



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**KARIN ALMEIDA WEH DE MEDEIROS**

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE**  
**INCONSTITUCIONALIDADE E REPETIÇÃO DO INDÉBITO**  
**TRIBUTÁRIO**

**SALVADOR**  
**MARÇO DE 2011**

**KARIN ALMEIDA WEH DE MEDEIROS**

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E REPETIÇÃO DO  
INDÉBITO TRIBUTÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação  
Stricto Sensu, Mestrado em Direito Público da Universidade  
Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do  
grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta

**SALVADOR  
MARÇO DE 2011**

**TERMO DE APROVAÇÃO****KARIN ALMEIDA WEH DE MEDEIROS****MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E REPETIÇÃO DO  
INDÉBITO TRIBUTÁRIO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

Orientador

---

Examinador

---

Examinador

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

A meus pais, Horst Weh (*in memoriam*) e Clyzélia Almeida Weh, por me darem o amor e o estímulo para chegar até aqui. A Magno, pela compreensão nos momentos difíceis. A meus filhos, Pepê e Bibi, por darem significado a tudo o que estar por vir.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma lei. Especificamente se verifica quando pode tal modulação ser realizada no campo tributário na medida em que esta enseja a proibição de repetição de indébito. Verifica-se de que modo se construiu a teoria da nulidade da norma constitucional, se ela pode ser afastada e em que hipóteses isso ocorre. Também se faz um apanhado quanto ao controle de constitucionalidade em si, examinando seus fundamento e sistemas. Procede-se a uma averiguação quanto à legitimação da jurisdição constitucional e o papel da teoria da argumentação na aferição desta legitimidade. No que concerne especificamente à modulação há um estudo quanto ao art. 27, da Lei 9.868/99, primeiro texto normativo brasileiro a expressamente dispor sobre esta possibilidade. Por fim, chega-se à análise da modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade na seara tributária, a fim de averiguar quando poderá haver o impedimento da repetição de indébito tributário, estabelecendo-se a ponderação entre o direito a esta restituição e a proteção de valores como segurança jurídica e interesse social, tais como previstos no art. 27, da Lei 9.868 como requisitos materiais da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade. Modulação temporal dos efeitos. Repetição do indébito tributário.

## **ABSTRACT**

This work explores the possibility of temporal modulation of the effects of decisions that recognize the unconstitutionality of a law, specifically how this modulation can be performed in the tax area as this entails a ban on refund of overpayment. It analyses how was built the theory of invalidity of constitutional law and whether it can be removed and in which cases this occurs. It also provides an overview as to the constitutionality control itself, examining its foundation and systems. It proceeds to an inquiry of the legitimacy of the constitutional jurisdiction and the role of argumentation theory in the assessment of this legitimacy. With regard specifically to the modulation is a study about the art. 27 of Law 9.868/99, the first Brazilian text that expressly provides for this possibility. Finally, one comes to the analysis of modulation effects of the ruling seat of judicial review in the tax field in order to ascertain if there may be impairment of the tax refund of overpayment, establishing a balance between the rights to this restitution and protection of values such as legal and social interest, such as provided in art. 27 of Law 9868 as substantive requirements of the temporal modulation of the effects of the decision of unconstitutionality.

**Keywords:** Control of constitutionality. Temporal modulation effects. Recovery of undue tax.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1 TEORIA DA INCOSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>11</b>
1.1 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA .....	11
1.2 NATUREZA DA NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL.....	17
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – FUNDAMENTAÇÃO E SISTEMAS .</b>	<b>26</b>
<b>3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO.....</b>	<b>34</b>
<b>4 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCOSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>52</b>
4.1 ADMISSIBILIDADE DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	52
4.1.1 Direito Comparado .....	56
4.1.2 Direito Brasileiro.....	61
4.2 ART. 27 DA LEI 9.668/99 .....	63
4.2.1 Constitucionalidade .....	68
<b>5 MODULAÇÃO DOS EFEITO TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA .....</b>	<b>81</b>
5.1 REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO.....	81
5.2 SEGURANÇA JURÍDICA X REPETIÇÃO DE INDÉBITO.....	95
5.3 INTERESSE SOCIAL X REPETIÇÃO DE INDÉBITO .....	102
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>135</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo a resolução do seguinte problema: de que maneira pode haver modulação dos efeitos temporais nas decisões proferidas em sede de controle de inconstitucionalidade em que, sendo declarada a inconstitucionalidade da norma tributária, se impeça a repetição do indébito tributário?

A justificativa do trabalho teve sua base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 560.626-1, em que se declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, entendendo, contudo, legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nessas normas e não impugnados antes da data de conclusão do julgamento. No entanto, no exame do voto que decidiu por dar efeitos prospectivos ao julgado se constata a ausência de fundamentação suficiente para tal procedimento, tendo a decisão se limitado a afastar a possibilidade de repetição do indébito tributário invocando a repercussão e a insegurança jurídica presente na hipótese, sem, entretanto, desenvolver em que medidas estas estariam presentes.

A matéria deve ser tratada com mais vagar e cuidado. Com efeito, diante de toda a minúcia com que foi tratada a matéria tributária na Carta Magna de 1988, é mister proceder-se a um exame muito acurado dos institutos que procuram limitar a atuação das normas constitucionais na seara tributária. Isto porque deve-se reconhecer que as normas constitucionais que delineiam a atuação do poder tributário na verdade estão atuando dentro de uma área muito sensível da realidade fática, qual seja, a legitimidade da apropriação dos recursos privados por parte do Estado.

Nesse campo, portanto, existem duas forças contrapostas: o Estado, que sempre busca meios para aumentar a sua arrecadação e o particular, que, de modo contrário, procura limitar ao máximo essa ingerência pública em seu patrimônio. Por isso é que as normas constitucionais tributárias devem ser vistas como um meio de adequação dessas duas condutas, de forma a encontrar o equilíbrio necessário para que o Estado possa cumprir seus fins sem que essa atuação traga como consequência um ônus insuportável no desenvolvimento dos interesses particulares e na vida social como um todo.

Contudo, funcionando as normas constitucionais tributárias como um freio ao comportamento do Poder Público, a tendência deste é de procurar se desprender das amarras



constitucionais, fazendo com que deva-se ter um especial cuidado com a tutela desses princípios e garantias constitucionais aqui estabelecidos.

Assim é que, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em controle de constitucionalidade em matéria tributária configura exatamente um enfraquecimento dessa tutela, pois, uma vez chancelado pela possibilidade de não ter que restituir o indevidamente cobrado, o Estado não mais terá como parâmetro de conduta sua adequação aos limites constitucionais, já que a atuação fora dos cânones constitucionalmente estabelecidos, numa relação de risco-benefício, passará a valer à pena, já que lhe será retirada qualquer responsabilidade pela atuação indevida.

Nesse diapasão, portanto, a discussão acerca da possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade é tema que merece um adequado estudo, a fim de se estabelecer quais os parâmetros que devem ser considerados para fundamentar o impedimento da repetição do indébito tributário.

No desenvolvimento do tema, parte-se da análise da teoria da norma, com o estudo dos planos da existência, validade e eficácia, que são fundamentais para a compreensão do controle de constitucionalidade e seus efeitos. Depois se faz um estudo da natureza da norma inconstitucional, com o desenvolvimento de temas como invalidade, natureza jurídica da sentença que reconhece a inconstitucionalidade da norma e quais os efeitos que dela advêm. Procura-se também estabelecer se a inconstitucionalidade leva necessariamente à invalidade da norma assim reconhecida.

No capítulo seguinte busca-se fazer um panorama do controle de constitucionalidade, a fim de contextualizar o tema a ser desenvolvido posteriormente, qual seja, a modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em controle de constitucionalidade.

Em seguida se procede a uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional e qual o papel da argumentação jurídica como repositório dessa legitimidade em geral e especificamente no que concerne à decisão que preconiza a impossibilidade de repetição de indébito tributário, com a análise textual de voto do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Passa-se, então, à análise da modulação dos efeitos propriamente dita, aferindo-se a sua possibilidade tanto no direito estrangeiro quanto no direito pátrio, prosseguindo-se com o estudo do art. 27, da Lei 9.868/99, que pela primeira vez previu no direito positivo brasileiro a modulação aqui analisada.

O último capítulo irá verificar a modulação temporal especificamente no campo tributário, mormente no concernente à repetição do indébito. Irá se analisar como poderá a ponderação de interesses justificar o impedimento da repetição do indébito ao se efetivar efeitos prospectivos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma tributária, mais precisamente em que aspectos a segurança jurídica e o interesse social, previstos como requisitos da aplicação do art. 27, da Lei 9.868/99, podem fundamentar a não devolução do quanto recolhido pelo contribuinte em virtude de lei reconhecida como inconstitucional.

# 1. TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE

## 1.1. Existência, validade e eficácia da norma

Tratando o presente estudo de tema relacionado ao controle de constitucionalidade é mister que, antes de tudo, se faça um exame acerca da teoria na norma jurídica, adentrando na análise de institutos como existência, validade e eficácia e outros correlatos. Não se buscará aqui, esgotar o tema, que, aliás, é um dos mais fecundos do direito e que, na verdade, se liga aos seus próprios fundamentos, mas tão somente, delinear seus contornos, a fim de que possamos desenvolver a matéria a ser analisada partindo-se de uma base já solidificada.

Nenhuma análise da norma jurídica será satisfatória se não se debruçar sobre o quanto desenvolvido por Hans Kelsen a respeito da matéria. Assim é que, cabe, aqui, se visualizar o entendimento de Kelsen acerca da norma quanto aos seus planos de validade, existência e eficácia, uma vez que isso trará conseqüências primordiais com relação ao modelo de controle de constitucionalidade a ser adotado pelo ordenamento jurídico, bem como aos efeitos das decisões aí proferidas.

Para Kelsen a vigência de uma norma designa sua existência, mas em sua obra Teoria Pura do Direito ele usa indistintamente as palavras vigência e validade no mesmo sentido.

Kelsen entende que a validade de uma norma consiste na qualidade de ser a mesma vinculativa, ou seja, de que os indivíduos submetidos à ordem jurídica devem se conduzir do modo por ela prescrito. Por outro lado, o fundamento de validade de uma norma somente pode ser encontrado em outra norma, o que estabelece uma relação hierárquica entre elas.<sup>1</sup>

Kelsen distingue validade de eficácia da norma, explicando que a validade pertence à ordem do dever ser enquanto a eficácia pertence à ordem do ser. Dessa forma, a eficácia tem a ver com o fato de a norma ser efetivamente aplicada e observada. Não obstante tal afirmação, Kelsen procura estabelecer uma conexão entre validade e eficácia ao explicitar que uma norma somente poderá ser válida se houver um mínimo de efetividade.<sup>2</sup>

Com relação às normas inválidas, Kelsen, descarta a possibilidade de existência destas, isto porque, como a norma faz parte de um sistema normativo escalonado, a sua

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, Teoria Pura do direito, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 215

<sup>2</sup> Id. Ibid. p. 11-12

harmonização com as normas que lhe servem de lastro é pressuposta. Dessa forma, não se poderia considerar uma norma inválida como pertencente ao sistema jurídico, havendo aí uma contradição nos termos. Para haver norma jurídica, portanto, ela deve primeiramente ser considerada válida. Kelsen, portanto, entende que a validade é essência da norma.

Nesse sentido, vale transcrever o quanto colocado por Kelsen em sua lição<sup>3</sup>:

[...] O próprio Direito parece contar com direito antijurídico e confirmar a sua existência pelo fato de tomar muitas disposições que se consideram ter como fim a anulação de direito antijurídico. Se, porém, existisse tal coisa como um direito antijurídico, desapareceria a unidade do sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do Direito). Mas uma 'norma contrária às normas' é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é o sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar um ato, que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de [...] considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Kelsen também não aceita a idéia de uma lei inconstitucional, pois somente existe lei se a mesma é válida e, para ser válida, ela deve ser fundamentada na Constituição. Por outro lado se uma lei é inválida, ela não chega sequer a ser lei, porque não é juridicamente existente. Dessa forma, se dizer que uma lei é inconstitucional somente pode significar que ela pode ser revogada, tanto pelo processo usual, ou seja, por uma outra lei, como também por um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, deve ser considerada válida, e, portanto, constitucional.<sup>4</sup>

O que se percebe, portanto, é que, apesar de Kelsen entender que validade é sinônimo de existência, isto não se traduz, quando transposta sua doutrina para o campo das invalidades, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade serão *ex tunc*, mas, pelo contrário, a norma produzirá todos os efeitos dela esperado até o momento em que for extirpada do sistema.

---

<sup>3</sup> Id. Ibid. p. 296

<sup>4</sup> Id. Ibid. p. 300

Na doutrina brasileira também Paulo de Barros Carvalho defende a idéia de que a validade participa da essência da norma ao defender que uma norma válida significa proclamar que ela pertence a um determinado sistema.<sup>5</sup>

No entanto, para outros autores, validade e existência da norma são coisas distintas, de forma que a validade da norma pressupõe sua existência, mas do só fato da norma existir não se deduz a sua validade.

Pontes de Miranda entende que o mundo jurídico é integrado por três planos distintos: o da existência, o da validade e o da eficácia. A existência precede a validade, na medida em que, para que algo valha é preciso que exista. Segundo ele não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade sobre algo que não existe. Inexistente é aquilo que está fora do mundo jurídico. É a categoria do inexistente que distingue o mundo fático do mundo jurídico. Já a nulidade e a anulabilidade se referem a defeitos de atos já inseridos no mundo jurídico.<sup>6</sup>

O ponto nevrálgico de tal posicionamento consiste em estabelecer exatamente quando se pode determinar que a norma é vigente.

Tércio Sampaio Ferraz<sup>7</sup> em primeiro lugar reconhece a incoerência da noção esboçada diante da expressão “norma inexistente”, uma vez que, se nunca existiu, não pode ser considerada norma, para depois, contudo, asseverar a importância do conceito na prática, tendo em vista que a dogmática jurídica se utiliza dele para qualificar certas prescrições que são postas e adquirem a aparência de norma, estabelecendo que uma norma será tida por inexistente quando nem chega a entrar no sistema, já que o seu centro emanador não é aceito como fonte. A existência da norma está ligada, portanto, há um mínimo de aparência, que consiga transmitir uma idéia de que o ente exista no mundo jurídico.

Além de diferenciar existência de validade, Tércio Sampaio Ferraz<sup>8</sup> ainda distingue, no ângulo dogmático, os conceitos de validade, vigência, eficácia e vigor. Assim é que, para ele validade é uma qualidade da norma, que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas suas condições formais e materiais de sua produção<sup>9</sup>. Já a vigência

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81-82.

<sup>6</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo IV. Campinas: Bookseller, 2000. p. 39.

<sup>7</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 215-216

<sup>8</sup> Id. Ibid. p. 202.

<sup>9</sup> Note-se que esse entendimento se distancia do entendimento de Kelsen sob dois aspectos. Assim é que, em primeiro lugar a validade não é essência da norma, ou seja não se confunde com a sua existência e, em segundo

também é uma qualidade da norma, mas diz respeito ao seu período de validade, ou seja, ao tempo compreendido entre o início de sua força vinculante e sua revogação. A eficácia é uma qualidade da norma que se reporta à possibilidade de produção de efeitos concretos, em virtude da presença das condições fáticas exigíveis para sua observância. Por fim vigor se refere à força vinculante da norma, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império.

Através dessas noções o autor distingue nulidade de anulabilidade<sup>10</sup>, tendo em vista a produção ou não de efeitos. Dessa forma, a norma será nula se, mesmo tendo adentrado o sistema, possui um vício essencial de formação que não permite a produção de efeitos, independentemente de qualquer requerimento dos interessados. Já a anulabilidade existirá quando a norma, não obstante o seu vício, produz efeitos até que a mesma seja declarada. Portanto, na concepção do autor, da nulidade e anulabilidade da norma não se liga à sua validade ou não, pois em ambos os casos se tratará de norma inválida, mas à possibilidade de produção de efeitos ou não.

Herbert Hart<sup>11</sup> ao analisar a relação entre eficácia e validade, faz ver que esta não existe se se concebe eficácia como o fato de uma regra jurídica ser mais obedecida do que desobedecida, a menos que exista uma regra específica no ordenamento jurídico que determine a perda de validade de uma norma se esta não mais for eficaz. Também faz ele a distinção entre a não observância geral das regras do sistema e a ineficácia de uma regra concreta. Somente esta não observância geral é causa a invalidade de todo o sistema.

Para Alf Ross<sup>12</sup>, o direito pode ser considerado como consistindo em fenômenos jurídicos e normas jurídicas em mútua correlação. O direito vigente, por sua vez, significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, sendo que essas normas são efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias. O conceito de direito deve ser afastado de qualquer cunho metafísico, ele apenas tem significado quando colocado juntamente com a idéia de direito vigente. Não existe uma validade *a priori* do direito

---

lugar, a validade pode se referir tanto ao plano formal como ao plano material, isto é, relacionado com o próprio conteúdo da norma, quando Kelsen apenas entendia que a validade apenas se referia ao aspecto formal de pertinência da norma em relação à norma superior que lhe conferiria a validade.

<sup>10</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 216.

<sup>11</sup> HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 115

<sup>12</sup> ROSS, Alf. Direito e Justiça, 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2007. p. 41-42

Segundo o mesmo autor, um sistema de normas será vigente se for capaz de servir como esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias. Assim, a efetividade, que constitui a vigência do direito, deve ser procurada nas decisões dos tribunais. Nesse contexto, um ordenamento jurídico vigente é aquele que opera efetivamente na mente do juiz, porque ele sente suas normas como socialmente obrigatórias e as obedece. Dessa forma, não é no direito em ação entre os indivíduos particulares que se deve procurar a efetividade que condiciona a vigência das normas. Contudo isso traz um paradoxo, conforme reconhece o próprio autor, já que quanto mais uma regra é acatada na vida jurídica extrajudicial mais difícil se torna verificar se essa norma possui vigência.<sup>13</sup>

Por outro lado, o conceito de vigência não deve ser buscado numa interpretação do comportamento do juiz, pois seu comportamento de mudança somente pode ser compreendido e predito mediante uma interpretação ideológica do pensamento judicial. Assim, o conceito de vigência envolve dois pontos: o acatamento regular e externamente observável de um padrão de ação como sendo uma norma socialmente obrigatória. De se ver, contudo, que os costumes dos juízes possuem um pendor grande para se transformarem em normas obrigatórias e, conseqüentemente, em direito vigente.<sup>14</sup>

Essa concepção de Alf Ross parte de uma visão realista do direito, em que este é entendido como participante do mundo natural, dentro de um panorama empirista, de forma que a vigência do direito é entendida em termos de efetividade social das normas jurídicas. Tal visão se contrapõe a uma visão idealista do direito, em que o mundo é dividido em duas dimensões distintas, o mundo da realidade e o mundo das idéias ou da validade.

Para Norberto Bobbio<sup>15</sup>, as normas jurídicas podem ser submetidas a três valorações distintas, valorações estas independentes uma das outras e que envolvem três problemas distintos: justiça, validade e eficácia. O problema da justiça diz respeito à correspondência ou não da norma aos valores últimos que fundamentam um determinado ordenamento jurídico. Para o mestre italiano, o problema da justiça se refere à correspondência

---

<sup>13</sup> Id. Ibid. p. 59-60

<sup>14</sup> Id. Ibid. p. 61-62

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 45-46.

entre o mundo ideal e o real, ou seja, entre aquilo que deve ser e aquilo que é. O problema da validade, por seu turno, é o problema da existência da norma enquanto tal, independentemente de se estabelecer se ela é justa ou não. A validade jurídica de uma norma equivale, então, à sua existência jurídica.

Por outro lado, para se determinar acerca da validade de uma norma será necessário se efetuar três operações. Assim, em primeiro lugar se verificará se a autoridade emanadora detinha ou não poder legítimo para assim atuar; num segundo momento se pesquisará se ela foi ou não ab-rogada; por fim se fará a investigação acerca de sua compatibilidade com outras normas do sistema, principalmente com norma hierarquicamente superior e com norma posterior.<sup>16</sup>

Enfim, o problema da eficácia de uma norma se relaciona a se saber se esta é ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida. Ressalta o autor que a investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se referindo ao problema fenomenológico do direito.<sup>17</sup>

Miguel Reale destaca que a vigência em seu aspecto tecno-formal se confunde com os requisitos formais indispensáveis a que uma regra de direito adquira ou perca vigor.<sup>18</sup> No entanto, ressalta que a vigência nunca pode ser aferida de uma regra singular, destacada do sistema, mas somente se pode referir a uma regra no sistema.<sup>19</sup> Também ele relaciona vigência e eficácia, ao dispor que uma norma somente pode ser considerada como direito positivo quando é ao mesmo tempo vigente e eficaz.<sup>20</sup>

Somos do ponto de vista que, as normas jurídicas são atos jurídicos emanados dos órgãos constitucionalmente autorizados, com o fim de criar ou modificar as situações nelas contempladas e comportam análise em três planos distintos e inconfundíveis: da existência, da validade e da eficácia.

Assim, em primeiro lugar é de se verificar se o fato está inserido dentro do campo do direito, ou seja, se contém os elementos constitutivos definidos em lei como causa eficiente de sua incidência. A validade do ato somente será apreciada após se confirmar sua existência. A validade do ato se relaciona, então, ao preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos

---

<sup>16</sup> Id. Ibid. p. 47

<sup>17</sup> Id. Ibid. p. 47-48.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 597.

<sup>19</sup> Id. Ibid. p. 602.

<sup>20</sup> Id. Ibid. p. 609.



para que possa ser reputado perfeito. Assim, não basta que o ato tenha sido emanado de um agente, mas que esse agente tenha atribuição para tanto. Outrossim, a forma do ato deve obedecer aquilo legalmente estabelecido. Além disso, o seu objeto deve ser lícito e possível. Esse conceito de validade não se confunde com vigência da norma, também chamada de validade técnico-formal. A vigência se relaciona com a existência jurídica e com a aplicabilidade da lei. A ausência de alguns requisitos faz com que o ato seja tido como inválido, sendo-lhe cominada a sanção da nulidade ou da anulabilidade.

Por fim, a eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, na irradiação das conseqüências que lhe são próprias. A eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seu efeito típico, que é o de regular as situações nela indicadas. Eficácia se relaciona, então, com a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.

A validade não se confunde com eficácia, não havendo entre os dois institutos correlação de necessidade, a vincular um e outro de forma inexorável. O fato de uma norma jurídica ser válida não implica necessariamente em que esta tenha eficácia e vice-versa.

O presente estudo entende que a validade é uma qualidade da norma, ou seja, não está correlacionada nem com a sua existência nem com a sua eficácia. Dessa forma a norma pode existir, produzir efeitos e ser inválida.

Para o desenvolvimento do tema aqui proposto, portanto, deve-se deixar assentada a concepção de que a produção de efeitos da norma não se vincula à sua validade, se referindo a planos distintos. Destarte, não há que se fazer uma inferência de que toda norma reconhecida como inconstitucional deve ter seus efeitos extirpados desde o início de sua vigência, sendo, ao contrário, possível reconhecer que certas normas inconstitucionais são aptas a produzir efeitos. Esta aliás é a próxima matéria que será objeto de nossa análise.

## **1.2. Natureza da norma declarada inconstitucional**

Segundo o entendimento predominante na doutrina brasileira, norma inconstitucional é norma inválida e deve trazer como conseqüência a sua nulidade. Conforme

ressalta Gilmar Ferreira Mendes, o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro.<sup>21</sup>

Segundo Gilmar Mendes<sup>22</sup>, existem dois modelos teóricos criados para fundamentar a nulidade da lei inconstitucional: o modelo da colisão e o modelo de validade jurídica. Assim, o modelo de colisão pressupõe a unidade do ordenamento jurídico, tornando incompatível qualquer idéia de contradição interna. No entanto, esse postulado da unidade do ordenamento jurídico não exclui a possibilidade teórica de que eventual conflito seja dirimido segundo a regra “lei posterior revoga lei anterior”. Por isso se torna imprescindível a introdução nele do conceito de hierarquia ou de supremacia da Constituição, que consagra a nulidade da norma inconstitucional. Assim, somente pode ter validade ou a Constituição ou a lei inconstitucional, de forma que o reconhecimento da validade da lei inconstitucional ocasionaria a perda de validade temporária da Constituição. Também o modelo de validade jurídica pressupõe a unidade do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição. No entanto, este considera as normas constitucionais como condições jurídicas de validade que devem ser preenchidas para a edição do ato normativo. Assim, a norma que não preencha tais requisitos somente pode ser classificada como norma aparente, que não possui uma validade originária. Ressalta que as duas teorias partem de premissas idênticas e chegam a conseqüências jurídicas semelhantes. Contudo, possuem as duas fundamentações distintas, já que, enquanto o modelo de validade jurídica nega, de plano, validade a toda e qualquer norma que não satisfaça às condições preestabelecidas, o modelo de colisão parece supor o surgimento de uma norma apta a colidir com a regra superior. Deste modo, o modelo de colisão contemplaria a possibilidade de se introduzir a discussão sobre uma teoria da anulabilidade da lei inconstitucional.

Segundo Lúcio Bittencourt a inconstitucionalidade uma vez reconhecida pode dar ensejo a três conseqüências distintas: a revogação, a inexistência ou a ineficácia da lei. A revogação ocorre quando a lei já se achava em vigor quando do advento da Constituição. Adverte, contudo, que não se pode cogitar da mesma revogação que ocorre quando do conflito intertemporal entre duas leis, isto porque uma lei incompatível com a Constituição será sempre uma lei inconstitucional. A revogação é conseqüência da inconstitucionalidade. A inexistência da lei tem lugar quando, na sua elaboração, não foram observadas as formalidades constitucionais

---

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 317

<sup>22</sup> Id. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 17-18

prescritas para o processo legislativo. Por fim, a ineficácia da lei advém da incompatibilidade material da lei com a Constituição, fazendo com que ela não seja aplicada pelos Tribunais na apreciação dos casos concretos submetidos a seu julgamento.<sup>23</sup>

Contudo, é de se ver que Lúcio Bittencourt colocou no mesmo patamar fenômenos distintos. É certo que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a desnecessidade de se submeter à declaração de inconstitucionalidade de leis publicadas em momento anterior ao advento da Constituição, entendendo que elas podem ser consideradas revogadas através da aplicação do brocardo “lei posterior ab-roga lei anterior que com ela seja incompatível”. Contudo, em relação às leis posteriores e desconformes à Constituição, o que ocorre é a sua invalidação.

