro. 2008. p. 42).

fundados em idêntica matéria não serão conhecidos liminarmente, estando o Supremo Tribunal Federal autorizado a negar-lhes seguimento de plano¹⁴².

Superados os requisitos de admissibilidade do recurso, deverá existir a análise do mérito recursal. Uma vez julgado, fará coisa julgada, nos termos do artigo 467, do Código de Processo Civil¹⁴³.

Ocorre que, a decisão do Supremo Tribunal Federal que julga o recurso extraordinário, produz efeitos *inter partes*, ou seja, tão somente entre as partes do processo, nos termos do artigo 472, do Código de Processo Civil, que reza:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Portanto, somente aqueles que demandarem naquela situação concreta levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal é que poderão beneficiar-se da decisão do recurso extraordinário. Trata-se do limite subjetivo da coisa julgada.

Essa é a lição de José Rogério Cruz e Tucci:

Com a formação da coisa julgada material, todas as questões que ficaram decididas principaliter na sentença tornaram-se imutáveis e

¹⁴² Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (...)

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴³ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

*indiscutíveis (art. 467). Desse modo, depois do trânsito em julgado, os efeitos, principais e secundários, da sentença tendem a produzir-se de modo definitivo. Assim, ao lado dos denominados limites objetivos da coisa julgada, a eficácia da sentença, em regra, projeta-se exclusivamente inter partes, ou seja, entre os sujeitos que atuaram na condição de parte no processo concluído.*¹⁴⁴

Ademais, como dito anteriormente, no controle difuso de constitucionalidade, que, na maioria dos casos, é realizado no Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário, a eficácia objetiva da coisa julgada é o pedido da causa, que foi decidido na parte dispositiva da sentença, de acordo com o artigo 469, do Código de Processo Civil:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Assim, o reconhecimento da constitucionalidade ou não da lei é realizado de maneira incidental, por ser uma questão prejudicial e, ainda, trata-se de fundamento do pedido, motivo pelo qual, não há que se falar em coisa julgada da matéria constitucional.

Tal fato justifica o efeito da decisão ser aplicado somente às partes da causa.

¹⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. RT. São Paulo. 2007. p. 187-188

Luís Roberto Barroso esclarece que:

A decisão que declare que um tributo não é devido porque a lei que o instituiu viola o princípio da anterioridade, ou a que considere a majoração legal do valor do aluguel, no curso do contrato, prejudicial ao ato jurídico perfeito, produzem efeitos apenas entre as partes do processo: contribuinte e Fazenda Pública, no primeiro caso; locador e locatário, no segundo. Em ambas as hipóteses, o juiz reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da lei aplicável, e os efeitos desse reconhecimento repercutem apenas inter partes. Porém, há mais a observar: a declaração de inconstitucionalidade não era o objeto de nenhum dos dois pedidos, mas apenas a razão de decidir. Na verdade, como já visto, era uma questão prejudicial, que precisava ser resolvida como premissa lógica necessária para a solução do litígio. Ora bem: por dicção legal expressa, nem os fundamentos da decisão nem a questão prejudicial integram os limites objetivos da coisa julgada, de modo que não há falar em auctoritas rei iudicata em relação à questão constitucional.¹⁴⁵

Insta observar que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade da decisão de inconstitucionalidade em controle difuso ter efeito *erga omnes*, quando houver a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional através da edição de Resolução pelo Senado Federal.

Reza o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal:

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª edição. 4ª Tiragem. Saraiva. São Paulo. 2014. p. 150-151.

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;

Assim, apesar da decisão do controle difuso de constitucionalidade ter efeitos entre as partes do processo, com a comunicação ao Senado Federal do julgamento de inconstitucionalidade da lei, este pode editar uma resolução concedendo caráter geral, *erga omnes*, aos efeitos da decisão.

O Senado não é obrigado a editar a resolução, sendo, desta forma, um poder discricionário, já que tal medida possui notório caráter político. Fala-se, então, que a casa legislativa pode analisar, de acordo com seus critérios, a conveniência e a oportunidade de suspender ou não o ato normativo¹⁴⁶.

Uma vez editada a resolução, seus efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroagem até o momento em que houve a inserção no sistema jurídico do diploma legal considerado inconstitucional. Desta forma, a resolução atinge a validade da lei, que é extirpada do sistema, deixando de existir no ordenamento jurídico.

¹⁴⁶ Existem doutrinadores que entendem que, com o avanço da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como com a criação de institutos como, por exemplo, a súmula vinculante, a resolução do Senado para a suspensão da lei declarada inconstitucional deixaria de ter importância e que tal órgão teria apenas o condão de conferir publicidade à decisão proferida pela Corte Suprema. Neste sentido, merece atenção os ensinamentos de Gilmar Mendes: *Parece legítimo entender que a fórmula relativa à execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, 2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.* (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 761-762).

Como vimos em capítulo anterior, de acordo com o nosso entendimento, uma lei é válida quando ingressa no sistema do direito positivo, através do procedimento adequado e da autoridade competente, passando a existir para o mundo do direito.

Portanto, a partir do momento em que o diploma legal é excluído do sistema, não há mais que se falar em validade do ato normativo, que deixou de existir para o direito.

Com tal conclusão, é possível afirmar que, na seara tributária, quando existe a resolução do Senado suspendendo a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, todos os contribuintes serão beneficiados pelo efeito *erga omnes* peculiar ao ato, e poderão, se for o caso, recuperar aquilo que foi pago indevidamente, desde o momento em que a lei produziu efeitos no ordenamento jurídico (ressalvado o prazo prescricional de cinco anos), já que há a retroatividade da decisão.

Neste ponto, é importante fazermos uma ponderação com relação ao controle de constitucionalidade por via difusa e incidental.

Temos vivido uma tendência, no ordenamento jurídico brasileiro, de aproximação entre o nosso *civil law* com o *common law* e sua utilização de precedentes.

Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

Não há dúvida de que o papel do atual juiz do civil law e especificamente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se

*aproxima da função exercida pelo juiz do common law, especialmente a realizada pelo juiz americano.*¹⁴⁷

O que se busca com a aproximação entre os sistemas da *civil law* e do *common law* é conferir tratamento igual para as questões iguais, evitando-se, desta forma, a edição de decisões diferentes para casos iguais, primando-se, desta forma, pelo princípio da segurança jurídica.¹⁴⁸

Assim, os precedentes judiciais¹⁴⁹, cada vez mais, estão ganhando importância em nosso ordenamento, já que a previsibilidade deve ser privilegiada para que possa haver confiança no sistema.

Esta conclusão não deve ser diferente no controle de constitucionalidade operado de forma difusa e incidental, que de acordo com a legislação e conforme demonstramos anteriormente possui vinculação entre as partes do processo.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. RT. São Paulo. 2011. p. 100.

¹⁴⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que: *No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas.*

Essas divergências existem também no âmbito dos tribunais superiores: entre eles – STJ e STF – e entre seus órgãos fracionários. Isso ocorre em relação ao STJ, que tem maior número de órgãos fracionários.

O fato de estas divergências existirem também no plano dos tribunais superiores, na verdade, impede que suas decisões desempenhem o papel de norte, de orientação para os demais órgãos do Judiciário. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In. *Direito jurisprudencial*. RT. São Paulo. 2012. p. 36.)

¹⁴⁹ Esclarecemos, nesta oportunidade, que não entendemos jurisprudência e precedentes como termos sinônimos. Para ilustrar nossa posição, adotamos os ensinamentos de Evaristo Aragão Santos, que escreve: *O termo precedente, embora também seja polissêmico, no âmbito do direito designa fenômeno marcadamente distinto do da jurisprudência. Expressa a ideia de uma decisão, isto é, uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, tem potencial para influenciar na solução de casos futuros. Toda a decisão que tenha esse potencial pode ser considerada, de maneira ampla, como um precedente judicial.*

Há, aqui, portanto, uma distinção de caráter quantitativo: enquanto o termo jurisprudência designa um conjunto de decisões, o termo precedente espelha, por essência, a ideia de uma decisão pronunciada pelo Judiciário. Essa seria, por assim dizer, uma “acepção ampla” do termo precedente judicial. Designa toda e qualquer decisão com aptidão de influenciar na solução de casos futuros. (SANTOS. Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In. *Direito jurisprudencial*. RT. São Paulo. 2012. p. 143).

A justificativa de se adotar os precedentes judiciais em sede de controle difuso e incidental, tornando suas decisões vinculativas para os demais órgãos do Poder Judiciário, fazendo com que exista uma transcendência do caso particular, é uma verdadeira exigência do sistema.

Novamente utilizando as lições de Luiz Guilherme Marinoni:

*Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízos nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.*¹⁵⁰

As decisões da Corte Suprema, portanto, devem ser sempre vistas como precedentes constitucionais e devem vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, a fim de garantir a previsibilidade necessária, conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados.

Esse entendimento foi adotado, inclusive, pelo novo Código de Processo Civil, que, em seu artigo 927, inovou no sistema e trouxe uma série de precedentes que devem ser observados por todos os órgãos do Poder Judiciário, por possuírem eficácia vinculante e obrigatória.

De acordo com referido artigo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. RT. São Paulo. 2011. p. 461.

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*
- II - os enunciados de súmula vinculante;*
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;*
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;*
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

Assim, verifica-se que as decisões prolatadas em sede de recurso extraordinário passam a ter, por expressa disposição legal, força vinculante e devem ser observadas como precedentes nos julgamentos das demandas pelos tribunais ordinários.

Fredie Didier Jr. assevera que:

Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, ratio decidendi) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.

No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a ratio decidendi contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC.¹⁵¹

Tendo em vista tal posicionamento, questiona-se qual a real natureza e necessidade da Resolução que deve ser expedida pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Adotando-se a premissa de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade possuem força vinculante, não há razão de reservar ao Senado Federal a competência para atribuir efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade. Isto porque, a omissão da Casa Legislativa na produção da Resolução em nada modificaria a vinculação dos efeitos da decisão da Corte Suprema.

Por tal motivo, atualmente entende-se que, no máximo, a Resolução do Senado Federal tem por objetivo conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle difuso, em nada interferindo em sua produção de efeitos.

Desta forma, o controle difuso de constitucionalidade deve ser analisado sob essa nova ótica, interpretando-se de forma crítica os ditames legais.

Superada tal discussão, importante frisar que a questão da modulação dos efeitos da decisão em controle difuso de constitucionalidade será analisada no próximo capítulo, quando trataremos do tema de forma mais minuciosa.

¹⁵¹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 10 ed. Jus Podivm. 2015. p. 455.

No item seguinte, analisaremos o controle de constitucionalidade direto e abstrato.

4.3.3.2. Controle de constitucionalidade por via de ação direta

Diversamente do controle incidental, em que a questão constitucional é analisada apenas de forma incidental, não sendo o objeto principal da demanda concreta colocada para julgamento do Poder Judiciário, no controle por via de ação direta, a inconstitucionalidade da lei é o tema central.

No controle por via direta, o que se busca é proteger o ordenamento da existência de normas inconstitucionais, fazendo com que o sistema do direito positivo permaneça harmônico e sem qualquer tipo de contradição interna entre os seus elementos.

Como dito no item anterior, no controle por via incidental deve haver uma ação judicial tratando de uma situação concreta. As partes buscam o Poder Judiciário para resolver um direito subjetivo, em que o bem da vida está sendo violado pela norma tida como inconstitucional. Existe um conflito entre as partes, que deve ser resolvido pelo magistrado, exercendo sua função jurisdicional. Trata-se de um processo subjetivo, entre partes contrárias buscando seus direitos perante o Estado julgador.

Já no controle de constitucionalidade por ação direta, a situação é diversa. Como seu principal objetivo é garantir a ordem do ordenamento jurídico, extirpando as normas inconstitucionais, não há que se falar em direito subjetivo. Na verdade, o controle por via de ação direta não é exercitado por partes, mas sim por legitimados, que devem levar a questão para a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Assim, não existe lide a ser resolvida, já que não há interesses subjetivos conflitantes. Além disso, o controle por via de ação julga situações abstratas e não concretas como na outra hipótese.

O julgamento, portanto, é de lei em tese, de normas gerais e abstratas que necessitam dos atos posteriores da incidência e da aplicação para tornarem-se individuais e concretas e serem executáveis.

Verifica-se que nesta situação do Poder Judiciário exerce uma função atípica da jurisdição, pois não existe uma situação concreta, tampouco um litígio que deve ser solucionado pelo julgador através da aplicação da legislação. O objetivo, neste caso, é manifestar sobre a própria lei.

Tal característica faz com que ele seja denominado de processo objetivo, pois, quando de seu manejo, não há a instauração de uma lide entre partes adversas.

Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève:

(...) não há aqui um “processo contraditório”, no qual as partes litigam pela defesa dos direitos subjetivos ou pela aplicação de direito subjetivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um processo objetivo sem contraditores, embora os autores do ato normativo submetido à impugnação possam ser ouvidos. Há, pois, partes meramente formais. Embora seja possível falar-se em legitimidade ativa e passiva, é preciso fazer uso dessas categorias processuais com certa dose de reserva. É que a ação direta de inconstitucionalidade jamais será proposta contra alguém ou

*determinado órgão, mas sim em face de um ato normativo apontado como legítimo do ponto de vista constitucional.*¹⁵²

Pelo fato do controle por via de ação objetivar a segurança do sistema, decidindo se determinada norma será ou não retirada do ordenamento, já que a questão da constitucionalidade reflete o próprio objeto da ação, a Constituição Federal determina que a fiscalização da constitucionalidade seja realizada unicamente pelo Supremo Tribunal Federal de forma concentrada.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema:

*O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º).*¹⁵³

¹⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. RT. São Paulo. 2000. p. 159.

¹⁵³ ADI-MCa – QO 2551/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 02/04/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

São cinco as ações típicas do controle de constitucionalidade por via de ação: ação direta de inconstitucionalidade interventiva, prevista no artigo 36, inciso III, da Constituição Federal; ação direta de inconstitucionalidade, disposta no artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal; ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de acordo com o artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal; ação declaratória de constitucionalidade, disciplinada no artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal; e, arguição de descumprimento de preceito fundamental, elencada no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

No presente trabalho, por motivo de relevância com o tema central da tese, faremos um corte metodológico neste ponto e somente analisaremos, com mais vagar, a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal. Todas as demais ações possuem suas importâncias, mas a pertinência temática permite este corte, para que haja o aprofundamento do estudo nas matérias efetivamente conectadas com o instituto da modulação dos efeitos das decisões.

Assim, passaremos à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

4.3.3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade, também conhecida como ação genérica, está prevista no artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal¹⁵⁴, e tem como objetivo verificar a compatibilidade da lei com o Texto Constitucional, sendo que aqueles diplomas incompatíveis serão retirados do sistema jurídico.

¹⁵⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...)

Importante frisar, desde o início, que todas as observações feitas no item anterior aplicam-se a esta espécie de ação, ou seja, não existem partes litigantes, não há conflitos subjetivos a serem dirimidos e a análise da constitucionalidade ocorre em normas gerais e abstratas. Por tal motivo, trata-se de um processo objetivo.

A competência é exercida de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁵, que possui como função precípua ser o guardião da Constituição Federal.

Como não existem partes litigantes na ação direta de inconstitucionalidade, fala-se em legitimação ativa e passiva.

Os legitimados ativos estão previstos no artigo 103 da Constituição Federal, que reza:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

¹⁵⁵ É certo que no âmbito estadual também pode existir controle abstrato de constitucionalidade. A Constituição Federal, em seu artigo 125, parágrafo 2º, prevê a possibilidade de apresentação de uma representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. Tal ação deverá ser manejada de forma concentrada nos Tribunais de Justiça dos Estados, que possuem competência para julgá-la. Importante destacar que se houver o ajuizamento simultâneo de duas ações questionando a mesma lei estadual, uma perante o Tribunal de Justiça do Estado-membro competente, ante a violação da Constituição Estadual e outra perante o Supremo Tribunal Federal, em decorrência da violação a Constituição Federal, o julgamento da Corte Suprema vinculará a decisão do Tribunal inferior, mas nunca o contrário.

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ao longo dos anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal criou classificação acerca dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, levando em consideração a pertinência temática, que é *“definida como o requisito objetivo da ‘relação de pertinência’ entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação”*¹⁵⁶.

Assim, são classificados como legitimados universais o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Por outro lado, são legitimados especiais o Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.

Os legitimados universais são aqueles que estão autorizados à defesa da Constituição Federal, podendo impugnar qualquer matéria em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Os legitimados especiais, por sua vez, possuem atuação restrita, podendo impugnar e questionar matérias em relação às quais demonstre interesse de agir, isto é, existência de relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções que exerce.

Por outro lado, os legitimados passivos são os órgãos ou autoridades responsáveis pela edição da lei ou ato normativo que estão sendo questionados na ação direta de constitucionalidade. Tais legitimados, através do Advogado-Geral da

¹⁵⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª edição. Atlas. São Paulo. 2005. p. 731.