Para Luís Roberto Barroso, a inconstitucionalidade configura vício aferível no plano da validade da norma, que se projeta para o plano da eficácia, uma vez que norma inconstitucional não deve ser aplicada. Contudo, o reconhecimento da inconstitucionalidade não se irradia para o plano da existência da norma, já que não há um ato formal que a elimine do mundo jurídico, não sendo retirada expressamente de vigência. O mesmo fenômeno ocorre no modelo americano de controle de constitucionalidade. Não se deve confundir, também, declaração de inconstitucionalidade com revogação da norma. A revogação se opera no plano da existência dos atos jurídicos, retirando a norma do mundo jurídico.<sup>24</sup>

Quanto às conseqüências advindas da inconstitucionalidade da norma, a tese mais difundida é a de que, por ser o vício da inconstitucionalidade de grande gravidade, deve a ele ser imputada sanção correspondente, qual seja, a nulidade de pleno direito. O raciocínio aqui presente é o de que, sendo a Constituição a lei suprema, não se pode admitir uma lei com ela incompatível, sob pena de violar esta supremacia, o que significa a própria negativa de vigência da Constituição.

Esta tese da nulidade da lei inconstitucional, contudo, não é a única, existindo autores que entendem que a nulidade da norma inconstitucional não é um dogma

---

<sup>23</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Lei. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 131 *et seq.*

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-15.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>25</sup> em análise ao sistema alemão de controle de constitucionalidade lembra que no direito daquele país não há qualquer norma expressa, nem na Constituição nem na Lei orgânica da Corte Constitucional, que determine a nulidade da lei inconstitucional. Contudo, a doutrina dominante, sob o fundamento de obediência ao princípio da supremacia da Constituição entende que o postulado da nulidade da lei inconstitucional tem a mesma hierarquia das normas constitucionais. O autor, contudo, reconhece que o dogma da nulidade da lei inconstitucional não se revela como obrigatório do ponto de vista lógico-jurídico, exemplificando seu raciocínio com o quanto previsto no art. 140, V, da Constituição austríaca, que prescreve que a declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a declaração de nulidade. No entanto, a Lei Fundamental alemã, em seu art. 100, procede à distinção entre leis válidas e leis inválidas, pressupondo e determinando que a invalidade é a consequência jurídica do conflito entre lei e constituição. Lembra, no entanto, que mesmo com a declaração de nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional, não há necessariamente a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela.

Entende o mesmo autor, agora já na análise do ordenamento pátrio, que a nulidade da lei inconstitucional, contudo, possui caráter de princípio constitucional implícito, já que o poder que dispõe qualquer juiz ou Tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo, conforme prevê os arts. 97 e 102, III, a, b e c, da Constituição Federal, pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. Além disso, a essa faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde o direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional.<sup>26</sup>

A adoção da teoria da nulidade faz com que se identifique o caráter declaratório da decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo, ou seja, é uma decisão que apenas reconhece uma situação preexistente. A adoção de tal tese também traz consequências quanto aos efeitos de tal decisão, uma vez que, sendo a sua natureza declaratória, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma deve fazer retornar as relações jurídicas ao *satus quo ante*, ou seja, deverá retroagir até o momento de nascimento da norma tida por inconstitucional a fim de que sejam extirpados todos os efeitos dela decorrentes.

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 254-256.

<sup>26</sup> Id. Ibid. p. 325-326

A questão da inconstitucionalidade da norma leva à análise da assim denominada teoria das invalidades

Dissertando sobre a Teoria das invalidades, Ana Paula Ávila<sup>27</sup> faz ver que toda a distinção construída entre o nulo e o anulável somente levam em considerações aspectos exteriores à própria invalidade. Assim, segundo a teoria mais tradicional, o ato nulo é aquele que possui defeito de maior gravidade, que não pode ser sanado nem ratificado, já a anulabilidade corresponde a um defeito menos grave, fazendo com que o ato nulo possa ser sanado pelo decurso do tempo, sendo que enquanto não for reconhecida a anulabilidade, esta continua a produzir seus efeitos. Contudo, não é a disposição dos efeitos que se mostrará apta a diferenciar o ato nulo do anulável, sob pena de se cair em uma petição de princípios.

O que se observa, efetivamente, é que não existem elementos intrínsecos capazes de diferenciar a nulidade da anulabilidade. Aliás, os conceitos de nulidade e anulabilidade foram criados pela doutrina, não seguindo exatamente aquilo o quanto determinado pelo ordenamento jurídico, não existindo uma relação entre o metadiscurso (doutrina) e o discurso (direito objetivo).<sup>28</sup>

É de se ver que nulidade e anulabilidade possuem a mesma natureza jurídica, dizendo ambas respeito a defeitos contemporâneos à formação do ato e se distinguindo pela gravidade do defeito, mais grave em caso de nulidade. Nesse diapasão, de se ver, ainda, que o critério para a mensuração da intensidade da gravidade não decorre da própria natureza do vício, mas sim da disciplina legal que rege a matéria.

Segundo Ana Paula Ávila:

“A distinção entre nulo e anulável é meramente extrínseca; fica à disposição para que o legislador, no uso de sua liberdade de conformação, caracterize cada qual dessas figuras. Os tipos clássicos de nulidade e de anulabilidade podem ser considerados pelo legislador apenas como referenciais opostos entre os quais transitam outros regimes possíveis.”<sup>29</sup>

Na verdade, então, a distinção entre ato nulo e anulável vai depender do regime jurídico fixado pelo legislador, devendo a lei determinar se certa invalidade constitui ato nulo ou anulável, sendo certo que fica à disposição do legislador, no uso de sua liberdade de conformação, caracterizar os efeitos de cada qual dessas figuras, servindo os tipos clássicos de

---

<sup>27</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n° 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

<sup>28</sup> Id. Ibid. p. 31.

<sup>29</sup> Id. Ibid. p. 34.

nulidade e de anulabilidade apenas como referenciais opostos entre os quais transitam outros regimes possíveis.<sup>30</sup>

Devido a toda bagagem histórica herdada da doutrina construída em torno da teoria das nulidades, o ato nulo, em princípio, não produz efeitos. No entanto, a tese de se negar eficácia ao ato nulo deve ser temperada pelas circunstâncias particulares de cada caso concreto, levando-se em consideração outros princípios também protegidos pelo ordenamento como um todo.<sup>31</sup>

Com relação à norma inconstitucional leciona a autora que embora se tenha firmado no direito brasileiro o dogma da nulidade da lei inconstitucional, por dar sustentação ao postulado da supremacia da Constituição, isto não faz com que este seja rompido através do reconhecimento dos efeitos produzidos pela norma tida por inconstitucional.<sup>32</sup>

No entanto, para se chegar a tal conclusão deve-se abrir mão da condição de dogma atribuída à tese da nulidade da lei inconstitucional. Esta, na verdade, deve ser encarada como regra que, eventualmente, pode ser superada.

Para Regina Maria Ferrari, ato nulo é aquele que é intrinsecamente ineficaz, aos quais faltam elementos essenciais para sua perfeição, não podendo produzir efeitos desde o início. Já a anulabilidade se refere a vícios extrínsecos, que não afetam sua estrutura, produzindo efeitos até que os vícios sejam identificados. A inconstitucionalidade configura espécie de invalidade normativa, que é sancionada com a nulidade da norma. Assim, para o campo da inconstitucionalidade não cabe levar em conta a dicotomia entre nulidade e anulabilidade, uma vez que identificada a não concordância da norma inferior com os ditames constitucionais, não cabe fazer qualquer graduação quanto a essa discordância.<sup>33</sup>

No entanto, quando se analisa a questão da inconstitucionalidade deve-se levar em consideração a presunção de validade da lei, de forma que a invalidade da norma inconstitucional somente passa a ser reconhecida após a pronúncia do órgão competente para tanto. Dessa forma, descabe falar em norma inconstitucional nula de pleno direito, uma vez que a nulidade nunca se produz de modo automático, dependendo sempre de um pronunciamento do titular de tal competência. A norma constitucional, portanto, é simplesmente anulável, e esta é uma sanção

---

<sup>30</sup> Id. Ibid. p. 34.

<sup>31</sup> Id. Ibid.. p. 35

<sup>32</sup> Id. Ibid.. p. 38-39.

<sup>33</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119-121.

imposta por um órgão competente para tanto. Este reconhecimento, contudo, pode ter força retroativa, uma vez que a norma inválida, assim como a válida, produziu efeitos no mundo jurídico até a decretação de sua invalidade.<sup>34</sup>

Aliás, como deixa patente Ana Paula Ávila, “o nulo, embora torne o ato jurídico ineficaz, é, muitas vezes, um fato eficaz, do qual advêm direitos e deveres ou, pelo menos, expectativas legítimas de direitos, de tal modo que, em determinadas situações, é imperativo se reconhecerem os efeitos dele decorrentes”.<sup>35</sup>

A teoria da nulidade da norma inconstitucional é predominante no direito pátrio, fazendo com que se tenha como pacificado o entendimento de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade deva ter efeitos *ex tunc*. No entanto, tal posicionamento nem sempre foi aplicado de modo absoluto, tendo sido permitida uma certa mitigação diante de certos casos colocados em julgamento, o que será objeto de apreciação posterior.

Para Clèmerson Merlin Clève, existe um princípio constitucional implícito de que a inconstitucionalidade traz como conseqüência de nulidade da lei ou ato normativo, sendo que a decisão que reconhece a existência da inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada. Reconhece, contudo, que em alguns casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer temperamentos, sob pena de dar lugar à injustiça e à violação do princípio da segurança jurídica. Assim é que, lembra ele que, inexistindo prazo para a pronúncia da nulidade, já que se trata de vício insanável e imune à prescrição, pode ocorrer da lei ser aplicada durante grande lapso de tempo, tendo gerado a consolidação de inúmeras situações jurídicas.<sup>36</sup>

Conforme suas palavras:

Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. E que, portanto, cumpre, sim, manter a coerência dos postulados teóricos e doutrinários, mas nem por isso está-se autorizado a desprezar as exigências e desafios que a experiência vai impondo às condutas humanas e às categorias jurídicas. Cabe à jurisprudência, e portanto ao Judiciário, a insubstituível tarefa de, observados os valores que o direito não pode descurar, atualizar o sentido dos preceitos legais e a utilidade das

---

<sup>34</sup> Id. Ibid. p. 122-124

<sup>35</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n° 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 35

<sup>36</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 164-168

formulações teóricas, adaptando uns e outras aos renovados fatos que a vida oferece todos os dias.<sup>37</sup>

Aqui deve ser feito um adendo para salientar o posicionamento do Tribunal Constitucional Espanhol, conforme relatado por Octávio Campos Fischer<sup>38</sup>, que mudou sua orientação jurisprudencial inicial e rompeu com o dogma da retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei, reconhecendo não haver vinculação necessária entre nulidade e inconstitucionalidade, posicionamento também defendido por Clèmerson Merlin Clève<sup>39</sup>.

Segundo o raciocínio adotado por Octávio Fischer<sup>40</sup> não se deve identificar a qualidade da norma com os efeitos da sua declaração de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar defende ele que não se pode falar em nulidade ou anulabilidade da norma inválida. Assim, toda norma inconstitucional é nula. Contudo, isso não significa que uma declaração de inconstitucionalidade, por ser uma declaração de nulidade, apresentará sempre efeitos *ex tunc*. Para ele, então, o efeito retroativo da decisão declaratória de inconstitucionalidade não se encontra no desvalor da norma, mas na própria decisão de inconstitucionalidade.

Vale a pena transcrever o pensamento do autor:

(...) na declaração de inconstitucionalidade, a atribuição de efeitos “ex nunc” ou “ex tunc” não leva em consideração um critério causal (do vício existente), mas, sim, um critério finalístico. Não se considera o tipo de vício que a norma apresenta, mas sim que tipo de consequência pode acarretar uma ou outra modalidade de efeito. Com isso, fixe que o efeito “ex tunc” não é da nulidade da norma, mas da decisão que declara a inconstitucionalidade. Esta retroage ou não, dependendo do regime jurídico que lhe atribuir o ordenamento, mas, independentemente disto, a norma será (desde sempre) inválida/nula”

Esse posicionamento entende, portanto, que toda norma inconstitucional é nula e inválida. Mas a nulidade da norma inconstitucional não revela por si só quais serão os efeitos que a decisão que reconhece esta inconstitucionalidade terá no mundo dos fatos, dependendo isto do posicionamento adotado pelo ordenamento jurídico.

Paulo Pimenta<sup>41</sup> ao discorrer sobre o tema faz uma distinção entre eficácia legal e eficácia jurídica<sup>42</sup> para afirmar que a norma inconstitucional jurisdiciza suportes fáticos (eficácia

<sup>37</sup> Id. Ibid. p. 169-170

<sup>38</sup> FISHER, Octávio Campos, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 203.

<sup>39</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30

<sup>40</sup> FISCHER, Op. Cit. p. 245.

<sup>41</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 93-94



legal), transformando-os em atos jurídicos, que geram, por seu turno, efeitos jurídicos (eficácia jurídica). Dessa forma, teoriza o autor, a declaração de inconstitucionalidade não tem o condão, por si só, de apagar os efeitos jurídicos da norma declarada inconstitucional, já que a decisão de inconstitucionalidade atua no plano da eficácia legal e não da eficácia jurídica. Então pode acontecer que os efeitos produzidos pela norma inconstitucional (decorrentes de fatos jurídicos) estejam protegidos por outros princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica, da moralidade, da boa-fé, dentre outros, fazendo com que, nem sempre, a declaração de inconstitucionalidade tenha que acarretar a declaração de nulidade da norma. A nulidade, então, não deve ser entendida como um dogma, mas sim como um princípio jurídico, que pode ser afastado diante do caso concreto, quando colidir com outro princípio.

Já Helenilson Cunha Pontes<sup>43</sup> ressalta que a nulidade, como efeito da declaração de inconstitucionalidade, não implica na negação de existência de efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional, já que esse, enquanto se encontrava integrando o ordenamento jurídico, gozou de presunção de validade, sendo reconhecido até então como comando válido na regulação de situações e relações jurídicas. Por isso, o autor reconhece que a nulidade da norma não prescinde do reconhecimento de que esta produziu efeitos. Segundo sua doutrina, a declaração de inconstitucionalidade vai fazer com que seja necessária a reparação daqueles efeitos, desde que esta não represente a ofensa a direitos e garantias individuais, nem permita ao Estado beneficiar-se dos efeitos da inconstitucionalidade proclamada pelo Poder Judiciário. Portanto, reconhecido que a norma declarada inválida produziu efeitos, impõe-se a restauração do *status quo ante*, por imposição do princípio da Supremacia da Constituição, sendo que no Direito Tributário este retorno manifesta-se, na maioria das vezes, no reconhecimento do direito dos contribuintes à devolução do tributo que lhes tenha sido exigido com base na norma declarada inconstitucional.

---

<sup>42</sup> Eficácia legal se relaciona à eficácia da norma, enquanto eficácia jurídica diz respeito à eficácia do fato jurídico (PIMENTA, Op. Cit. p. 27)

<sup>43</sup> PONTES, Helenilson Cunha. Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade. São Paulo: Dialética, 2005. p. 76.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - FUNDAMENTAÇÃO E SISTEMAS

Concebido o ordenamento jurídico como um sistema, ou seja, um conjunto dotado de ordem e unidade, o controle de constitucionalidade consubstancia um dos mecanismos para a correção de eventuais desarmonias ocorridas dentro daquele.<sup>44</sup>

Na verdade, o controle de constitucionalidade parte de duas noções básicas dentro do constitucionalismo, quais sejam, a supremacia e a rigidez da Constituição, devendo ele ser considerado como um meio de proteger e dar eficácia à Constituição. A supremacia da Constituição a coloca no ápice do sistema jurídico, consubstanciando o fundamento de validade de todas as outras normas. A rigidez constitucional, por seu turno, estabelece uma distinção formal entre a norma constitucional e as demais normas do ordenamento jurídico, o que possibilita que ela se estabeleça como paradigma de validade dos outros atos normativos.

Para Luís Roberto Barroso, um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, principalmente os da minorias em face de maiorias parlamentares eventuais. Tem como pressuposto, portanto, a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.<sup>45</sup>

Esta concepção do controle de constitucionalidade vai ser extremamente importante para o tema aqui desenvolvido, já que vai possibilitar se estabelecer os parâmetros legitimadores da modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade em geral e especialmente no âmbito tributário.

O primeiro precedente do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário ocorreu com o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803<sup>46</sup>, tendo a Suprema

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1

<sup>45</sup> Id. Ibid.. p. 2.

<sup>46</sup> Embora a Constituição americana não tivesse estabelecido expressamente o controle de constitucionalidade, a competência do Judiciário para assim proceder já se encontrava latente no texto constitucional. Assim é que Hamilton, nos artigos do *The Federalist*, já defendia a competência do Judiciário para a interpretação das leis, preconizando, também, que a Constituição deveria ser entendida como lei fundamental com supremacia sobre a lei ordinária (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 p. 54-55).

Corte americana afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade e negado aplicação a leis que fossem inconstitucionais, de acordo com sua interpretação. A relevância da decisão se mostra no fato de que a Constituição americana não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial competência explícita nesse sentido. A Corte fundamentou sua decisão segundo argumentos lógicos. Os argumentos utilizados por Marshall para justificar o controle judicial de constitucionalidade foram basicamente três: a Supremacia da Constituição; nulidade da lei que contraria a Constituição; o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição, que, aliás, foi o ponto mais controvertido de sua decisão.<sup>47</sup>

O controle de constitucionalidade parte exatamente da visão de que a Constituição é o fundamento de validade de um determinado ordenamento jurídico. Conforme leciona Regina Ferrari<sup>48</sup> é a superioridade da Constituição que torna eficaz a garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo, pois obriga a enquadrar todos os atos normativos às regras prescritas na Constituição.

Quanto aos sistemas de controle de Constitucionalidade, Mauro Cappelletti<sup>49</sup> ensina que segundo o aspecto subjetivo ou orgânico, o controle de constitucionalidade se subdivide em dois grandes grupos: o sistema difuso e o sistema concentrado.

O sistema difuso, também conhecido como sistema americano, se caracteriza pela possibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade ser exercido por todos os órgãos do judiciário, incidentalmente, por ocasião do julgamento de um caso concreto.

Já no sistema concentrado ou austríaco o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão do Judiciário.

---

<sup>47</sup> Lúcio Bittencourt (BITTENCOURT. C. A. Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Lei. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 14-16.) assinala que a doutrina preconizada por Marshall acerca da legitimidade do Poder Judiciário para fazer valer a Constituição sofreu alguns reveses dentro do próprio Estados Unidos. Assim, pelo menos três vezes, até meados do século em que foi enunciada, esteve a doutrina a ponto de perder sua eficácia. A primeira vez ocorreu por ocasião de impeachment tentado contra o *Justice* Samuel Chase, quando o próprio Marshall procurou negociar essa prerrogativa do Judiciário através da criação de um tribunal dentro do próprio Congresso. Contudo, após a rejeição do impeachment não mais se voltou a falar no assunto. A segunda vez ocorreu quando Andrew Jackson vetou o ato de reorganização do Banco dos Estados Unidos, já reconhecido pela Suprema Corte como constitucional. Em seu veto deixou claro o Presidente que as decisões da Suprema Corte tinham apenas caráter opinativo. A terceira vez ocorreu já no governo de Lincoln, que sempre foi um manifesto adversário da doutrina da supremacia Jurisdicional, e que se recusou a dar cumprimento a uma decisão da Suprema Corte que declarou constitucional o chamado “Missouri Compromise” e com isso negou a emancipação do escravo Dred Scott.

<sup>48</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 42

O controle difuso é mais antigo e tem como base de fundamento o fato de todo juiz tem como função a interpretação das leis para sua adequada aplicação aos casos concretos que lhe são submetidos a julgamento. Nesse diapasão, uma das regras mais óbvias de interpretação é aquela segundo a qual o juiz deve escolher a norma mais prevalecente quando se deparar com duas normas contraditórias incidentes sobre o mesmo fato. Assim, através do critério de que lei superior derroga lei inferior, a norma constitucional deve prevalecer sobre a norma ordinária contrastante.<sup>50</sup>

No Brasil, o controle difuso foi previsto na primeira Constituição Republicana e se manteve até hoje sem maiores alterações. Conforme lembra Luís Roberto Barroso<sup>51</sup>, “do juiz estadual recém-concurado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.”

Já o controle concentrado de constitucionalidade está baseado numa doutrina oposta<sup>52</sup>, se fundamentando não no plano da interpretação de aplicação ou não aplicação da lei ao caso concreto, mas sim no plano da supremacia da lei e na separação dos poderes.

Segundo Cappelletti<sup>53</sup>, o sistema concentrado surgiu exatamente para corrigir o problema da introdução do método concentrado nos sistemas jurídicos da Europa continental, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do *stare decisis*<sup>54</sup>. Nesses sistemas, portanto, o controle difuso poderia ocasionar uma situação de conflito entre os órgãos e de incerteza no direito, já que poderia levar à aplicação da lei por alguns juízes e à sua não aplicação por outros.

O controle concentrado é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua principal função. É o modelo seguido pelos tribunais constitucionais europeus e também conhecido como sistema

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 67-68

<sup>50</sup> Id. Ibid. p. 75-76

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, Op. Cit.. p. 84

<sup>53</sup> Id. Ibid.. p. 77

<sup>54</sup> O *stare decisis* é uma figura existente nos países que seguem a tradição do *common law* e designa o fato de que os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição. Assim, uma decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. Dessa forma, embora nos países do *common law* o controle de constitucionalidade seja difuso e diga respeito a um litígio específico, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma traz como consequência sua não aplicação a qualquer outra situação.

austríaco. Foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria, de 1920, depois aperfeiçoado via emenda em 1929. Foi ele idealizado por Hans Kelsen e teve como pano de fundo, como já salientado anteriormente, razões fático-jurídicas que compeliavam à adoção pelos países europeus continentais de um modelo alternativo àquele imperante nos Estados Unidos, já que além de não possuírem em seus sistemas judiciais o instituto do *stare decisis*, a composição de seus tribunais era formada por juízes de carreira.<sup>55</sup>

Dessa forma, os países europeus continentais optaram pela criação de um tribunal constitucional para o desempenho da competência do controle de constitucionalidade. Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, mas sim de legislador negativo, uma vez que teria o poder de retirar uma norma do sistema. Devido a tal fato também se defendia que tal competência não poderia ser tomada por juízes de carreira, mas por pessoas com perfil mais próximo ao de homens de Estado. No Brasil, o controle concentrado foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 16, de 06/12/1965.

Os sistemas difuso e concentrado também diferem quanto à forma de controle. O controle difuso se exerce através da via incidental, ou seja, no julgamento de um caso concreto. Já o controle concentrado é um controle abstrato, que se exerce através de uma ação específica, em que se ataca a própria lei impugnada, que se encontra desvinculada de um caso concreto.

No controle incidental ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional é desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de um caso concreto submetido à sua apreciação. Para Luís Roberto Barroso:

É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio.<sup>56</sup>

Embora relacionado nos efeitos, não se deve confundir os conceitos de controle por via incidental (realizado na apreciação de um caso concreto) e controle difuso (realizado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição). No Brasil, contudo, os dois sistemas geralmente se sobrepõem, uma vez que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a criação da arguição de descumprimento fundamental,

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47-48.

<sup>56</sup> Id. Ibid. p. 49.

regulamentada pela Lei 9.982/1999, que se passou a admitir em nosso ordenamento hipóteses de controle incidental concentrado.

Já o controle direto é exercido fora de um caso concreto, ou seja, independente de uma disputa entre as partes. Tem ele, portanto, por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Portanto, Não se presta ele como mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas tem como intuito a preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.<sup>57</sup> A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido a seu caráter institucional há uma limitação na legitimação para sua proposição. Será objeto de debate da ação a norma existente e sua alegada incompatibilidade com a Constituição. Mas também poderá servir para a declaração de uma inconstitucionalidade por omissão, assinalando a inércia na edição de norma reclamada pela Constituição. Geralmente, no Brasil, o controle por via principal está associado ao controle abstrato (a exceção ocorre na ação direta interventiva), mas não se confundem.

Por fim, na sua concepção original, também com relação aos efeitos emanados da decisão judicial há contraste entre os dois tipos de sistemas, difuso e concentrado.<sup>58</sup>. Assim, no controle difuso, o juiz que reconhece a inconstitucionalidade declara a nulidade da lei. Já no modelo austríaco, a Corte Constitucional apenas anula a lei inconstitucional, sendo esta considerada válida e eficaz até o momento da publicação da decisão. Por fim quanto aos efeitos subjetivos, o controle difuso tem eficácia *inter partes*, enquanto o controle concentrado tem validade *erga omnes*.

De se ressaltar, contudo, que tais distinções dizem respeito aos aspectos tradicionais dos dois modelos acima citados, sendo que, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que eles estão baseados, há mitigações quanto à aplicação desses efeitos da forma como originariamente formulados, fazendo com que as respectivas doutrinas não sejam efetivadas de forma tão rigorosa.

Com já visto, o Brasil adota uma forma híbrida de controle de constitucionalidade, tanto prevendo controle difuso/concreto quanto o concentrado/abstrato.

---

<sup>57</sup> Id. Ibid. p. 50

<sup>58</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.115-116.

Com relação ao controle difuso adotado no Brasil é pertinente se fazer alusão ao quanto previsto no art. 52, X, da Constituição Federal, que determina que compete ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Essa intervenção do Senado Federal no controle de constitucionalidade foi iniciada com a Constituição de 1934 e tem como razão técnica e histórica o fato de que o modelo de controle de constitucionalidade então adotado pelo Brasil ao seguir o modelo americano, com ele não podia ser totalmente identificado, por não possuir a figura do *stare decisis*, ou seja, por seguir tradição romano germânica, o direito brasileiro não atribuía eficácia vinculante às decisões judiciais, inclusive as do Supremo Tribunal Federal. Assim, esta outorga de competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei inconstitucional procurou atribuir eficácia geral à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam apenas em relação às partes do processo. Visa o dispositivo evitar proliferação de ações judiciais propostas por todos que se sintam lesados pela aplicação da lei tida por inconstitucional, a fim de prevenir conflitos entre as decisões, que macularia a segurança jurídica e a certeza do direito.

Assim, enquanto não suspensa pelo Senado a lei reconhecida inconstitucional pelo Supremo em sede de controle incidental, não constitui tal decisão precedente obrigatório. No entanto, após a suspensão levada a cabo pelo Senado Federal, a lei perde sua eficácia e executoriedade.

Com relação aos efeitos dessa suspensão de eficácia diverge a doutrina quanto a serem eles retroativos ou prospectivos. Segundo Regina Ferrari<sup>59</sup> esta perda de eficácia somente ocorre após o pronunciamento do Senado, que, por isso, tem caráter constitutivo. Nas palavras da autora:

A lei até tal momento existiu e, portanto, obrigou, criou direitos, deveres, com toda sua carga de obrigatoriedade, e só a partir do ato do Senado é que ela vai passar a não obrigar mais, já que, enquanto tal providência não se concretizar, pode o próprio Supremo, que decidiu sobre sua invalidade, alterar seu entendimento.

Também o Professor Manoel Jorge e Silva Neto<sup>60</sup> defende que os efeitos da decisão do Senado que suspende a execução da lei reconhecida inconstitucional devem ser *ex*

---

<sup>59</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 152.

<sup>60</sup> SILVA NETO, Manuel Jorge e. Curso de Direito Constitucional, 5. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 214.

*nunc*. Fundamenta o seu entendimento no fato de que, por ser a decisão do Senado uma decisão política e, portanto, dotada de discricionariedade, recomenda-se prudência e ponderação não só para a suspensão de eficácia, como para a determinação dos efeitos de sua decisão. Deve-se, ainda, levar em conta o exame da motivação política que concluiu pela inconveniência da propositura da ação direta pelos legitimados a tanto à época de surgimento da norma, bem como o próprio consentimento de modulação dos efeitos temporais das decisões efetivadas em sede de controle concentrado levado a termo pelo art. 27, da Lei 9.868/99. Deve-se também ter em consideração que a resolução senatorial, ao ser portadora de eficácia *erga omnes*, passa a ter iguais efeitos ao do controle abstrato de constitucionalidade, sendo este sempre instruído por considerações transcendentais à emissão de juízos exclusivamente jurídicos, levando em conta também as repercussões políticas, econômicas e sociais da decisão. Segundo o autor, “se não foi proposta a medida na época em que a lei suspensa pelo Senado foi editada, isso resulta presumivelmente da conclusão dos órgãos e pessoas que poderiam propô-la de que fatores extranormativos simplesmente não autorizavam o início da ação.”

Já o Professor Dirley da Cunha Júnior<sup>61</sup> entende que a resolução do Senado deve produzir efeitos *ex tunc*, justamente para salvaguardar seu intuito, que é o de evitar os inconvenientes da proliferação de ações judiciais questionando a constitucionalidade de uma determinada lei. Ao mesmo tempo, reconhece ele que essa competência do Senado Federal se mostra hoje uma providência anacrônica e contraditória diante do novo sistema jurídico estabelecido pela Constituição para o controle de constitucionalidade. Assim, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal tem competência para suspender liminarmente e em caráter geral a eficácia de uma lei em sede de controle principal não há razão para limitar a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle incidental às partes do processo e condicionar a sua eficácia geral à intervenção do Senado.

Clèmerson Merlin Clève também reconhece o anacronismo dessa competência do Senado Federal, discorrendo o quando se segue:

Num momento (1934) em que se temia o ‘governo dos juízes’, em que se procurava manter a fiscalização incidental; em que se buscava as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*); em que se procurava harmonizar as competências do Judiciário, sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Cumpre, agora, todavia questionar a permanência da

---

<sup>61</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Edições Juspodium, 2008. p. 311-313



fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, hoje, não apenas a fiscalização incidental, mas também a 'em tese', decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão. Parece que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia o país substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, automaticamente ou em virtude de desencadear de certo procedimento, à decisão do órgão fiscalizatório de constitucionalidade, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo:

### 3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Com relação à legitimação da jurisdição constitucional existem duas pautas em análise. A primeira diz respeito à legitimidade de base da jurisdição constitucional, que se refere à discussão quanto à admissibilidade de se limitar a vontade soberana do povo, substituindo-a pela vontade de um órgão sem representatividade. No entanto, outro segmento doutrinário entende que tal questão já se encontra superada, devendo o foco da discussão ser transferida para os limites de atuação da jurisdição constitucional.<sup>63</sup>

Gustavo Binbenojm lembra que, conquanto a jurisdição constitucional seja reconhecida como de utilidade para o próprio fundamento do regime democrático, mantém com ele uma tensão permanente, que se configura numa relação de equilíbrio instável e que põe em dúvida, de tempos em tempos, sua legitimidade para anular decisões tomadas pelos representantes do povo.<sup>64</sup>

De se ver que o Estado Democrático de Direito representa a síntese histórica de dois princípios distintos e *a priori* antagônicos: a soberania do povo e a juridicização do poder com o respeito aos direitos fundamentais. Dessa forma, o constitucionalismo procura justamente harmonizar esses pontos opostos, já que o poder da maioria exercido de forma irrestrita pode subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar os direitos fundamentais, enquanto a cristalização de determinados princípios jurídicos pode acarretar uma asfixia da vontade popular.<sup>65</sup>

A legitimidade da jurisdição constitucional está ligada às noções de vontade da maioria e de separação de poderes. Contudo, é de se ver que a existência dessas duas últimas não faz com que a jurisdição constitucional seja invalidada.

No Brasil, tendo sido o controle de constitucionalidade expressamente previsto na Constituição Republicana de 1891, não se sujeitou sua criação à polêmica doutrinária existente nos Estados Unidos, nem ao debate ideológico que acompanhou sua implementação na Europa. No entanto, como o controle de constitucionalidade tem alcance *erga omnes*, podendo-se

---

Revista dos Tribunais, 1995. p. 97-98.

<sup>63</sup> FISCHER, Octávio Campos, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. passim.

<sup>64</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 45.

<sup>65</sup> Id. Ibid. p. 47-48.

comparar a atividade jurisdicional nesse sentido como a de um legislador negativo, sofre o Poder Judiciário diversas críticas quanto a essa sua função, que estaria sobreposta à própria atividade legislativa.

Como já visto, uma das primeiras impugnações se refere à denominada dificuldade contramajoritária, que argumenta que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões de órgãos legitimados pela escolha popular. Uma outra argumentação contrária reside no fato de que as decisões judiciais não estariam sujeitas a qualquer tipo de controle democrático, exceto no caso complexo e incomum de sua superação via Emenda Constitucional.

No entanto, embora criticada, a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade hoje é majoritária. Um dos argumentos utilizados para sua defesa consiste em afirmar que a Constituição está acima de qualquer Poder constituído, dentre eles o Poder Legislativo. Dessa forma, se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Poder Judiciário interpretá-la e aplicá-la, através de critérios e métodos jurídicos. Como faz ressaltar Luís Roberto Barroso, “o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais.”<sup>66</sup>

Esses argumentos se ligam à doutrina constitucional clássica, ligada tanto ao jusnaturalismo racionalista como ao positivismo, que defende a legitimação da jurisdição constitucional através do entendimento de que os direitos do homem independem de previsão legal e devem ser assegurados em face de maiorias legislativas ocasionais. Também faz parte do argumento tradicional de defesa da jurisdição constitucional a distinção entre poder constituinte e poder constituído, subordinando o primeiro a vontade dos governantes, expressa nas leis, à vontade do povo, expressa na Constituição, bem como a compreensão da Constituição como norma jurídica superior, que condiciona a validade de todo ato normativo produzido pelo Estado.

Contudo, essa linha argumentatória apenas seria suficiente enquanto prevalecesse a noção de que a atividade de interpretação da lei nada mais seria do que uma operação de subsunção do caso concreto ao quanto estabelecido normativamente, a retirar do Judiciário qualquer papel na criação do Direito. No entanto, este modo de ver a função jurisdicional se encontra atualmente superada, já que a atividade de interpretação não mais é vista como um ato cognitivo, mas sim substancialmente como um ato volitivo, envolvendo escolhas e valorações

diante do conjunto de possibilidades interpretativas que a norma oferece. Nesse diapasão, portanto, perde validade a legitimação do controle de constitucionalidade com base na separação de poderes.

Conforme esclarece Gustavo Binbenojm:

“A jurisdição constitucional, assim, embora desempenhando uma tarefa jurídica, e não política, exerce sempre um papel construtivo e concretizador da vontade constitucional. Por mais fiel que seja aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação, exigíveis de qualquer decisão judicial, a justiça constitucional jamais neutraliza inteiramente a influência dos fatores políticos no desempenho de seu mister.

“Curiosamente, esta circunstância foi argutamente captada na obra de Hans Kelsen, cujo principal esforço teórico foi o de conferir à dogmática jurídica um estatuto científico. O normativismo jurídico, por ele desenvolvido, representou a radicalização do positivismo e, simultaneamente, o seu esgotamento.”<sup>67</sup>

De acordo, então, com o próprio pensamento de Kelsen, tanto o legislador como o juiz criam o Direito, embora disponha o primeiro de maior margem de conformação. Assim, a atividade jurisdicional é formada por dois atos: um ato cognitivo, de definição das possibilidades abertas pela moldura da norma e um ato volitivo, de escolha de uma dessas possibilidades. A questão de se saber qual a opção correta não é uma questão de Direito, mas um problema de política do Direito.

Veja-se como se expressa Kelsen a esse respeito:

[...] A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.<sup>68</sup>

Diante, então, do novo paradigma pós-positivista, a legitimidade da jurisdição constitucional passou a se basear em novos fundamentos, consistentes na minimização do conteúdo discricionário do elemento volitivo da decisão constitucional, que seria revestido de uma fundamentação racional, a ser compartilhada com a comunidade.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55.

<sup>67</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 62.

<sup>68</sup> KELSEN, Hans, Teoria Pura do direito, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

Sob a perspectiva do novo paradigma pós-positivista, a jurisdição constitucional passa a se fundamentar sobre o aspecto moral e universal dos direitos fundamentais, de forma que passa ela a ser vista como garantia da indisponibilidade de tais direitos em face de maiorias legislativas eventuais.

Aliás com referência à relação entre direitos fundamentais e democracia, bem esclarecedoras são as explicações de Alexy<sup>69</sup> neste tocante. Dessa forma é que, segundo ele, existem três modos de se visualizar a relação existente entre direitos fundamentais e democracia: um ingênuo, um idealista e um realista. Sob o ponto de vista ingênuo se entende que não pode existir conflito entre direitos fundamentais e democracia, já que ambos se referem a fenômenos intrinsecamente bons. Assim como podem duas coisas boas colidir? De acordo com a concepção ingênua, portanto, tanto os direitos fundamentais como a democracia podem conviver ilimitadamente. No entanto, conforme ressalta o autor tedesco, tal visão parte de uma premissa falsa, qual seja, a de que somente pode existir conflito entre o bom e o mau, não se permitindo a existência de divergências também no interior do bom. Para tanto se exemplifica com a tensão que existe entre a promoção da prosperidade e pleno emprego, enquanto promotoras do crescimento econômico, com a conservação do meio ambiente. O ponto de vista idealista, por seu turno, admite a existência de conflito entre a democracia e os direitos fundamentais, contudo a superação deste parte na crença da formação de uma sociedade politicamente perfeita, em que os representantes políticos não estão interessados em violar os direitos fundamentais, mas tem como único objetivo protegê-los. Entretanto tal modelo somente tem valor enquanto ideal, que de antemão já se sabe ser inalcançável. Sintetiza o doutrinador seu entendimento preconizando que os direitos humanos somente podem ser institucionalizados no mundo como ele é, de modo que a relação entre estes e a democracia deve partir de uma visão realista, que parte de duas compreensões distintas e contraditórias entre si: direitos fundamentais são democráticos e direitos fundamentais são ademocráticos.

Os direitos fundamentais são democráticos, conforme explicita, porque asseguram a existência e o desenvolvimento das pessoas e, assim, são capazes de manter o processo democrático em suas vidas em sociedade. No entanto, os direitos fundamentais também são ademocráticos, já que ao vincularem o legislador à sua observância, subtraem destes seus poderes de decisão.

Qual o caminho então para se resolver essa contradição? Para Alexy a chave para a resolução do problema está na distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. Quando se afirma que todo poder estatal se origina do povo, deve-se entender como representante dele não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional. Isto porque o parlamento representa o cidadão politicamente, enquanto o tribunal o representa argumentativamente.

Confiram-se suas palavras:

A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional aceito como instância de reflexão do processo político. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político.<sup>70</sup>

Portanto, daí se denota a importância da argumentação para legitimar o próprio exercício da jurisdição constitucional. Conforme as lições tiradas do magistério de Alexy, a argumentação tem papel fundamental na reconciliação entre direitos fundamentais e democracia, já que, como por ele ressaltado, “se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que der certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático.”<sup>71</sup>

Deve-se, portanto, partir do pressuposto que, enquanto veículo propugnador da democracia, a Constituição deve consubstanciar consensos mínimos, que possibilitem a concretização dos direitos fundamentais essenciais para a dignidade das pessoas e para o próprio funcionamento do regime democrático. São valores que estão acima das maiorias políticas e que devem ser assegurados independentemente dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. Assim, deverá a Constituição estabelecer o equilíbrio entre salvaguardar a própria existência do órgão representativo da população e manter os valores essenciais para a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

---

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 217. p. 55-66. julho/setembro 1999. p. 65-66.

<sup>70</sup> Id. Ibid. p. 66.

<sup>71</sup> Id. Ibid. p. 66.

Diante desse paradigma, a interpretação judicial (nela incluída a interpretação constitucional) deixa de ser apenas um ato de conhecimento para também se tornar um ato de vontade. No entanto, isso não implica numa total liberdade e discricionariedade do Poder Judiciário, uma vez que suas decisões devem se encontrar embasadas pelos princípios que regem o sistema constitucional conjuntamente com as circunstâncias do caso concreto aliado ao dever de fundamentação racional e ao debate público.

O papel dos tribunais superiores é de alto relevo na concreção dos direitos sufragados pelo ordenamento jurídico. De se ver que à Corte Constitucional cabe pronunciar a última palavra institucional no âmbito do Estado Democrático de Direito, não estando suas decisões sujeitas a qualquer controle democrático posterior. Sendo o juiz último da autoridade dos demais poderes, o Tribunal Constitucional é o único juiz da sua própria autoridade.<sup>72</sup>

Nessa concreção, contudo, deve sua atuação se submeter a certas regras sistemáticas. Entretanto, não se pode abstrair daí a necessidade de fundamentação de suas decisões, uma vez que, em muitos casos, o que se verifica não é aplicação de um silogismo puro e simples, mas sim a busca de soluções para problemas que nem sempre estão dentro dos paradigmas estabelecidos previamente.

Nesse diapasão a questão da argumentação ganha contornos de grande importância, pois vai propiciar a legitimação da atuação do Poder Judiciário fora dos parâmetros previamente fixados, propiciando uma harmonização entre o discurso jurídico e os valores presentes no senso comum da sociedade.<sup>73</sup>

Conforme lembra Luís Roberto Barroso,

embora as decisões do Supremo Tribunal, como de qualquer corte constitucional sejam finais, elas não cabem em si mesmas: são influenciadas pela realidade subjacente e, ao mesmo tempo, exercem sobre ela um poder de conformação. A legitimidade de uma decisão judicial, como a do poder em geral, situa-se na confluência entre o consentimento e o respeito.<sup>74</sup>

Sob outro ângulo, a jurisdição constitucional deve ser vista como um dos principais meios de garantia da força normativa da Constituição.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 49

<sup>73</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62

<sup>75</sup> FISCHER, Octávio Campos, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13

Este trabalho, portanto, versa sobre se saber até que ponto a jurisdição constitucional pode agir sem que afronte a própria ordem constitucional, devendo-se, desde logo, deixar assentado que não existem normas expressas estabelecendo estes limites.

O mundo jurídico não pode ser apreendido nem vivido sem interpretação. Isto é assim, pois o significado da lei não pode prescindir da determinação que lhe é dada por aquele que a aplica. Por outro lado, também os fatos estão submetidos à apreciação de significado pelos operadores do direito. Dessa forma, a interpretação jurídica não se esgota apenas na determinação do significado do texto normativo, mas também engloba os fatos que lhe estão subjacentes.

Segundo leciona Ricardo Maurício Soares, “diante da profusão de sentidos da ordem jurídica, reflexo de uma dada cultura humana, a interpretação do direito opera uma verdadeira compreensão, desenvolvendo-se numa dimensão axiológica.”<sup>76</sup>

De se ver também que, conforme leciona Margarida Lacombe Camargo<sup>77</sup>, só se faz sentido falar em interpretação de lei tendo em vista um problema que requeira solução legal. Segundo seu magistério, a norma jurídica se encontra sempre referenciada a valores, uma vez que defende comportamentos ou serve de meio para atingir-se fins mais elevados. Dessa forma, somente se pode falar em compreensão do problema jurídico. Nesse sentido, portanto, o “Direito apresenta-se jungido à própria hermenêutica, uma vez que a sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da lei em cada caso julgado.”<sup>78</sup>

Ainda, segundo faz ver Ricardo Maurício Soares<sup>79</sup> existem dois modos de conhecer os objetos reais: a compreensão e a explicação. A explicação é o modo como conhecemos os objetos naturais, consubstanciando a referência de tais fenômenos a uma causa. Portanto, explicar seria descobrir na realidade aquilo que na realidade mesma se contém. Por seu turno, a compreensão é o modo cognitivo dos objetos culturais, que, por serem frutos da criação humana, devem ter seu significado apreendido através do envolvimento da totalidade de seus fins e na conexão de seus sentidos. Dessa forma, a explicação abrange uma descrição ontológica do objeto de análise enquanto a compreensão necessita de uma própria contribuição positiva do sujeito cognoscente, que realizará as conexões requerida, executando uma tarefa eminentemente valorativa e finalística.

---

<sup>76</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

<sup>77</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13

<sup>78</sup> Id. *Ibid.* p. 17.

<sup>79</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. cit.* p. 17.



Para Margarida Lacombe Camargo<sup>80</sup> a ciência do direito enquanto ciência do espírito se difere das ciências empíricas, não se caracterizando o Direito pela repetição e imutabilidade, mas pela variedade e probabilidade. Assim, não está o Direito relacionado à procura de explicações de causa e efeito, mas se volta para a compreensão do sentido das ações humanas. A hermenêutica é essencial para a compreensão do direito, uma vez que este somente revela sua existência quando interpretado e aplicado.<sup>81</sup>

Como salientado por Paulo Roberto Soares Mendonça<sup>82</sup>, deve-se encarar com precaução a idéia de clareza da lei, uma vez que ela consubstancia conceitos jurídicos que podem ter conteúdo flexível. Portanto, não se pode negligenciar a tarefa concretizadora dos conceitos jurídicos efetivada pela jurisprudência, que assim, contribui para a formação de um significado institucionalmente aceito para a lei positiva. Nesse diapasão, a partir do exame de casos particulares pode-se criar, por indução, uma regra jurídica. Tal aspecto, por seu turno, é o traço típico do raciocínio tópico.

Tendo em vista, portanto, o fato de que o direito não pode ser explicado, mas sim compreendido, é primordial o papel da argumentação para que se proceda à tal compreensão. Na verdade, a argumentação “viabiliza o acordo capaz de formular a compreensão através de uma interpretação que sirva de fundamento à solução mais razoável.”<sup>83</sup>

Atualmente a visão que se tem do direito superou a concepção que se fazia deste na época modernista. Hoje há uma mudança de paradigma em que o ordenamento jurídico não mais se consubstancia num conjunto de norma legais dotadas de uma razão planificante capaz de regulamentar todos os problemas sociais. Nessa vertente, a aplicação do direito estava amparada no dogma da subsunção, consistindo o raciocínio jurídico na estruturação de um silogismo que envolveria uma premissa maior (a norma) e uma premissa menor (o caso concreto).<sup>84</sup>

Portanto, a visão que se tem do direito é ser ele um objeto que se caracteriza por sua relatividade, ou seja, não se concebe verdades jurídicas absolutas, sendo que qualquer assertiva feita se consubstancia numa forma de interpretação. É por isso que se passa a enfatizar o estabelecimento de condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas

---

<sup>80</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15-17.

<sup>81</sup> Id. Ibid. p. 45.

<sup>82</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 286

<sup>83</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. Cit.* p. 22.

persuasivas. Dessa forma, o raciocínio jurídico não se limita a uma operação lógico-formal, mas se forma através de um processo argumentativo que se respalda através de juízos de valor. Nesse diapasão assume um papel importante a retórica, que, como técnica argumentativa, tem justamente por escopo, convencer a comunidade jurídica que a interpretação adotada é a que deve prevalecer.<sup>85</sup>

Da mesma forma, a fundamentação das decisões jurídicas deixou apenas de servir como instrumento de limitação da atividade criadora do julgador<sup>86</sup> para passar também a constituir a manifestação de sua atividade construtiva da norma. Assim, ao fundamentar sua decisão o juiz vai se utilizar de diversos recursos argumentativos no intuito de integrar o fato à previsão normativa, superando as lacunas e ambigüidades do ordenamento. Isso, de certa forma, dá ao julgador uma certa liberdade no decidir, desde que sua decisão esteja dentro de parâmetros de razoabilidade.

Nesse sentido, portanto, é que ressalta Perelman<sup>87</sup> ser essencial para à argumentação o contato entre orador e auditório, sendo que toda a argumentação é referenciada ao auditório a que se dirige. Assim, o conhecimento daqueles que se pretende conquistar é uma condição prévia da argumentação eficaz. Por seu turno, o objetivo de toda argumentação é provocar ou aumentar a adesão do auditório às teses apresentadas. Uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno.<sup>88</sup>

Além disso, também constitui premissa básica da argumentação a existência de um acordo prévio entre orador e ouvinte. Assim, existem certas premissas básicas que já devem ser previamente estabelecidas para o desenvolvimento da argumentação, essas premissas sobre as quais se dá o acordo podem dizer respeito a fatos, verdades, presunções, valores, hierarquias ou lugares (*topoi*)<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42-43.

<sup>85</sup> Id. Ibid. p. 53.

<sup>86</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 289-290

<sup>87</sup> PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 21

<sup>88</sup> Id. Ibid. p. 50.

<sup>89</sup> Id. Ibid. P. 50

Segundo Olivier Reboul a argumentação possui cinco características essenciais, são elas: dirige-se a um auditório; expressa-se em língua natural; suas premissas são verossímeis; sua progressão depende do orador; suas conclusões são sempre contestáveis.<sup>90</sup>

O trabalho argumentativo tem uma finalidade específica, que é persuadir. Segundo MacCormick os argumentos almejam atingir um público específico com o intuito de convencê-lo. Mas também ressalta o autor que subjacente a este objetivo prático também existe uma função de justificação, qualificada por ele, como ostensiva.<sup>91</sup> Destaca, então, que a noção essencial quanto à argumentação jurídica é de dar boas razões justificatórias pra as decisões proferidas, de forma que somente vale à pena falar em processo de argumentação enquanto processo de justificação.<sup>92</sup> Confira-se, então, o que apresenta o autor:

Para dizer o mínimo, são, portanto fortes as pressões – aparentemente pressões muito eficazes – sobre os juízes para que pareçam ser o que supostamente devem ser. Logo, as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que levadas a sério) façam com que eles aparentem ser o que se espera que sejam: em suma, razões que demonstrem que suas decisões garantem a “justiça de acordo com a lei, e que sejam pelo menos nesse sentido razões justificatórias.”<sup>93</sup>

Também Victor Rodrigues entende que há uma relação entre argumentação e fundamentação. Isso porque ao fundamentar, o juiz põe à prova seu método de raciocínio, elencando os elementos que devem convencer as partes de que este raciocínio é o mais correto.<sup>94</sup> Assim, a fundamentação é a explicação da decisão. A diferença entre argumentação e fundamentação estaria com relação ao foco de cada uma. A fundamentação tem o seu centro na pessoa que enuncia, enquanto a argumentação tem como cerne a pessoa a quem se enuncia.<sup>95</sup>

Nesse ponto, vale à pena transcrever o pensamento do autor:

A sentença é, pois, discurso decisório. Quem julga decide pelo melhor. A fundamentação da sentença é, então, a justificativa arrazoada da decisão, e deve ser bem detalhada, para explicar às partes sobre sua razão, também manifestando aos jurisdicionados (...) que ela não é fruto de mero arbítrio, em nenhum de seus trechos, mas sim de um raciocínio lógico e justo de aplicação da lei ao caso concreto. O único limite para a decisão do juiz é, pois, sob o ponto de vista argumentativo, o uso do desarrazoado, pois qualquer teor decisório pode ser prolatado, desde que suas razões sejam efetivamente convincentes, em um percurso lógico.

<sup>90</sup> REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 92.

<sup>91</sup> MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 17-18.

<sup>92</sup> Id. Ibid. p. 19.

<sup>93</sup> Id. Ibid. p. 21.

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 40-41.

<sup>95</sup> Id. Ibid. p. 255.

Esse ponto de vista traz a argumentação para muito perto da retórica, entendida esta como a arte de persuadir pelo discurso.<sup>96</sup> Olivier Reboul, ao dar nova valorização à arte retórica, entende que esta compreende dois elementos: um argumentativo e outro retórico. Segundo ele, a importância da oratória é maior quanto mais urgente for a questão, mais restrito o acordo prévio, e menos acessível à argumentação lógica um auditório.<sup>97</sup>

Dentro do novo paradigma em que inserido o pensamento jurídico é de se ver o papel fundamental exercido pelos Tribunais Superiores enquanto agentes atualizadores dos sentidos das normas jurídicas.

Tradicionalmente, seguindo a doutrina da Separação de Poderes, a função do poder Judiciário se limitaria a aplicar as normas ao caso concreto, enquanto ao Poder Judiciário caberia a criação do direito. No entanto, nem sempre essa separação de funções pôde ser seguida de forma rígida, já que nem sempre o julgador se deparava com situações que já estavam previstas na legislação. Assim, ao julgador também cumpria interpretar o direito e integrar as lacunas do ordenamento. No entanto, essa atuação do julgador não é algo estático, mas uma conduta eminentemente valorativa que reflete toda uma conjuntura cultural e histórica daquele momento em que procedido o julgamento.

Nesse diapasão, portanto, a função do Poder Judiciário desborda da visão sistemática que se tem do ordenamento jurídico, devendo haver uma contextualização de sua atividade com a tópica, de forma a lhe dar mais liberdade de atuação. Dessa forma, conforme acentua Paulo Roberto Soares Mendonça<sup>98</sup> com a admissão de que o julgador pode complementar as normas jurídicas por meio de processos hermenêuticos não se pode ignorar que também o Poder Judiciário pode determinar o conteúdo normativo do ordenamento jurídico. Ressalta ainda o autor que a visão sistêmica da ordem jurídica não é incompatível com essa atividade dos juízes de dar o significado do direito à luz dos casos concretos. Segundo o doutrinador, “os recursos interpretativos no campo do direito representam um elemento de aproximação entre a lei e o fato, atendendo a uma necessidade institucional do Poder Judiciário, de oferecimento de respostas a problemas”.