União, deverão prestar informações na ação para o relator do processo, justificando a presunção de constitucionalidade da legislação *sub judice*.

Pessoas jurídicas de direito privado jamais poderão figurar entre os legitimados passivos, já que o controle abstrato tem como objeto a impugnação de atos emanados pelo Poder Público.

Através do controle concentrado, pode-se questionar a constitucionalidade de qualquer espécie normativa prevista no artigo 59 da Constituição Federal¹⁵⁷, bem como das leis estaduais e tratados internacionais. No entanto, de acordo com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, não podem ser fiscalizados por via de ação direta os atos normativos secundários, tais como, decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, as leis municipais em face da Constituição Federal, as propostas de emenda constitucional e os projetos de lei e as súmulas dos tribunais.

Verifica-se, portanto, que o objeto do controle por via de ação direta refere-se aos atos normativos primários, que tenham o condão de inovar no sistema jurídico, sejam federais ou estaduais.

Não existe prazo decadencial ou prescricional para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade¹⁵⁸. Desta feita, a partir da publicação da lei tida por inconstitucional, o ato pode ser impugnado.

¹⁵⁷ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;
II - leis complementares;
III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - medidas provisórias;
VI - decretos legislativos;
VII - resoluções.

¹⁵⁸ O Supremo Tribunal Federal possui posicionamento pacífico no sentido da não existência de prazo prescricional ou decadencial para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. A título de exemplo pode ser citada a seguinte ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA DE PRAZO DECADENCIAL - ICMS - CONCESSÃO DE ISENÇÃO E DE OUTROS BENEFÍCIOS FISCAIS, INDEPENDENTEMENTE DE PREVIA DELIBERAÇÃO DOS DEMAIS

No entanto, não podem ser objeto de fiscalização as leis anteriores à Constituição Federal de 1988 e as leis que já tenham sido revogadas.

No primeiro caso, se há incompatibilidade entre o veículo normativo e a Carta Magna, significa que a legislação foi revogada, não se podendo falar em controle abstrato de uma norma que não tem validade e que, portanto, não existe no sistema jurídico atual. Na segunda hipótese, a ação direta de inconstitucionalidade de uma

ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DO ESTADO-MEMBRO EM TEMA DE ICMS (CF, ART. 155, 2., XII, "G") - NORMA LEGAL QUE VEICULA INADMISSIVEL DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA AO GOVERNADOR DO ESTADO - PRECEDENTES DO STF - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E PRAZO DECADENCIAL: O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360. Precedentes do STF. DIREITO DE PETIÇÃO E AÇÃO DIRETA: O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. Trata-se de instrumento jurídico-constitucional posto a disposição de qualquer interessado - mesmo daqueles destituídos de personalidade jurídica -, com a explícita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva. Entidade sindical que pede ao Procurador-Geral da República o ajuizamento de ação direta perante o STF. *Provocatio ad agendum*. Pleito que traduz o exercício concreto do direito de petição. Legitimidade desse comportamento. ICMS E REPULSA CONSTITUCIONAL A GUERRA TRIBUTARIA ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS: O legislador constituinte republicano, com o propósito de impedir a "guerra tributaria" entre os Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS. Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República, em tema de ICMS, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste esse tributo, (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributaria, notadamente em face de seu caráter não-cumulativo, (c) justificam a edição de lei complementar nacional vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, sempre após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder e/ou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais. CONVENIOS E CONCESSÃO DE ISENÇÃO, INCENTIVO E BENEFICIO FISCAL EM TEMA DE ICMS: A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial a válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS. Esses convênios - enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas de competência tributaria em matéria de ICMS - destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão. O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributaria pertinente ao ICMS. MATÉRIA TRIBUTARIA E DELEGAÇÃO LEGISLATIVA: A outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a concessão de anistia ou remissão em matéria tributaria só podem ser deferidas mediante lei específica, sendo vedado ao Poder Legislativo conferir ao Chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa. Precedente: ADIn 1.296-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

(ADI 1247 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/1995, DJ 08-09-1995 PP-28354 EMENT VOL-01799-01 PP-00020).

lei revogada faria com que a demanda perdesse seu objeto, não havendo sequer interesse processual em sua instauração, pois a medida deixou de ser útil e necessária.

A Lei nº 9.868/99 rege o procedimento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

A petição deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido com todas as suas especificações. A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo de tal decisão (art. 4º e parágrafo único, da Lei nº 9.868/99).

Uma vez aceita a petição inicial, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que deverão prestá-las em trinta dias (art. 6º e parágrafo único, da Lei nº 9.868/99).

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias. Vencidos tais prazos, o relator redigirá relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (artigos 8º e 9º, da Lei nº 9.868/99).

Importante destacar que uma vez proposta a ação, não será admitida desistência, nos termos do artigo 5º, da Lei nº 9.868/99. Além disso, não é admitida a intervenção de terceiros, de acordo com o artigo 7º, de referida lei.

De acordo com Cássio Scarpinella Bueno:

A expressão 'processo objetivo' é, em geral, associada à noção de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, não 'julga' nenhum interesse ou direito subjetivado, isto é, concretizado em uma específica relação jurídica que dá ensejo, por definição, ao nascimento de pretensões concretas. É nesse sentido que, usualmente, se veda a intervenção de terceiros naquelas ações, já que não há qualquer 'interesse' ou 'direito' pertencente individual e exclusivamente a quem quer que seja que possa ser usufruído diretamente a partir daquilo que é julgado.¹⁵⁹

No entanto, o parágrafo 2º, do artigo 7º, prevê a possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, em clara admissão ao chamado *amicus curiae*. É certo, porém, que tais órgãos e entidades possuem limitados direitos dentro do processo, não podendo formular pedido, aditar o pedido já delimitado, bem como interpor recursos ou impugnações¹⁶⁰.

O artigo 102, inciso I, alínea *p*, da Constituição Federal permite a possibilidade de pedido cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade¹⁶¹.

¹⁵⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª edição. Saraiva. São Paulo. 2008. p. 135-136

¹⁶⁰ Sobre este tema, vejamos a seguinte Ementa, proferida em julgamento do Supremo Tribunal Federal: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI. *Amicus curiae*. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. *Amicus curiae* não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo.

(ADI 3105 ED, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2007, DJ 23-02-2007 PP-00017 EMENT VOL-02265-01 PP-00130 RT v. 96, n. 861, 2007, p. 83-85)

¹⁶¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: (...)

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

Deverá ser comprovado o *fumus boni iuris* da alegação, concernente na plausibilidade jurídica da tese e o *periculum in mora*, segundo o qual deverá ser demonstrada a possibilidade de prejuízo caso a medida não seja deferida de imediato¹⁶².

Uma vez concedida a medida liminar, deverá ser suspenso o julgamento de qualquer processo em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, até que exista a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade. Por outro lado, seu indeferimento não possui efeito vinculante.

A medida cautelar, dotada de eficácia *erga omnes*, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (art. 11, parágrafo 1º, da Lei 9.868/99)¹⁶³.

¹⁶² ADIN - LEI N. 8.024/90 - PLANO COLLOR - BLOQUEIO DOS CRUZADOS - AUSÊNCIA DO PERICULUM IN MORA - LIMINAR INDEFERIDA. - O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza - não obstante o relevo jurídico da tese deduzida - o reconhecimento da situação configuradora do periculum in mora, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada. - Votos vencidos dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), PAULO BROSSARD e NÉRI DA SILVEIRA, que ordenavam a liberação imediata dos cruzados bloqueados, por entenderem que a salvaguarda do padrão monetário não justifica o desrespeito, pelo Estado, de princípios inscritos na Constituição da República: "O poder normativo reconhecido a União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamento as reais necessidades da economia nacional, quer para regular o seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários (...), quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar os limites impostos pela Constituição" (Ministro CELSO DE MELLO, Relator).

(ADI 534 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/1991, DJ 08-04-1994 PP-07239 EMENT VOL-01739-02 PP-00210).

¹⁶³ São vários os julgados do Supremo Tribunal Federal que concedem efeitos *ex tunc* à medida liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade. Apesar de antigo, o precedente, cuja ementa é transcrita a seguir, demonstra de maneira clara o entendimento da Corte Suprema: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. - Ocorrência, no caso, da relevância jurídica da arguição e do "periculum in mora". - Embora, normalmente, a concessão da liminar só produza efeitos "ex nunc", quando a norma impugnada tem os seus efeitos exauridos logo após sua entrada em vigor, mas com repercussão indireta no futuro pela desconstituição de atos pretéritos, repercussão essa a justificar a concessão da liminar, tal concessão se dá para o efeito único possível de suspender a eficácia da norma "ex tunc", certo como e que não se pode suspender para o futuro o que já se exauriu no passado. Liminar deferida, para suspender, "ex tunc", a eficácia do artigo 5. da Emenda Constitucional n. 4, de 1991, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

(ADI 596 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1991, DJ 22-11-1991 PP-16845 EMENT VOL-01643-01 PP-00067 RTJ VOL-00138-01 PP-00086).

Nos termos do artigo 12 de referida lei, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, o que faz com que o processo seja conduzido por um rito mais célere.

O artigo 22 da Lei nº 9.868/99 cuida da decisão a ser proferida na ação direta de inconstitucionalidade. Na verdade, referido dispositivo legal trata, ao mesmo tempo, das decisões das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Vejamos:

A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Efetuada o julgamento, será declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma impugnada, devendo existir a manifestação de pelo menos seis Ministros (art. 23 da Lei nº 9.868/99).

Tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação declaratória de constitucionalidade possuem natureza dúplice ou ambivalente. Isto fica evidente no artigo 24 da Lei nº 9.868/99, ao enunciar que declarada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Nesse sentido, esclarecedor trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação Rcl-MC 2.363/PA:

Afirmar, em outra ocasião, que, aceita a ideia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade não tenha efeitos ou consequências semelhantes àqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade.

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma impugnada é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória (art. 26 da Lei nº 9.868/99).

Trata-se de decisão com cunho declaratório, que não inova no ordenamento jurídico, limitando-se a constatar a existência de um vício e proclamando a invalidade da norma e sua expulsão do sistema jurídico.

Uma vez transitada em julgado a decisão, há a produção da coisa julgada, nos termos do artigo 467, do Código de Processo Civil¹⁶⁴. Toda a abordagem acerca da coisa julgada que fizemos no item anterior, ao tratarmos do controle difuso de constitucionalidade, pode ser aplicada neste momento para as hipóteses de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁶⁴ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Assim, terá como limite objetivo a matéria decidida no dispositivo da sentença, ou seja, o julgamento de procedência da ação direta de inconstitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade de determinado ato normativo.

A eficácia preclusiva da coisa julgada fará com que não possa ser ajuizada nova ação direta para questionar a inconstitucionalidade do mesmo ato normativo já analisado. Além disso, ante a existência da eficácia vinculativa, todos os demais órgãos do Poder Judiciário, quando incitados a se pronunciarem sobre questões *sub judice*, deverão observar a decisão da Corte Suprema quanto a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Questão interessante a ser abordada é se existe a formação de coisa julgada quando a ação direta de inconstitucionalidade é julgada improcedente. Devemos lembrar que a Lei nº 9.868/99 confere caráter dúplice à ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Poderíamos pensar, por tal motivo, que uma vez julgada a ação direta improcedente, haveria, por consequência, o reconhecimento de que aquele ato normativo seria constitucional e não mais poderia ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal ante a formação de coisa julgada objetiva.

Diversamente do que ocorre nos processos subjetivos, em que o julgamento de improcedência do pedido produz coisa julgada, no caso da ação direta, o mesmo não ocorre. Isto porque, quando há o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, este deixa de ser válido e é extirpado do sistema do direito positivo, não podendo mais ser aplicado. Contudo, quando há a improcedência da ação direta, nada acontece com a lei. Se houver ajuizamento de nova ação direta, com novos argumentos ou novos fatos, não há qualquer impedimento para que o

Supremo Tribunal Federal analise, uma vez mais, a constitucionalidade ou não do ato normativo.

Gilmar Mendes escreve que:

No Brasil também se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula rebus sic stantibus, de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente).

*Daí parecer plenamente legítimo que se suscite perante o STF a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade.*¹⁶⁵

Podemos concluir, então, que em hipóteses de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, não se forma a coisa julgada material.

Importante destacar, ainda, que, quando uma lei nova passa a produzir seus efeitos, sendo dotada, portanto de vigência e eficácia, normalmente, ela revoga, de maneira expressa ou tácita, a legislação anterior que trata do mesmo tema¹⁶⁶. Na hipótese da lei revogadora ser considerada inconstitucional em sede de ação direta pelo Supremo Tribunal Federal, como vimos, haverá sua exclusão do sistema e ela não produzirá mais qualquer espécie de efeitos. Desta feita, deverá existir a

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2014. p. 476.

¹⁶⁶ De acordo com a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

restauração da vigência da lei anteriormente revogada, já que, pelo princípio da supremacia da Constituição, a situação jurídica deve retornar ao *status quo ante*¹⁶⁷.

Luís Roberto Barroso defende que:

A premissa de não admissão de efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito

¹⁶⁷ Sobre esse tema, interessante analisar voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADI 2.215/PE: "(...) Já se afirmou, no início desta decisão, que a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam - considerado o efeito repristinatório que lhes é inerente - em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. Esse entendimento - hoje expressamente consagrado em nosso sistema de direito positivo (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 2º) -, além de refletir-se no magistério da doutrina (ALEXANDRE DE MORAES, "Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais", p. 272, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 249, 2ª ed., 2000, RT; CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 4, tomo III/87, 1997, Saraiva; ZENO VELOSO, "Controle Jurisdicional de Constitucionalidade", p. 213/214, item n. 212, 1999, Cejup), também encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, desde o regime constitucional anterior (RTJ 101/499, 503, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RTJ 120/64, Rel. Min. FRANCISCO REZEK), vem reconhecendo a existência de efeito repristinatório nas decisões desta Corte Suprema, que, em sede de fiscalização normativa abstrata, declaram a inconstitucionalidade ou deferem medida cautelar de suspensão de eficácia dos atos estatais questionados em ação direta (RTJ 146/461-462, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.028-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES - ADI 2.036-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES). O sentido e o alcance do efeito repristinatório foram claramente definidos, em texto preciso, por CLÈMERSON MERLIN CLÈVE ("A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 249/250, 2ª ed., 2000, RT), cuja autorizada lição assim expôs o tema pertinente à restauração de eficácia do ato declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, ou objeto de suspensão cautelar de aplicabilidade, deferida em igual sede processual: "Porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. Sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (*rectius*, que declara) a inconstitucionalidade atinge todos os 'possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar', inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, 'permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade'".

*objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição.*¹⁶⁸

Na tocante aos limites subjetivos da coisa julgada, tem-se que a declaração de inconstitucionalidade possui efeito vinculante contra todos. O artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, é claro nesse sentido:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Assim, a decisão da ação direta de inconstitucionalidade possui eficácia *erga omnes*, já que os legitimados elencados no artigo 103 da Constituição Federal possuem legitimação extraordinária e defendem o interesse da coletividade. Por tal motivo, os efeitos da decisão possuem caráter geral e não se aplicam tão somente às “partes” do processo.

Além disso, há a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário. Desta forma, na análise de casos concretos, a premissa estabelecida pelo Supremo

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva. São Paulo. 2003. p. 92-93.

Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não da lei deve ser observada, não podendo ser decidido de forma diversa na análise incidental da demanda.

Gilmar Mendes leciona que:

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais¹⁶⁹.

Deve-se notar, entretanto, que em diversas situações, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes, segundo a qual, a eficácia vinculante da decisão se dá não apenas com relação à parte dispositiva da sentença, mas também pelos próprios fundamentos que embasaram a decisão¹⁷⁰. Portanto, de acordo com essa posição, as razões

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2014. p. 493.

¹⁷⁰ A título de exemplo, transcrevemos duas ementas do Supremo Tribunal Federal que tratam da transcendência dos efeitos determinantes da decisão:

RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente.

(Rcl 2363, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2003, DJ 01-04-2005 PP-00007 EMENT VOL-02185-01 PP-00139 RTJ VOL-00193-02 PP-00513 LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 170-182).

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o

determinantes da decisão da Corte Suprema vinculam, em casos futuros, todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como as autoridades administrativas.

É certo, contudo que as considerações marginais existentes na decisão não podem fazer coisa julgada, devendo-se distinguir as verdadeiras razões de decidir das simples coisas ditas de passagem.

O último tópico que deve ser analisado na ação direta de inconstitucionalidade diz respeito aos efeitos temporais da decisão.

Como já afirmamos em outra oportunidade, a decisão da ação direta tem cunho declaratório e atinge a validade da lei, extirpando-a do sistema jurídico. Além disso, ao declarar-se a inconstitucionalidade de uma lei, o entendimento é de que referido ato normativo passa a ser considerado nulo.

A retirada da norma do sistema do direito positivo é realizada, em regra, com eficácia retroativa (*ex tunc*), desde o seu nascimento, sendo que todos os atos praticados com fundamento em tal lei são eivados de vício insanável.