---

<sup>96</sup> REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. XIV.

<sup>97</sup> Id. Ibid. p. 91-92.

<sup>98</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 279.

No que concerne especificamente à jurisdição constitucional é de se ver que, conforme as lições de Gustavo Binimbojm, os juízes do Tribunal Constitucional, ao desempenhar sua função de intérprete da Constituição, devem ser permeáveis aos valores políticos que correspondem aos ideais da razão pública, isto é, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem. No entanto, esse conteúdo de razão pública deve ser explicitado através de argumentos racionais obrigatoriamente expostos em seus julgados, que desempenham um papel educativo ou pedagógico para a cidadania ao situar os valores constitucionais no centro do debate político.<sup>99</sup>

Dentro do quanto doutrinado por Perelman é de se ver que, conquanto o Poder Judiciário tenha que demonstrar um conhecimento técnico do direito, a audiência para quem é dirigida suas decisões se relaciona a toda à sociedade sobre a qual seu poder é exercido. Portanto, pode-se determinar o auditório dos magistrados como um auditório universal. Tal fato traz grande impacto quanto ao processo argumentativo utilizado para legitimar suas decisões.

Para Reboul, a idéia de auditório universal serve como ideal argumentativo, já que propicia ao orador fazer um discurso mais amplo, tentando superar o auditório particular, considerando implicitamente todas as suas expectativas e todas as suas objeções. Assim, o auditório universal consubstancia um princípio de superação.<sup>100</sup>

E é exatamente dentro desse contexto que se deve aferir a importância das decisões proferidas pelos tribunais superiores, principalmente diante de seu inegável papel político concernente à apreciação de questões constitucionais, que irá se refletir na própria esfera de condução da sociedade como um todo.

Nesse sentido, vale trazer à baila a lição de Paulo Roberto Soares Mendonça<sup>101</sup> sobre o assunto:

É de grande importância o fato de que a ordem jurídica constitucional democrática tem a sua legitimação dada pela formação de acordos sociais em torno de certos princípios e que tais pactos são assegurados pelas normas jurídicas, o que retira o Estado daquela posição de absoluta superioridade em relação aos cidadãos, tornando-o, na prática, um garantidor da manutenção de tais acordos. Neste contexto, a função dos tribunais tem extrema relevância, uma vez que são eles os órgãos incumbidos constitucionalmente de zelar pela preservação da estabilidade da ordem jurídica, por meio de suas decisões.

---

<sup>99</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 81-82

<sup>100</sup> REBOUL, Olivier. Op. Cit. p. 93-94.

<sup>101</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 284.

Em sociedades plurais, os acordos são estabelecidos em torno de determinadas regras, que podem ou não atingir uma ampla escala de seus integrantes. No momento em que as regras jurídicas apresentam um distanciamento em relação a uma parcela considerável da sociedade, ocorre um processo de crise de legitimidade. Precisamente em tais circunstâncias as cortes superiores experimentam um incremento de sua responsabilidade. Com base na aplicação dos princípios constitucionais deverão tais órgãos julgadores resgatar os fundamentos do acordo que estrutura determinada sociedade.

Por fim, conforme salienta Gustavo Binbenbojm, “A fonte última de legitimação da justiça constitucional se encontra no ‘plebiscito diário’ a que estão sujeitas duas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, de forma que sejam aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos”.<sup>102</sup>

É também diante de tal aspecto que se averigua com mais vagar as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que não só atua como legislador negativo, mas também, a partir do momento em que modula os efeitos de suas decisões nessa seara, passa também a inovar no próprio ordenamento jurídico. Dessa forma, é importante verificar quais os argumentos utilizados para assim proceder.

Segundo já elucidado anteriormente, o direito se viabiliza através da compreensão, essa, por sua vez, engloba a compreensão da norma e a compreensão do fato. Para tanto o intérprete, entendido como um ser situado dentro de um contexto histórico, se utiliza da argumentação.

O significado do direito, portanto, depende da vontade humana, sendo que a busca de seu significado depende também de um esforço hermenêutico. Por ser a função hermenêutica um agir humano, a apreensão do sentido do direito se insere dentro de um processo dialético, apresentando várias interpretações logicamente possíveis.

De se chamar ainda atenção para o caráter colegiado das decisões preferida pelo Supremo Tribunal Federal, que tem como objetivo último inibir juízos subjetivos e tornar a decisão tomada mais próxima do senso comum, se ressaltando aí a existência de uma costura de diversos argumentos trazidos pelas partes litigantes, precedentes judiciais, além de imperativos de razoabilidade e congruência entre fatos e normas jurídicas.<sup>103</sup>

Para servir de paradigma a tudo quanto acima enunciado, escolhemos fazer uma análise da decisão proferida no RE 560.626-1, em que se declarou a inconstitucionalidade dos

---

<sup>102</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 117

arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, declarando, contudo, a legitimidade dos recolhimentos efetuados nos prazos previstos em tais normas e não impugnados antes da data de conclusão do julgamento.

O que chama a atenção neste julgamento é exatamente apresentar ele uma mitigação de toda a doutrina acerca dos efeitos das decisões de declaração de inconstitucionalidade sem que houvesse uma necessária fundamentação para tanto, o que, em termos argumentativos, lhe retira toda a legitimidade.

Confira-se, portanto, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes no que concerne à modulação dos efeitos de sua decisão:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

Pois bem, a justificativa para se decidir acerca da modulação dos efeitos foi feita sob o pálio da repercussão e insegurança jurídica, se limitando o voto a elencá-las, sem desenvolver qualquer argumento para adequá-las ao caso concreto. É de se dizer, portanto, que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi decidida sem que se procedesse a qualquer processo argumentativo. Assim, não foi estabelecido qualquer diálogo com o auditório, carecendo a decisão, portanto, de qualquer legitimidade. Apesar disso, o voto foi seguido pelos outros Ministros do Supremo, à exceção do Ministro Marco Aurélio, que, apesar de ser voto vencido, foi o único que apresentou argumentos suficientes à sua tese, de forma a legitimar a posição tomada.

Analisemos, portanto, o seu voto, através da transcrição a seguir:

Senhor Presidente, o Colegiado conhece meu ponto de vista sobre o instituto da modulação, especialmente em processos subjetivos.

Entendo que não cabe uma mitigação do ato judicial em termos de guarda da Constituição a ponto de se afastar do próprio sistema procedimental por ele contemplados.

---

<sup>103</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 291.

A matéria versada não é nova e o primeiro pronunciamento do Tribunal quanto à necessidade de lei complementar – recorde que a Lei nº 8.212/91 é de 24 de julho de 1991 – ocorreu em 1992. Este Plenário – já estava inclusive compondo-o -, sem voto discrepante, assentou, na dicção de relator, ministro Carlos Velloso, a indispensável observância do instrumento – lei complementar – para alcançar-se a disciplina da prescrição e da decadência. Assim, repito – e aqui não se pode cogitar de surpresa para quem quer que seja, muito menos para o Estado -, decidiu o Pleno no Recurso Extraordinário nº 138.284-8, em 1º de julho de 1992.

Consignou o ministro Carlos Velloso:

“Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao CTN (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149).”

E fez ver sua Excelência que a instituição em si, da contribuição não exige a lei complementar. Mas, no tocante ao que se quer na Constituição como disciplina linear – e, se não tivesse sido a decisão do Plenário no sentido do tratamento igualitário, ficaria a imaginar 27 assembleias deliberando sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, a prescrição e a decadência, 5.554 câmaras de vereadores o fazendo quanto ao Imposto sobre Serviços, o que haveria em termos de guerra fiscal -, assentou o Tribunal – nesse julgamento, expressamente, em 1992, daí não se poder cogitar de insegurança jurídica – que a questão da prescrição e da decadência já estava pacificada àquela época, em 1992. E diria: tornou-se pacificada tão logo veio à baila a Emenda Constitucional nº 1/69, no que remeteu a lei complementar normas gerais sobre tributos. É que tais institutos – a prescrição e a decadência – são próprios aos conceitos de normas gerais.

Posteriormente, o Plenário, também relator o ministro Carlos Velloso, tributarista emérito, constitucionalista, julgando o Recurso Extraordinário nº 396.266-3-SC, fez ver que se teria como necessária a disciplina das matérias aludidas mediante Lei complementar.

Ante esses precedentes, passamos nós outros a decidir monocraticamente, negando seguimento a recursos voltados a infirmar pronunciamentos de Regionais Federais no sentido da necessidade da lei complementar. Eu próprio assim assentei, como também os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Eros Grau.

Indago: podemos cogitar de contexto a autorizar a modulação? A meu ver, não. E decidimos, há pouco – só que aqui os ventos beneficiam o Estado e no caso a que me refiro, o pleito se mostrou dos contribuintes -, em situação mais favorável à modulação, e ela foi rechaçada, quando examinamos a questão da alíquota zero e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O Tribunal, nessa oportunidade – e buscavam os contribuintes a modulação -, apontou que não haveria como se cogitar de insegurança jurídica porque os pronunciamentos anteriores, estes sim a favor dos contribuintes. Dos beneficiários do pleito da modulação, não teriam transitado em julgado.

Ora, Presidente, neste caso concreto, em que a Jurisprudência do Supremo, desde 1969, sempre foi no sentido de se ter como indispensável o trato da matéria mediante lei complementar – e a Lei nº 8.212, repito, é de 1991 -, não há premissa que leve o Tribunal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais porque, posteriormente, ante a morosidade da Justiça, se acaba chegando a um meio termo que, em última análise – em vez de homenagear a Constituição, de torná-la realmente observada por todos, amada por todos -, passa a mitigá-la, solapá-la, feri-la praticamente de morte.

De mais a mais, os contribuintes que recolheram indevidamente o tributo, não terão o prazo de dez anos para a ação de repetição de indébito! Disporão de cinco anos, o que já afasta gama enorme de contribuintes que teriam direito à devolução do que satisfeito à margem da ordem jurídica, considerada toda sorte de medidas coercitivas do próprio Estado.

O voto vencido é quem abre o diálogo com o auditório procurando desconstruir a tese da existência de insegurança jurídica acaso não fossem dados efeitos prospectivos à



declaração de inconstitucionalidade. Para tanto, usa de argumentos que fundamentam a estrutura do real, através da ilustração de julgados antigos que já consideravam a tese defendida para a declaração de inconstitucionalidade da lei. Aí também se mescla o argumento de autoridade, já que os exemplos utilizados pelo Ministro são do próprio STF.

Mostra, ainda, a incoerência do julgamento, já que defende uma tese que, quando a ser aplicada em favor dos contribuintes, foi afastada. Assim, há uma quebra da regra de justiça. Segundo Perelman<sup>104</sup>, quando se demonstra a coerência de uma conduta quase sempre se fará alusão à obediência à regra de conduta, que supõe a identificação parcial dos seres, mediante a inserção numa categoria.

Também se utiliza o voto do argumento de direção, pois faz implicar de que a decisão combatida ao fim e ao cabo acabaria por vulnerar a própria força normativa da Constituição, uma vez que passaria a valer a pena editar normas inconstitucionais, pois o Tribunal sempre encontraria um meio termo para fazer valer os efeitos da lei posteriormente reconhecida como contrária à Lei Maior.

Por fim, o voto procura minimizar seu posicionamento, defendendo que ele trará poucas repercussões, já que mesmo com a adoção da retroatividade, muitos contribuintes não terão direito à restituição em virtude de já ter escoado o prazo decadencial ou prescricional para tanto, se utilizando, portanto, de um argumento dissociativo.

Diante, então do quanto analisado, e se levarmos em conta apenas a questão da argumentação, o voto vencido é que deveria valer, uma vez que somente ele produziu justificativas e argumentos convincentes para a tese ali defendida, sendo que o voto vencedor não se deu sequer ao trabalho de desenvolver um processo argumentativo em sua defesa.

O discurso jurídico, como espécie do discurso prático em geral, se preocupa com a exatidão de suas afirmações normativas. De modo geral, as bases das decisões são incertas e nem todos os passos são prescritos. Uma decisão a priori não pode ser considerada boa ou má, no entanto, toda afirmação deve resultar de um processo racional, sendo certo que a racionalidade não poder ser comparada à certeza conclusiva. É por isso que a argumentação assume um valor extremamente importante no discurso jurídico, já que exatamente esse processo argumentativo que irá dar validade à decisão jurídica.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação: a nova retórica, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 249.

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001. *passim*.

Essa atuação, portanto, deve ser analisada com mais vagar e preocupação pela comunidade jurídica, já que o Supremo Tribunal Federal não está isento de fundamentar suas decisões através de um procedimento argumentativo convincente, pois é exatamente tal procedimento que dá legitimidade a seus atos. Não fosse assim, se tornaria ele um Poder absoluto o que vai de encontro à própria noção de Estado Democrático de Direito adotada por nossa Constituição.

Estamos passando por uma época de modificação dos paradigmas que estruturam o ordenamento jurídico, Nessa nova concepção o papel do Poder Judiciário mudou consideravelmente, lhe sendo reconhecido papel ativo na conformação da sociedade aos parâmetros normativos estabelecidos. Em outras palavras, não há mais espaço para um Judiciário passivo, que somente serve de aplicador daquilo que colocado pelo Poder Legislativo. Na verdade, diante da miríade de possibilidades de atuação existentes em sociedade, a lei deve ser vista como um parâmetro, cabendo juiz adaptá-la ao seu contexto histórico-espacial, fazendo com que seu papel criador seja valorizado.

Nesse diapasão, tem suma importância o papel conferido ao Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional. Uma vez que traz a Constituição os valores básicos que devem ser perseguidos pela sociedade como um todo, as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca daquilo que com ela possui conformidade adquirem grande relevo. No entanto, para funcionar como Corte Constitucional, haverá de ser reconhecida a legitimidade do Supremo e esta legitimidade se encontra intimamente ligada à fundamentação de suas decisões. Assim, não é porque possui a última palavra quanto às decisões judiciais que o Supremo Tribunal Federal se encontra isento de fundamentar razoavelmente seus entendimentos. A Argumentação, portanto, possui um papel primordial nesta seara.

É exatamente por isso, que nessa parte do trabalho se procurou examinar com mais detalhes a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, mormente tendo em vista que o tema abordado nesse trabalho lida de perto com questões muito sensíveis com relação à repercussão da conduta do Judiciário na sociedade, pois como visto anteriormente, o tema aqui proposto lida com valores muito caros ao corpo social do Estado, envolvendo direitos fundamentais que não podem ser restringidos sem que para isso seja feito todo um trabalho justificativo, e esse atuar passa necessariamente pela questão da argumentação jurídica, que, ao fim e ao cabo, é aquilo que serve de sustentáculo, dentro do novo paradigma do Direito, para a

própria atuação do Poder Judiciário como um todo e do Supremo Tribunal Federal, em particular, enquanto Corte Constitucional.

## 4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

### 4.1. Admissibilidade da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Como já acentuado anteriormente, a teoria da nulidade da lei inconstitucional é prevalecente no Direito Brasileiro, trazendo como conseqüência a atribuição de efeitos *ex tunc* às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Na verdade a questão referente à natureza das decisões que julgam a constitucionalidade das leis pode ser dividida em dois segmentos. De um lado há a doutrina do *judicial review*, de origem norte-americana e preconizada pelo Juiz Marshal no julgamento proferido pela Suprema Corte, no caso *Marbury x Madison*, em 1803. Segundo tal doutrina, a declaração da nulidade da lei inconstitucional é a única maneira de se reafirmar a supremacia da Constituição, já que, do contrário, ou seja, se apenas fosse reconhecida eficácia desconstitutiva à decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, estaria se afirmando a validade de uma lei contrária à constituição, de forma que, em dado momento, a lei inconstitucional estaria acima da própria Carta Maior.<sup>106</sup>

Dessa forma, a doutrina preconizada no julgamento *Marbury x Madison* já entendia que nenhum ato contrário à Constituição poderia ser válido, se aplicando, em razão da gravidade do vício, a sanção mais grave, a nulidade de pleno direito. A lógica do raciocínio se estende no fundamento de que não se pode admitir a aplicação de uma lei incompatível com a Constituição, sob pena de se negar vigência a ela.

Para Luís Roberto Barroso, a teoria da nulidade traz como corolário natural o caráter declaratório e não constitutivo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente.<sup>107</sup> Nesse diapasão, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade se produzem retroativamente, não se admitindo, de regra, efeitos válidos à lei inconstitucional, fazendo com que todas as relações com base nela constituídas voltem ao *status quo ante*.

---

<sup>106</sup> SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, in O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 102-103

Contudo, há um posicionamento doutrinário, inclusive encabeçado por Hans Kelsen, que defende a natureza constitutivo-negativa da decisão que profere a inconstitucionalidade de uma norma, dando efeitos prospectivos a tais decisões.

Esse é o posicionamento de Regina Maria Ferrari, que destaca que entre a vigência da norma e sua declaração de inconstitucionalidade deve-se levar em consideração o fato de que direitos foram criados e litígios foram resolvidos com base na lei invalidada, mas que possuía a presunção de legitimidade. Deve-se ainda levar em consideração o próprio lapso temporal ocorrido entre a vigência da lei e sua declaração de inconstitucionalidade, já que a declaração de inconstitucionalidade pode ocorrer a qualquer momento. Assim, não se deve admitir que a declaração de inconstitucionalidade deva estender seus efeitos ao passado de forma absoluta, uma vez que isto proporcionaria a insegurança jurídica e a instabilidade do direito.<sup>108</sup>

Eis o que textualmente defende a autora:

A lei inconstitucional é, portanto, anulável, já que existiu validamente até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considera. Dizer que a mesma é simplesmente nula, já que inválida desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade do mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido.<sup>109</sup>

Também é esse o posicionamento de Thomas Bustamante, para quem a sentença que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei tem caráter constitutivo, já que se presta para anular uma norma até então vigente. Isto, contudo, não impede que possa a mesma sentença ter efeitos retrooperantes<sup>110</sup>. Ou seja, parte o autor de uma concepção justamente oposta ao entendimento majoritário, já que este apregoa o caráter declaratório da decisão que reconhece a inconstitucionalidade como regra geral, não impedindo, contudo, que em casos excepcionais seus efeitos sejam prospectivos.

Para Dalton Luiz Dallazem<sup>111</sup>, a declaração de inconstitucionalidade, no plano abstrato, deve produzir efeitos *ex nunc*, sendo essa a forma de restaurar a coerência da ordem

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16

<sup>108</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 111-112

<sup>109</sup> Id. Ibid. p. 206

<sup>110</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 59, ago. 2000. p 114-115

<sup>111</sup> DALLAZEM, Dalton Luiz. Inconstitucionalidade e Tributo. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 149.

jurídica, já que a validade da norma é suprimida *ex tunc*, mas a sua vigência e eficácia normativa técnico-sintática são suprimidas *ex nunc*. Não vislumbra o autor a nulidade da lei inconstitucional como categoria principiológica. Assim, ao se declarar a inconstitucionalidade de uma norma, em relação ao passado haverá um conflito entre a supremacia constitucional e a manutenção do vigor da norma no período entre sua publicação e o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, sendo que o sopesamento de tal conflito deverá ser decidido caso a caso, após a decisão de invalidade. Dessa forma, quando se afasta essa irradiação do vigor da norma ao passado é devido ao prestígio que se reconhece a alguns princípios constitucionais, que faz com que seja também aí concretizada a supremacia da Constituição.<sup>112</sup>

Eduardo Rocha Dias ressalta que em tema de controle de constitucionalidade deve-se fazer a distinção entre plano normativo e plano fático. Assim é que, no plano dos fatos, deve-se considerar que, enquanto estava em vigor, a norma incidiu sobre determinadas situações, gerando efeitos, que eventualmente devem ser protegidos pelo direito, especialmente se relacionados a direitos fundamentais.<sup>113</sup>

Embora a teoria da nulidade das leis inconstitucionais seja predominante em quase todo o mundo ocidental (exceto na Áustria<sup>114</sup>, devido à influência que as lições de Kelsen exerceram no ordenamento jurídico do País), os ordenamentos começam a introduzir regras que mitigam de certa forma sua utilização indiscriminada, já que houve o reconhecimento que tal procedimento poderia acabar vulnerando outros valores também defendidos constitucionalmente, sobretudo quanto ao princípio da segurança jurídica, já que o vício da inconstitucionalidade não convalesce com o tempo e pode uma lei ter vigência durante anos antes que se reconheça sua inconstitucionalidade, de forma que sua declaração de nulidade pode ter efeitos nocivos em relações jurídicas já de muitos estabilizadas.

Para Lúcio Bittencourt, as relações jurídicas que se constituírem de boa-fé, sob o pálio da lei reconhecida inconstitucional, não ficam sumariamente canceladas, tampouco tem a declaração de inconstitucionalidade o condão de desfazer a coisa julgada. Segundo o autor, “é

---

<sup>112</sup> Id. Ibid. p. 168.

<sup>113</sup> DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 55. p. 50-70. abr. 2000. p. 59.

<sup>114</sup> Segundo o modelo austríaco, o Tribunal Constitucional, ao decretar a inconstitucionalidade de uma lei, põe termo à sua vigência e faz entrar novamente em vigor as leis revogadas pelo ato julgado inconstitucional. Contudo, as leis inconstitucionais não são consideradas atos nulos, mas sim atos juridicamente válidos e plenamente obrigatórios até

manifesto, porém, que essa doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obre de um decreto judiciário.”<sup>115</sup>

Ronaldo Redenschi defende a mitigação e temperamento da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade justamente sob o fundamento de que ela se faz necessária para preservar a harmonia e a convivência dos valores consagrados no ordenamento jurídico, principalmente a segurança jurídica.<sup>116</sup>

Também no mesmo sentido se pronuncia Ana Paula Ávila:

A aplicação indiscriminada de efeito *ex tunc* pode gerar situações de lesão a direitos individuais, de insegurança jurídica e de contrariedade aos ditames da justiça. A lei inconstitucional, ao nascer com presunção de constitucionalidade, dá origem a inúmeras relações jurídicas que se estabelecem durante sua vigência, criando, em seus destinatários, a legítima expectativa de que sua pauta de conduta seja cumprida.<sup>117</sup>

É de se ver que a defesa dos efeitos *ex tunc* para as decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma se sustenta no próprio princípio da supremacia da Constituição, uma vez que a admissão de vigência a uma norma tida por inconstitucional retiraria a força normativa da Constituição.

Contudo, tal entendimento deve ser interpretado *cum granus salis* já que a própria possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tem como pressuposto o próprio resguardo dos valores constitucionais. Em outras palavras, o fundamento da possibilidade de modulação se encontra precisamente no fato de que sem ela os comandos constitucionais não se cumpririam.

Conforme ressalta Walter Rothenburg, com relação aos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade não se deve seguir soluções simplistas à

---

que a decisão do Tribunal Constitucional as declare inconstitucionais e lhes casse a vigência. (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 98.)

<sup>115</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 147-148.

<sup>116</sup> REDENSCHI, Ronaldo. Eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em via direta – modificações trazidas pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 – relações com o método de ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Temas de Interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 394.

<sup>117</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 57.

base do “tudo ou nada”, já que estas não condizem com as nuances da realidade, não havendo fórmulas padronizadas.<sup>118</sup>

Assim, como regra geral, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma deve ter efeitos retroativos, em virtude do princípio da Supremacia da Constituição. Contudo, como nenhum princípio tem aplicação absoluta pode ocorrer que em determinado caso concreto seja necessária a modulação desses efeitos temporais de modo a preservar o próprio sistema constitucional, fazendo prevalecer valores outros que seriam invalidados caso não houvesse essa possibilidade.

Para Gilmar Ferreira Mendes, embora a orientação do Supremo Tribunal Federal seja por dar efeitos *ex tunc* às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, isto não obsta que se admita o desenvolvimento de fórmulas intermediárias entre a nulidade e a simples declaração de constitucionalidade, principalmente em virtude de considerações de segurança jurídica, base do Estado de Direito. Portanto, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.<sup>119</sup>

Para Garcia Enterría<sup>120</sup> a possibilidade de modulação dos efeitos das sentenças de inconstitucionalidade permite graduar progressivamente a efetividade da Constituição sem ocasionar uma comoção social a cada nova adaptação. Entende ele que extirpar essa possibilidade pode trazer como conseqüência o estancamento na interpretação da constituição com a renúncia de que os Tribunais Constitucionais possam construir uma “constituição viva”, adaptada às condições sociais reinantes ao tempo de sua aplicação.

#### 4.1.1. *Direito Comparado*

---

<sup>118</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Constrole Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n° 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei n° 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 282.

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 326-332.



No direito comparado muitos ordenamentos jurídicos permitem que a decisão acerca da inconstitucionalidade de uma lei possua efeitos *ex nunc* em determinados casos.

Em Portugal, o princípio adotado é o da nulidade da norma inconstitucional, sendo tal princípio previsto constitucionalmente. Assim, prevê o art. 282.1, da Constituição Portuguesa 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.

No entanto, não obstante a adoção expressa do princípio da nulidade, a própria Constituição portuguesa prevê exceção à aplicação de tal princípio, ao autorizar em seu art. 282.4 que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos retroativos da decisão estando presentes algum desses motivos: segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo.