Ocorre que, em algumas situações, o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento no sentido de mitigar os efeitos retroativos da decisão que declara a inconstitucionalidade. Ante tal posicionamento, o legislador ordinário fez ingressar no ordenamento jurídico a regra contida no artigo 27, da Lei nº 9.868/99, criando o instituto da modulação dos efeitos da decisão.

sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.

(Rcl 1987, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02152-01 PP-00052).

No próximo capítulo trataremos de forma pormenorizada sobre tal instituto, analisando todas as suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO V

5.1. A modulação dos efeitos da decisão

Há duas teorias que prevalecem quando se fala de controle jurisdicional de constitucionalidade: a teoria da nulidade e a teoria da anulabilidade.

A teoria da nulidade é adotada pelo sistema jurídico norte-americano e tem como característica o fato da decisão que declara a inconstitucionalidade ter eficácia declaratória e atacar o plano da validade da norma. Por tal motivo, em regra, referida decisão produz efeitos retroativos, sendo que o ato normativo é declarado inválido desde a sua criação

A lei considerada inconstitucional e, portanto, nula, não produz, desde o seu nascimento, efeitos válidos, sendo retirada do ordenamento jurídico.

Esta teoria privilegia a supremacia da Constituição perante as leis e normas infraconstitucionais, já que não é admitida a existência, no sistema, de uma lei que afronte os dispositivos do Texto Magno.

Ao comentar o sistema norte americano, Mauro Cappelletti leciona que:

É de todo evidente – diz-se com precisão naquela sentença – que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastem ou o Poder Legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre essas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do Poder Legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso

*concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável.*¹⁷¹

Em contrapartida, há a tese da anulabilidade, adotada principalmente pelo ordenamento jurídico austríaco, tendo como um de seus precursores Hans Kelsen. De acordo com tal teoria, a decisão que julga a inconstitucionalidade possui eficácia constitutiva, motivo pelo qual, o plano da existência é atingido. Tendo em vista tais premissas, é certo que a lei ou ato normativo torna-se anulável e os efeitos da inconstitucionalidade são prospectivos, *ex nunc*.

Desta forma, a norma inconstitucional produz efeitos válidos no ordenamento jurídico, até que seja anulada. Tais efeitos não mais serão produzidos a partir do momento em que for inserida no sistema a norma individual e concreta que julgou a inconstitucionalidade e não desde o nascimento da lei, como na teoria da nulidade¹⁷².

No Brasil, o sistema jurídico adota a teoria da nulidade no controle jurisdicional de constitucionalidade. Assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o plano da validade é atingido.

¹⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Fabris. Porto Alegre. 1992. p. 47-48.

¹⁷² Nas palavras de Gilmar Mendes: *A lei inconstitucional seria, portanto, apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé.* (MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis na atualidade*. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Renovar. Rio de Janeiro. 1997. p. 271-272).

Foi a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁷³ que afirmou a escolha da teoria da nulidade em nosso ordenamento jurídico. Transcrevemos, abaixo, trechos da ementa da ADI 652/MA, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello¹⁷⁴, que demonstram tal afirmação:

¹⁷³ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - EFICÁCIA RETROATIVA - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO "LEGISLADOR NEGATIVO" - REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO - PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS - PREJUDICIALIDADE. - O REPÚDIO AO ATO INCONSTITUCIONAL DECORRE, EM ESSENCIA, DO PRINCÍPIO QUE, FUNDADO NA NECESSIDADE DE PRESERVAR A UNIDADE DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL, CONSAGRA A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. ESSE POSTULADO FUNDAMENTAL DE NOSSO ORDENAMENTO NORMATIVO IMPÕE QUE PRECEITOS REVESTIDOS DE "MENOR" GRAU DE POSITIVIDADE JURÍDICA GUARDEM, "NECESSARIAMENTE", RELAÇÃO DE CONFORMIDADE VERTICAL COM AS REGRAS INSCRITAS NA CARTA POLÍTICA, SOB PENA DE INEFICÁCIA E DE CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE. ATOS INCONSTITUCIONAIS SÃO, POR ISSO MESMO, NULOS E DESTITUÍDOS, EM CONSEQUÊNCIA, DE QUALQUER CARGA DE EFICÁCIA JURÍDICA. - A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI ALCANÇA, INCLUSIVE, OS ATOS PRETERITOS COM BASE NELA PRATICADOS, EIS QUE O RECONHECIMENTO DESSE SUPREMO VÍCIO JURÍDICO, QUE INQUINA DE TOTAL NULIDADE OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO, DESAMPARA AS SITUAÇÕES CONSTITUÍDAS SOB SUA EGIDE E INIBE - ANTE A SUA INAPTIDÃO PARA PRODUZIR EFEITOS JURÍDICOS VÁLIDOS - A POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DE QUALQUER DIREITO. - A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE ENCERRA UM JUÍZO DE EXCLUSÃO, QUE, FUNDADO NUMA COMPETÊNCIA DE REJEIÇÃO DEFERIDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONSISTE EM REMOVER DO ORDENAMENTO POSITIVO A MANIFESTAÇÃO ESTATAL INVÁLIDA E DESCONFORME AO MODELO PLASMADO NA CARTA POLÍTICA, COM TODAS AS CONSEQUÊNCIAS DAI DECORRENTES, INCLUSIVE A PLENA RESTAURAÇÃO DE EFICÁCIA DAS LEIS E DAS NORMAS AFETADAS PELO ATO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. ESSE PODER EXCEPCIONAL - QUE EXTRAÍ A SUA AUTORIDADE DA PRÓPRIA CARTA POLÍTICA - CONVERTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM VERDADEIRO LEGISLADOR NEGATIVO. - A MERA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA NÃO IMPEDE O EXERCÍCIO, PELO ÓRGÃO ESTATAL COMPETENTE, DA PRERROGATIVA DE PRATICAR OS ATOS QUE SE INSEREM NA ESFERA DE SUAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS: O DE CRIAR LEIS E O DE REVOGA-LAS. O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO TEM, POIS, O CONDÃO DE SUSPENDER A TRAMITAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LEGISLATIVOS OU DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE OBJETIVEM A REVOGAÇÃO DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS CUJA VALIDADE JURÍDICA ESTEJA SOB EXAME DA CORTE, EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO. - A SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO EM AÇÃO DIRETA - NÃO OBSTANTE RESTAURE, PROVISORIAMENTE, A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR POR ELE REVOGADA - NÃO INIBE O PODER PÚBLICO DE EDITAR NOVO ATO ESTATAL, OBSERVADOS OS PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELO SISTEMA DE DIREITO POSITIVO. - A REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO, EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, IMPEDE, DESDE QUE INEXISTENTES QUAISQUER EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS, O PROSSEGUIMENTO DA PRÓPRIA AÇÃO DIRETA.

(ADI 652, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/1992, DJ 02-04-1993 PP-05615 EMENT VOL-01698-03 PP-00610 RTJ VOL-00146-02 PP-00461)

¹⁷⁴ A íntegra do voto do Ministro pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>

(...) atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. - a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquína de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito (...).

Assim, a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal possui caráter declaratório e, por ter eficácia *ex tunc*, gera a nulidade de todos os efeitos produzidos pela norma desde o momento de seu ingresso no sistema jurídico brasileiro.

Neste sentido, cabe a transcrição de trecho do voto do Ministro Paulo Brossard, relator no julgamento da ADI 2¹⁷⁵:

A Corte verifica e anuncia a nulidade, como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a

¹⁷⁵ EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001).

pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não mudou a natureza do suposto diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso o seu efeito é ex tunc,

Ocorre que, em muitas oportunidades, havia necessidade de uma temperança com relação aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo. A depender do caso concreto, poderia ser necessário preservar os efeitos que aquele ato havia produzido no ordenamento jurídico enquanto foi considerado perfeito, do que extirpá-lo, desde o momento de nascimento, passando uma borracha em todas as condutas que ele disciplinou.

Essa falta de tempero acabou por ocasionar, em certas situações, a não declaração de inconstitucionalidade de leis sabidamente inconstitucionais, por razões de privilégio aos efeitos que haviam sido anteriormente produzidos pelo ato normativo viciado¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Importante, nesta oportunidade, o ensinamento de Gilmar Mendes sobre o tema. De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal: *Nosso modelo de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e possibilidade de impugnação quase ilimitada do direito federal e estadual, recomenda a adoção de institutos que mitiguem os efeitos danosos para a segurança jurídica advenientes da declaração de inconstitucionalidade com efeito ex tunc. Não só o desfazimento de situações jurídicas consolidadas, mas também a necessidade de desembolso de recursos para pagamento ou eventual repetição daquilo que se recebeu indevidamente ocasionam instabilidades sérias ou traumas de proporções inmensuráveis. Assim, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.* (MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis na atualidade*. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Renovar. Rio de Janeiro. 1997. p. 272-273).

Desta forma, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro o artigo 27, da Lei nº 9.868/99¹⁷⁷, que introduz o instituto da modulação dos efeitos da decisão, admitindo-se a possibilidade de atribuição de efeito *ex nunc*, nas ações de que declaram a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁷⁸ Importante frisar que o Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da Lei nº 9.868/99, admitia a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por meio da utilização de técnicas alternativas de decisão como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de lei ainda constitucional. Neste sentido, podemos destacar os seguintes casos:

1) No julgamento do Recurso Extraordinário 78.533/SP, o STF decidiu pela manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional. A Ementa é a seguinte: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO DE FATO. INVESTIDURA BASEADA EM NORMA POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL. A NULIDADE NÃO ENVOLVE UMA DAS FASES DE ATO COMPLEXO, DE MERA EXECUÇÃO DE ORDEM LEGÍTIMA, COM A SUA CONSEQUÊNCIA NORMAL E ROTINEIRA. APARÊNCIA DE LEGALIDADE E INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PELA LETRA "C" DO ART. 119, III, DA CONSTITUIÇÃO, NÃO CONHECIDO. (RE 78533, Relator(a): Min. FIRMINO PAZ, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DÉCIO MIRANDA, Segunda Turma, julgado em 13/11/1981, DJ 26-02-1982 PP-01290 EMENT VOL-01243-01 PP-00090 RTJ VOL-00100-03 PP-01086).

2) No caso do aumento inconstitucional da remuneração dos magistrados, decidiu-se que os proventos percebidos antes da declaração de inconstitucionalidade não deveriam ser devolvidos. A Ementa é a seguinte: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte. (RE 122202, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 10/08/1993, DJ 08-04-1994 PP-07243 EMENT VOL-01739-05 PP-00945).

3) No julgamento do Habeas Corpus 70.514, admitiu-se que a lei que concede prazo em dobro à Defensoria Pública é constitucional até este órgão estar devidamente aparelhado e estruturado. A Ementa é a seguinte: Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal

Pela análise de referido dispositivo legal, percebe-se que há a reafirmação da adoção da teoria da nulidade nas declarações de inconstitucionalidades, sendo que somente em hipóteses excepcionais, por razões de segurança jurídica e interesse social, e pela aprovação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, poderá ser conferido efeito prospectivo às decisões.

Ana Paula Ávila entende que:

Nesse particular, o art. 27 da Lei nº 9.868 prevê formas de fixação de efeitos que podem equiparar a invalidade reconhecida a diversas categorias: ao ato totalmente nulo (regra, com retroação ex tunc), ao ato relativamente nulo (ex tunc parcial ou restringido), ao ato anulável (efeito ex nunc) e, ainda, ao ato ainda válido (ou ex nunc com termo

do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro. (HC 70514, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ 27-06-1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450).

4) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 147.776/SP, considerou constitucional o artigo 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover, se o requerente for pobre, ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível. A Ementa é a seguinte: EMENTA: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. (RE 147776, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998, DJ 19-06-1998 PP-00009 EMENT VOL-01915-01 PP-00136).

*inicial diferido, que o Supremo vem designando como efeito pro futuro).*¹⁷⁹

A modulação dos efeitos da decisão não é novidade nos ordenamentos jurídicos de outros países.

Como assevera Eduardo Garcia de Enterría:

*A técnica da anulação prospectiva tem se desenvolvido na jurisprudência constitucional de outros países e nos Tribunais supranacionais europeus em função de um problema específico de controle judicial das leis. Nas clássicas palavras de Otto Bachof em seu trabalho 'El juez constitucional entre el Derecho y la Política' (que eu mesmo me refiro detidamente no livro citado, La Constitución como Norma, p. 179 e seguintes.), porque as sentenças anulatórias de uma lei podem ocasionar catástrofes, não só para o caso concreto, mas para um grande número de casos; quando essas sentenças são 'politicamente equivocadas' (no sentido de que não seguem as tarefas legítimas da direção do Estado), a decisão pode alcançar a comunidade inteira. Assim, "ao invés de apenas julgar os outros a justiça pode e deve levar em consideração as consequências - e as consequências políticas - de suas sentenças.*¹⁸⁰

¹⁷⁹ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009. p. 31.

¹⁸⁰ O texto original assevera que: *La técnica de la anulación prospectiva se ha desarrollado en las jurisprudencias constitucionales de otros países y en la de los Tribunales supranacionales europeos en función de un problema específico del control judicial de las leyes. En palabras ya clásicas de Otto Bachof en su trabajo 'El juez constitucional entre el Derecho y la Política' (al que yo mismo me he referido detenidamente en el libro citado, La Constitución como Norma, pp. 179, y sigs.), porque las Sentencias anulatorias de una Ley 'pueden ocasionar catástrofes, no solo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas Sentencias son 'politicamente equivocadas' (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la decisión puede alcanzar a la comunidad política entera'. Así, pues, 'más que el juez de otros ámbitos de la justicia,*

Nos Estados Unidos da América, já em 1965 a técnica foi utilizada no julgamento de um caso pela Suprema Corte. No caso “Linkletter v. Walker” houve a mitigação dos efeitos de uma reversão de precedentes em matéria penal¹⁸¹. Assim, a Corte afastou a aplicação de efeitos *ex tunc*, tendo em vista o argumento de que a Constituição americana não exigia a aplicação dos efeitos retroativos.

Destaca-se o seguinte trecho de referido julgamento, que assim traduzimos:

*(...) a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo, e em cada caso, o Tribunal determina se a aplicação prospectiva ou retroativa é adequada. Esta abordagem é particularmente correta com referência à irrazoável busca e apreensão prescrição na Quarta Emenda.*¹⁸²

puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias - y tan frecuentemente consecuencias políticas - de sus sentencias. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justitia constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. Revista de Direito Público, nº 92, out/dez 1989. p. 12-13.

¹⁸¹ De acordo com Chief Justice Charles Evans Hughes: *The judicial creation of a new rule of law raises the essential question whether that rule is to be applied retroactively or prospectively only. The consistency of the traditional mandatory retroactivity rule has given way to a more flexible retroactivity analysis. The change occurred in 1965 when the Supreme Court in Linkletter v. Walker squarely faced a rule that, if applied retroactively, would have affected thousands of criminal convictions. The Linkletter doctrine has since defined the contours of federal retroactivity analysis to include three basic considerations: purpose of the rule in question, reliance by the parties on the rule, and effect of retroactive application on the administration of justice. An examination of Supreme Court decisions since 1975 and of lower federal court decisions since 1971 leads Professor Corr to challenge the utility of the retroactivity doctrine articulated by the Supreme Court; in short, the logical appeal of the purpose-reliance-effect triad does not transfer well into practical application. Given the confusion and inconsistencies currently present in the retroactivity analysis of lower federal courts, it is suggested that more useful guidelines be developed in this complex area of the law. More importantly, it is also suggested that doctrinal development should take into account the practical problems of applying doctrine, and not merely such considerations as fairness or the abstract logical appeal of a doctrine. These questions [of retroactivity] are among the most difficult of those which have engaged the attention of [the] courts.* (Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank, 308 U.S. 371, 374 - 1940).

¹⁸² O trecho original extraído do julgamento assevera que: *(...) the Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect, and in each case, the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate. This approach is particularly correct with reference to the unreasonable search and seizure prescription of the Fourth Amendment.* (U.S. Supreme Court. Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965). Linkletter v. Walker. No. 95. Argued March 11, 1965. Decided June 7, 1965. 381 U.S. 618).

Verifica-se, desta forma, que apesar do ordenamento norte americano adotar a teoria da nulidade quando do julgamento da incompatibilidade das leis perante a Constituição Federal, neste *leading case*, a Corte Suprema decidiu que não era consequência necessária da decisão de inconstitucionalidade o reconhecimento de efeito retroativo.

Gilmar Mendes manifestou-se no seguinte sentido acerca do tema:

*É interessante notar que nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a ideia de que a expressão 'lei inconstitucional' configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que 'the unconstitutional statute is not law at all' passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecer limites à declaração de inconstitucionalidade.¹⁸³*

Na Alemanha, desde 1954, a lei que tivesse sua constitucionalidade fiscalizada, poderia ser corrigida nos pontos falhos, permanecendo, a princípio, constitucional. Desta forma, a Corte Constitucional denominou de “decisão de apelo” a possibilidade de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade¹⁸⁴. Já em 1970, houve a introdução expressa na Lei Orgânica da Corte Constitucional de autorização para declaração de inconstitucionalidade sem o reconhecimento da nulidade, motivo pelo qual não poderia mais ser aplicada para os casos futuros.

¹⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27ª Edição. Malheiros. São Paulo. 2004. p. 381. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. O capítulo no qual se insere tal assertiva foi escrito exclusivamente pelo professor Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁸⁴ Comentando a técnica de apelo, Gilmar Mendes ensina que: (...) *a relação normativa inconstitucional (verfassungswidrige Normrelation) não pode ser superada, em princípio, mediante decisão de índole cassatória, pois esta ou não atingiria os objetivos pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar.* (Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.686, de 10-11-1999*. Saraiva. São Paulo. 2001. p. 637).

De acordo com os Parágrafos 31, 78 e 79, de referida Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã:

§ 31

(1) As decisões do Tribunal Constitucional Federal serão vinculativas para os órgãos constitucionais federais, bem como sobre todos os tribunais e autoridades públicas.

(2) Nos casos referidos no § 13 n.ºs. 6, 6a, 11, 12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal terá força de lei. O mesmo se aplica nos casos referidos no § 13 n.º. 8a se o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei como compatível ou incompatível com a Lei Fundamental ou se anula a lei. Se uma lei é declarada para ser compatível ou incompatível com a Lei Fundamental ou outra lei federal, ou se for anulada, a parte decisória relevante da decisão será publicada no Diário Oficial pelo Ministério Federal da Justiça e da Defesa do Consumidor. Isto é aplicável em conformidade com a parte dispositiva da decisão nos casos referidos no § 13 n.ºs. 12 e 14.

§ 78

Se o Tribunal Constitucional Federal conclui que a lei federal é incompatível com a Lei Básica, ou que a lei é incompatível com a Lei Fundamental ou outra lei federal, deverá anular a lei. Se outras disposições da mesma lei são incompatíveis com a Lei Fundamental ou outra lei federal, pelas mesmas razões, o Tribunal Constitucional Federal pode anulá-las também.

§ 79

(1) Um caso que foi baseado em uma lei que foi declarada incompatível com a Lei Fundamental ou foi anulada nos termos do §

78, ou que foi baseada em uma interpretação de uma lei que o Tribunal Constitucional Federal declarou ser incompatível com a Lei Fundamental pode ser reaberto nos termos das disposições do Código de Processo Penal para contestar uma condenação final.

(2) Em todos os outros casos, mas sujeitos ao § 95 seg. 2 ou disposições legais específicas, as decisões não passíveis de recurso com base em uma lei que foi anulada nos termos do § 78 não serão afetados. A execução de tal decisão não é permitida. Quando a execução obrigatória reger-se pelas disposições do Código de Processo Civil, § 767 do Código de Processo Civil são aplicáveis em conformidade. Os créditos decorrentes de enriquecimento sem causa não são .¹⁸⁵

¹⁸⁵ O texto original diz:

§ 31

The decisions of the Federal Constitutional Court shall be binding upon federal and Land constitutional organs as well as on all courts and public authorities.

(2) In the cases referred to in § 13 nos. 6, 6a, 11, 12, and 14, the decision of the Federal Constitutional Court shall have the force of law. This shall also apply in the cases referred to in § 13 no. 8a if the Federal Constitutional Court declares a law to be compatible or incompatible with the Basic Law or if it voids the law. If a law is declared to be compatible or incompatible with the Basic Law or other federal law, or if it is voided, the relevant operative part of the decision shall be published in the Federal Law Gazette by the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. This shall apply accordingly to the operative part of the decision in the cases referred to in § 13 nos. 12 and 14.

§ 78

If the Federal Constitutional Court comes to the conclusion that federal law is incompatible with the Basic Law, or that Land law is incompatible with the Basic Law or other federal law, it shall void the law. If further provisions of the same law are incompatible with the Basic Law or other federal law for the same reasons, the Federal Constitutional Court may void them as well.

§ 79

(1) A case that was based on a law that was declared to be incompatible with the Basic Law or was voided pursuant to § 78, or that was based on an interpretation of a law that the Federal Constitutional Court declared to be incompatible with the Basic Law may be reopened pursuant to the provision of the Code of Criminal Procedure to challenge a final conviction.

(2) In all other cases, but subject to § 95 sec. 2 or to specific statutory provisions, non-appealable decisions based on a law that was voided pursuant to § 78 shall remain unaffected. The execution of such a decision is not permissible. Where compulsory execution is governed by the provisions of the Code of Civil Procedure, § 767 of the Code of Civil Procedure shall apply accordingly. Claims arising from unjust enrichment shall not be permissible.

Disponível em

http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1. Acesso em 13/10/2015.

A Constituição de Portugal¹⁸⁶, em 1982, teve seu texto alterado para fazer incluir a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, exigindo, para a sua aplicação, para a segurança jurídica, ou razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo.

O artigo 282º-1 de referido diploma constitucional reza que:

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

Ademais, a própria constituição portuguesa prevê expressamente a possibilidade do Tribunal Constitucional fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma mais restrita, desde que razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público considerável recomendem, afastando o princípio da nulidade plena e consagrando a modulação de efeitos, como se depreende do artigo 282º-4, *in verbis*:

282º-4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

¹⁸⁶ Disponível em

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 13/10/2015.

Analisando o caso português, Jorge Miranda afirma que:

Segundo o art. 282.º, n.º 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 em geral — quer dizer, eventualmente reduzindo o âmbito de aplicação retroactiva da declaração (que, no limite, poderá vir a só produzir efeitos para o futuro) e, quanto à inconstitucionalidade originária, obstando à repristinação de norma anteriormente revogada. Nas razões justificativas da ponderação dos efeitos indicam-se razões estritamente jurídicas — a segurança e a equidade, a primeira de incidência mais objectiva, a segunda de incidência mais subjectiva — e uma razão estritamente política — interesse público de excepcional relevo; e por isso, este interesse tem de ser fundamentado.¹⁸⁷

O sistema austríaco também merece registro. O artigo 140 da Constituição da Áustria de 1920 prescreve expressamente que os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei se dão a partir da publicação da decisão do Tribunal Constitucional, salvo quando esta corte estabelecer outro prazo, que não pode ser superior a seis meses ou, quando for necessária a edição de outra lei, ocasião em que o prazo não pode superar um ano.

O artigo 140 da Constituição da Áustria determina o seguinte:

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2 ed. Editora Limitada. Coimbra. 1996. p. 502-503.

Artigo 140. (5) O acórdão do Tribunal Constitucional que reconhece uma lei como inconstitucional impõe ao Chanceler Federal ou ao Estado a obrigação de publicar a decisão sem demora. Isto se aplica, de forma análoga, no caso de um pronunciamento nos termos do Parágrafo (4). A decisão entra em vigor na data da publicação, se o Tribunal não fixou um prazo para a rescisão. Este prazo não pode exceder um ano.¹⁸⁸

A decisão opera-se para o futuro, sendo a lei anulada. Contudo, os atos até então praticados com base na lei não são atingidos pela anulação.

René Marcic, citado por Paulo Bonavides, destaca que:

O Tribunal Constitucional austríaco se coloca na posição de somente afastar do sistema jurídico as leis declaradas nulas, de maneira ex nunc; segundo a ordem constitucional austríaca as leis inconstitucionais não são, pois, atos nulos ex tunc. Chega mesmo o Tribunal Constitucional vienense a deixar ficar como está, ou seja, com eficácia, por um determinado espaço de tempo, uma lei reconhecida por inconstitucional – isto em virtude da segurança jurídica e a fim de oferecer ao Governo a oportunidade de preparar, durante este espaço de tempo, uma lei que seja constitucional.¹⁸⁹

¹⁸⁸ A tradução foi feita de forma livre, sendo que o texto original é o seguinte: *Article 140. (5) The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent State-Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to Paragraph (4). The rescission enters into force on the day of publication if the Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed one year.*

Disponível em www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf. Acesso em 13/10/2015.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 334.

Em suma, pelo sistema austríaco a lei reconhecida inconstitucional é válida até a decisão de inconstitucionalidade, não afetando os atos praticados com base nela.

Como afirmamos, no Brasil, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 foi pioneiro ao tratar da matéria, positivando a possibilidade de aplicar-se efeitos prospectivos para determinadas hipóteses, desde que preenchidos os requisitos determinados no dispositivo legal.

O Direito não pode ficar alheio à evolução dos conflitos sociais e às demandas da sociedade. É inquestionável que essas razões são suficientes para que haja a introdução de alternativa para a Corte Suprema, em determinados casos excepcionais, estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, projetando para o futuro os seus efeitos.

Para vários doutrinadores, entretanto, o dispositivo legal disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não é constitucional.

Maria Garcia entende que:

Quanto à modulação de efeitos, portanto, porque não autorizada pela Constituição, a sua possibilidade encontra-se proibida. Tertius non datur¹⁹⁰.

No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva Martins leciona que o dispositivo parece inconstitucional, porque pretende “*dar eficácia de norma constitucional à lei declarada definitivamente inconstitucional, atribuindo efeito ex nunc à decisão que*

¹⁹⁰ GARCIA, Maria. *Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da Lei 9.868/1999*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – vol. 18 nº 73/206. Outubro/Dezembro 2010. p. 214.

*declara a inconstitucionalidade ou ainda postergando tal efeito para o futuro. É matéria que merece reflexão*¹⁹¹.

Por outro lado, a maioria dos autores defende a constitucionalidade do dispositivo, visto tratar-se de um instituto que veio ao encontro dos desideratos da sociedade.

Para exemplificar essa corrente, transcrevemos trecho de artigo publicado por Teori Albino Zavascki, em que ele analisa que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não contradiz a teoria da nulidade. Segundo o autor:

*Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por 'razões de segurança pública ou de excepcional interesse social'. Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está assumindo a função de 'legislador positivo', criando uma norma – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado status quo formado irregularmente, é típica função de juiz.*¹⁹²

Existem, no Supremo Tribunal Federal, duas ações diretas de inconstitucionalidade que estão analisando a pertinência do artigo 27 da Lei nº

¹⁹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões*. In TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. Atlas. São Paulo. 2001. p. 179.

¹⁹² ZAVASCKI, Teori Albino, *Ações de controle concentrado de constitucionalidade*. In DIDIER JR. Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. Saraiva. São Paulo. 2003. p. 65-66.

9.868/99 com os dispositivos constitucionais, são as ADIs 2.154 e 2.258. Ambas as ações ainda estão em tramitação e não possuem decisão definitiva.

Portanto, no presente trabalho, não se questiona a constitucionalidade do dispositivo em análise, já que, até o momento, ele é válido e pertencente ao sistema do direito positivo.

O que se deve ter em mente é que há hipóteses em que invalidar os efeitos que uma norma inconstitucional produziu, seria ainda mais contrário à Constituição do que mantê-los. Desta forma, a possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos às decisões não faz com que haja uma flexibilização do princípio da supremacia da Constituição, que é postulado lógico do sistema. Na verdade, trata-se de uma ponderação entre duas normas constitucionais: a norma constitucional violada e a norma constitucional que protege os efeitos já produzidos pela norma que teve sua inconstitucionalidade reconhecida. O sopesamento deve ocorrer levando em consideração princípios constitucionais, tais como o da boa-fé, da moralidade e da segurança jurídica.

O *lead case* julgado pelo Supremo Tribunal Federal em que foi aplicada a modulação dos efeitos da decisão ocorreu no Recurso Extraordinário nº 197.917¹⁹³, julgado em 2002.

¹⁹³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores

5.2. A modulação dos efeitos da decisão no controle difuso

Todas as previsões legislativas acerca do instituto da modulação dos efeitos da sentença são aplicadas ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal passou a alargar a aplicação de referido instituto, permitindo sua utilização no controle incidental. O *lead case* antes mencionado (RE 197.917) trata justamente da possibilidade de utilização da modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade.

No voto proferido por Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário, o Ministro assevera:

Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar igualmente os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-á ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

(RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368).

A fiscalização de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo tem o objetivo de reequilíbrio do sistema, afastando-se a instabilidade decorrente da existência de uma norma que foi considerada inválida. As decisões do Supremo Tribunal Federal permitem o privilégio ao tratamento igualitário que deve ser conferido aos jurisdicionados em relação aos textos normativos.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: “a estabilidade é valor *que se pode dizer praticamente inerente à ideia de direito*”¹⁹⁴.

As decisões dos Tribunais, assim, possuem fundamental importância, independentemente se proferidas em controle abstrato ou concreto. Elas servem de orientação para os demais órgãos do Poder Judiciário, exercendo papel paradigmático, e são as balizas norteadoras das condutas realizadas pelos cidadãos.

Neste sentido, com a aplicação de efeitos prospectivos às decisões, busca-se a manutenção das situações geradas pela norma declarada inconstitucional, protegendo-se, inclusive, as situações deduzidas em juízo.

Não importa, desta feita, a espécie de controle de constitucionalidade efetivamente exercido. Tanto no controle concentrado quanto no difuso, os objetivos são idênticos, o que justifica a aplicação da teoria do *overruling* em ambas as hipóteses.

Contudo, é necessário fazermos uma ponderação. O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 determina que a restrição dos efeitos da decisão deve ser aprovada por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. RT. São Paulo. 2004. p. 447.

Importante frisar que o quórum de dois terços disposto no artigo 27, não diz respeito à declaração de inconstitucionalidade, mas sim, à modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade.

Tendo em vista tal exigência, que é obrigatória para que possa ser conferido efeitos prospectivos para as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, nada mais adequado do que exigir-se o mesmo quórum para a aplicação da modulação dos efeitos da decisão em controle difuso de constitucionalidade.

Nas palavras de Ana Paula Ávila:

*Contudo, força reconhecer que, para dar cumprimento à lei e tornar possível a disposição de efeitos, segundo o art. 27, nas causas em controle difuso, não se pode abrir mão do quorum legal de dois terços dos membros da Corte, de modo que será sempre do Pleno do Supremo Tribunal Federal a competência para o exame dos efeitos nos termos daquele dispositivo.*¹⁹⁵

Assim, não há dúvidas de que a modulação de efeitos pode ser aplicada em sede de controle difuso, desde que aprovada por dois terços dos membros da Corte Suprema.

¹⁹⁵ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009. p. 60.

5.3. Requisitos

De acordo com o disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, somente pode ser aplicada a modulação dos efeitos da decisão, quando houver razão de segurança jurídica e excepcional interesse público.

Há grande crítica na doutrina sobre a adoção desses dois requisitos, visto que são considerados conceitos indeterminados e, por tal fato, poderiam gerar interpretações autoritárias dos Tribunais, tolhendo direitos dos jurisdicionados.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que conceitos indeterminados:

(...) são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das consequências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma explícita determinação.¹⁹⁶

Assim, quando da análise dos requisitos para aplicação da modulação dos efeitos da decisão, o Supremo Tribunal Federal possui grande margem de interpretação para definir a existência de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, no caso concreto.

Na verdade, deve haver a coparticipação do aplicador do direito na construção de sentido destes requisitos, sem que haja, contudo, abuso ou arbitrariedade.

O que se espera é que, analisando o caso concreto, verificando a situação fática, exista a ponderação entre a norma constitucional em processo de inconstitucionalidade e a norma constitucional que justifica a prospecção e manutenção de efeitos produzidos pela regra inconstitucional.

¹⁹⁶ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Ciência do Direito*. Atlas. São Paulo. 1998. p. 96.

Os conceitos de razões de segurança jurídica e de excepcional interesse público, desta forma, deverão ser construídos à partir do contexto fático em que estiverem inseridos, associado ao contexto normativo que deverá ser aplicado ao caso concreto, levando em consideração os limites conferidos pela Constituição Federal.

A adoção de conceitos indeterminados, como ocorre neste caso, ganha força com a crise do positivismo, analisada no primeiro capítulo deste trabalho, pois à partir do momento em que se deixa de aplicar a lei fria ao caso concreto, partindo-se para o uso de valores quando da solução de conflitos pelo julgador, são conferidos maiores poderes ao aplicador na definição de certos conceitos, a depender do caso concreto posto para análise, tornando mais amplo o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais¹⁹⁷.

O direito é um sistema aberto, não existindo solução geral e acabada trazida pela lei para todas as situações. O intérprete deve atuar de forma efetiva na produção da norma individual e concreta, agregando sentido a tais conceitos.

Ao tratar sobre os conceitos indeterminados, Ana Paula Ávila diz que:

Em geral, são conceitos amplos, que carecem de preenchimento valorativo e permitem a transposição, para o ordenamento jurídico, de elementos extrajurídicos, possibilitando ao aplicador a busca da

¹⁹⁷ Nessa linha de raciocínio, Fábio Martins de Andrade diz que, devido à *superação do uso (quase) exclusivo do método subsuntivo, muito em voga nos tempos áureos da corrente do pensamento positivista, alguns dogmas foram fortemente abalados (e hoje estão ultrapassados), como aqueles da completude e fechamento (ou autossuficiência exclusiva) do sistema jurídico*. (ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. Quartier Latin. São Paulo. 2011. p. 269).