No direito espanhol a norma inconstitucional também é considerada nula desde o início. No entanto, se excepcionam os efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade quanto às decisões judiciais anteriores transitadas em julgado, exceto quando a decisão retroativa favorecer o réu nas sentenças penais condenatórias ou naquelas que estabeleçam sanções administrativas. Afora a previsão legal, o Tribunal Constitucional Espanhol vem limitando os efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade de lei, alegando motivos de segurança jurídica, quando os atos praticados com base na lei declarada inconstitucional não tenham caráter sancionador ou não violem direitos fundamentais.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional, através da Sentencia Constitucional 45/1989, de 20 de fevereiro de 1989 declarou a inconstitucionalidade do denominado “*sistema de liquidación conjunta del impuesto sobre la renta de unidad familiar matrimonial*”, correspondente, em nossa legislação, à declaração conjunta de imposto de renda por membros de uma mesma família. Nessa decisão a Corte rompeu com a tradição de retroatividade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, atribuindo efeitos *ex nunc* à sua decisão. Segundo o entendimento esposado pelo Tribunal espanhol não há qualquer previsão constitucional quanto à obrigatoriedade de dar efeitos retroativos às decisões de inconstitucionalidade ou estabelecendo a nulidade da lei inconstitucional. Ficou ali consignado, então, que o binômio nulidade-

---

<sup>120</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva em la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*. n.º 92. p. 5-16. out./dez. 1989. p. 14.

retroatividade constitui apenas uma valoração doutrinária ou jurisprudencial que tem como fim auxiliar na compreensão da funcionalidade do sistema constitucional.<sup>121</sup>

O precedente espanhol incursiona pelo pragmatismo social, levando em consideração que a manutenção do efeito retro-operante da decisão de inconstitucionalidade pode, às vezes, ocasionar um mal maior do que a própria inconstitucionalidade a ser declarada, podendo até inviabilizar a declaração em tal sentido, em virtude do receio de que dela possa advir conseqüências indesejáveis, com desprestígio do sistema de rigidez constitucional. Diante desse precedente, o Tribunal espanhol asseverou ser de sua competência discricionária a especificação da natureza dos efeitos de seus julgamentos.<sup>122</sup>

Na Alemanha, também vigora o princípio da nulidade da lei inconstitucional, embora não previsto constitucionalmente. Ele é entendido como corolário do princípio da supremacia da Constituição. No entanto, se encontra prevista no ordenamento jurídico a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma norma sem a pronúncia de sua nulidade. Nesse caso o legislador deve empreender as medidas necessárias para sanar o estado de inconstitucionalidade. Geralmente, a decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ocorre em casos de normas que atribuem benefícios sem observância do princípio da isonomia, nos casos de omissão inconstitucional parcial e nos casos em que a supressão da norma inconstitucional ocasionaria um caos jurídico.<sup>123</sup>

Também é de se fazer referência às decisões de apelo ao legislador, em que o Tribunal Constitucional reconhece a constitucionalidade da norma, mas faz saber que, em virtude de mudanças nas circunstâncias fáticas ou jurídicas, a mesma se encontra em vias de se tornar inconstitucional.

Gilmar Mendes, discorrendo sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade descreve que o seu desenvolvimento perante a Corte Constitucional alemã teve como pano de fundo questão relativa à “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores. Essa

---

<sup>121</sup> Id. Ibid. p. 10.

<sup>122</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis n<sup>os</sup> 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 77.

lesão pode ser afastada de diversas maneiras: supressão do próprio benefício; inclusão dos grupos eventualmente discriminados; edição de nova regra que condicione a outorga do benefício à observância dos requisitos decorrentes do princípio da igualdade. Dessa forma, poderia ser objeto da declaração de nulidade tanto a disposição que outorga o benefício, quanto a eventual cláusula de exclusão, quando estabelecida expressamente por uma norma. Nesses casos a Corte Constitucional se abstém de pronunciar a nulidade da norma, sob a alegação de que o legislador disporia de diferentes possibilidades para afastar a ofensa ao princípio da isonomia. Assim, a cassação da lei, pura e simples acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão, isso porque a retirada da norma do ordenamento não assegura, por si só, o gozo do direito daquele que se sentisse prejudicado com a exclusão.<sup>124</sup>

Com relação ao ordenamento italiano, embora sua Constituição possa suscitar entendimentos contrários, a doutrina e a jurisprudência dominantes entendem que a lei inconstitucional deve ser declarada nula. No entanto, a retroatividade da decisão proferida em controle de constitucionalidade encontra certos limites quando se depara com situações já consumadas e consolidadas pela aplicação da norma inconstitucional, como na hipótese de coisa julgada ou da ocorrência da prescrição ou decadência. Além disso, o Tribunal Constitucional italiano usa do expediente de retardar a publicação de uma decisão de inconstitucionalidade, a fim de dar tempo ao legislador para criar uma nova disciplina jurídica sobre a matéria, com o intuito de evitar problemáticos vácuos normativos.

O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, em sentença proferida em 08/04/1976 (caso Defrenne) também entendeu de dar efeitos prospectivos para o julgamento que tratava acerca da aplicação de uma norma inserida em Tratado ratificado pela Comunidade, em que se estabelecia o princípio da igualdade quanto aos salários pagos a trabalhadores do sexo masculino e feminino. O pleito foi proposto por uma empregada da empresa de aviação belga Sabena contra esta. Entendeu o Tribunal que o artigo normativo invocado vinculava não só os Estados mas também os particulares, fazendo com que a postulante tivesse direito à equiparação salarial. No entanto, permanecia a questão de se saber a partir de quando esta se faria valer. Foi levado em consideração o fato de que, mesmos alguns Estados europeus não estavam dando

---

<sup>123</sup> SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, in O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Organizador: Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 109-110.

<sup>124</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 270-272.

cumprimento pleno à norma invocada, estando ainda em vias de amoldar seus ordenamentos internos ao Tratado em questão. Assim dar efeitos retroativos à decisão para desde a entrada em vigor do Tratado poderia implicar uma catástrofe econômica para muitas empresas, que se veriam obrigadas a revisar retroativamente todos os seus custos e balancetes já aprovados, o que poderia, inclusive levar à quebra destas. Foi, então, determinado que se desse o prazo de um ano para que os Estados se amoldassem aos imperativos da legislação e com isso possibilitasse o cumprimento da norma também pelas empresas privadas.<sup>125</sup>

Notícia Miguel Anido, contudo, que, embora tenha o Tribunal de Justiça da União Européia sinalizado com essa possibilidade de modular os efeitos retroativos das decisões que declarem o não ajustamento de uma norma de algum Estado membro ao ordenamento da Comunidade, como ocorrera no caso Defrenne, a partir de 1988 o mesmo Tribunal comunitário passou a oferecer resistência a proceder a tal limitação. Assim, faz o autor alusão a sentenças proferidas pelo Tribunal de Luxemburgo<sup>126</sup> em que este declara explicitamente que as conseqüências econômicas que podem advir ao governo da ilegalidade de um imposto não podem justificar as limitações de uma decisão do Tribunal de Justiça, uma vez que pensar de outro modo levaria ao entendimento de que as violações mais graves receberiam tratamento mais favorável, já que são exatamente elas que podem causar as conseqüências mais custosas aos Estados membros.<sup>127</sup>

Por fim, nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade somente é feito de forma difusa, no entanto, o precedente é vinculante. Com relação aos efeitos temporais da decisão acerca da inconstitucionalidade, esses variam de acordo com as partes a quem se quer confrontar a decisão. Assim é que para as partes do processo os efeitos são sempre retroativos.

Com relação a terceiros o *judicial review* sempre entendeu ser a lei inconstitucional nula, de forma a operar efeitos retroativos o reconhecimento de sua inconstitucionalidade para todos. No entanto, a Suprema Corte passou a flexibilizar tal entendimento a partir do julgamento do caso *Linkletter x Walker*. Neste caso o cidadão Linkletter havia sido condenado criminalmente com base em provas ilícitas. No entanto, a Suprema Corte

<sup>125</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva em La declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, n° 92. p. 5-16. out./dez. 1989. p. 7.

<sup>126</sup> Bruno Barra (C-309/85, Rec.p. 355) de 2/2/2988; BP Supergaz (C-62/1993), de 6/7/1995; Roders BV & RSK Internationale/Inspecteur der Invoerrechten (367 a 377/93), de 11/8/1995.

somente determinou a vedação do uso de provas ilícitas após sua condenação. Dessa forma, Linkletter pediu à Suprema Corte a revisão de sua condenação, o que, contudo, foi negado, sob o fundamento de que a Constituição não proíbe nem obriga que as decisões acerca da inconstitucionalidade das leis sejam retroativas, de modo que a Suprema Corte tem poder discricionário de ponderar as circunstâncias do caso concreto, de forma a verificar as vantagens e desvantagens de imprimir retroatividade a seus julgados. Sob esse entendimento, a Suprema Corte decidiu que admitir retroatividade à doutrina por ela firmada acerca da inadmissibilidade de provas ilícitas acarretaria enormes prejuízos à administração da justiça, uma vez que causaria a necessidade de revisar e reformar inúmeras condenações criminais, com a impossibilidade de se reiniciar os processos penais.

No julgamento de *Stovall x Denno* a Suprema corte estabeleceu os parâmetros a serem observados para decidir acerca da retroatividade ou não de suas decisões. Tais parâmetros eram os seguintes: a) fundamentos que levaram à mudança de jurisprudência; b) grau de confiança das autoridades na jurisprudência anterior; c) efeitos na administração da justiça da aplicação retroativa da nova jurisprudência.

Também no julgamento de *Chevron Oil Co. x Huson*, a Corte Suprema, através do voto da Juíza O'Connor, estabeleceu os critérios para a limitação da retroatividade de suas decisões na seara cível, quais sejam: a) a decisão estabelece novos princípios legais; b) a aplicação não retroativa não frustra a aplicação da regra estabelecida; c) a limitação à retroatividade é necessária para evitar uma injustiça patente.

No entanto, a Suprema Corte em sua composição atual, extremamente conservadora, não vê com bons olhos o ativismo político decorrente da posição que defende a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, afastando-se, portanto, da doutrina da não-retroatividade e entendendo que os juízes, ao decidirem sobre questões constitucionais, devem declarar o direito preexistente e não legislar, o que a fez defender, novamente, a retroatividade plena de seus julgados.<sup>128</sup>

#### 4.1.2. Direito brasileiro

---

<sup>127</sup> ANIDO, Miguel A. Caamaño. Nulidad de La norma tributaria y devolución de ingresos indebidos. RUC. 2. Revistas UDC. Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña. REV – AD - n° 01, 1997. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2183/1899>>. Acessado em 31/01/2011. p. 169.

<sup>128</sup> SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, in O Controle de Constitucionalidade e a Lei n° 9.868/99. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 113-114.

O Supremo Tribunal Federal sempre se manteve muito fiel ao princípio da nulidade das normas inconstitucionais. Uma das coisas que contribuíram para tal posicionamento foi o fato de que a nossa Constituição não possui nenhuma disposição prevendo a possibilidade de restrição dos efeitos retroativos das decisões de constitucionalidade.

Em 1977 no julgamento do RE 79.343, o Ministro Leitão de Abreu tentou esboçar o entendimento de que a lei, mesmo inconstitucional, é um fato eficaz antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não podem ser ignoradas. Por isso, defendia o Ministro que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável, sendo que a decisão que reconhece tal situação não é declaratória, mas constitutiva. Também fez ressaltar em seu voto que a tutela da boa-fé deve se levada em consideração na espécie, tendo em vista que a presunção de validade da lei, que fez com que se estabelecessem relações entre o particular e o poder público. Contudo, ao final, essas ponderações não foram utilizadas para o julgamento do recurso em questão, fazendo com que aquelas ponderações do Ministro ficassem apenas no campo da digressão.

De se ver que o Supremo Tribunal Federal abrandou o entendimento com relação à teoria da nulidade da norma inconstitucional em certas decisões. Assim é que, já em 1981, no julgamento do RE 78.533, foi declarada a validade de penhora realizada por oficial de justiça, cuja nomeação fora realizada baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional. No caso deu-se predominância ao princípio da boa-fé e à teoria da aparência.

Também no julgamento quanto ao aumento concedido aos magistrados com base em lei declarada inconstitucional, o Ministro Francisco Rezek proferiu julgamento entendendo que, conquanto não fosse mais cabível à percepção do aumento a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade, não era devida a devolução dos valores já percebidos por magistrados no período de validade inquestionada da lei, depois declarada inconstitucional pela Corte Suprema.<sup>129 130</sup>

---

<sup>129</sup> RE 122.202

<sup>130</sup> De se ver que, Gilmar Mendes em artigo comentando esta decisão do Supremo Tribunal Federal (MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 122.202. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. ano 3, n° 9, out/dez de 1994 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 75-84), profere entendimento oposto àquele esposado recentemente como julgamento da inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91. Assim, para o autor, o princípio da irredutibilidade de vencimentos não se presta para conferir sustentação à tese da adoção de efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, uma vez que o princípio da lei inconstitucional têm, também hierarquia constitucional. Para ele, os vencimentos irredutíveis são apenas aqueles lícitamente percebidos. Também defende naquele artigo que argumentos embasados na idéia de segurança jurídica não se mostram, igualmente, aptos para

O Supremo Tribunal Federal também sempre entendeu como limite à aplicação dos efeitos retroativos de suas decisões de inconstitucionalidade o respeito à coisa julgada. Dessa forma, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não tem o condão de desconstituir sentença já passada em julgado e baseada na norma declarada inconstitucional.

Pois bem, esse foi o quadro imperante no ordenamento pátrio quanto à possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade até o advento da Lei 9.868/99, que em seu art. 27, pela primeira vez no direito brasileiro, regulamentou expressamente o tema dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade.

#### **4.2. Art. 27 da Lei 9.868/99**

O art. 27, da Lei 9.868/99 assim preconiza:

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.

Diante do quanto relatado acima, pode-se chegar à conclusão de que a lei 9.868/99 não inovou realmente ao permitir a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois a mitigação do princípio da nulidade da lei inconstitucional já era feito levando em conta determinados aspectos, se utilizando principalmente do princípio da proporcionalidade.

O dispositivo contido no art. 27, da Lei 9.868/99 na verdade apenas oficializa a possibilidade de flexibilização na atribuição dos efeitos nas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

A lei 9.868/99 optou pela flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional. A regra continua sendo a eficácia *ex tunc* das decisões de inconstitucionalidade, contudo o art. 27 faculta ao Supremo Tribunal Federal, pelo voto de dois terços de seus membros,

---

solver o problema, uma vez que, nesse caso, o Tribunal acabaria por substituir-se ao legislador. No entanto, conforme leciona, cabe ao legislador e não ao Tribunal a definição das fórmulas de preclusão, que permitem limitar a possibilidade de impugnação ou de revisão de determinado ato concreto, em nome exatamente da idéia de segurança jurídica. Assim, se o ato praticado com base na lei inconstitucional ainda é suscetível de impugnação, não há como sustentar, juridicamente, a ilegitimidade de sua revisão ou cassação. Também não caberia o argumento de que as vantagens eventualmente ingressas no patrimônio do servidor já teriam sido até mesmos despendidas, já que se esse pudesse ser aceito, dever-se-ia adotar entendimento que repele o pedido de repetição de indébito decorrente da cobrança da cobrança de tributo instituído por lei posteriormente declarada inconstitucional.

restringir tais efeitos, determinando a eficácia de sua decisão para o momento do trânsito em julgado ou para outro momento por ele fixado.

O dispositivo do art. 27, da Lei 9.868/99 traz requisitos formais e materiais que devem ser obedecidos pelo Supremo Tribunal Federal para a modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

O primeiro requisito formal diz respeito ao *quorum* de maioria qualificada de dois terços dos seus membros para que se excepcione a regra da retroação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Dessa forma, se faz necessária a concordância de oito ministros quanto ao tema.

De se ressaltar que não se deve confundir o *quorum* previsto no art. 97 da Constituição Federal com aquele constante no art. 27, da Lei 9.868/99. Assim, o *quorum* fixado pelo art. 97 da Constituição se relaciona àquele exigido para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, que é reproduzido, inclusive, no art. 23, da Lei 9.868/99. Já o *quorum* exigido pelo art. 27, da Lei 9.868/99 diz respeito à modulação dos efeitos, que configura uma etapa lógica e cronologicamente posterior ao exame e confirmação da inconstitucionalidade.<sup>131</sup>

Ressalta Ana Paula Ávila que “esse requisito, de certa forma, dificulta o que antes era uma faculdade que o Tribunal exercia através da simples interpretação da situação que lhe era dada a examinar, sem a exigência de um *quorum* mínimo de manifestações no mesmo sentido.”<sup>132</sup> No entanto, conforme opina, a exigência de *quorum* especial para a modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade se mostra salutar, já que reforça formalmente a decisão que tem como escopo superar a regra da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade.<sup>133</sup>

De qualquer sorte o art. 27, da Lei 9.868/99 se refere ao controle de constitucionalidade exercido abstratamente, havendo divergência quanto à possibilidade da modulação dos efeitos em sede de controle difuso/concreto.

Para o Professor Dirley da Cunha Júnior não obstante o art. 27, da Lei 9.868/99 diga respeito ao processo e julgamento de ação direta do controle concentrado-abstrato de

---

<sup>131</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 59

<sup>132</sup> Id. Ibid. p. 58

<sup>133</sup> Id. Ibid. p. 59



constitucionalidade, ele pode servir de supedâneo para a modulação da eficácia temporal também em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade.<sup>134</sup>

O Supremo Tribunal Federal em algumas decisões firmou o entendimento de que não é possível a concessão de efeitos *ex nunc* no controle difuso, como se pode observar das decisões proferidas no RE 430.421, AgR; AI 521.546 e AgR/ED; AgR 478.398. Essas decisões, contudo, não expõem a razão porque não se pode aplicar o art. 27, da Lei 9.868/99 em sede de controle difuso, apenas apresentando afirmação nesse sentido em sua ementa e citando-se uns aos outros como fundamento da decisão.

Contudo, em outras decisões o próprio Pretório Excelso vem modulando os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei através do controle difuso/concreto. Assim, no RE 197.917, em que se declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que fixara o número de vereadores de sua Câmara, sem observar a proporcionalidade com o número de habitantes, foi assegurado o efeito *pro futuro* de sua decisão<sup>135</sup>. O voto do Ministro Gilmar Mendes deixou assentado que o modelo difuso de controle de constitucionalidade não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos das decisões proferidas nessa seara. Também ficou ali consignado que o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência, de forma que pode ser utilizado no controle de constitucionalidade e como um todo e não apenas em um determinado sistema.

De se notar que no controle difuso, as questões geralmente são decididas pelas Turmas, compostas de apenas cinco ministros, só sendo submetidas ao pleno por questões de relevância. Dessa forma, a princípio, não seria obedecido o *quorum* estabelecido pelo art. 27, da Lei 9.868/99 para que se efetive a modulação dos efeitos. Contudo, para Ana Paula Ávila, embora seja possível a modulação no controle difuso/concentrado, mesmo que se permita a utilização do art. 27, da Lei 9.868/99 nos casos de controle difuso, não se pode permitir prescindir do *quorum* qualificado para que se torne efetiva a modulação.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Edições Juspodium, 2008. p. 306

<sup>135</sup> No caso sob julgamento se considerou que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do coeficiente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas após o pleito seriam também atingidas, como a validade das deliberações da Câmara nos diversos projetos e leis aprovados.

<sup>136</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 60

De se ver que o próprio Supremo Tribunal Federal tem entendido que, mesmo em controle difuso, a possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, face ao seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de *quorum* qualificado, previsto em lei específica.<sup>137</sup>

Conforme já entendido pelo Supremo Tribunal, mesmo antes do advento da Lei 9.868/99, a possibilidade de modulação dos efeitos em sede de controle difuso não deve estar apenas adstrita à previsão em lei, mas sim nas normas constitucionais que tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional, protegendo situações deduzidas em juízo tanto no controle abstrato quanto no controle difuso.

Mesmo com relação ao controle abstrato de constitucionalidade não restou pacificada a questão da modulação dos efeitos temporais pela previsão expressa da lei. Dessa forma, tem-se entendido que a inadmissibilidade de se possibilitar efeitos *ex nunc* às decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade resulta de uma interpretação histórica da Constituição, uma vez que durante a Assembléia Constituinte foi derrotada proposta neste sentido, tendo ainda falhado a tentativa de se estabelecer a regra por ocasião do processo de Revisão Constitucional. Esse é um dos motivos, aliás, porque Luís Roberto Barroso é contra a norma aludida, argumentando que, tendo participado da comissão constituída pelo Ministro da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na Lei 9.868/99 (que trabalhou sobre um texto base elaborado pelo hoje Ministro Gilmar Mendes), manifestou-se contra a inovação, em voto vencido, por considerar que a providência a ser adotada exigia uma emenda à Constituição, da mesma forma argumentou que o Supremo Tribunal Federal já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais, por fim, ressaltou seu temor de que as exceções virem a regra, manipuladas pelas “razões de Estado” ou pelo “lastimável varejo político que ainda é a marca de um país em busca de amadurecimento.”<sup>138</sup>

O presente trabalho possui o intuito, então, de verificar de que forma a modulação dos efeitos temporais em sede de controle de constitucionalidade não venha a ocasionar o quanto temido pelo autor supracitado, já que esse temor tem justamente mais chance de se verificar no

---

<sup>137</sup> RE 392139 AgR / RJ

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24

campo tributário, quando a modulação será utilizada justamente para impedir a repetição do indébito. Aliás, isso já pode ser notado diante dos diversos pedidos do Poder Público para aplicar a norma quando se está em causa questões envolvendo leis tributárias e os reflexos da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação aos contribuintes.

Com relação ao argumento de que se deve preservar a vontade do legislador constituinte é de se fazer alusão ao fato de que por ocasião da Assembléia Constituinte, que elaborou a Constituição de 1988, foi apresentada proposta no sentido de permitir que o Supremo Tribunal Federal determinasse os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade. No entanto, a idéia foi rejeitada. Também durante o processo de revisão constitucional ocorrido em 1994 procurou-se autorizar o Supremo Tribunal Federal a limitar os efeitos retroativos de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, sem que se obtivesse êxito.

No entanto, em 10/11/1999, foi aprovada a Lei 9.868, que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nela se permitiu de forma expressa a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo que a declaração de inconstitucionalidade, em certos casos, não retroaja ao início de vigência da lei.

Os defensores da possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões de constitucionalidade argumentam, contudo, que na hermenêutica constitucional o fator histórico representa apenas um papel menor e acessório, predominando a concepção objetivista da interpretação, em que se deve buscar não a vontade histórica do legislador (*mens legislatoris*), mas sim a vontade efetivamente expressa na norma jurídica (*mens legis*). Dessa forma, em âmbito de hermenêutica constitucional, deve dar-se ênfase aos elementos sistemático, axiológico e teleológico, que apontam para a possibilidade de flexibilização do dogma da eficácia retroativa das decisões no controle de constitucionalidade.<sup>139</sup>

De qualquer sorte, o reconhecimento da inconstitucionalidade não deve repercutir de forma direta e automaticamente sobre todas as situações existentes antes de tal reconhecimento. Existem outros valores constitucionais, tais como segurança jurídica, equidade e proteção da boa-fé, que impõem ponderação com o princípio da nulidade da lei inconstitucional, como já admitido pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>139</sup> SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, in O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 124.

Aliás, para Ronaldo Redenschi o art. 27, da Lei 9.868/99 soluciona de forma satisfatória o conflito existente entre o fato de que um ordenamento jurídico, tendo como fundamento principal assegurar uma certa dose de segurança jurídica, não pode permitir a existência de um mecanismo que desconsidere por completo esse mesmo princípio, ao mesmo tempo em que não se pode admitir que uma lei flagrantemente inconstitucional possa contar com o beneplácito do ordenamento jurídico e que, sob o pretexto de garantir a segurança jurídica, aqui sob o aspecto da presunção de constitucionalidade das leis, permita-se a produção de efeitos sem qualquer restrição.<sup>140</sup>

#### Conforme lição de Gustavo Binjenbojm

“Os conceitos e institutos jurídicos são criados para conformar a realidade; em inúmeras situações, todavia, os fatos derrotam as normas, obrigando o jurista a reavaliar suas noções teóricas, de modo a adequá-las às novas necessidades e aspirações sociais. A flexibilização dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é uma dessas imposições da experiência à lógica jurídica. Inobstante, como mitigação do princípio da constitucionalidade em determinado lapso de tempo, deve ser encarada como medida excepcional – jamais como regra -, utilizável apenas para a preservação de outros valores e princípios constitucionais que seriam colocados em risco pela pronúncia da nulidade da lei inconstitucional. A aplicação do novo dispositivo está, assim, necessariamente condicionada pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.”<sup>141</sup>

#### 4.2.1 Constitucionalidade

A regulamentação da matéria concernente aos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade através de legislação ordinária é questionada por vários juristas que entendem ser inconstitucional o art. 27 da Lei 9.867/99, por tratar de assunto afeto à norma constitucional.

Assim, por exemplo, Paulo Pimenta<sup>142</sup> entende que a norma é inconstitucional sob o fundamento de que os aspectos materiais da decisão de inconstitucionalidade devem ser objeto de norma constitucional. Segundo o autor, o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário é uma forma de controle deste sobre outro Poder, no caso, o Legislativo. Dessa forma, não seria permitido ao Poder controlado editar norma infraconstitucional, para restringir ou

<sup>140</sup> REDENSCHI, Ronaldo. Eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em via direta – modificações trazidas pelo art. 27 da Lei n° 9.868/99 – relações com o método de ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Temas de Interpretação do Direito Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 394

<sup>141</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 222-223

ampliar a competência do Poder controlador, que somente poderá ser veiculada através de emenda constitucional. Ao legislador, portanto, somente caberia dispor sobre os aspectos procedimentais do controle de constitucionalidade, o que não é o caso da norma inserta no art. 27 da Lei 9.867/99, uma vez que os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade consubstanciam um aspecto substancial da decisão.

Alguns setores da doutrina pátria consideram o art. 27, da lei 9.868/99 inconstitucional sob o fundamento de que ele violaria o dogma da nulidade da norma inconstitucional, bem como a própria supremacia da Constituição. Existem inclusive duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando o referido dispositivo legal.<sup>143</sup> Aliás, o Ministro Sepúlveda Pertence, funcionando como relator, julgou procedente o pedido relativamente ao art. 27 da Lei 9.868/99, salientando que a nulidade da lei inconstitucional decorre, no sistema da Constituição, da adoção, paralela ao controle direto e abstrato, do controle difuso de inconstitucionalidade, entendendo que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por emenda constitucional. Ademais, considerou que, ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei.<sup>144</sup>

Existem setores da doutrina que até são a favor do conteúdo da norma do art. 27, mas entendem que esta possui caráter constitucional-processual, em que predomina o caráter constitucional. Dessa forma somente através de norma constitucional poderia haver a positivação da matéria.<sup>145</sup>

A inconstitucionalidade do art. 27, da lei 9.868/99 é argüida basicamente sob dois fundamentos, quais sejam, o de que através da norma se estaria rompendo com o dogma da nulidade da lei inconstitucional, que traz como consequência a desconstituição desde o início de todos os efeitos da norma declarada inconstitucional e o de que a ruptura com o dogma da nulidade da lei inconstitucional leva como consequência a violação do princípio da supremacia da

---

<sup>142</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 99

<sup>143</sup> ADIN 2.154-2 e ADIN 2.258-0

<sup>144</sup> Informativo 476/STF.

<sup>145</sup> FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n° 56, maio 2000. p 22

Constituição, já que se estaria reconhecendo à norma inferior força maior do que a da Constituição.

Para Olavo Ferreira<sup>146</sup>, o art. 27, da Lei 9.868/99 é inconstitucional por violar o princípio da supremacia da Constituição, o princípio da nulidade da lei inconstitucional, os arts. 97 e 102, III, *a, b, c e d*, da Constituição Federal, a separação de poderes e o princípio da segurança jurídica. Assim, é a própria Constituição que define o caráter retroativo da decisão de inconstitucionalidade, ao empregar a terminologia “ação declaratória de constitucionalidade” para se referir a um dos remédios de controle de constitucionalidade, mencionando expressamente que a decisão que reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade é declaratória. (CF, art. 52, X e art. 102, III)<sup>147</sup>. Dessa forma, a exceção ao princípio constitucional da nulidade não poderia ter sido prevista em lei ordinária. Outrossim, há incompatibilidade da norma em estudo com os arts. 97 e 102, III, *a, b, c e d* da Constituição Federal, que estabelecem o poder de qualquer juiz ou tribunal de aplicar a lei inconstitucional. Também restou violada a separação de poderes, pois o STF, ao determinar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei somente incidam no futuro, agirá como verdadeiro legislador positivo.

Contudo, em favor do quanto estabelecido no art. 27, da Lei 9.868/99, é de se ver que o Supremo Tribunal Federal, na condição de órgão político e guardião da Constituição, não pode ficar indiferente às conseqüências de seus julgados.. Assim, pode ocorrer que a supressão abrupta de uma norma inconstitucional ocasione maiores danos a outros valores também constitucionalmente protegidos, de forma a se legitimar sua manutenção provisória desta.

Interessante, então, fazer menção a trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 197.917, que assim verbaliza:

[...] resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social- se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta,

<sup>146</sup> FERREIRA, Olavo A. V. Alves. Controle de Constitucionalidade e seus efeitos. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 97-99

<sup>147</sup> Id. Ibid. p. 75-76

que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Conforme faz ver Ana Paula Ávila, a alegada inconstitucionalidade do art. 27, da lei 9.868/99 parte de uma análise superficial e restrita do dispositivo normativo, desconsiderando que sua aplicação pode se dar dentro de todos os cânones constitucionalmente estabelecidos, para justamente salvaguardar os direitos fundamentais do indivíduo. Na verdade, a análise do art. 27, da lei 9.868/99 deve ser feita levando-se em consideração o problema da inconstitucionalidade *in concreto*, ou seja, a inconstitucionalidade resultante não da norma em abstrato, mas do uso que dela se faz no momento de sua aplicação. Dessa forma, deve-se mudar o ângulo de abordagem quanto ao art. 27, da lei 9.868/99, em que muito mais importante do que se perquirir acerca de sua inconstitucionalidade é de verificar sua aplicabilidade em concreto, para se analisar se esta ocorre conforme a Constituição.<sup>148</sup>

Na defesa do artigo em comento, rebate a autora supracitada que o primeiro argumento, qual seja, o da ruptura com o dogma da nulidade da lei inconstitucional não procede, uma vez que os efeitos da invalidade dos atos podem variar independentemente de se cominar a ele o vício da nulidade ou da anulabilidade. Isto porque a disciplina dos efeitos para as nulidades e anulabilidades, conforme já exposto anteriormente, não decorre de uma característica intrínseca às mesmas, mas em virtude do quanto estabelecido legalmente para elas. Aliás, a ausência de uma distinção ontológica entre nulidade e anulabilidade faz com que ao Legislativo e ao Judiciário não seja obrigatória a instituição e aplicação de um regime específico e rígido quanto à atribuição de efeitos a cada espécie de invalidade, podendo se adotar as soluções mais adequadas para cada situação a ser analisada.<sup>149</sup>

Outrossim, o fato do constituinte brasileiro ter se omitido quanto ao tema de modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade faz com que não se possa apontar, a princípio, qualquer norma constitucional que tenha sido violada com a previsão constante no art. 27, da lei 9.868/99, conferindo essa omissão, então, suficiente legitimidade ao poder de conformação do legislador.<sup>150</sup>

Quanto ao argumento de que o art. 27, da lei 9.868/99 estaria violando o princípio da supremacia constitucional, rebate a autora, entendendo que a supremacia da Constituição não

---

<sup>148</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 61

<sup>149</sup> Id. Ibid. p. 63-64

deve ser considerada princípio na acepção que dá a doutrina atualmente para o termo. Nesse diapasão, faz ver que a supremacia da constituição não pode ser aplicada em graus ou é passível de superação em face de outros princípios, de forma a configurar ela, então, um pressuposto, isto é, uma norma estrutural do sistema constitucional, sem a qual se possibilitaria uma ruptura institucional com o fundamento do próprio Estado. Dessa forma, quando se está em questão a aplicação do art. 27, da lei 9.868/99 não será ponderada a supremacia da Constituição. Na verdade, a aplicação deste artigo somente terá lugar quando se verificar o confronto entre duas normas constitucionais, quais sejam, a norma violada pela lei infraconstitucional (norma X) e a norma que protege as situações que se formaram em virtude da lei inconstitucional (norma Y). Esse é o material que será objeto de ponderação.<sup>151</sup>

Veja-se a exposição da autora com relação à questão, *in verbis*:

À medida que se verificar que a flexibilização se deu em vista da proteção de bens jurídicos ou de interesses de hierarquia também constitucional, tem-se um conflito entre norma de igual hierarquia. Por isso não há que se falar, nessa situação, em ruptura com a norma hierarquicamente superior.

[...]

Diante do exposto, parece correto sustentar que, em defesa do disposto no art. 27, milita, no mínimo, a possibilidade de ser interpretado em conformidade com a Constituição, de modo que sua inconstitucionalidade, em tese, há de ser rechaçada.<sup>152</sup>

Também Luís Roberto Barroso é do entendimento de que a norma do art. 27 da Lei 9.868/99 consubstancia uma formalização de um mecanismo de ponderação de valores. No entanto, não se trata de ponderação entre o princípio da supremacia da Constituição e o da segurança jurídica ou do excepcional interesse social. Na verdade haverá uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei constitucional.<sup>153154</sup>

Na verdade ao se possibilitar a modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade o que se quer é exatamente assegurar a supremacia não de uma ou outra norma constitucional, mas da Constituição como um todo. É certo que a nulidade da lei inconstitucional se configura um meio de assegurar a Supremacia da Constituição, mas

---

<sup>150</sup> Id. Ibid. p. 64-65

<sup>151</sup> Id. Ibid. p. 65-67

<sup>152</sup> Id. Ibid. p. 67

<sup>153</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210-211

<sup>154</sup> Este é também o entendimento esposado por Gustavo Binbenojm (A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010 p. 227).



com ela não se confunde. A modulação, portanto, será constitucionalmente relevante quando a manutenção dos efeitos da norma reconhecida como constitucional satisfizer outros interesses ou valores que, no caso concreto, merecem mais proteção do que a invalidação retroativa da norma tida por inconstitucional.

É claro que se deve tomar o cuidado de não se banalizar este poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, de modo a tornar regra os efeitos prospectivos das decisões formuladas em controle de constitucionalidade principalmente quando essas se mostrarem desfavoráveis ao Erário e benéficas ao cidadão e ao contribuinte. Por isso se mostra importante a previsão de um fórum privilegiado para tornar efetiva a modulação temporal, minimizando o risco aqui citado.

Para que haja a modulação dos efeitos temporais devem estar presentes alguns pressupostos materiais, referidos nos conceitos indeterminados de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

O grande cerne do art. 27, da Lei 9.868/99 reside justamente na referência a conceitos indeterminados como requisitos materiais de sua aplicabilidade, a tornar indeterminado o próprio alcance do quanto por ele disposto. Desse modo, necessário se faz um aprofundamento na definição desses conceitos, para o fim de esclarecer quais os bens constitucionalmente tutelados que fazem parte de seu conteúdo e quais os tópicos argumentativos que devem ser utilizados na sua concreção.<sup>155</sup>

A determinação dos efeitos do controle abstrato de constitucionalidade deve estar assentada em razões de ordem jurídica, e dentro dos cânones constitucionais, e não baseados em considerações políticas. Assim, a modulação dos efeitos deve obediência aos valores constitucionalmente protegidos, trazendo como justificativa a tanto fundamentos jurídica e constitucionalmente plausíveis, tais como as situações consolidadas no tempo, os direitos fundamentais, as expectativas e interesses de indivíduos afetados pelas normas sob o pálio do controle, bem como o próprio interesse público na preservação da segurança jurídica dos cidadãos.

Na verdade, a questão da possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade passa ao largo da

---

<sup>155</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 62

constitucionalidade ou não do art. 27, da Lei 9.868/99. Como salienta Paulo Pimenta<sup>156</sup>, o fundamento da mitigação da eficácia está no texto da Constituição, especificamente no princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, tendo em vista que não há direitos absolutos e que a Constituição também contém outros princípios que devem ser respeitados, somente o estudo do caso concreto é que poderá dizer se é caso de se atribuir efeitos *ex nunc* às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma. Deve-se, ressaltar, ainda, que tal decisão não prescinde da necessária fundamentação a fim de afastar a consequência natural de declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

O art. 27, da lei 9.868/99 não deve ser interpretado como norma que vai de encontro à tese da nulidade da lei inconstitucional, mas sim como uma exceção à regra, exceção essa que deve ser utilizada quando a retroação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade for mais danosa e se configurar em uma inconstitucionalidade ainda maior do que o reconhecimento de efeitos para a norma invalidade. No entanto, como toda exceção a modulação dos efeitos, com a aplicação do art. 27, da lei 9.868/99 requer uma argumentação qualificada a fim de superar a regra.

Dessa forma, a grande questão que se forma em torno do problema é estabelecer em quais situações a preservação dos efeitos da norma inconstitucional é também o meio de preservação da supremacia da Constituição. A resposta para tanto passa pela ponderação entre as normas constitucionais que ensejam a declaração de inconstitucionalidade e as normas constitucionais que justificam a preservação dos efeitos do ato inconstitucional. Aqui adquire relevância o princípio da unidade da Constituição.

Para Daniel Sarmento, a unidade do ordenamento jurídico configura um dos postulados essenciais em que se funda o Direito Moderno. Para este postulado, dentro do mesmo espaço territorial somente existe uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Dessa forma, embora componha-se de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema, no qual parte-se da premissa de que as partes encontram-se devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais. Nos países dotados de constituição rígida, é a Constituição que confere a coesão do ordenamento jurídico, uma vez que será ela a fonte comum de validade de todas as outras normas

---

<sup>156</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo:

no ordenamento. No entanto essa unidade do ordenamento também deve estar presente dentro do próprio corpo constitucional, de forma que sua interpretação deve sempre buscar a harmonia interna entre os diferentes ditames constitucionais.<sup>157</sup> Reconhece o autor que proceder a essa busca de unidade às vezes se mostra tarefa muito trabalhosa, uma vez que, nas sociedades pluralistas e democráticas, a diversidade de valores e idéias existentes na sociedade acaba refletida no texto constitucional, que acolhe normas potencialmente colidentes. Dessa forma, o princípio da unidade da Constituição leva o intérprete a buscar a harmonização entre dispositivos aparentemente conflitantes da Lei Maior.<sup>158</sup>

Portanto, a grande questão levada pela modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade está em se verificar de que modo esta pode ocorrer de modo a preservar os valores constitucionalmente estabelecidos como um todo e não apenas na observância de princípios isoladamente considerados.

Deve-se também ter cautela quanto à possibilidade conferida pela lei de que os efeitos da declaração possam valer para momento posterior ao que proferida a própria declaração de inconstitucionalidade, já que confere um poder muito grande ao Supremo Tribunal Federal. Assim, deve-se manter sempre em vista que a eficácia para o futuro tem como intuito impedir que a retirada da norma inconstitucional ocasione um “buraco negro”, cujas conseqüências se mostrem mais danosas à ordem constitucional do que a manutenção provisória do diploma legal. Dessa forma, o início dos efeitos da declaração deve coincidir com o tempo necessário para que o legislador possa criar a lei cabível. Segundo leciona Daniel Sarmiento “Nada justifica que se retarde por mais de seis meses os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade”.<sup>159</sup>

Dirley da Cunha Júnior é do entendimento que, quanto à modulação da eficácia temporal, pode o Supremo Tribunal Federal deliberar que a decisão somente opere efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou a partir de outro momento, que deve se situar dentro do lapso compreendido entre a entrada em vigor da norma impugnada e o trânsito em julgado da decisão que declarou sua inconstitucionalidade. Não pode o art. 27, da Lei 9.868/99 ser interpretado de forma a permitir o diferimento da eficácia constitutiva da decisão do Supremo Tribunal Federal, mormente pelo fato de que não há qualquer disposição quanto ao prazo para a manutenção da lei

---

Dialética, 2002. p. 94.

<sup>157</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 27-28.

<sup>158</sup> Id. Ibid. p. 29.

<sup>159</sup> Id. Ibid. p 128

ou ato normativo declarado inconstitucional para além do trânsito em julgado da Constituição, como acontece no direito austríaco, em que há previsão constitucional expressa desse diferimento, sujeito a prazo não superior a um ano, o que já inibe a ocorrência de abusos.<sup>160</sup>

Esta possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade já foi reconhecida pelo STF em decisão proferida na ADIN 2.240. A ação direta aqui mencionada reconheceu a inconstitucionalidade da Lei 7.619/00, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, por entender que a mesma afrontou o disposto no art. 18, § 4º, da Constituição, que prevê a possibilidade de criação de Município somente após o atendimento dos requisitos previstos em lei complementar específica, e que por não existir à época da criação do Município, impedia que este existisse. No entanto, levou-se em consideração que o Município já existia de fato há mais de seis anos, o que configurava uma situação de exceção, que embora antijurídica, já se encontrava consolidada. Assim, embora reconhecida a inconstitucionalidade, em nome da segurança jurídica, foi mantido o Município.

Observe-se, neste sentido, parte da ementa do acórdão:

[...]

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 à norma a 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 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.

Do acórdão se percebe que o Supremo Tribunal Federal encampou a tese da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, fazendo com que a lei se mantenha vigente mesmo após o reconhecimento de sua incompatibilidade com a Constituição.

<sup>160</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Edições Juspodium, 2008. p. 359.

É claro que o exercício de tal entendimento deve ser feito com muita prudência e através da análise detida de cada caso concreto, sob pena de se vulnerar não apenas a Supremacia da Constituição, mas o próprio princípio da separação de poderes.

O art. 27, da Lei 9.868/99 traz dois requisitos materiais que servem de norte ao julgador no momento de enfrentar a questão dos efeitos de sua decisão, tendo servido, outrossim, para sublinhar o fato de que tal matéria não deve ser encarada de forma absoluta, permitindo, portanto, temperamentos.

Embora defenda a inconstitucionalidade do art. 27, da Lei 9.868/99, Octávio Campos Fischer<sup>161</sup> é do entendimento de que a melhor saída seria que o mesmo fosse considerado válido, uma vez que isto traria uma maior segurança quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal. Aliás, conforme salienta o autor, não é o fato de se considerar válida tal norma que se terá um controle efetivo sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, pois este pode se basear no dispositivo legal para fundamentar suas decisões sem que estas tenham muita correspondência com a realidade. Para ele, portanto, o parâmetro crucial quanto à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade consiste na utilização do princípio da proporcionalidade.

Nesse diapasão cabe se perquirir acerca do conteúdo do princípio da proporcionalidade, já que todas as questões relativas à modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade necessariamente serão aferidas em virtude deste.

Para tanto, faremos um parêntese para se analisar o trabalho de Alexy neste sentido, já que ele é bastante esclarecedor quanto à dimensão de algumas categorias jurídicas que serão de relevante papel para a solução dos problemas aqui propostos.

Assim, parte Alexy, num primeiro momento da distinção entre regras e princípios, ressaltando que todos os dois institutos são espécies de um único gênero qual seja, a norma. A distinção entre as duas categorias, por sua vez, ocorre dentro de um critério qualitativo. Dessa forma, os princípios são mandamentos de otimização, configurando normas que ordenam que algo seja feito na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Portanto, os princípios podem ser satisfeitos em diversos graus, sendo que a medida de sua satisfação depende não só da situação fática subjacente como também em virtude dos princípios e regras colidentes. As regras, por seu turno, são normas que valem no tudo ou nada,

ou seja, ou são cumpridas ou não são. As regras contêm determinações no âmbito daquilo que fático e juridicamente possível.<sup>162</sup>

A distinção entre princípios e regras vai se mostrar com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Assim, um conflito entre regras somente pode ser solucionado se uma das regras possuir uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se uma das regras for declarada inválida. A extirpação da norma inválida do sistema vai obedecer a outras regras, tais como “lei posterior derroga lei anterior” ou “lei especial derroga lei geral”, ou ainda, se estabelecendo hierarquia às regras. Nesse diapasão, para solucionar um conflito entre regras se estabelecerá uma decisão sobre validade. Já a colisão entre princípios se soluciona de maneira distinta. Nesse caso um dos princípios colidentes deverá ceder, mas não há a declaração de invalidade de qualquer um deles. Também não se faz necessária a inclusão de qualquer cláusula de exceção. Haverá, então, precedência, em virtude de determinadas condições, de um princípio sobre o outro, não sendo isso, contudo, determinante que, mudando o panorama também seja invertida a prevalência dos princípios em conflito. Conforme define Alexy, conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto conflito entre princípios se desenrola na dimensão do peso.<sup>163</sup>

Por consubstanciarem os princípios interesses que se encontram abstratamente no mesmo nível, somente diante do caso concreto é que se poderá estabelecer qual o princípio que terá o maior peso na sua aplicação. Por sua vez, muitos princípios constitucionalmente protegidos trazem uma contrariedade se forem aplicados simultaneamente. Assim, alguns princípios restringem as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios. Essa situação, contudo, não se resolve com a mera invalidação de um dos princípios e com sua eliminação do ordenamento jurídico. Também não se vislumbra resolução por meio da introdução de uma regra de exceção a um dos princípios, a ser utilizada em todos os casos futuros. A solução, portanto, repousa na configuração de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto, ou seja, serão fixadas as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro, sendo que mudando as circunstâncias a solução poderá variar.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> FISCHER, Octávio Campos, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 250-251.

<sup>162</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87-91

<sup>163</sup> Id. Ibid. p. 91-94

<sup>164</sup> Id. Ibid. p. 95-96

Há uma conexão entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade (designada máxima da proporcionalidade por Alexy). O princípio da proporcionalidade contém três princípios parciais: adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito).<sup>165</sup>

Segundo o subprincípio da adequação a medida emanada do Poder Público deve ser apta para se atingir os fins com ela buscados. O princípio da necessidade ou exigibilidade impõe ao Poder Público a adoção da medida menos gravosa para se atingir o objetivo visado. Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito envolve uma análise da relação custo-benefício da norma, de forma que o ônus por ela imposto seja inferior ao benefício que dela advém.

Para Daniel Sarmento:

Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.<sup>166</sup>

Segundo Alexy, “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.”<sup>167</sup>

De acordo com Daniel Sarmento<sup>168</sup>, o princípio da proporcionalidade está ligado à noção de que os atos do Poder Público devem ser adequados e proporcionais em relação às situações que visam atender. Tem ele como intuito a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos dos membros da sociedade. Se configura, então, como ferramenta de aferição da conformidade das leis e atos normativos com os ditames da razão e da justiça.

Portanto, diante de tudo o que se verificou acima, mais importante do que se perquirir acerca da constitucionalidade ou não do art. 27, da Lei 9.868/99, é verificar se sua aplicação efetivamente está fazendo valer os princípios constitucionais e o corpo da Constituição

<sup>165</sup> Id. Ibid. p. 116-117

<sup>166</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 89

<sup>167</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 117

<sup>168</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 77

como um todo, ou seja, deve-se verificar se a modulação dos efeitos temporais da decisão de constitucionalidade agiu o órgão julgador com a devida ponderação de valores, observando os princípios envolvidos e desenvolvendo o devido sopesamento de cada um deles, de forma que se possa verificar *in casu* qual o princípio prevalente: aquele que baseia a extirpação da norma invalidada *in totum* ou o outro que subsidia a permanência de efeitos quanto à norma invalidada.

Por isso é que para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não basta se apontar a presença dos requisitos elencados na norma instituidora dessa possibilidade, haverá a decisão sempre de ser fundamentada.

Conforme esclarece Octávio Campos Fischer<sup>169</sup>, é obrigatória a fundamentação quando se decide dar efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, mormente em matéria tributária, quando não somente devem ser elencados os fundamentos jurídicos, mas também os dados fáticos que levaram àquele entendimento. Nesse sentido, confira-se o seu magistério:

“Enfim, é de ser salientado que o ‘argumento *ad terrorem* do prejuízo’, pura e simplesmente, não é suficiente para a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Afinal, prejuízo, no sentido de diminuição do capital, sempre haverá. O que defendemos é que a restrição dos efeitos somente pode ocorrer, em matéria tributária, se os prejuízos forem de tal ordem que possam levar a uma situação irreparável em relação ao patrimônio público”

Nesse passo, cabe fazer alusão à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no AgR no RE 392.139 em que se deixou assentado que mesmo se admitindo a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente, em sede de controle difuso, a medida, por ter caráter excepcional, somente tem lugar em havendo manifestação expressa do Tribunal sobre o tema, reconhecendo a observância dos requisitos previstos no art. 27, da Lei 9.868/99.



## 5 APLICAÇÃO DO ART. 27 DA LEI 9.868/99 EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

### 5.1. Repetição do Indébito Tributário

Onde quer que exista poder político haverá tributo. Nenhum Estado pode prescindir da instituição do Poder de Tributar. Contudo, o fenômeno tributário sofre adaptações variáveis no tempo e no espaço, de acordo com os valores reinantes em um determinado momento histórico. Quando este fenômeno passa a ser regulado através de normas inseridas dentro do ordenamento jurídico tem-se a criação de limitações ao poder de tributar, que se presta justamente para a defesa do sistema tributário e do próprio regime político do país.<sup>170</sup>

Na atual disciplina normativa da matéria tributária, esta não escapa do estudo imbricado com a matéria constitucional. Isto assim ocorre pelo fato de ter a Constituição de 1988 tratado dela de forma tão minuciosa, regulamentando o sistema tributário quase à exaustão. Desta forma, quase todas as questões tributárias se resolvem através da análise constitucional dos institutos previstos na Carta Magna.

Assim, com relação ao controle de constitucionalidade em matéria tributária deve-se ter uma atenção especial quanto aos limites da jurisdição constitucional, tendo em vista que, por se tratar de área muito sensível no campo da política, lidando intimamente com as finanças do Estado, haverá uma preocupação maior em não se permitir a politização das questões colocadas sob julgamento. Realmente, no campo tributário será comum a existência de decisões juridicamente justas e corretas, mas que impliquem em efeitos problemáticos.

A resolução, então, seria partir para um exame tópico de cada caso, a fim de se verificar qual o interesse que deve prevalecer, através de um juízo de ponderação, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade.

De qualquer sorte, a tese defendida no presente trabalho é a de que não se poderá utilizar da modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade para impedir a repetição de indébito, sem que esta decisão esteja profundamente fundamentada,

---

<sup>169</sup> FISCHER, Octávio Campos, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259-260

<sup>170</sup> BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 1-2.

através da análise do caso concreto e através do sopesamento dos diversos princípios envolvidos na matéria objeto de exame.

A adoção do Estado Democrático de Direito em lugar do Estado Liberal também deu lugar a uma mudança na concepção do direito tributário. Dessa forma é que, anteriormente visualizado apenas como um conjunto de normas com a função precípua de defesa do contribuinte, ele passou a ser visto como um meio de realização de uma sociedade livre, justa e solidária. Há uma superação da visão do direito tributário como um mero Estatuto do Contribuinte, devendo, agora ser encarado como um instrumento de apropriação dos recursos dos particulares pelo Estado, a fim de que este possa cumprir suas funções sociais.

Dessa forma, se pode verificar que a tributação será maior no Estado Democrático de Direito, uma vez que não pode ele manter o mesmo nível de tributação do Estado Liberal, sob pena de não ver cumprido seus desígnios.

A partir dessa premissa, portanto, deve-se entender que, para manter a sua coerência interna, a Constituição de 1988, ao aumentar o âmbito de atuação do poder público, estabeleceu mecanismos necessários e suficientes para que se obtenha os recursos necessários ao custeio dessas atividades.

É claro que o aumento da carga tributária tem como limite o princípio da capacidade contributiva, de modo que não poderá o Judiciário querer implementar todas as diretrizes constitucionais de uma só vez, sob pena de causar não só o aniquilamento do Estado como da sua população.

No entanto, a própria concepção do Sistema Constitucional Tributário deve ser levada em consideração no estudo das modulações dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Isto porque a limitação desses efeitos na seara tributária, ao impedir o retorno ao contribuinte daquilo que lhe foi indevidamente tirado, pode ferir outros princípios constitucionalmente protegidos. Assim, ao invés de servir de calibrador do sistema, a possibilidade de modulação dos efeitos pode fomentar a irresponsabilidade do legislador em sede tributária.

É claro que essa rigidez constitucional não significa que o legislador ordinário não tenha qualquer margem de liberdade regulamentatória acerca do fenômeno tributário, pois, como

alerta Paulo Pimenta<sup>171</sup>, caberá a ele escolher os meios necessários para atingir os escopos constitucionalmente protegidos. Além disso, alerta o autor que também há a possibilidade da lei complementar funcionar como parâmetro de fiscalização de constitucionalidade nos casos em que cabe a ela traçar normas gerais.

É de se ver que, conforme adverte Roque Carraza, o poder de tributar excepciona o princípio constitucional que protege a propriedade privada (art. 5º, XXII e 170, II). Assim, ao proteger a constituição o direito de propriedade, inclusive com a proibição de confisco, não pode haver tributação que torne este direito letra morta.<sup>172</sup>

Também Estevão Horvath faz ver que a tributação é uma forma de apropriação da propriedade do contribuinte. Dessa forma, necessário que ela se proceda, no Estado de Direito, mediante o consentimento dos cidadãos. O princípio da legalidade repousa justamente nessa autorização<sup>173</sup>. Contudo, além desse consentimento, necessário que faz que o poder de tributar seja exercido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Dessa forma, a criação de tributo inconstitucional não viola o princípio da legalidade, mas sim os princípios relacionados à proteção à propriedade e à proibição de efeito confiscatório.<sup>174</sup>

A repetição de indébito configura uma relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte, em que aquele tem o dever de devolver ao sujeito passivo da obrigação tributária o tributo indevido. A obrigação de devolver o tributo indevido decorre do pagamento indevido.<sup>175</sup>

Com relação à repetição do indébito deve-se, antes de tudo, se fazer a distinção entre o pagamento em si, que é uma realidade material e fática, situado no plano da conduta e a qualificação jurídica desse pagamento, que irá ser feita levando-se em consideração o

---

<sup>171</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 64-65

<sup>172</sup> CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 350.