*solução mais adequada ao caso, de acordo com os valores, os padrões éticos-sociais, os usos e costumes do momento.*¹⁹⁸

Contudo, a valoração deve sempre ser limitada pelos dispositivos constitucionais, não podendo existir uma liberdade de interpretação de forma desordenada ou abusiva. A Constituição Federal fornecerá os parâmetros e servirá de filtro para a análise dos valores aplicados em cada caso concreto, protegendo os direitos fundamentais dos jurisdicionados, não dando margem a privilégios de interesses escusos não condizentes com o sistema constitucional atual.

Superada a discussão sobre a adoção de conceitos indeterminados como requisitos para a aplicação da modulação dos efeitos da decisão, devemos nos debruçar sobre o que deve ser entendido por razão de segurança jurídica e excepcional interesse público.

É certo que o Direito é influenciado pelo tempo. De um lado existe toda a evolução social, que faz com que haja um novo modo de se enxergar situações recorrentes, resultando na alteração legislativa e na ruptura de orientações jurisprudenciais até então adotadas, em prol desta dinâmica incessante de mudança da realidade. De outro lado, porém, está a necessidade da estabilização das relações, que visam assegurar os direitos dos jurisdicionados, mantendo o equilíbrio e a ordem do sistema jurídico, prestigiando, desta forma, o princípio da segurança jurídica.

O julgamento de inconstitucionalidade de uma lei, sem sombra de dúvidas, repercute na realidade jurídica, podendo afetar a segurança de diversas relações

¹⁹⁸ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009. p. 77.

jurídicas que aconteceram no passado, durante o período em que a lei declarada inválida produziu efeitos.

A modulação de efeitos das decisões deve ser analisada pelo aplicador em cada caso concreto, sopesando a imediata invalidação dos efeitos gerados no passado pela norma declarada inconstitucional, privilegiando a supremacia da Constituição Federal, e sua manutenção por lapso temporal a ser fixado, ante a presença de razões de segurança jurídica.

Somando-se a isso, deve haver a observância dos direitos e garantias individuais elencados no texto constitucional, além de outros princípios e garantias também existentes na Carta Magna, mas que devem ser aplicados efetivamente a depender de cada caso concreto.

A realidade jurídica trazida à análise é que vai determinar se será possível justificar a adoção do instituto da modulação de efeitos, exercitando-se a ponderação entre as normas constitucionais a serem aplicadas.

Verifica-se, portanto, que o princípio da segurança jurídica tem suma importância na formação do conceito indeterminado de razões de segurança jurídica. Sempre deverá existir a ponderação entre a manutenção dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional e a realidade jurídica analisada.

Diferente de outros princípios, a segurança jurídica não analisa se houve a correta subsunção de um fato a uma norma, mas sim o contraste entre uma norma constitucional e uma realidade jurídica.

Nas palavras de Humberto Ávila:

(...) enquanto um princípio material qualquer exige a correlação entre os efeitos de um comportamento e o estado de coisas que este determina realizar, o princípio da segurança jurídica exige a

*correlação entre os efeitos de uma norma e o estado de coisas cuja realização ele estabelece.*¹⁹⁹

Com a crise do positivismo, em que o julgador deixou de ser um mero órgão de subsunção, os princípios e as garantias individuais passaram a ter um papel maior, devendo sempre ser levados em consideração no momento de decisão de um caso concreto. O Direito deve se reaproximar de outras ciências, da ética, da moral e de valores, devendo ser atribuída força normativa aos princípios, para que haja o atendimento das expectativas da sociedade moderna, em constante evolução e influenciadas pelo tempo.

No entanto, diferentemente da simples subsunção do fato à norma, o privilégio de valores, a ponderação de regras e princípios, não é tarefa fácil. Entretanto, os jurisdicionados precisam ter certeza daquilo que podem aguardar do Poder Público. É importante que eles tenham ciência dos entendimentos dos Tribunais para poderem planejar suas condutas.

É verdade, também, que os Tribunais devem ficar atentos aos desejos do contexto social, em relação aos avanços da sociedade. Assim, a valoração de princípios de forma diferente, a mudança de jurisprudência de tempos em tempos, são medidas necessárias para que haja o restabelecimento da ordem interna do sistema. E é justamente neste cenário que o instituto da modulação dos efeitos das decisões deve ser analisado.

O processo de decisão deve ser realizado através das diversas técnicas de interpretação, conferindo sempre segurança jurídica à atuação dos intérpretes autênticos, que poderão, em determinadas hipóteses, produzir normas individuais e

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª edição. Malheiros. São Paulo. 2012. p. 120.

concretas que não decorram diretamente da subsunção de uma lei já positivada, sem que isso viole a supremacia da Constituição.

O grande questionamento que o intérprete autêntico deve fazer é se há razões de segurança jurídica para que os efeitos da lei declarada inconstitucional sejam mantidos.

É inegável que em algumas situações em que uma lei é declarada inconstitucional em sede de controle de constitucionalidade, mas que seus efeitos são mantidos inalterados para o passado, o estado de segurança jurídica que deve ser garantido aos jurisdicionados pode ser afetado.

Quando há a manutenção dos efeitos ocorridos no passado da norma incompatível com a Constituição, mitigando sua nulidade e não interferindo em sua vigência e eficácia, pode existir uma incerteza por parte do cidadão de qual conduta deve tomar e de qual norma deve seguir, já que existirá uma norma decorrente da hipótese de incidência e outra decorrente do Poder Judiciário.

É certo, no entanto, que em determinadas situações, mesmo com uma eventual insegurança aos jurisdicionados, é preferível modular os efeitos de uma decisão para que a ordem constitucional seja mantida.

Citamos como exemplo desta situação a ADI 2240²⁰⁰, que julgou inconstitucional a lei que determinou a criação de um município da Bahia. Ocorre

²⁰⁰ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode

que, referido município, quando do julgamento da ação direta, já estava criado há mais de seis anos, razão pela qual, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem manter a criação do município, evitando-se o caos no ordenamento jurídico. De acordo com a decisão, o julgador não poderia tão somente realizar a subsunção do fato à norma, já que na hipótese em análise estava se tratando de uma situação de exceção e de um caso consolidado.

Ao analisar a situação da ADI 2240, Mizabel Derzi entendeu que a segurança geral era difusa e que os ônus de sua manutenção também o eram. Nas palavras da autora:

Com a modulação dos efeitos, em tais circunstâncias, como na ADIn 2.240, a transição possível, dos fatos sociais irregulares ao estado da constitucionalidade, não é ônus de poucos, mas está nos ombros da coletividade como um todo. Dá-se um correto equilíbrio na

limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia. (ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279).

*socialização de prejuízos, absorvidos pela manutenção da validade dos atos praticados e, às vezes, da posse irregular e ilegítima dos efeitos até o final do mandato.*²⁰¹

Assim, não podemos desconsiderar certas situações que clamam pela modulação dos efeitos da decisão, justamente para que haja a manutenção da estabilidade das relações, bem como da ordem interna do sistema jurídico.

Como já dissemos, a depender do caso concreto posto para análise perante o aplicador autêntico, deverá existir um sopesamento de princípios e regras, decidindo-se ou não pela retroação dos efeitos da norma incompatível com o texto constitucional, em privilégios às razões de segurança jurídica.

Outro requisito para que haja a aplicação de efeitos prospectivos à decisão é o excepcional interesse social.

Trata-se também de um conceito indeterminado, que deverá ser construído pelo aplicador do direito, através da leitura do caso concreto, da realidade social e das consequências relativas à declaração de inconstitucionalidade da norma incompatível com o ordenamento jurídico vigente.

O termo *interesse social* é ambíguo e pouco encontrado nos textos positivados, motivo pelo qual é extremamente difícil traçar um conceito e uma definição de tal expressão.

Para evidenciar esta dificuldade, José Cretella Jr. entende que “a expressão interesse social *não se define, exemplifica-se*”²⁰².

Em outra passagem, o autor vai além:

²⁰¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. Noeses. São Paulo. 2009. p. 582.

²⁰² CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. Forense. Rio de Janeiro. 1991. p. 522.

*(...) interesse social é tudo aquilo que, num dado momento histórico da vida de um povo, o legislador rotula como tal.*²⁰³

A expressão *interesse social* somente foi utilizada no texto constitucional, ao tratar do instituto da desapropriação para fins de reforma agrária. Pode-se verificar, assim, que quando se fala em interesse social objetiva-se resguardar os interesses de uma classe, de uma categoria mais fragilizada e menos favorecida.

Uma coisa é certa, a ideia de interesse social não está relacionada ao resguardo dos interesses da Administração Pública, tampouco do Estado, mas sim dos jurisdicionados, dos cidadãos. Tanto assim que o legislador preferiu a utilização da expressão *interesse social* em detrimento de *interesse público*²⁰⁴.

Dos doutrinadores que tratam sobre o tema do interesse social, destacamos Rodolfo de Camargo Mancuso e Ada Pellegrini Grinover²⁰⁵.

O autor entende que interesse social é:

O interesse que consulta à maioria da sociedade civil, o interesse que reflete o que esta sociedade entende por “bem comum”; o anseio

²⁰³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. Forense. Rio de Janeiro. 1991. p. 522-523.

²⁰⁴ Segundo Rodolfo Mancuso, *quando se lê ou se houve a expressão “interesse público”, a presença do Estado se nos afigura em primeiro plano. É como se ao Estado coubesse não só a ordenação normativa do “interesse público”, mas também a soberana indicação de seu conteúdo.* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000. p. 29.

²⁰⁵ Ao tentar definir a expressão, Ada Pellegrini Grinover ensina que interesses sociais são *interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, do ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.* (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Revista de Processo, nº 97, jan.-mar. 2000. p. 9).

*de proteção à res publica; a tutela daqueles valores e bens mais elevados.*²⁰⁶

Verifica-se, portanto, que quando se fala em interesse social, o que se busca é a proteção dos direitos de uma coletividade. Além disso, o objetivo é o resguardo do bem comum, ou seja, dos valores necessários para que a sociedade possa viver de forma digna e segura.

Fica evidente que, comparado com o requisito de *razões de segurança jurídica*, o nível de abstração para preencher o requisito do *excepcional interesse social* apto a fundamentar a modulação dos efeitos da decisão é muito maior.

O que deve ser levado em consideração é o conflito entre interesses sociais quando da análise do caso concreto. O julgador deve ponderar entre o princípio constitucional que embasa o interesse social e aquele que está expresso no texto constitucional, conflitando com o primeiro.

Não existem critérios que podem balizar o aplicador do direito no julgamento de excepcional interesse social. Resta, portanto, valer-se do princípio da proporcionalidade para tal objetivo.

O princípio da proporcionalidade, em síntese, buscará o primado da segurança jurídica, estruturando a forma pela qual ocorrerá a valoração dos princípios ou normas conflitantes, que possam se subsumir ao conceito de excepcional interesse social.

Humberto Ávila entende que para a aplicação desta estrutura, o intérprete terá de estar diante de uma relação de causalidade entre dois elementos discerníveis, sendo um meio e um fim, pois a força estruturadora do postulado residirá na forma

²⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000. p. 27.

de como poderão ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como será definido o fim justificativo dessa medida, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²⁰⁷

O Supremo Tribunal Federal tem determinado a modulação dos efeitos da decisão tendo como fundamento o excepcional interesse social, conforme pode ser verificado nas ADIs nºs 3601²⁰⁸ e 2501²⁰⁹.

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros. São Paulo. 2006. p. 149-150.

²⁰⁸ EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE “DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL”. AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado. (ADI 3601 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2010, DJe-244 DIVULG 14-12-2010 PUBLIC 15-12-2010 EMENT VOL-02451-01 PP-00001 RTJ VOL-00217- PP-00230).

²⁰⁹ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos. 2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. 3. O alcance da expressão “supervisão pedagógica”, contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais. 4. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao

Para finalizar essa análise, devemos fazer uma ponderação. Dada a extrema vaguidade da expressão *excepcional interesse social*, bem como sua ausência de suporte na Constituição Federal, será que é legítimo modular-se os efeitos de uma decisão com base em tal requisito?

Este questionamento foi levantado por Ana Paula Ávila, que elencou algumas situações que colocariam em xeque a utilização da modulação dos efeitos com embasamento em referido requisito.

A modulação dos efeitos da decisão é um instituto que existe justamente para assegurar a manutenção da Constituição Federal. Somente poderá ser aplicado efeitos prospectivos à sentença, após justificada ponderação, e aplicação de outras normas constitucionais, que se sobreporiam àquela que foi violada pela lei declarada inconstitucional. Assim, se não há no texto constitucional a previsão sobre o excepcional interesse social, este não pode servir de fundamento para o sopesamento de normas. Além disso, por tratar-se de um conceito totalmente

Sistema Federal de Ensino. 5. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, consequentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos. 6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. 7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. 9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram e frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores.

(ADI 2501, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-01 PP-00074 RTJ VOL-00207-03 PP-01046).

indeterminado, há afronta do princípio da segurança jurídica, já que deste decorre a exigência de mecanismos que assegurem previsibilidade e certeza à ordem jurídica. Ao utilizar-se expressão tão vaga e ambígua, o preenchimento do conceito torna-se imprevisível, impedindo, desta forma, que se assegure a previsibilidade necessária à manutenção da ordem jurídica como um todo²¹⁰.

Esta reflexão merece atenção, mas no presente trabalho, como já dissemos, consideramos o instituto constitucional e, portanto, seus requisitos também são válidos e devem ser respeitados.

5.4. Mudança de orientação jurisprudencial

Até o momento, analisamos a possibilidade de aplicação do instituto da modulação dos efeitos da decisão quando há a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Verificamos que deve haver um sopesamento entre normas constitucionais para que o aplicador autêntico, através do quórum qualificado, possa decidir pela manutenção dos efeitos produzidos no passado pela norma incompatível com o texto constitucional, através da análise das razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

O que se busca, então, é a estabilidade das relações, privilegiando-se a ordem interna do sistema jurídico. Ademais, o jurisdicionado deve possuir o sentimento de confiança e segurança no sistema. Ele deve conseguir prever as consequências de suas condutas em razão da segurança que ele pode extrair do ordenamento jurídico.

²¹⁰ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009. p. 166.

A previsibilidade é fundamental para que o ordenamento caminhe de forma adequada, garantindo os direitos dos cidadãos.

Ocorre que, como já abordado, o Direito tem íntima relação com o tempo. Nossa sociedade está imersa no curso do dinamismo da passagem do tempo e isso faz com que o Direito precise ficar atento às mudanças sociais para conseguir regular as condutas intersubjetivas de forma efetiva, não se esquecendo, porém, da segurança e confiabilidade que deve ser garantida ao jurisdicionado.

Por essa razão, a jurisprudência dos Tribunais vem ganhando posição de destaque, tornando-se elemento fundamental para a estabilidade e harmonia do sistema jurídico. O precedente judicial está em evidência e isto não está passando despercebido pelos operadores do direito²¹¹.

A atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro demonstra um privilégio à jurisprudência proferida pela Corte Suprema e pelos Tribunais Superiores. A utilização de recursos repetitivos, a repercussão geral, a súmula vinculante, são institutos que transparecem uma verticalização dos precedentes, buscando-se a estabilidade do sistema.

O respeito aos precedentes também é uma forma de garantir a segurança jurídica e a confiabilidade no sistema, garantindo o sentimento de previsibilidade que deve pautar as condutas dos jurisdicionados.

Misabel Derzi, ao tratar das funções dos Tribunais Superiores no exercício da atividade jurisdicional, elenca, de forma indireta, as vantagens decorrentes do respeito aos precedentes. Afirmar a autora:

²¹¹ Sobre os precedentes, Luiz Guilherme Marinoni escreveu: (...) atualmente, em virtude do impacto do constitucionalismo, não só há nítida aproximação entre as funções dos juízes de common law e civil law, como visível proximidade entre os precedentes ditos de criação do direito e os interpretativos. Mais do que tudo, essa proximidade permite evidenciar a importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro, em que os precedentes têm e terão nítida feição interpretativa. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da segurança jurídica*. In: _____. (Coord.). *A força dos precedentes*. Podivm. Salvador. 2010. p. 255).

*(i) estabilizar o sistema, especificando o fato e a conduta regradados pela norma; (ii) realizar a segurança jurídica, instaurando como previsível o conteúdo da coatividade normativa; (iii) promover a orientação jurisprudencial, para indicar a referida compreensão aos tribunais judiciais de inferior hierarquia, bem como aos magistrados que viessem a prolatar decisões sobre a matéria, ou seja, estabilizando a jurisprudência segundo a diretriz que os Tribunais Superiores consolidara; (iv) operar no sentido da simplificação da atividade processual, pois, ao julgar de idêntica forma os casos semelhantes, acelera o processo decisório e garante a igualdade na prestação jurisdicional, além de reduzir, sensivelmente, o volume de processos existentes a respeito daquele objeto; e, por fim, a (v) previsibilidade decisória, porquanto em decorrência de uniformização dos julgados, alimenta a expectativa dos destinatários quanto ao desfecho das causas, tornando previsíveis os resultados.*²¹²

Percebe-se, portanto, que as decisões judiciais, ao lado das leis e demais normas, servem de guias para as condutas dos jurisdicionados. A jurisprudência proferida pelo intérprete autêntico servirá de orientação ao cidadão enquanto perdurar aquele entendimento pelo órgão judicial.

O grande problema existente na atualidade refere-se à constante alteração do posicionamento dos Tribunais acerca do mesmo tema, criando uma sensação de insegurança e imprevisibilidade. É óbvio que o Direito não pode ficar alheio às mudanças da sociedade em razão de sua evolução em função do tempo, no

²¹² DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. Noeses. São Paulo. 2009. p. XIV-XV.

entanto, não pode existir o desregramento da atividade jurisdicional. O posicionamento consolidado não pode ser rompido de forma abrupta. Na esfera tributária, principalmente, os efeitos poderão ser gravíssimos²¹³.

Assim, quando tratamos da possibilidade de modulação dos efeitos de uma decisão, não devemos pensar tão somente nas hipóteses em que existe o controle de constitucionalidade de uma norma, declarando sua incompatibilidade com a Constituição Federal por vício formal ou material, devemos refletir também, sobre o julgamento que reconhece a inconstitucionalidade da lei e acaba por alterar um paradigma jurisprudencial, pois, como já abordado, os precedentes conferem aos jurisdicionados a sensação de segurança do sistema e a confiabilidade em realizar suas condutas de acordo com as interpretações autênticas produzidas pelos Tribunais Superiores.

Nas lições de Misabel Derzi:

O critério, para nós correto, de modificação da jurisprudência, criando-se para todos novas expectativas de comportamento a merecerem proteção, radica no fato de que a uma questão tributária geral, a Corte dê nova resposta, ou seja, resposta diferente da anterior. A resposta antiga forma a jurisprudência velha, superada. A resposta nova inaugura a nova jurisprudência e marca a virada jurisprudencial. E, exatamente em relação à virada ou modificação da

²¹³ Recentemente tivemos alguns exemplos de julgamentos na seara tributária que causaram grande apreensão aos jurisdicionados, ferindo o sentimento de previsibilidade necessário para que o sistema jurídico possa ser harmônico e estável. Os casos são os seguintes: direito ao creditamento do IPI com alíquota zero, apropriação e utilização do crédito-prêmio do IPI e a isenção da COFINS para as sociedades uniprofissionais.

*jurisprudência, é que colocamos os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé.*²¹⁴

A modulação dos efeitos da decisão aplicada nas hipóteses de mudança de posicionamento consolidado pelos Tribunais, portanto, vai ao encontro da busca da segurança jurídica, bem como da estabilidade do sistema.

Apesar de não existir previsão legal para a aplicação do instituto da modulação dos efeitos para as situações de alteração de jurisprudência, isso não deve ser um empecilho. Muito pelo contrário, a decisão que altera o paradigma é proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade e, como já vimos, nada impede a utilização de referido instituto nesta espécie de fiscalização.

Para que se possa falar em alteração de jurisprudência²¹⁵, é necessário que exista o trânsito em julgado da decisão que modificou o entendimento anterior. Em voto proferido pelo Ministro César Peluzo, quando do julgamento do Recurso Extraordinário RE 350.446-1, que autorizou o creditamento de IPI pela aquisição de insumos tributados com alíquota zero, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que o contribuinte que tenha se orientado em decisão provisória *agiu por conta e risco, influenciado pela jurisprudência anterior, mas ciente de que seu hipotético direito só estaria garantido após o trânsito em julgado da decisão.*

Ademais, o Supremo Tribunal Federal entende que para que possa ser manejada a modulação de efeitos nas hipóteses de modificação de orientação jurisprudencial, além do trânsito em julgado, as decisões modificada e modificadora

²¹⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. Noeses. São Paulo. 2009. p. 265.

²¹⁵ Nas palavras de Humberto Ávila, *há modificação de jurisprudência quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim, entendidas aquelas decisões que envolvam o mesmo fundamento e a mesma situação fática*. (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Malheiros. São Paulo. 2011. p. 466).

devem ter sido exaradas pelo mesmo Tribunal. Este é um dos critérios adotados pela Corte Máxima para justificar a utilização do instituto.

Neste ponto, porém, devemos fazer uma ponderação, visto a existência de casos práticos que podem justificar uma maior reflexão acerca deste critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Duas situações são emblemáticas com relação a esse tema: tratam-se das decisões sobre a isenção de COFINS para sociedades uniprofissionais e do direito ao crédito-prêmio de IPI. Ambos os casos foram inicialmente julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e, depois de pacificado o entendimento da jurisprudência acerca de tais assuntos, houve o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal sobre os temas, que decidiram em sentido contrário àquele que existia até o momento.

De acordo com o critério utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, nas duas situações não poderia ser aplicada a modulação dos efeitos da sentença, pois a mudança de orientação não se deu acerca de decisões proferidas pelo mesmo Tribunal²¹⁶.

Ora, isso não nos parece adequado. O que se busca com a aplicação do instituto da modulação é justamente conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, permitindo que o sistema permaneça harmônico e sem contradições. Em ambos os

²¹⁶ No julgamento do RE nº 377.457, que tratou da revogação ou não de isenção da COFINS para as sociedades de profissão regulamentada, o tema da modulação dos efeitos da decisão foi amplamente discutido, tendo-se chegado à conclusão, por maioria de votos, de que não deveria existir a aplicação de efeitos prospectivos, tendo em vista que a jurisprudência alterada não pertencia ao próprio Supremo Tribunal Federal, não tendo, portanto, entendimento 'consolidado' alterado. No entanto, merece destaque trecho do voto do Ministro Menezes Direito, que se posicionou a favor da modulação de efeitos. Para referido Ministro: *É que eu estou considerando que esta matéria foi posta no plano infraconstitucional, reiteradamente, perante o Superior Tribunal de Justiça. E perante o Superior Tribunal de Justiça, 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 Superior Tribunal de Justiça – e não é de hoje, é de muito tempo – e o que está sendo decidido 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 consequências terríficas, porque as pessoas que vão ser atingidas com essa decisão, é preciso considerar, não são grandes contribuintes; são pequenos contribuintes.* (fls. 1.893 e 1.894). Assim, verifica-se que este posicionamento do Ministro Menezes Direito revela exatamente o defendido neste trabalho.

casos exemplificados acima, apesar da jurisprudência modificada ter sido pacificada no Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência modificadora ter sido exarada pela Corte Suprema, o que se deve ter em mente é que a decisão deve ser analisada em relação à tese jurídica veiculada.

A jurisprudência de cada um reflete o sentimento de segurança ao cidadão, que poderá planejar suas condutas tendo como base o posicionamento pacificado de tais órgãos do Poder Judiciário. A partir do momento em que o entendimento pacificado de um deles é modificado pelo outro, há a instabilidade do sistema e a insegurança se instala. Assim, pelo bom senso jurídico poderia ser aplicada a modulação de efeitos das decisões.

Trata-se de uma reflexão acerca do instituto, que visa, justamente, conferir aos cidadãos uma maior efetividade e confiança no ordenamento jurídico nacional.

Quando o Poder Judiciário altera o seu entendimento, mudando seu posicionamento anteriormente consolidado, cria uma nova norma²¹⁷, sem que haja, contudo, alteração legislativa.

Passarão a existir, nesse sentido, duas normas jurídicas conflitantes: a que revela o novo posicionamento do tribunal e aquela que foi modificada. A norma modificada produziu inúmeros atos e fatos jurídicos no passado e com o advento da norma modificadora, instalou-se a insegurança, pois os fatos produzidos deixaram de ser válidos. É justamente nessa situação que deve ser verificada a possibilidade

²¹⁷ O posicionamento consolidado da jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal, ainda que decorrente do controle difuso de constitucionalidade, não produz efeitos apenas às partes litigantes. Muito pelo contrário, passa a servir de paradigma para pautar a conduta dos cidadãos. Por tal motivo, é inquestionável que o Poder Judiciário cria direito e, conseqüentemente, produz normas que serão inseridas dentro do sistema jurídico e servirão de guia para os jurisdicionados. Tais normas podem ser entendidas como **normas judiciais**, adotando-se a terminologia conferida por Misabel Derzi. A autora ao tratar do tema ensina que: *Mas, uma vez vinculantes para terceiros, que não são parte no processo, contemplam o ciclo de sua formação como norma judicial, verdadeira expectativa normativa para todos aqueles que compõem o mesmo grupo de casos.* (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. Noeses. São Paulo. 2009. p. 531).

de aplicação da modulação dos efeitos da decisão, uma vez preenchidos seus requisitos.

Com efeito, a irretroatividade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal, que prevê a impossibilidade de afronta ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada torna-se questão de extrema relevância.

A irretroatividade é um dos desdobramentos do princípio da segurança jurídica e privilegia a imutabilidade das situações passadas.

A atuação do legislador está comprometida com o futuro. Quando ele insere uma norma no sistema do direito, esta é geral e abstrata, justamente para interferir em condutas futuras, que serão praticadas pelos jurisdicionados.

Diferente é a atuação do intérprete autêntico do direito. Este profere decisões que vão atingir situações passadas, já consumadas. O tempo das leis é, inegavelmente, diverso do tempo das decisões judiciais. Essa diferenciação entre as condutas dos Poderes é decorrência lógica do princípio da separação de poderes, em razão do Estado de Direito em que vivemos.

Ocorre que, não existe no ordenamento jurídico um princípio que determine que as decisões emanadas do Poder Judiciário não possam retroagir. O princípio da irretroatividade é peculiar às leis.

No entanto, por coerência lógica do sistema, tendo em vista que referido Poder possui estrita vinculação à lei, é de se sustentar que, como as leis não retroagem, também não poderiam retroagir as sentenças judiciais. As leis que vinculam os atos proferidos pelo Poder Judiciário não tem o condão de mudar o passado, portanto, de igual maneira, os atos de tal Poder também não poderão alterar as situações já consumadas.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr.²¹⁸:

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.

E continua o autor:

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 mais razão até há de valer, naqueles termos, para o Executivo e para o Judiciário, enquanto Poderes do Estado.

É certo que a interpretação das normas judiciais não ocorre da mesma forma que a interpretação das leis. As sentenças nunca perderão este caráter e deverão ser analisadas de acordo com a situação fática colocada e decidida pelo Poder Judiciário. Ao passo que as leis podem ter uma interpretação ampla. Ademais, quando há a criação de jurisprudência ou mesmo sua modificação posterior, não, necessariamente, existiu ou existirá a mudança legislativa também. Por isso, se as leis nas quais se funda a atividade judicial não se alteraram, a modificação da orientação jurisprudencial dominante provocará o surgimento da garantia da irretroatividade.

²¹⁸ FERRAZ JR. Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY Jr. Nelson. *Irretroatividade e jurisprudência judicial. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Malheiros. São Paulo. 2008. p. 10-11.

Esta irretroatividade deve ser considerada em sentido amplo, determinando a ocorrência de efeitos prospectivos para a nova decisão, prestigiando, desta forma, os fatos jurídicos pretéritos, ocorridos no passado, enquanto o posicionamento modificado era pacificado.

Os jurisdicionados confiaram²¹⁹ nos comandos decorrentes da decisão modificada e, agindo com boa-fé, tomaram suas decisões pautadas nos posicionamentos consolidados dos Tribunais.

O cidadão espera que o seu comportamento seja validado de acordo com a decisão que serviu de orientação de seu comportamento, que posteriormente foi modificada. A proteção da confiança deve existir nesta hipótese, o que justifica a aplicação da modulação dos efeitos da decisão nova, para não atingir fatos passados e perfeitamente realizados.

Humberto Ávila pronunciou-se da seguinte maneira:

*(...) se a proteção da confiança diz respeito à restrição causada pela mudança jurisprudencial nos direitos fundamentais, é preciso analisar não a capacidade de a decisão produzir efeitos, mas os efeitos concretamente produzidos relativamente ao exercício dos referidos direitos.*²²⁰

²¹⁹ Sobre a confiança, podemos citar as palavras de Niklas Luhmann, que dizia: *A questão da complexidade define o problema fundamental, a partir do qual a confiança pode ser analisada funcionalmente e comparada com outros mecanismos sociais, funcionalmente equivalentes. Onde há confiança há aumento de possibilidade para a experiência e a ação; há possibilidade do aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a confiança constrói uma forma mais efetiva de redução de complexidade.* (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amanda Flores. Anthropos. Santiago: Universidade Ibero-Americana, 1996. p. 14).

²²⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Malheiros. São Paulo. 2011. p. 473.

Através do princípio da confiança, busca-se a proteção dos direitos e expectativas dos indivíduos em relação às atividades e manifestações do Estado, principalmente, quando ocorrem mudanças nessas manifestações.

Assim, deve existir uma conjugação dos princípios da irretroatividade e da confiança, para que haja a proteção dos cidadãos contra a mudança abrupta das orientações jurisprudenciais até então dominantes.

Neste ponto, é importante mencionar recente decisão que demonstra claramente o que está sendo defendido nesta tese.

O caso diz respeito ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da questão dos precatórios. Tal situação sempre gerou muitos questionamentos por parte dos jurisdicionados, que defendem o argumento de que os títulos das dívidas públicas devem ser utilizados para compensar débitos tributários existentes. No julgamento da ADIs 4357 e 4425²²¹, a Suprema Corte entendeu pela manutenção do regime

²²¹ EMENTA: MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF. 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. 4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a

especial instituído pela Emenda Constitucional 62/2009 pelo prazo de 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016, conferindo eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade e considerando válidas as compensações dos precatórios com dívidas dos contribuintes requeridas até 25.03.2015.

Verifica-se, nesta hipótese, que, tendo em vista a existência de valores constitucionais conflitantes, houve por bem adotar-se o instituto da modulação dos efeitos da decisão, a fim de salvaguardar os direitos dos contribuintes.

Concluimos esse tópico, com fundamental estudo realizado por Roque Carrazza, que chegou às seguintes conclusões:

(...) XIII – Para que não reste comprometimento ao princípio da segurança jurídica, com seus corolários de proteção à confiança e à boa-fé das pessoas, a alteração jurisprudencial, após longo período de prevalecimento, deve produzir apenas efeitos prospectivos e, em alguns casos, até diferidos, permitindo a sobrevivência da interpretação a final invalidada.

(...)

XVI – Infringiria maus tratos ao princípio da segurança jurídica, que condutas adotadas com respaldo em reiterada jurisprudência do

possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT). 6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório. 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão. ADI 4425 QO/DF, julg. 25/03/2015.

Tribunal Superior pudessem vir imediatamente sancionadas, só porque, contrariando todas as expectativas, reverteu-se o entendimento dos julgadores.

XVII – O mais adequado e correto é que, na hipótese, sejam preservados os atos e negócios das pessoas, ocorridos até a data da alteração jurisprudencial, havendo inclusive espaço, dependendo da excepcionalidade do caso decidido, para que o fenômeno se faça sentir até mesmo em data posterior.

XVII – O Tribunal Superior, ao alterar sua jurisprudência consolidada, mais do que a faculdade, tem o inafastável dever de limitar os efeitos temporais da nova orientação, preservado fatos ou situações ocorridos sob a égide da orientação anterior, bastando, para tanto, estejam presentes ‘razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social’ (art. 27, in fine, da Lei nº 9.868/99), sopesáveis caso a caso.²²²

Especificamente na área do Direito Tributário, o assunto é de extrema importância, visto que as mudanças nas orientações jurisprudenciais podem gerar graves problemas ao contribuinte.

O direito à propriedade está disposto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, sendo que se trata de verdadeiro pilar para a garantia da segurança jurídica. Tanto assim que é elevado ao patamar de direitos fundamentais, estando inserido no rol das cláusulas pétreas, elencadas no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

²²² CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR. Tércio Sampaio; NERY Jr. Nelson. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Malheiros. São Paulo. 2008. p. 70-71.

O próprio texto constitucional relativiza o direito à propriedade quando permite que uma parcela do patrimônio do cidadão seja destacada em favor do Estado, através do pagamento de tributos.

Verifica-se, portanto, que existe um aparente conflito de normas constitucionais: de um lado, o direito absoluto à propriedade; de outro, a possibilidade de retirar parte desta propriedade em prol do Estado, para que este possa gerir suas atividades, buscando-se a efetivação do Estado Democrático de Direito.

O constituinte originário, a fim de privilegiar o direito à propriedade e proteger o cidadão contra as arbitrariedades do Poder Público em relação à tributação, inseriu, na Constituição Federal, diversos dispositivos que limitam o poder de tributar do Estado. Primeiramente, distribuiu as competências tributárias, positivou diversos princípios que devem ser seguidos quando do exercício da tributação, criou imunidades, entre outras providências que possuem como objetivo conciliar o poder de tributar e o direito à propriedade.