<sup>173</sup> Faz ver Alberto Xavier que no campo tributário o princípio da legalidade surgiu dentro do direito consuetudinário. Assim, já no século XI os povos europeus entendiam que os tributos não poderiam ser cobrados sem que tivessem sido aprovados por assembléias representativas. Portanto, dentro do campo tributário a legitimidade da tributação estava ligada inicialmente à idéia de sacrifício coletivamente consentido. Com o advento do Estado de Direito, o princípio da auto-imposição deu lugar ao princípio da legalidade segundo dois sentidos básicos: o de que os tributos somente podem ser criados através de um procedimento formal levado a cabo pelo parlamento e o de que as intervenções do poder público na esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos requer autorização legal. (XAVIER, Alberto. Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 6-7)

<sup>174</sup> HORVATH, Estevão. O princípio do não-confisco no direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 43.

<sup>175</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 122-123.

ordenamento tributário.<sup>176</sup> A verificação da ocorrência do pagamento se dá mediante emissão de juízo de fato sobre a presença de seus elementos concretos, enquanto a qualificação jurídica do pagamento pressupõe um juízo de valor quanto à adequação do ato ao ordenamento. Esse fundamento de validade deve ser feito em dois níveis. Assim, em primeiro lugar deve-se submetê-lo a um fundamento imediato, consistente na lei tributária que prevê o pagamento, para, posteriormente, buscar-se o fundamento mediato, referido à Constituição.

Diante do quanto explanado acima o pagamento pode ser considerado indevido tanto em virtude de não se encontrar compatível com lei (ilegalidade) ou pelo fato de não se coadunar com a Constituição (inconstitucionalidade).

Para Ricardo Lobo Torres, a obrigação de restituir não configura uma obrigação tributária, mas uma obrigação de direito público idêntica a qualquer outra obrigação passiva do Estado, sendo que seu fundamento se encontra nas idéias de justiça e equidade, pois visa a restituir o contribuinte à sua capacidade contributiva anterior.<sup>177</sup>

Marco Aurélio Greco<sup>178</sup> entende que a repetição de indébito assume a feição de uma inversão das posições ativa e passiva da relação jurídica tributária. Para ele também a repetição de indébito constitui uma garantia do contribuinte já que este não pode ser compelido a suportar carga tributária superior à validamente estabelecida.

Para Paulo de Barros Carvalho<sup>179</sup>, a figura do tributo indevido não deve ser entendida como uma mera prestação de fato, lecionando que as quantias exigidas pelo Estado no exercício de sua função impositiva ou pagas de modo espontâneo pelo contribuinte sob a crença de estar solvendo um débito fiscal também devem ser encaradas como tributos, dentro do conceito estabelecido pelo art. 3º do Código Tributário Nacional.<sup>180</sup> A circunstância de tais quantias virem a ser devolvidas pelo Poder Público não descaracteriza sua natureza de tributo.

---

<sup>176</sup> GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. Inconstitucionalidade da lei tributária, repetição de indébito. *Dialética*, 2002. p. 38.

<sup>177</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 262.

<sup>178</sup> GRECO, Marco Aurélio. Repetição do Indébito: Contribuição ao INSS sobre Pagamentos a Administradores, Autônomos e Avulsos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n° 52. p. 91-113. jan/2000. p. 92.

<sup>179</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 494-495

<sup>180</sup> CTN, art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Segundo Marcelo Cerqueira,<sup>181</sup> o fundamento da previsão legal da repetição do indébito deve ser encontrado na Constituição Federal, isto é, no Sistema Constitucional Tributário e nos princípios constitucionais que regem a matéria tributária.

A repetição do indébito tem como fundamento os princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé e da nulidade da norma inconstitucional.<sup>182</sup> Além disso, a repetição do indébito tributário está atrelada ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa. Este princípio, em outras palavras, veda que numa relação jurídica uma das partes tenha acréscimo patrimonial em detrimento de outra sem que isto seja lastreado pela existência de uma situação juridicamente protegida.

O enriquecimento sem causa é um princípio geral do direito, que se aplica a todos os seus ramos. O princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa procura evitar as situações nas quais um dado sujeito vem a obter um locupletamento à custa do patrimônio alheio, sem que exista um suporte jurídico para respaldar tal efeito. Em estudo sobre o enriquecimento sem causa em direito administrativo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>183</sup> que não se mostra razoável que, em virtude da presunção de legitimidade dos atos administrativos, os administrados que atuaram em sua conformidade sejam penalizados e sofressem prejuízos por agir justamente conforme se esperava deles.

O mesmo pensamento pode ser transposto para a declaração de inconstitucionalidade e repetição de indébito. Assim, a princípio não se pode penalizar o contribuinte que obedeceu ao comando legal, posteriormente reconhecido inconstitucional, impedindo-o de ser restituído dos valores indevidamente pago, uma vez que isto iria de encontro ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Leciona André Martins de Andrade que em tema de controle de constitucionalidade das leis, é inadmissível a penalização do destinatário do texto posteriormente declarado inconstitucional sempre que este tiver se conduzido de acordo com a norma, pois tal comportamento implicaria em violação aos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da

---

<sup>181</sup> CERQUEIRA, Marcelo Fontes de. Repetição do Indébito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 281

<sup>182</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 126.

<sup>183</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. Revista de Direito Administrativo. vol. 210. p. 25-35. out/dez 1997. p. 27.

moralidade administrativa, uma vez que quem deu causa ao comportamento do cidadão foi o próprio Poder Estatal<sup>184</sup>

Em estudo sobre o princípio do não-confisco entende Estevão Horvath<sup>185</sup> que a não restituição de tributos pagos indevidamente configura hipótese de confisco. Isso porque a quantia paga indevidamente a título de tributo ingressou nos cofres públicos por equívoco, não configurando tributo aquilo que é cobrado pelo Estado fora dos parâmetros constitucionais. Dessa forma, tudo o que ingressa em favor do Estado a esse título deve ser encarado como enriquecimento ilícito do Estado, e, portanto, confisco. Por isso, “todo importe recolhido indevidamente ao Estado, a título de tributo, deve ser devolvido ao contribuinte.”

Para Sérgio Silva deve-se observar que o Sistema Tributário Nacional possui uma característica que lhe é peculiar, qual seja, está exaustivamente regulamentado a nível constitucional, fazendo com que o poder tributário dos entes federativos seja desprovido de qualquer liberdade regulamentar ordinária. Salaria ele ainda para o fato de que esse posicionamento do Constituinte de 1988 é uma decorrência do entendimento de cunho liberal no sentido de que o pagamento de tributos seria uma indevida invasão do Estado no patrimônio privado. No entanto faz ver que se exercida a tributação em consonância com os princípios que lhe são aplicáveis (isonomia, capacidade contributiva, anterioridade, legalidade), não representa uma indevida invasão do Estado no patrimônio privado, mas sim a constitucional exigência da participação das pessoas no custeio das atividades estatais (divisíveis e indivisíveis), as quais são desenvolvidas para satisfação do bem comum.<sup>186</sup>

No entanto, conforme explicitado pelo autor, como os limites do exercício das competências tributárias pelos entes tributantes se encontram amplamente previstos na Constituição (diferentemente do que ocorre em outros países), se o legislador infraconstitucional paulatinamente desrespeitar tais limites a questão da tributação indevida deve merecer um tratamento mais demorado. É por isso que não se pode atribuir os mesmos efeitos quanto à relativização dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das normas no campo do Direito Tributário, já que nesta seara aqueles efeitos se mostrarão mais

---

<sup>184</sup> ANDRADE, André Martins de. A perigosa extensão ao direito tributário da teoria geral das nulidades. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n° 5. p. 9-12. fev/1996. p. 10.

<sup>185</sup> HORVATH, Estevão. O princípio do não-confisco no direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 104-105.

<sup>186</sup> SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Normas Tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 83 p. 150-167, agosto 2002. p. 158-160.

nefastos servindo de carta branca para que o legislador infraconstitucional viole os mandamentos constitucionais, exigindo tributos em contradição com os princípios fundamentais que devem reger a atividade tributária.<sup>187</sup>

Confira-se o que expressa o sobredito autor:

Como o interesse da Fazenda Pública pode sempre ser considerado como um interesse público superior, poder-se-ia chegar à situação em que os entes tributantes poderiam instituir tributos da forma que bem entendessem, ignorando as normas constitucionais, fiando-se na declaração com efeitos pró-futuro da inconstitucionalidade do tributo, o que poderia ser conseguido politicamente no recesso dos gabinetes de Brasília.

[...]

Dessa forma, é forçoso asseverar que a decisão proclamatória da inconstitucionalidade de lei fiscal deve possuir sempre efeitos retroativos, fulminando a norma jurídica desde a sua nascença, como forma de se conferir a devida efetividade aos princípios constitucionais tributários. Ou isso ou é melhor apagar os arts. 145 a 156 da Constituição Federal.<sup>188</sup>

Mais adiante assevera:

Se está claro que o legislador infraconstitucional exerceu sua competência com excesso de poder, criando um dever tributário inconstitucional para o contribuinte, não há razão jurídica que justifique o enriquecimento sem causa por parte da fazenda Pública. A afirmação de que a Fazenda não tinha qualquer direito aos valores recolhidos mas que, mesmo assim, deve permanecer com os mesmos, por uma questão econômico-financeira conjuntural, não possui qualquer fundamento jurídico.<sup>189</sup>

Com isto se afasta o argumento de que a aplicação dos efeitos *ex nunc* traria vantagens, uma vez que possibilitaria ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da norma, sem preocupações com os efeitos econômico-financeiros de sua decisão. No entanto, esse próprio fundamento já se mostra inconstitucional, pois pretende defender a discricionariedade do Supremo Tribunal Federal na declaração da inconstitucionalidade ou não de uma norma, mesmo lhe reconhecendo ser contra a Constituição. Ora, ao declarar a constitucionalidade ou não de uma norma, a corte suprema deve expor razões jurídicas para o seu entendimento final, sem se ater às conseqüências fáticas que essa decisão ocasionará. Estas conseqüências, por sua vez, serão levadas em conta no momento de se decidir acerca dos efeitos da decisão. No entanto, em matéria tributária, o que se quer demonstrar é que o Supremo Tribunal Federal tem discricionariedade muito limitada para estabelecer os efeitos de suas decisões em sede de controle abstrato, uma vez que os princípios inseridos no Sistema

---

<sup>187</sup> Id. Ibid. p. 160-161.

<sup>188</sup> Id. Ibid. p. 161.

<sup>189</sup> Id. Ibid. p. 163.

Tributário Constitucional impedem que o Fisco se aproprie indevidamente da riqueza particular irregularmente apreendida através do exercício do Poder de Tributar.

Ora, por estar fundamentado em tantos princípios, é claro que a possibilidade de se frustrar esse direito subjetivo do contribuinte deve estar amplamente justificado através do exercício da ponderação dos interesses conflitantes no caso concreto.

Em estudo sobre o tema Ana Paula Barcellos leciona que ponderação é uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A ponderação durante certo tempo esteve vinculada à teoria dos princípios, porém gradativamente vem se firmando como técnica de decisão jurídica autônoma. No entanto, a ponderação está relacionada a confrontos entre razões, interesses, valores ou bens constitucionalmente protegidos, tendo por fim ora a solução de conflitos normativos de modo menos traumático para o sistema como um todo, possibilitando a convivência das normas colidentes, ora a organização do raciocínio e da argumentação diante de situações nas quais haverá inevitavelmente uma ruptura do sistema, impedindo a aplicação ao caso de norma jurídica válida. A estrutura da ponderação passa por três etapas: em primeiro lugar se identificam as normas ou interesses em conflito. Na segunda fase se examina as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos. A terceira fase consubstancia a fase da decisão, em que se examina conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, de modo a se verificar os pesos a serem atribuídos aos diferentes elementos em disputa. É diante da distribuição de peso que se define o grupo de normas prevalente. Por fim deve-se avaliar o grau de intensidade da incidência do grupo normativo prevalente, utilizando-se aqui da vedação do excesso.<sup>190</sup>

Assim, a não restituição do tributo cobrado em virtude de lei reconhecida inconstitucional reputa em admitir a atuação desleal do Fisco perante o administrado, descumprindo o princípio da boa-fé. De se ressaltar que o contribuinte ao pagar o tributo de acordo com a lei age de boa-fé, de forma que, qualquer decisão que impossibilite tal restituição deverá trazer razões suficientes, pois irá de encontro ao próprio princípio da moralidade.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55-57

<sup>191</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 126.



Conforme faz ver Luís Roberto Barroso<sup>192</sup> o princípio da confiança legítima impede que o Poder Público frustre de forma deliberada a expectativa que tenha criado no administrado. Assim, o dito princípio se relaciona com noções como coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos. Já a boa-fé se refere a uma atitude de lealdade e transparência, sem a intenção de lesar, locupletar-se ou obter vantagem indevida ou irrazoável. Este princípio, conforme ressalta o professor, consubstancia a versão jurídica do mandamento ético de respeito ao próximo, do qual se extrai o dever de tratar o outro com a mesma medida com que gostaria de ser tratado.

Isso se torna ainda mais patente diante da presunção de validade que possui toda norma jurídica vigente. Dessa forma, não pode o contribuinte, por si só, deixar de cumprir a norma por entendê-la inconstitucional. Não, é necessário que o Judiciário reconheça a invalidade da norma. Assim, se uma norma tributária cria um tributo, posteriormente reconhecido inconstitucional, a impossibilidade de se ressarcir do indevidamente pago gerará ao fim ao cabo uma grande insegurança jurídica, pois ao contribuinte nunca será dado saber com certeza se há legitimidade na atuação do Poder Fiscal e se essa legitimidade será encampada ou não pelo Poder Judiciário, acarretando, portanto, o perigo de descumprimento voluntário do ordenamento jurídico, ante a impossibilidade de se prever de antemão que, uma vez reconhecido o pagamento indevido, será possível fazer valer o direito à restituição.

É por essa particularidade, portanto, que torna imperiosa uma análise particular quanto à modulação dos efeitos da decisão proferida em controle de constitucionalidade em matéria tributária, uma vez que há uma proteção constitucional especial quanto ao direito à restituição do indébito.

É de se ver que tais hipóteses se mostrarão excepcionais. O que se defende, aqui, portanto, é que, embora se possa admitir, em tese, que sejam dados efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade em matéria tributária, de modo a impossibilitar a restituição do indébito, na prática, deverá tal decisão estar suficientemente embasada em razões fortes que sejam capazes de afastar todos os princípios jurídicos, constitucionalmente protegidos, que estão por trás do direito à restituição do indébito.

---

<sup>192</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, v. 2 p. 261-288, 2006. p. 276

Helenilson Cunha Pontes<sup>193</sup> defende que, no sistema jurídico brasileiro, possui o contribuinte direito fundamental a recolher tributo cuja base normativa esteja em conformidade com a Constituição Federal. Dessa forma, pronunciada a inconstitucionalidade da lei tributária impositiva há a necessidade inexorável de devolução integral do tributo recolhido com base nela. Prossegue o autor afirmando que essa imperatividade da devolução não está submetida a ponderações axiológicas decorrentes da flexibilização dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade ou a razões de Estado, como a dificuldade para promover a restituição dos valores indevidamente recolhidos, sob o perigo de se promover a proliferação de inconstitucionalidades úteis. Finaliza, então, ressaltando que a devolução do indébito tributário, recolhido em virtude de lei inconstitucional, é um mandamento que se impõe em virtude do princípio da Supremacia da Constituição e do caráter eminentemente constitucional do dever tributário.

O pensamento de Thomas Bustamante é de que a imposição de um gravame tributário inconstitucional pelo Estado consubstancia uma autêntica violação ao Direito Fundamental. No entanto, diante da nova concepção dos direitos fundamentais, que são vistos exatamente como a base sob a qual se assenta o sistema jurídico, deve a eles ser dada força normativa plena. Dessa forma, deverá a Constituição garantir a desconstituição dos atos praticados em desconformidade com os direitos fundamentais. De igual modo, o poder de tributar configura uma limitação legítima à liberdade e à propriedade. Ao revés a obrigação de pagar tributos constitui um dever fundamental do cidadão, já que o Estado necessita de recursos para alcançar as finalidades a que se destina. Contudo, quando se verifica a ocorrência de uma violação às normas constitucionais referentes à tributação, já não se lida mais com limitações toleradas à liberdade e à propriedade do cidadão, mas sim com autênticas transgressões dos direitos fundamentais relativos à liberdade e à propriedade, bem como ao princípio do não-confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, o que não é permitido pelo direito. Em razão, portanto, da garantia de tais direitos, a declaração de constitucionalidade de uma lei instituidora de um gravame somente pode produzir efeitos *ex tunc*, sob pena de se permitir a tutela jurídica de um ato de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> PONTES, Helenilson Cunha. Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade. São Paulo: Dialética, 2005. p. 80-81

<sup>194</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. nº 59, agosto 2000. p 119-122

Ives Gandra da Silva Martins, em revisão do seu pensamento anterior, que era pela impossibilidade de modificação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade *tout court*, passou a admiti-la, exceto em matéria tributária, sob o fundamento de que se se aceitasse a modulação de efeitos contra os contribuintes, todos os governos passariam a exigir tributos ilegais ou inconstitucionais para depois alegar a grave lesão aos cofres públicos e constitucionalizar, com a modulação dos efeitos, as cobranças inconstitucionais, gerando uma irresponsabilidade fiscal ilimitada.<sup>195</sup>

Já Ricardo Lobo Torres<sup>196</sup> é a favor da flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o fim de restringir a repetição de indébito. Para ele, a declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de atingir, no campo tributário, certos institutos como a coisa julgada, o lançamento definitivo, os créditos prescritos e as situações que denotem vantagem econômica para o contribuinte.<sup>197</sup>

No direito alemão há lei do Tribunal Constitucional que firma sua competência para declarar a inconstitucionalidade da lei, mas garantindo a integridade de outra sentença irrecurável. Também aqui há a possibilidade de se impedir a restituição do tributo, através da declaração de inconstitucionalidade da norma sem que seja decretada sua invalidade.<sup>198</sup>

No direito italiano, quanto ao direito tributário, tem prevalecido o entendimento de que as decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma devem deixar preservados os efeitos do *rapporto esaurito*. Não há contudo, consenso quanto ao que se deve entender como *esaurimento di rapporto*, sendo que para alguns ele se configura através do simples pagamento que, esgotando as relações, impede a restituição do tributo; para outros somente a coisa julgada ou o lançamento irrecurável consubstanciam a exaustão indene à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade. Por fim, a Suprema Corte italiana entende que a definitividade das relações econômicas desenvolvidas de acordo com a lei inconstitucional não pode ser afetada pela

---

<sup>195</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos Prospectivos de Decisões Judiciais em Matéria Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 177, p. 48-58, jun 2010. *passim*.

<sup>196</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A declaração de inconstitucionalidade e a restituição de tributos. *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 8. São Paulo: Dialética, p. 99-100.

<sup>197</sup> Não constitui objetivo deste trabalho adentrar na seara acerca da retroatividade das declarações de inconstitucionalidade frente à coisa julgada e aos institutos da prescrição e decadência, uma vez que isso ampliaria muito o tema e desbordaria da própria sistemática escolhida para apreciação da matéria. Acreditamos, contudo, que as matérias se encontram interligadas, somente o seu desenvolvimento deve ser objeto de obra própria.

<sup>198</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Op. Cit. p. 100.

anulação *ex tunc*, pois o princípio da capacidade contributiva se sobrepõe a qualquer justificativa para a restituição.<sup>199</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, antes da entrada em vigor da Lei 9.868/99, já tinha entendimento predominante no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma em matéria tributária deve ter efeitos *ex tunc*, de forma a possibilitar a repetição do indébito. Cabe, contudo, fazer alusão ao julgamento proferido na ADIN 1.102-2, que reconheceu a inconstitucionalidade da incidência da contribuição social sobre autônomos e empresários. Embora tenha se mantido fiel à tese da eficácia *ex tunc* da decisão, houve voto do Ministro Maurício Côrrea, que ficou vencido neste ponto, adotando o quanto constante no parecer do Subprocurador Geral da República Carlos Roberto de Siqueira Castro, propugnando que no caso se flexibilizasse a aplicação de efeitos retroativos à decisão, sob o fundamento de que somente assim se haveria de salvaguardar os interesses do Estado e para evitar calamidades aos cofres da Previdência Social. No entanto, os ministros Marco Aurélio<sup>200</sup> e Sepúlveda Pertence<sup>201</sup> votaram favoravelmente pela eficácia *ex tunc*.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 560.626-1, já sob a vigência da lei 9.868/99, entendeu por emprestar efeitos *ex nunc* à decisão que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77. No caso entendeu-se que as normas relativas à prescrição e decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada à lei complementar, devendo sua disciplina ser homogênea, razão porque à matéria devem incidir as normas insertas no Código Tributário Nacional. Na prática, a decisão teve como finalidade diminuir o prazo decadencial e prescricional contra a Fazenda Pública de dez para cinco anos, de modo que todos os lançamentos tributários ocorridos levando em conta o prazo de dez anos passariam a ser considerados inválidos, o que ensejaria a restituição dos tributos recolhidos sob a sua égide. Para impedir, contudo, tal fato foi dado efeito *ex nunc* à decisão, excepcionando, contudo, as ações propostas antes da conclusão do julgamento. Mas o voto do Relator do acórdão

---

<sup>199</sup> Id. Ibid. p. 100-101.

<sup>200</sup> O Ministro Marco Aurélio fundamentou sua tese reconhecendo as dificuldades de caixa decorrentes do sistema de seguridade social, mas entendeu que as mesmas não deveriam ser potencializadas a ponto de colocar em plano secundário a segurança que deve permear a relação cidadão-Estado.

<sup>201</sup> Em seu voto o Ministro Sepúlveda Pertence dissociou duas situações distintas, para verificar a possibilidade de se flexibilizar a eficácia *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade. De um lado colocou aquelas situações em que a lei é considerada válida há algum tempo e, de repente, lhe é reconhecida a inconstitucionalidade, separando-as dos

– Ministro Gilmar Mendes – ganha uma particularidade diante da fundamentação ali utilizada. Considerou o Ministro, para o seu voto, razões acerca da repercussão e insegurança jurídica que se poderia ter na hipótese. Contudo, não houve uma pormenorização em que consistiria essa repercussão e em como estaria configurada a insegurança jurídica no caso, reputando legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão do julgamento. O único voto destoante com relação à matéria foi o do Ministro Marco Aurélio, lembrando que a questão tratada no Recurso Extraordinário não é nova, sendo que o primeiro pronunciamento do Tribunal quanto à necessidade de lei complementar ocorreu em 1992, ressaltando, portanto, que não se poderia cogitar de surpresa acerca da decisão agora proferida para o Estado, o que afastaria o argumento da segurança jurídica. Nesse contexto, entende ele que não cabe a modulação pretendida, salientando que em outra oportunidade, quando a modulação dos efeitos favoreceria os contribuintes (questão da alíquota zero e do Imposto sobre Produtos Industrializados), o Tribunal foi justamente no caminho oposto. Ressaltou, por fim, o voto discordante que a modulação dos efeitos no caso em apreciação sinalizaria no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais, já que, diante da morosidade da justiça, acaba-se chegando a um meio termo que, em vez de homenagear a Constituição, passa a mitigá-la.

No prosseguimento da matéria, cabe, então, se fazer menção à ressalva colocada por Dirley da Cunha Júnior, *in verbis*:

É preciso, todavia, alertar para os perigos que o mau uso da faculdade prevista no art. 27 da Lei 9.868/99 pode gerar para o cidadão, sobretudo em matéria tributária. Aponte-se, apenas para ilustrar, que a Suprema Corte norte-americana, ao declarar a inconstitucionalidade de lei que havia instituído ou majorado tributo, vem emprestando à decisão efeito constitutivo (*ex nunc*), com o que retira do contribuinte a possibilidade de o mesmo restituir-se do que pagou indevidamente, sob o argumento de que já desfrutara dos benefícios proporcionados pelo emprego do dinheiro recolhido pelo tributo. Essa jurisprudência da Suprema Corte – a toda evidência – é absolutamente incompatível com a realidade brasileira.<sup>202</sup>

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia enfrentado expressamente a matéria no julgamento da ADIN 513, em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 11, da Lei 8.134/90, por considerar que a norma instituía coeficiente de aumento de imposto de renda, sem a observância do princípio da irretroatividade e da anterioridade. Na defesa prestada, a

---

casos em que a constitucionalidade da lei já vem sendo de muito tempo questionada. Reconhecendo que na hipótese ali em julgamento se encontrava presente a segunda situação, decidiu por emprestar efeitos *ex tunc* à decisão.

<sup>202</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Edições Juspodium, 2008. p. 360.

Fazenda Pública argüiu que no controle concentrado deveria o Tribunal evitar a ocorrência de vazio jurídico, caso viesse a ser declarada a inconstitucionalidade da lei, propugnando, ainda, que, no que diz respeito à constitucionalidade das normas tributárias, os doutrinadores e tribunais estrangeiros têm levado em consideração o dispêndio já feito de receita em benefício do contribuinte e a desorganização das finanças públicas, eventualmente provocados por sentenças judiciais de inconstitucionalidade. Com relação a tais argumentos, o Ministro Célio Borja, relator da ação, entendeu que o caso dos autos não comportava tal interpretação, porque nele não se cuidava de receita já auferida pelo Tesouro, mas de ingresso futuro, a ser apurado na declaração anual e pago posteriormente. Também entendeu que não havia ameaça declarada à solvência do Tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política e socialmente relevante, que obrigasse a Corte a impedir os efeitos próprios da declaração de inconstitucionalidade.

Mais recentemente, o Ministro Joaquim Barbosa também proferiu voto acerca da matéria, conforme se observa do julgamento proferido no AI 472.768 AgR, restando assim consignado o seu voto, *in verbis*:

[...] em matéria tributária, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é um truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações.