Na verdade, devemos pensar que no momento da Assembleia Constituinte, cada cidadão conferiu ao constituinte originário uma procuração, outorgando poderes para que este retire uma parcela do patrimônio de cada pessoa, através da tributação, mas de acordo com garantias estabelecidas, para que não possa existir abusos por parte do Poder Público.

Assim, o Estado tem o direito subjetivo de atingir o direito de propriedade do particular e este, por sua vez, tem o dever jurídico de pagar o tributo, dispondo compulsoriamente de seu patrimônio, devendo, contudo, serem respeitadas as limitações ao poder de tributar, como forma de proteção ao contribuinte.

Os fatos descritos como passíveis de serem tributados devem possuir sempre conteúdo econômico, a fim de conferir suporte à exigência de tributos. E a tributação, por sua vez, deve ser desenvolvida dentro dos balizamentos constitucionais, com a observância dos princípios pertinentes, a adoção de uma conduta ética no exercício da fiscalização, lisura nos procedimentos administrativos, etc.

Podemos perceber, assim, que os direitos fundamentais dão suporte à atividade tributante do Estado, ao mesmo tempo em que configuram limites intransponíveis a essa mesma atividade.

Nesse sentido, ganham destaque os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da irretroatividade.

Isto porque, deve ser conferida ao contribuinte a possibilidade de usar e desfrutar do seu patrimônio da forma que melhor lhe convier, tendo a clara consciência daquilo que deverá entregar para o Estado a título de tributação.

Se o direito do contribuinte de ter prévio conhecimento de quando e em que medida terá seu patrimônio suprimido for tolhido, estará havendo afronta do princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, que deve pautar as condutas do Poder Público.

Com efeito, esse entendimento pode ser estendido para as hipóteses em que há mudança de orientação jurisprudencial, que possa resultar em uma maior retirada do patrimônio do contribuinte em razão da tributação. Desta forma, quando a conduta do contribuinte tiver sido pautada em entendimento pacificado dos Tribunais Superiores ou da Corte Suprema e, posteriormente, sobrevier uma decisão modificando o entendimento anteriormente consolidado e aumentando a carga

tributária em decorrência daquele fato que antes era tido como válido, sem sombra de dúvida, deve ser aplicado o instituto da modulação de efeitos.

Nesse sentido, Nelson Nery Jr. assevera que:

*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.*²²³

A aplicação de efeitos prospectivos à decisão modificadora deve ocorrer sempre que a nova norma, inserida no sistema jurídico pelo Supremo Tribunal Federal, fizer nascer uma relação jurídica tributária que não era esperada e que não se podia prever, a fim de garantir o princípio da segurança jurídica e a harmonia interna do ordenamento.

Impedindo-se que haja a retroação da norma modificadora e mantendo, conseqüentemente, os efeitos produzidos pela norma modificada, evita-se uma situação de insegurança e permite que o contribuinte tenha a sensação de previsibilidade inerente da confiança que deposita no sistema. Não é coerente que o contribuinte tenha seu patrimônio diminuído em razão de condutas praticadas no passado e que deixaram de ser válidas em razão da modificação da jurisprudência do intérprete autêntico.

²²³ NERY Jr. Nelson; CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Malheiros. São Paulo. 2008. p. 89.

As decisões do Poder Judiciário sempre servirão de guia, não só para aqueles que efetivamente fizeram parte do processo, mas para todos os contribuintes, que decidirão a forma de atuar, de se planejar, projetando as consequências de seus atos nas expectativas extraídas da análise das diretrizes emanadas pelos órgãos julgadores.

Por tal motivo, o Estado deve respeitar a confiança do jurisdicionado e garantir efetivamente que suas expectativas se realizem, não impondo situações de insegurança, que poderiam romper com a harmonia do sistema, gerando instabilidade nas relações.

O Poder Judiciário não está alheio a essa ponderação. Nesse sentido, destacamos trecho do voto do Ministro José Delgado, no julgamento do Mandado de Segurança nº 4.772/DF:

No momento em que o Estado indicou um planejamento para a empresa e ela se constituiu com base nesse planejamento e efetuou o negócio jurídico onde vai incidir o imposto de importação, o Estado está obrigado a respeitar esse planejamento que ele impôs.

(...)

No momento em que a empresa começou naquele regime jurídico imposto pelo Estado, ela não pode ser tomada de surpresa, sob pena de desqualificar o relacionamento que tem no mercado quando àquele produto.

Ante todo o exposto, podemos concluir no sentido de que nas hipóteses em que há modificação de orientação jurisprudencial em detrimento do contribuinte, havendo o agravamento de sua situação, já que deverá destinar maior parcela do

seu patrimônio para o pagamento de tributos, deve-se aplicar a modulação dos efeitos da decisão, sem qualquer questionamento. Na verdade, o instituto da modulação deverá ser entendido como uma verdadeira limitação ao poder de tributar, garantindo o princípio da propriedade.

5.5. Modulação dos efeitos da decisão em favor do Estado

Como visto em capítulo anterior, a declaração de inconstitucionalidade ataca a validade da norma, em razão desta ter sido colocada no sistema pela autoridade incompetente ou seguindo o procedimento inadequado para tanto.

Assim, o Poder Judiciário tem o condão de fiscalizar atos que emanaram do Poder Público e que são contrários ao texto constitucional. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma pode ser vista como uma verdadeira sanção contra o Estado que inseriu no sistema jurídico um elemento causador de instabilidade das relações, capaz de desarmonizar o ordenamento.

Ora, como estudado neste capítulo, o jurisdicionado precisa ter sensação de previsibilidade, através de confiança e segurança emanadas do sistema jurídico e a modulação dos efeitos da decisão caminha justamente neste sentido, ou seja, é ela que recomporá as relações abaladas pela norma inconstitucional.

Verificando a existência de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, o órgão jurisdicional deverá mitigar a teoria da nulidade da norma em descompasso com a Constituição Federal e determinar que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos prospectivos, garantindo a manutenção de todos os atos praticados durante a vigência do texto invalidado.

O que se busca com o reconhecimento da inconstitucionalidade e com a aplicação da modulação de efeitos é a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos, constitucionalmente garantidos.

Assim, não se pode falar em aplicação do instituto da modulação em favor do Estado, pois não há proteção de qualquer direito.

Em outras palavras, não se vislumbra para o Poder Público a expectativa de previsibilidade inerente aos direitos individuais. Isso porque, é justamente o Estado que deve garantir a segurança jurídica, a confiança no sistema para os jurisdicionados. Se ele próprio insere uma norma inconstitucional no sistema, trazendo insegurança, deve ser penalizado com a retirada da norma do sistema e, em determinadas hipóteses, deve conviver com os efeitos produzidos pela norma enquanto esta foi considerada válida.

Ana Paula Ávila defende o mesmo ponto de vista:

A resposta é não, taxativamente, não, por diversas razões. Primeiro, porque, se esse benefício se deu em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo, já se concluiu pela prevalência desses em caso de conflito. Segundo, porque a segurança jurídica é, também, um direito fundamental do cidadão (art. 5º, caput) oponível ao Estado, e o Supremo Tribunal Federal, na esteira do pensamento constitucional germânico, tem confirmado o entendimento de que os direitos fundamentais aproveitam aos cidadãos e, não, ao Estado. E terceiro, porque uma análise mais aprofundada de alguns aspectos do princípio da boa-fé que, por aqui, tem servido para complementar a segurança jurídica no sentido de proteção da confiança, jamais

*autorizaria que o autor de um ato inválido pudesse lograr proveito através dele.*²²⁴

O Estado não possui direitos fundamentais²²⁵. Na verdade ele deve concretizá-los e garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados, sendo certo que o próprio sistema jurídico possui mecanismos de proteção do Estado, não necessitando, desta forma, que ocorra a modulação de efeitos em seu favor.

5.6. A modulação dos efeitos da decisão no novo Código de Processo Civil e os Tribunais Superiores como intérpretes autênticos

Tema que gera muito questionamento sobre esse assunto diz respeito à possibilidade de modular-se os efeitos das decisões proferidas por Tribunais Superiores, que não o Supremo Tribunal Federal.

A Corte Suprema é considerada a intérprete autêntica por excelência. Ela que dirá, em última instância, a interpretação que deve ser considerada válida sobre determinada lei ou ato normativo, já que tem como função precípua ser guardiã da Constituição Federal.

²²⁴ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009. p. 151-152.

²²⁵ Com relação a esse tema, interessante destacar trecho do voto do Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do RE nº 215.756/SP: (...) *Ora, se a Lei Estadual determinou sua aplicação a servidores públicos desde o momento anterior ao de sua entrada em vigor, não pode a administração pública pretender não aplicá-la sob a alegação de ofensa ao direito adquirido seu (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), porquanto, integrando ela o Estado, não tem ela direito a uma garantia fundamental que é oponível ao Estado e não – como ocorre, em geral, com garantias dessa natureza, a ponto de, em face do direito alemão (SCHLAICH, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen. 4ª ed. Muchen: Verlag C. H. Benk, 1997, p. 102), dizer que as pessoas jurídicas de direito público não são capazes de ter direitos fundamentais – a ele outorgada.*

No entanto, devemos considerar que não é somente as decisões do Supremo Tribunal Federal que criam expectativas nos jurisdicionados, que se baseiam nessas orientações para realizarem seus planejamentos e pautar suas condutas.

Assim, sempre houve a ponderação sobre a possibilidade de conferir efeitos prospectivos para decisões de Tribunais Superiores, como o caso do Superior Tribunal de Justiça.

Ora, o objetivo da aplicação da modulação de efeitos é justamente o resguardo da segurança jurídica, do princípio da confiança, da boa-fé, em suma, dos direitos individuais dos cidadãos. Nesse sentido, nada justifica que tal instituto não possa ser aplicado nas hipóteses em que exista a mudança de uma orientação jurisprudencial consolidada preferida por um dos Tribunais Superiores.

Essa ponderação não passou despercebida pelo Poder Judiciário. O Ministro Herman Benjamin, no julgamento dos Embargos de Divergência, no Recurso Especial nº 738.689/PR, assim se manifestou:

Tenho para mim que, também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da “sombra de juridicidade”, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para

dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a “sombra de juridicidade” exige do STJ o manejo do termo a quo dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial.

Note-se, no entanto, que apesar da ponderação feita pelo Ministro quando de seu voto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela impossibilidade de modulação de efeitos das suas decisões quando do julgamento do caso. A Ementa abaixo transcrita demonstra esse posicionamento:

TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. “MODULAÇÃO TEMPORAL” DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT).

2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a “modulação temporal” da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados.

3. Embargos de divergência improvidos.

(EREsp 738.689/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 22/10/2007, p. 187).

A doutrina sempre se posicionou na possibilidade de aplicação do instituto da modulação para as decisões de qualquer Tribunal Superior que tenha alterado posicionamento pacificado de sua jurisprudência, justamente para que não seja instalada a insegurança no sistema, fazendo com que o jurisdicionado não possa prever as consequências de seus atos por não ter certeza daquilo que pode esperar do Poder Judiciário.

Nelson Nery Jr. manifestou-se nesse sentido ao asseverar que:

*(...) quando houver superveniência de decisão do tribunal superior sobre determinado assunto, alterando jurisprudência anterior do mesmo tribunal em sentido diverso, os efeitos dessa nova decisão terão de ser necessariamente ex nunc, isto é, para o futuro. Somente assim, será preservado o respeito à Constituição Federal porque se estará dando guarida aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.*²²⁶

A polêmica da questão ocorre justamente pelo fato do instituto da modulação de efeitos ter sido inserido no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 27, da Lei nº 9.868/99, que trata do controle abstrato de constitucionalidade, que deve ser operado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, passa a impressão de que somente pode ser manejada pela Suprema Corte brasileira.

Essa divergência de entendimentos parece ter sido encerrada com o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15.

O novo diploma processual civil, em seu artigo 927, reza que:

²²⁶ NERY Jr. Nelson; CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Malheiros. São Paulo. 2008. p. 97-98.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º. Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º. A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

O parágrafo 3º de referido dispositivo é claro ao dizer que quando houver mudança na orientação jurisprudencial consolidada de Tribunais Superiores, deverá haver a aplicação da modulação dos efeitos da decisão. Tal mudança, nos termos do parágrafo 4º deverá ser fundamentada e levar em consideração os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, ou seja, não pode gerar insegurança que coloque em xeque a harmonia do sistema jurídico, como amplamente estudado neste trabalho.

Assim, o novo Código Processual Civil trouxe, de forma expressa, a possibilidade de modular-se os efeitos da decisão de qualquer tribunal superior que altere seu posicionamento jurisprudencial consolidado, acabando com a celeuma sobre o assunto.

Fredie Didier Jr. ensina que:

Com o advento do art. 927, § 3º, CPC, conta-se com previsão expressa e genérica da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera a jurisprudência dominante dos tribunais superiores – o que deve se estender, obviamente, àquela que tenha sido sumulada, bem como do precedente oriundo do julgamento de casos repetitivos e de assunção de competência, em nome da proteção do interesse social e da segurança jurídica.²²⁷

²²⁷ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. 10 ed. Jus Podivm. 2015. p. 502.

Interessante notar que a doutrina tem interpretado este dispositivo legal de forma extensiva, considerando que não só as decisões dos Tribunais Superiores podem ter seus efeitos modulados, mas também as decisões de qualquer outro tribunal²²⁸.

A fundamentação para tal interpretação gira em torno da proteção da segurança jurídica que deve ocorrer em qualquer esfera de julgamento do âmbito do Poder Judiciário.

De qualquer forma, houve um significativo avanço na legislação ao se permitir, de forma expressa, a modulação de efeitos da decisão para outros Tribunais, retirando, desta maneira, a aplicação de tal instituto da exclusividade do Supremo Tribunal Federal.

²²⁸ Cassio Scarpinella Bueno, ao tratar do assunto, manifestou-se no seguinte sentido: *A menção a 'tribunais superiores' com iniciais minúsculas merece ser interpretada para albergar também os Tribunais de Justiça dos Estados, o do Distrito Federal e Territórios e os Tribunais Regionais Federais. Como anotado acima, o silêncio dos incisos do caput do art. 927 sobre a sua jurisprudência ou os seus enunciados de súmula não é impeditivo de que eles sejam devidamente editados (e modificados ou cancelados) de acordo com a disciplina aqui estudada, máxime diante do que está no § 1º do art. 926.* (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Saraiva. São Paulo. 2015. p. 573). Nesse mesmo sentido é a lição de Fredie Didier Jr.: *Uma interpretação constitucional e sistemática dessa regra, com base na própria segurança jurídica e na boa-fé, impõe admitir que esse poder de modular a eficácia da decisão de overruling seja exercido quando estiver em jogo a alteração de qualquer precedente jurisprudencial ou enunciado de súmula, de qualquer tribunal, desde que tenha eficácia normativa.* (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. 10 ed. Jus Podivm. 2015. p. 503).

CONCLUSÃO

O direito é um fenômeno social, que tem por objetivo regular as condutas dos cidadãos, não podendo, desta forma, ficar alheio aos anseios dos jurisdicionados, motivo pelo qual, deve evoluir no mesmo ritmo em que há a evolução da sociedade.

Para tanto, a função do aplicador do direito está sendo alterada com o passar dos tempos. Ele deixa de ser somente um órgão que realiza a subsunção dos fatos à norma, para transformar-se em verdadeiro instrumento da busca da justiça e da paz social.

Em outras palavras, o julgador, nos tempos atuais, ao analisar o caso concreto, não mais aplica a letra fria da lei de forma irrestrita à situação de fato posta para decisão. Na verdade, utilizando-se de valores que refletem os anseios da sociedade, julga o caso, buscando o ideal de justiça que permeia o ordenamento jurídico.

Assim, é inegável que estamos vivendo uma fase pós-positivista, em que o positivismo jurídico, tal qual desenvolvido por Hans Kelsen, está sendo colocado em xeque e, muitas vezes, não aplicado nas situações cotidianas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Essa crise do positivismo iniciou-se após o final da Segunda Guerra Mundial, quando algumas atrocidades foram cometidas pelos Tribunais do III Reich, que aplicavam cegamente a legislação existente e julgavam os casos de forma a cometer diversas injustiças, pelo fato de, tão somente, realizarem a subsunção do fato à norma.

Ante tal cenário, o neoconstitucionalismo é uma corrente que vem ganhando força, justamente por exigir do julgador uma postura diferente, buscando sempre a

justiça nas decisões, ainda que contrárias à legislação existente no ordenamento jurídico.

Vários são os exemplos de julgamentos que buscam seus fundamentos fora do âmbito legislativo. Na seara tributária, podemos citar o Recurso Especial nº 1.120.295/SP, no qual foi tratada a questão da prescrição tributária. Em referida decisão, o Ministro Luiz Fux, deixando à margem a legislação conflitante sobre o tema, aplicou a coerência, fundamentada na doutrina e decidiu de forma diversa daquela existente no Código de Processo Civil, do Código Tributário Nacional e da Lei de Execuções Fiscais.

O grande ponto que devemos ter em mente é essa mudança de postura do julgador, que decorre inclusive do desiderato dos jurisdicionados, já que os aplicadores do direito não devem ser vistos como máquinas que apenas aplicam para aquela situação específica a letra da lei, sem qualquer indagação ou análise valorativa sobre o tema.

Essa mudança de ótica faz com que questões, que antes não tinham grande destaque, ganhem enorme relevância e passem a ser de fundamental entendimento, para que esse novo ciclo do direito possa se efetivar. É o caso, por exemplo, do estudo das fontes do direito.

A doutrina nunca foi uníssona a respeito de tal tema. Foram várias as teorias que surgiram, cada uma abordando o assunto de uma maneira diferente. No entanto, analisando-se o direito sob a visão neoconstitucionalista, não podemos obter outra conclusão, senão a de que as leis, os costumes, a doutrina e a jurisprudência são fontes do direito.

Não há dúvidas de que a legislação é a fonte principal do direito, sendo a Constituição Federal o ápice de tal manifestação. Com relação aos costumes, estes

já tiveram maior importância quando o ordenamento não era codificado e as decisões levavam em consideração as práticas rotineiras de cada comunidade.

A doutrina, para muitos, não pode ser entendida como fonte do direito, pois pertence a mundo distinto. Enquanto o direito pertence ao mundo do dever ser, prescrevendo condutas que devem ser observada pela sociedade, a doutrina pertence ao mundo do ser e tem o condão de descrever o direito, sem, entretanto, conseguir alterar o mundo do Direito posto. Contudo, este argumento cai por terra quando analisamos o já citado Recurso Especial nº 1.120.295/SP, em que o julgador utilizou-se de lições doutrinárias para decidir o caso concreto posto para análise. Foi a doutrina, que criou o direito naquela situação específica e, por esse, motivo serviu de verdadeira fonte.

A jurisprudência, em nosso estudo, ganha papel de destaque. Esclarece-se, de plano, que ela funciona como verdadeira fonte do direito quando é aplicada para hipóteses em que existe lacuna no ordenamento jurídico. Todavia, a maior relevância ocorre quando há a mudança de orientação jurisprudencial dos Tribunais. Isto porque, a jurisprudência cria expectativas de direito, sendo que o jurisdicionado realiza suas condutas de acordo com os entendimentos pacificados nos Tribunais, principalmente na esfera tributária.

Desta feita, nessas hipóteses, a jurisprudência transcende a aplicação tão somente às partes de um processo, atingindo, na verdade, todos os cidadãos, que balizarão suas condutas nas expectativas geradas pelas decisões do Poder Judiciário. Pode-se falar, então, que nesta situação, a jurisprudência, enquanto fonte do direito, possui um papel similar ao da lei, já que cria efeitos para toda a comunidade e gera expectativas para todos os jurisdicionados.

Percebemos, portanto, que a criação do direito ocorre de variadas maneiras. No entanto, independente da forma, para pertencer ao mundo jurídico, a norma deve ser inserida no sistema do direito positivo, caso contrário, não estaremos tratando de uma norma jurídica.

O direito é um sistema e como tal revela-se como um conglomerado de elementos que se relacionam entre si. Tais elementos são as normas jurídicas, que se harmonizam e conferem unidade para o ordenamento jurídico.

A fim de evitar que o sistema seja caótico, ele deve conter uma estrutura interna baseada na hierarquização das normas jurídicas. Assim, existem as normas hierarquicamente superiores e aquelas hierarquicamente inferiores. As de maior hierarquia conferem fundamento de validade para as de menor hierarquia.

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal é a norma que confere fundamento de validade para todas as demais normas, estando em posição de destaque no sistema jurídico. Desta forma, todas as demais normas devem obediência à Constituição Federal e com ela não podem confrontar.

Neste ponto, ganham destaque os princípios jurídicos, que funcionam como verdadeiros balizadores do ordenamento jurídico. Os princípios são normas que podem estar explícitas ou implícitas no texto constitucional e que possuem como objetivo fazer com que os direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados sejam sempre preservados. São vários os princípios existentes, sendo que para o nosso estudo, merece destaque o princípio da segurança jurídica.

Referido princípio tem o condão de fazer existir no seio da sociedade o sentimento de previsibilidade com relação aos efeitos da regulação da conduta intersubjetiva. Em outras palavras, o cidadão deve ter condições de planejar os seus

atos, sem que seja surpreendido por mudanças no ordenamento jurídico, que alterem as consequências esperadas de suas condutas.

Como tivemos a oportunidade de verificar, o ordenamento jurídico está preparado para a alteração nas esferas legislativa e administrativa. As leis novas não podem alterar a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, sendo, desta forma, em regra, irretroativa. Por outro lado, na seara tributária, os artigos 100 e 146, ambos do Código Tributário Nacional, moldam o sistema para as alterações de entendimentos administrativos. Ou seja, há o respeito ao princípio da segurança jurídica, conferindo previsibilidade ao jurisdicionado.

Contudo, tal previsibilidade não é garantida pelo sistema quando estamos diante de alterações de entendimento jurisprudencial, isto é, não existem regras predeterminadas no ordenamento jurídico que tratem da forma pela qual as alterações de entendimentos no âmbito judicial serão encampadas pelo ordenamento jurídico.

É evidente que os cidadãos, especialmente na área tributária, voltam suas atenções para a jurisprudência emanada pelos Tribunais para adotar uma postura ou realizar determinada operação. Assim, se houver alteração no entendimento jurisprudencial e esta alteração ingressar de forma brusca no sistema do direito, afetará os jurisdicionados, que terão suas condutas colocadas em xeque.

Desta forma, entendemos que o sistema deve possuir algum mecanismo na área judicial para garantir a segurança jurídica quando existe alteração de entendimento jurisprudencial. Tal mecanismo, sem dúvidas, é a modulação dos efeitos da decisão. Através dela, as decisões que tenham alterado o entendimento jurisprudencial até então dominante, poderão, e em determinadas hipóteses deverão, ter seus efeitos temporais modulados, a fim de preservar a harmonia do

sistema do direito positivo e garantir a previsibilidade dos jurisdicionados, tanto clamada pelo ordenamento jurídico.

Assim, quando se verifica que uma norma está em desacordo com a Constituição Federal, esta deve ser expulsa do sistema, através da declaração de sua inconstitucionalidade.

Nosso ordenamento prevê a existência de controles de constitucionalidade das normas que são inseridas no sistema. No âmbito judicial, o controle de constitucionalidade ocorre de forma difusa ou concentrada. Na primeira hipótese, qualquer órgão do Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pois um processo subjetivo é posto para análise do magistrado e este deve resolver a situação concreta julgando a lide instalada. Já no segundo caso, o julgamento ocorre diretamente no Supremo Tribunal Federal e este, com o intuito de garantir a ordem do ordenamento jurídico, extirpa as normas inconstitucionais.

O importante é que em ambos os casos, as decisões proferidas poderão ter seus efeitos temporais modulados para salvaguardar o princípio da segurança jurídica.

Como dito anteriormente, para ser jurídica, a norma deve ingressar no sistema de direito positivo. O ingresso ocorre através de um procedimento adequado, que é realizado pelo órgão competente para tanto.

Uma vez no sistema, a norma passa a ser existente e, portanto, válida. Quando a norma é declarada inconstitucional, ela perde a condição da validade, pois é expulsa do ordenamento jurídico.

É inegável que quando uma norma é declarada inconstitucional, sua incompatibilidade com o texto maior ocorre desde o seu nascimento, ou melhor, desde o momento em que ela foi inserida no ordenamento jurídico.

Isso significa que, em regra, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são retroativos, *ex tunc*, retornando ao ingresso da norma no sistema. Dissemos em regra, pois é justamente neste ponto que atua a modulação dos efeitos temporais da decisão.

O julgador, percebendo que a situação é de relevante interesse social e por razões de segurança jurídica, pode modular os efeitos da decisão, determinando que, apesar da norma ter sido declarada inconstitucional, seus efeitos permanecerão no tempo pelo período estipulado na decisão.

A utilização desta técnica, portanto, não afeta a validade da norma, pois ela não deixa de existir no sistema jurídico, eis que seus efeitos se manterão inalterados pelo lapso temporal determinado pelo órgão julgador.

Na verdade, quando há a modulação dos efeitos da decisão, é colocado um obstáculo que impede que referida norma produza efeitos a partir de dado momento.

Assim, trata-se de uma hipótese de ineficácia técnica sintática, que acabará atingindo a vigência da norma, pois esta perderá a aptidão de produzir os efeitos que lhe são peculiares.

Como já visto, um dos campos de maior interesse na aplicação da modulação dos efeitos da decisão ocorre quando há mudança de orientação jurisprudencial. Nesta hipótese, não necessariamente estamos tratando da inconstitucionalidade de uma lei, mas da busca da segurança jurídica, bem como da estabilidade do sistema.

No campo do direito tributário, a mudança do entendimento dos Tribunais pode significar a incidência de tributos em situações que antes eram tidas como não passíveis de tributação.

Em hipóteses como esta, não pode existir a alteração brusca e abrupta do sistema, sob pena de gerar instabilidade das relações e o caos em sua ordem

interna, pois o jurisdicionado não possuirá o sentimento de confiança e segurança no ordenamento jurídico.

Na verdade, o cidadão deve conseguir prever as consequências de suas condutas em razão da segurança que ele pode extrair do direito positivo.

Portanto, a aplicação da modulação de efeitos deve ser realizada nestes casos, com o claro intuito de proteger os direitos e garantias fundamentais do jurisdicionado, privilegiando, desta forma, o princípio da segurança jurídica.

Por fim, salientamos que esse fato não passou despercebido pelo legislador. O instituto da modulação dos efeitos da decisão foi inserido no sistema jurídico pelo artigo 27, da Lei nº 9.868/99, que trata sobre o controle concentrado de constitucionalidade.

Por tal motivo, sempre houve muito questionamento acerca da aplicação de tal instituto por outros Tribunais, senão o Supremo Tribunal Federal, que é o órgão competente para analisar a constitucionalidade de uma norma.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 13.105/15, que inseriu no ordenamento jurídico o novo Código de Processo Civil, encerrou-se a celeuma existente, pois tal legislação traz de forma expressa a possibilidade de utilização da modulação de efeitos das decisões proferidas por qualquer Tribunal, quando há mudança da orientação jurisprudencial até então dominante.

Percebe-se, assim, a preocupação do legislador sobre o tema, pois a sociedade estava clamando por um instrumento que a protegesse contra a mudança abrupta da jurisprudência, que pudesse ocasionar a alteração de uma situação anteriormente pacificada.

A importância do tema nos dias atuais é inquestionável, pois os desejos da sociedade estão sendo alterados com frequência e o direito deve acompanhar esses

anseios, permitindo que os cidadãos tenham resguardados seus direitos constitucionalmente previstos, preservando os valores por eles escolhidos e os ideais de justiça buscados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. Quartier Latin. São Paulo. 2011.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. Malheiros. São Paulo. 2006.

_____. *República e Constituição*. 2ª edição. Malheiros. São Paulo. 2004.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª edição. Malheiros. São Paulo. 2012.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros. São Paulo. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva. São Paulo. 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva. São Paulo. 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1. Janeiro 2007.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3ª edição. Saraiva. São Paulo. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Celso Bastos. São Paulo. 2002^a.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. 1ª edição. Saraiva. 2010.

_____. *Lições de Direito Tributário: teoria geral e constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2011.

_____. *O Direito Natural e o REsp 1.120.295*. in Revista Dialética de Direito Tributário 229. Dialética. São Paulo. 2014.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Ícone Editora. 1996.

_____. *Teoria general del derecho*. 2ª ed. Editorial Temis. 1992. Colômbia.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 edição. Malheiros. São Paulo. 2006.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3. ed. Malheiros. São Paulo. 2001.

BRAGUITTONI, R. Ives. *Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal*. Atlas. São Paulo. 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª edição. Saraiva. São Paulo. 2008.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Saraiva. São Paulo. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. Max Limonad. São Paulo. 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina. Coimbra. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Fabris. Porto Alegre. 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recursos especial, agravos e agravo interno*. Forense. Rio de Janeiro. 2008.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU – Progressividade – Igualdade e Capacidade Contributiva*. Juruá. 2000. Curitiba.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22ª Ed. Malheiros, São Paulo. 2006.

_____; FERRAZ JR. Tércio Sampaio; NERY Jr. Nelson. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Malheiros. São Paulo. 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. Noeses São Paulo. 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16ª ed., Saraiva, São Paulo. 2004.

_____. *Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 6ª edição. Saraiva. São Paulo. 2008.

_____. *Direito Tributário, linguagem e método*. Noeses. São Paulo. 2008.

_____. *Teoria da Norma Tributária*. Lael, 1974.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. RT. São Paulo. 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. Forense. Rio de Janeiro. 1991.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. 10 ed. Jus Podivm. 2015.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. Noeses. São Paulo. 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª ed. Saraiva. São Paulo. 2007.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Justitia constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. Revista de Direito Público, nº 92, out/dez 1989.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. Malheiros. São Paulo. 2007.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Ciência do Direito*. Atlas. São Paulo. 1998.

_____. *Conceito de sistema no direito*. RT. São Paulo. 1976.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas. 1994. São Paulo.

_____. e outros. *Irretroatividade e jurisprudência judicial. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Manole. São Paulo. 2008.

_____; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY Jr. Nelson. *Irretroatividade e jurisprudência judicial. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Malheiros. São Paulo. 2008.

_____. *Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias. In Revista de Direito Tributário nº 17/18*.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Forense. Rio de Janeiro. 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999). In Revista de Direito Administrativo nº 220, abr/jun 2000*. Renovar. Rio de Janeiro.

GARCIA, Maria. *Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da Lei 9.868/1999*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – vol. 18 nº 73/206. Outubro/Dezembro 2010.

GIORGI, Raffaele de. *Luhmman e a teoria jurídica dos anos 70*. [Tradução: Luiz Fernando Mussolini Junior]. In CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. Max Limonad. São Paulo. 2002.

GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda – Pressupostos constitucionais*. Malheiros. São Paulo. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Revista de Processo, nº 97, jan.-mar. 2000.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Genova: Giuffrè, Milan. 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. 3ª edição revista da tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. Revista dos Tribunais. 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes. 1998

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2006.

LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição*. Quartier Latin. São Paulo. 2005.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amanda Flores. Anthropos. Santiago: Universidade Ibero-Americana, 1996.

_____. O Conceito de Sociedade. Apud VARGAS, João P. F. Domingues de, O Conceito de Sociedade em Niklas Luhmann – A Sociedade como Sistema Omnicomprensivo, Ecco Homo. Minas Gerais, 2003.

_____. *Social Systems*. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baerck. Stanford University Press. Stanford. 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. RT. São Paulo. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da segurança jurídica*. In: _____. (Coord.). *A força dos precedentes*. Podivm. Salvador. 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. RT. São Paulo. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.686, de 10-11-1999*. Saraiva. São Paulo. 2001.

_____. *Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões*. In TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. Atlas. São Paulo. 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 5ª ed., Editora Freitas Bastos. 1951.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. RT. São Paulo. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27ª Edição. Malheiros. São Paulo. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Malheiros. São Paulo. 1998.

_____. *O controle de constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário*. RDT 75;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. Saraiva. São Paulo. 2012.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. Saraiva. São Paulo. 2014.

_____. *O controle de constitucionalidade das leis na atualidade*. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Renovar. Rio de Janeiro. 1997.

_____. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. In Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Ano 34. N. 134 abr/jun 1997.*

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2 ed. Editora Limitada. Coimbra. 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII: arts. 539 a 565. Forense. Rio de Janeiro. 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª edição. Atlas. São Paulo. 2005.

MUÑOZ, Alberto Alonso. *Transformações na Teoria Geral do Direito – Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo*. Quartier Latin. 2008.

NERY Jr. Nelson; CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Malheiros. São Paulo. 2008.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2004.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Teviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Hanerms*. Martins Fontes. São Paulo. 2006.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. Saraiva. São Paulo. 1988.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11 ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Introdução axiológica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro – aspectos constitucionais e processuais*. Malheiros. São Paulo. 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Saraiva. São Paulo, 2002.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004.]

SANTOS. Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. RT. São Paulo. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª edição. Malheiros. São Paulo. 2008.

TAVARES, André Ramos. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*, Dimitri Dimoulis (coordenador-geral). Saraiva. São Paulo. 2007.

_____. *Direito constitucional brasileiro concretizado. Método*. 2006.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1980.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. RT. São Paulo. 2007.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade*. Cejup. Belém. 1999.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. Noeses. São Paulo. 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. RT. São Paulo. 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. RT. São Paulo. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Ações de controle concentrado de constitucionalidade*. In DIDIER JR. Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. Saraiva. São Paulo. 2003.