Para Andrei Pitten Velloso<sup>203</sup>, a atribuição de efeitos *ex tunc* às declarações de inconstitucionalidade de leis impositivas é exigida não somente em virtude da Supremacia da Constituição, mas exatamente pela própria noção conceitual de tributo, que possui caráter *ex lege*. Assim, os tributos são fruto do poder de império estatal e que se impõem inexoravelmente aos cidadãos. É portanto inconcebível sustentar-se que o exercício inconstitucional do poder de império estatal possa originar obrigações heterônomas válidas. Por isso é que também não se pode validar tais obrigações mediante a exclusão dos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade, pois isso significaria afirmar que o Poder Público pode apropriar-se da

---

<sup>203</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária “Modulação” dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário. n° 157. p. 7-16. outubro, 2008. p. 11-12.

propriedade dos cidadãos sem o necessário consentimento popular. Os interesses fazendários não podem justificar lesão à Constituição, mesmo que mascarados de interesses econômico e sociais.

Segundo o mencionado autor, no momento em que a jurisdição constitucional prioriza em suas decisões argumentos práticos, deve ela considerar todas as implicações que sua decisão vai ocasionar, inclusive levar em conta eventual estímulo para que se descumpra a Constituição. No direito tributário tais implicações têm grande relevância, uma vez que ao se negar efeitos retroativos às pronúncias de inconstitucionalidade em matéria tributária, se passa a abonar a utilização pelo Poder Público de institutos de direito tributário para se apropriar de parcela da propriedade privada sem o devido respeito às limitações constitucionais ao poder de tributar, ao mesmo tempo vulnerando não só tais limitações como o próprio direito fundamental de propriedade.<sup>204</sup>

Confira-se textualmente o quanto por ele apregoado:

Diante desse quadro, porque o Poder Público, sempre sedento por recursos e raramente ávido por orientar-se pelos ditames jurídicos para obtê-los, iria deixar de criar ou majorar tributos ao seu alvedrio, se é financeiramente irresponsável pelas lesões às limitações constitucionais ao poder de tributar? Pela sua anêmica “vontade de Constituição”? Ou quiçá pela possibilidade de um longínquo dia o guardião desta vir a pronunciar a inconstitucionalidade dos seus atos com efeitos meramente prospectivos, dada a prevalência dos seus interesses (do Poder Público) perante a Constituição?<sup>205</sup>

## 5.2. Segurança Jurídica x repetição de indébito

A segurança jurídica é um princípio constitucional implícito, que decorre do próprio Estado de Direito. Ele se liga, então, às noções de certeza e previsibilidade, finalidades estas perseguidas pela própria idéia de direito.

O Estado de Direito possui duas dimensões, uma material e outra formal. No primeiro sentido o Estado de Direito é visto como aquele que se estrutura sob as idéias de justiça e segurança jurídica. Sob o aspecto formal, o Estado de Direito compreende componentes como a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; divisão das funções do Estado, de modo a preservar a harmonia e o equilíbrio entre elas; legalidade da administração pública;

---

<sup>204</sup> Id. Ibid. p. 12-13.

<sup>205</sup> Id. Ibid. p. 13

proteção da boa-fé e da confiança que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.<sup>206</sup>

O conceito de segurança jurídica não é de todo indeterminado. Ele já possui um núcleo conceitual suficientemente desenvolvido, concernente à necessidade de que em um sistema jurídico deve estar presente a previsibilidade, ou seja, de se saber de antemão quais são as conseqüências decorrentes da prática de um ato. O princípio da segurança jurídica pretende exatamente assegurar essa previsibilidade constante de se saber o que esperar dos outros.

Para Ricardo Lobo Torres<sup>207</sup>, embora segurança jurídica se consubstancie na a certeza e garantia de direitos, significa, sobretudo, segurança dos direitos fundamentais. Dessa forma, ela é um valor fundamental no Estado de Direito, uma vez que o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas, bem como previsibilidade na ação do Estado.

A segurança jurídica abrange a elaboração, a aplicação, a interpretação e a própria positivização do ordenamento jurídico, podendo ser entendida como valor e como direito fundamental, incorporando um direito republicano. Além do mais, A segurança jurídica se caracteriza pela polaridade. Assim, ela não pode levar nem ao seu descaso total nem ao exagero na sua defesa, já que todos os dois casos podem levar à insegurança. Por fim, segurança jurídica não se confunde com segurança social. Assim é que, enquanto a primeira se reveste principalmente com o manto de segurança dos direitos fundamentais, a segurança social configura um direito a prestações positivas do Estado.<sup>208209</sup>

Faz ver Almiro do Couto e Silva<sup>210</sup> que o Estado de Direito se equilibra sobre elementos aparentemente antagônicos, quais sejam, justiça e segurança jurídica. Assim, embora ambas se complementem, muitas vezes também se posicionam em campos opostos, a exemplo do

---

<sup>206</sup> COUTO E SILVA. Almiro do. Princípio da legalidade da Administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público. N. 84. p. 46-63. out/dez 1987. p. 46.

<sup>207</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25/09/2009. p. 3.

<sup>208</sup> Id. Ibid. p. 3 *et seq*

<sup>209</sup> Para Ricardo Lobo Torres, o constituinte de 1988 quis sobrepor a segurança social na segurança jurídica, o que levou a uma diluição da parafiscalidade na fiscalidade, criando um grande sistema de seguridade (art. 195), financiado por contribuições sociais pagas pelas pessoas que não usufruem das prestações estatais. Enxerga o autor tal posicionamento constitucional como uma anomalia que leva à relativização dos princípios de limitação do poder tributários que exatamente são aqueles que correspondem à segurança dos direitos sociais.

<sup>210</sup> COUTO E SILVA. Almiro do. Princípio da legalidade da Administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público. N. 84. p. 46-63. out/dez 1987. p. 46-47.



que ocorre com o instituto da prescrição, que sacrifica a justiça em favor da segurança jurídica. No entanto, o autor ressalta que esse conflito entre justiça e segurança jurídica somente existe quando se toma a justiça como valor absoluto, que não concebe possa o justo transformar-se em injusto nem o injusto tornar-se justo.

Confira-se o seu magistério, *in verbis*:

A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária.

[...]

Quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça.<sup>211</sup>

Contudo, embora já exista essa incipiente densificação do conceito de segurança jurídica, a sua real delimitação depende da situação concreta a ser analisada por ocasião da modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade.

A segurança é uma característica da condição humana, configurando a pretensão que tem toda pessoa de saber o que esperar de suas relações com os demais. A segurança jurídica, por seu turno, significa a idoneidade do Direito para alcançar esse objetivo. De se ver, ainda, que o Direito, como instrumento de organização social por excelência, é imprescindível para a segurança. Conforme esclarecido por César Garcia Novoa<sup>212</sup>, dentro de um conceito básico de segurança jurídica pode-se dizer que a mesma consiste na própria existência do Direito. Assim, a própria existência do ordenamento jurídico já é, por si só, uma garantia da segurança. No entanto, a segurança que deriva da existência do Estado não pode localizar-se somente na sua condição de poder público compositor de conflitos. O Estado, que adquire sua máxima expressão através da judicialização do poder público, expressa a segurança também através de sua função de garantia. Por ela, a segurança no Estado não poderá ser outra coisa a que a segurança mediante a positivação do Direito. De uma parte, segurança prévia ao conflito, entendida como a existência

<sup>211</sup> Id. Ibid. p. 47

<sup>212</sup> NOVOA, César Garcia. El principio de Seguridad Juridica em Materia Tributaria. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 22-23.

de instrumentos tuteladores dos interesses individuais; de outro, segurança como conformadora e harmonizadora dos mesmos interesses quando esses colidem em eventuais conflitos.

Novoa distingue dois tipos de segurança jurídica: a segurança através do Direito e a segurança do próprio Direito.<sup>213</sup> Enquanto a primeira diz respeito à aplicação em si das normas jurídicas, a segunda concepção se relaciona à idéia de justiça material. Segundo o autor somente se pode conceber a segurança jurídica enquanto entendimento de um Direito merecedor de um juízo positivo de racionalidade. Prossegue o autor afirmando, então, que o direito à segurança jurídica, embora seja um direito que deriva de um princípio constitucional, recai sobre o Direito mesmo. É o direito a um Direito seguro, cujo objeto é, portanto a própria normatividade.<sup>214</sup>

Também se pode falar em segurança objetiva e subjetiva, a segurança objetiva diz respeito à própria certeza e previsibilidade do ordenamento jurídico, enquanto em sua acepção subjetiva, a segurança jurídica se liga à idéia de proteção da confiança, ou seja, se refere à previsibilidade e cálculo pelos indivíduos dos efeitos jurídicos de seus atos. Novoa defende uma superação de tal dicotomia<sup>215</sup>, defendendo que a proteção da confiança somente será possível a partir das manifestações objetivas da previsibilidade do ordenamento. Dessa forma, é a segurança material da norma jurídica que propicia a certeza do direito. A tradicionalmente chamada vertente subjetiva da segurança jurídica não é mais que a proteção individual das possibilidades de conhecimento do Direito e é sobre essas possibilidades que deve gravitar um eventual juízo de inconstitucionalidade por violação da segurança jurídica.

Cabe, do mesmo modo, fazer alusão a uma outra importante colocação do tema quando se distingue entre segurança de orientação e segurança de realização. A segurança de orientação consiste na previsibilidade referente à segurança das regras de conduta. Isso requer segurança sobre a qual está assentada a transcendência jurídica das decisões do cidadão, para a qual é necessária, ao mesmo tempo, uma segurança sobre a relevância jurídica dos fatos. Essa segurança afetará a definição das hipóteses normativas e, em concreto, a descrição legal, tanto dos pressupostos do fato como das conseqüências jurídicas. Já a segurança de realização diz respeito à segurança de que as proposições normativas, formuladas em termos hipotéticos, vão se aplicar a cada situação concreta de fato com respeito absoluto ao previstos nas mesmas e sem variações de critério na hora de resolver casos similares. Este segundo caso seria um exemplo da

---

<sup>213</sup> Id. Ibid. p. 23-24.

<sup>214</sup> Id. Ibid. p. 42.

<sup>215</sup> Id. Ibid. p. 74.

segurança aplicativa, entendida como uma exigência de segurança dirigida preferencialmente ao aplicadores do Direito – Administração e tribunais.<sup>216</sup>

Paulo de Barros Carvalho<sup>217</sup> diferencia o princípio da certeza do direito do princípio da segurança jurídica. Para o doutrinador, a certeza do direito consubstancia um sobreprincípio que se situa na própria raiz do dever-ser, não devendo ser entendido no sentido de previsibilidade, que estaria melhor incluído dentro do princípio da segurança jurídica. Assim, a certeza do direito é um atributo essencial, sem o qual não se pode produzir o enunciado normativo com sentido deôntico. Já o princípio da segurança jurídica decorre da própria concepção do ordenamento jurídico como um sistema, em que a certeza jurídica tem como objetivo coordenar as relações intersubjetivas, a fim de propagar o sentimento de previsibilidade no seio da comunidade jurídica. A segurança jurídica se bifurca em duas direções. Com relação ao futuro ela proporciona o aludido sentimento de tranqüilidade, o que abre espaço para o planejamento das ações. Já no que se reporta ao passado, a segurança se consubstancia na certeza do tratamento normativo dos fatos consumados, dos direitos adquiridos e da força normativa da coisa julgada.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>218</sup> defende que não há que se falar em segurança jurídica em favor do Fisco em virtude da posição de superioridade deste em relação ao contribuinte na relação jurídica tributária. Para ele, portanto, a segurança jurídica em matéria tributária somente pode ser invocada em favor do contribuinte, funcionando como mecanismo de contenção do arbítrio estatal.

Também para Ana Paula Ávila, a segurança jurídica é fundamento a ser invocado na proteção dos direitos dos cidadãos, e não exatamente dos interesses do Estado.<sup>219</sup> Ressaltando, especificamente quanto à possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade sob o fundamento de preservar a segurança jurídica que seria incongruente com os ditames da boa-fé a solução que permitisse ao Estado usar do poder de legislar em desrespeito à Constituição, levando, ainda como prêmio a possibilidade de ver mantido o proveito

---

<sup>216</sup> Id. Ibid. p. 75.

<sup>217</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 164-166

<sup>218</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 56

<sup>219</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 102

que tenha logrado em virtude da lei inconstitucional, muito especialmente se esse proveito se dá em detrimento dos direitos individuais.<sup>220</sup>

Dentro desse panorama, portanto, não seria viável invocar a segurança jurídica como fundamento da decisão que concede efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária, impedindo com isso a repetição do indébito, uma vez que esse fundamento somente poderia ser invocado em favor do contribuinte, sendo que este tipo de decisão obviamente irá se refletir em seu prejuízo.

Em estudo voltado para a análise do princípio da confiança em matéria tributária, Tiago da Silva Fonseca separa as noções de Estado enquanto agente normativo (Ministro ou Secretário da Fazenda, Secretário-Geral da Receita e Procurador-Geral) do Estado enquanto agente executor das normas criadas (fiscal, auditor e advogado público). Dessa forma, no caso do Estado que cria normas gerais e abstratas e que gera expectativas no contribuinte, induzindo-o a praticar um fato em decorrência da esperança e permanência e previsibilidade das regras, é evidente que a confiança é meio de proteção exclusiva do particular, configurando autêntica limitação constitucional ao poder de tributar não prevista no texto constitucional, mas que pode ser argüida como corolário da segurança jurídica.<sup>221</sup> Também sob este entendimento não haveria como se permitir a adoção de efeitos prospectivos às decisões de inconstitucionalidade em favor do Estado para se impedir a repetição do indébito tributário.

No entanto, diante do magistério de César Novoa, acima comentado, entendemos que o princípio da segurança jurídica pode ser usado tanto a favor do Estado quanto a favor do particular, uma vez que a segurança diz respeito ao Direito em si, e não a determinados indivíduos.

O que vai ser essencial estabelecer quando se está analisando a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade será a própria aplicação da norma impugnada. Nesse diapasão se a norma vem a ser impugnada após anos de aplicação pacífica, é claro que a modulação dos efeitos da decisão que declara sua inconstitucionalidade é perfeitamente possível sob o fundamento de preservação da segurança jurídica. Isto se torna ainda mais patente quando há mudança na interpretação que o Supremo Tribunal Federal concede a uma norma. No entanto, se a norma atacada já tem sua constitucionalidade questionada de

---

<sup>220</sup> Id. Ibid. p. 155.

<sup>221</sup> FONSECA. Tiago da Silva. Breve estudo da proteção do princípio da confiança à luz do Direito Civil, do Direito Administrativo e do Direito Tributário. *Revista Fórum de Direito Tributário*. Ano 8, n. 45, maio/jun 2010. p.88

maneira sistemática não se tem como razoável a alegação de motivos de segurança jurídica para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pois, em tal caso, a própria presunção de legalidade da norma já se encontrava sob questionamento.

Nesse sentido, aliás, deve-se fazer alusão ao quanto tem entendido a doutrina americana, para quem a decisão judicial que trouxesse novidade não deveria ter eficácia retrooperante, sob o fundamento de não se mostrar eqüitativa a decisão inesperada, que introduz direito novo, anulando relações pretéritas livremente estabelecidas sob a égide da legislação que até então não se encontrava sob suspeita de inconstitucionalidade. Além disso, segundo essa doutrina, o objetivo da eficácia retroativa é proteger o cidadão contra a reiteração de práticas inconstitucionais, o que não ocorre no caso de “*new law*”. Por fim, aduz ao argumento de que uma decisão judicial inesperada implica em sobrecarga do Tesouro Público, inclusive por não haver previsão orçamentária.<sup>222223</sup>

Levando em conta que o princípio da segurança jurídica decorre do Estado de Direito e é um dos seus fundamentos, pondera Ronaldo Redenschi que é em nome da segurança jurídica que decorre a presunção de constitucionalidade das leis. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, especialmente através da via direta, não pode servir como elemento ameaçador deste princípio. Dessa forma, o ordenamento não pode criar um instrumento que subverta os próprios valores sob os quais ele se encontra erigido. Se se permitisse, então, que a declaração de inconstitucionalidade, mormente considerando que esta não se encontra submetida a qualquer prazo prescricional ou decadencial, pudesse remover a qualquer tempo e modo institutos como a coisa julgada, o direito adquirido ou a preservação do ato jurídico perfeito, estaria se fazendo imperar a instabilidade eterna das relações jurídicas.<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A declaração de inconstitucionalidade e a restituição de tributos. Revista Dialética de Direito Tributário n° 8. São Paulo: Dialética. p. 103.

<sup>223</sup> É importante notar que tais considerações podem ser importantes quando finalmente o Supremo Tribunal Federal se decidir sobre a constitucionalidade ou não da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS (RE 240.785 e ADC 18), uma vez que aqui, a maioria da jurisprudência é favorável a tal inclusão. Assim, se por acaso houver a declaração de inconstitucionalidade de tal inclusão (o que provavelmente ocorrerá), isto pode ser entendido como mudança de jurisprudência, o que deve ser, então, levado em consideração quando se for pronunciar acerca da modulação dos efeitos da decisão da Corte Suprema.

<sup>224</sup> REDENSCHI, Ronaldo. Eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em via direta – modificações trazidas pelo art. 27 da Lei n° 9.868/99 – relações com o método de ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Temas de Interpretação do Direito Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 408-409.

No entanto, levando mais a fundo a questão é de se indagar se a repetição de indébito tributário ocasiona efetivamente uma insegurança jurídica. Para Andrei Velloso<sup>225</sup> não há insegurança jurídica no reconhecimento pleno do direito à repetição do indébito. Ao contrário, esse reconhecimento reforçaria a segurança jurídica dos contribuintes quanto à efetividade dos seus direitos constitucionalmente garantidos, corroborando a força jurídica das limitações ao poder de tributar. Na verdade, então, a questão desemboca apenas quanto aos aspectos financeiros que a decisão de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* possa ocasionar.

Conforme deixa consignado Aliomar Baleeiro<sup>226</sup>, devido à natureza compulsória dos tributos, não há escolha pelo contribuinte quanto ao seu pagamento. Assim, se mostra plenamente aplicável o princípio que não tolera o locupletamento indevido, de forma a não se impedir a repetição do indébito tributário. Frustrar tal direito seria, portanto, levar à instabilidade as relações entre contribuinte e Fisco.

Realmente, a questão passa ao largo de se saber se haverá ou não insegurança jurídica na admissão de repetição de indébito tributário, pois na verdade o risco aqui é inverso, ou seja, a não admissão desse direito é que pode gerar uma grande insegurança no corpo social, já que, justamente por se basear na presunção de validade das leis, age esta de boa fé ao cumprir o mandamento legal. Assim, ao efetivamente se reconhecer que o Poder Público agiu em desconformidade com os mandamentos constitucionais, a expectativa de todos é de que se retorne ao *status quo ante*, o que não ocorre com a admissão de efeitos prospectivos às decisões de inconstitucionalidade. Mas aí não há um princípio a ser contraposto em favor do Poder Público, já que não se pode cogitar de que exista boa-fé deste em exercer seu poder de tributar ao arbítrio da Constituição. Portanto, efetivamente a alocação “segurança jurídica” não pode servir de suporte para se proibir a repetição do indébito tributário, devendo a questão ser resolvida dentro da seara do interesse público quanto a tal possibilidade.

### **5.3. Interesse Social X Repetição de Indébito**

Segundo faz ver Ana Paula Ávila, o conceito de interesse social é mais fluido que aquele de segurança jurídica e contrasta exatamente com a proteção da previsibilidade,

<sup>225</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária “Modulação” dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário. n° 157. p. 7-16. outubro, 2008. p. 8.

<sup>226</sup> BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 877-878.

assegurada pela segurança jurídica. Dessa forma, entende a autora que sua inclusão no art. 27, da Lei 9.868/99 se torna muito questionável, violando os próprios fundamentos do Estado de Direito.<sup>227</sup>

Também Ronaldo Redenschi reconhece que é quanto ao interesse social que reside a maior dificuldade para se determinar em que casos este fundamentaria a aplicação da norma contida no art. 27, da Lei 9.868/99, uma vez que tal expressão se encontra permeada por um grande grau de abstração, indeterminação e relativização. Aqui se revela de extrema valia o método de ponderação de bens.<sup>228</sup>

Conforme suas palavras:

Assim sendo, poder-se-ia dizer que a fim de enquadrar alguma situação em caso de “excepcional interesse social” devemos ter um “excepcional” cuidado em qualificá-la desta forma e, com isso, permitir a aplicação do art. 27 da Lei n° 9.868/99. Não podemos perder de vista, não obstante já termos nos pronunciado favoravelmente pela mesma ao longo do presente estudo, que a disposição da referida norma é de caráter extraordinário, de exceção, isto é foge à regra geral de considerar a declaração de inconstitucionalidade dotada de eficácia *ex tunc*, razão pela qual a sua aplicação deve ser cuidadosamente analisada e justificada, a fim de não se transformar em verdadeiro instrumento do Poder Estatal de produção legislativa viciada, beneficiando-se este da chamada “inconstitucionalidade útil.”<sup>229</sup>

No Direito Brasileiro, a expressão interesse social surgiu no instituto da desapropriação, sendo que a Constituição Federal pátria somente faz menção a ela no art. 184, *caput*, a fim de justificar a desapropriação para fins de reforma agrária. Nesse diapasão, a expressão interesse social designa interesse de uma dada classe social, menos favorecida, isto é, aquela que constitui o problema social que reclama a desapropriação da propriedade privada em favor da coletividade.

No entanto, interesse social pode também ser entendido como expressão sinônima a interesse público.

A noção de interesse, em sua acepção comum, se liga à busca de uma situação de vantagem. Assim, o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de determinado valor que esse bem possa representar. A natureza de um interesse se relaciona com a finalidade ao qual ele está atrelado, e não com a forma escolhida para seu exercício. De se ver que a mera

<sup>227</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n° 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 88

<sup>228</sup> REDENSCHI, Ronaldo. Eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em via direta – modificações trazidas pelo art. 27 da Lei n° 9.868/99 – relações com o método de ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Temas de Interpretação do Direito Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 410-411.

soma ou justaposição de interesses individuais não transmuda a natureza ou essência dos interesses.

Rodolfo Mancuso em estudo sobre o tema leciona que interesse social é o interesse que se refere à maioria da sociedade civil, refletindo o que a sociedade entende por “bem comum”. Assim, interesse social são os interesses relacionados à proteção da coisa pública, à tutela dos valores mais elevados, escolhidos espontaneamente pela sociedade como os mais relevantes. Já a noção de interesse público, além de ligada às acepções de coletividade e sociedade civil traz em seu bojo a presença do Estado. O interesse público então tem o seu conteúdo ligado à indicação soberana do Estado.<sup>230</sup>

Segundo Mancuso, citando Vedel e Devolvé<sup>231</sup>, o conceito de interesse público comporta uma acepção política e outra jurídica. Na sua acepção política o interesse público não pode significar somente a soma de interesses particulares, tampouco está afastado dos interesses individuais ou dos grupos sociais. Há, portanto, na conotação política de interesse público uma arbitragem entre os diversos interesses particulares, arbitragem essa que pode ser quantitativa (quando, por exemplo, na construção de uma estrada, se sacrificam os interesses dos proprietários lindeiros, para privilegiar o interesse dos usuários da estrada, em número mais numeroso) ou qualitativa (proteção da saúde pública das comunidades pobres sobre os interesses pecuniários dos demais cidadãos saudáveis, que deverão contribuir com um fundo de assistência médica gratuita). Já quanto à acepção jurídica o interesse público será relacionado àqueles fins fixados pelo ordenamento jurídico.

Acentua o autor, então, que as expressões interesse social e interesse público são praticamente equivalentes, salvo certas nuances sutis. No entanto não há sentido em se tentar fazer uma separação rigorosa entre os termos, já que não há elementos identificadores de cada espécie que possibilite uma autonomia conceitual das expressões.<sup>232</sup>

Segundo leciona Thomas Bustamante, por detrás da idéia de relevante interesse social se encontra o princípio da supremacia do interesse público. Contudo, esse interesse público

---

<sup>229</sup> Id. Ibid. p. 410-411.

<sup>230</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 27-29.

<sup>231</sup> VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. Droit administrative, Paris: PUF, 1980, p. 429. *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 27-29.

<sup>232</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 33



deve ser entendido como interesse da sociedade e não como interesse do ente estatal enquanto pessoa jurídica de direito público. É por essa razão que, segundo ele,

nunca o interesse do Estado de arrecadação oriunda de um ato de abuso do poder legislativo irá prevalecer sobre o legítimo direito individual de não sofrer o influxo da tributação senão quando a pessoa jurídica de direito público estiver legitimada constitucionalmente para exigir a prestação econômica. Assim, o direito à restituição dos tributos inconstitucionais será sempre tutelado pela ordem jurídica, o que implicará a inaplicabilidade do art. 27 da Lei 9.868/99 no controle de constitucionalidade de leis tributárias.<sup>233</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, fazendo menção à distinção apregoada por Alessi entre interesses primários e interesses secundários do Estado, faz ver que o interesse público não se confunde com um mero interesse do Estado. Para ele, os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais. Enfatiza que o Estado, por se configurar em uma pessoa de direito, pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, que não devem ser entendidos como interesses públicos, sendo que tais interesses secundários somente podem ser defendidos quando não se chocarem com os interesses primários.<sup>234</sup>

Alexandre Santos de Aragão entende que o art. 27, da Lei 9.868/99 deve ser analisado à luz da Teoria dos Poderes Neutrais do Estado<sup>235</sup>. Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao proceder à modulação dos efeitos temporais nas decisões de inconstitucionalidade deve se posicionar de maneira neutra, se pautando por uma ponderação racional e proporcional de interesses, “não lhe sendo dado partir *a priori* da relevância de um metafísico ‘interesse público’ consubstanciado na preservação dos interesses econômicos do Estado.”<sup>236</sup>

Com relação à supremacia do interesse público sobre o particular assim se exprime o autor:

<sup>233</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. nº 59, agosto 2000. p 122.

<sup>234</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 65-66

<sup>235</sup> Os poderes neutrais do Estado surgiram após o advento da Revolução Francesa no intuito de controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos, a fim de assegurar a observância dos valores maiores da sociedade. Constituem os poderes neutrais do Estado órgãos com as seguintes características em comum: caráter não eletivo do provimento dos seus titulares; natureza preponderantemente técnica das suas funções; independência, isto é, ausência de subordinação aos poderes políticos eletivos do Estado, propiciando o exercício imparcial das suas funções em relação aos diversos interesses particulares e aos interesses do próprio Estado.

<sup>236</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 30-31.

Não se trata de negar importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos interesses envolvidos o critério decisivo para a atuação do Supremo Tribunal Federal. E, antes que esse critério seja delimitado, não há como cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.<sup>237</sup>

Em estudo crítico acerca da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, Humberto Ávila postula que, mesmo se reconhecendo a importância jurídica do interesse público e se entendendo que o mesmo legitima uma atuação estatal restritiva, deve se proceder a uma ponderação desse interesse em relação aos interesses privados e à medida de sua restrição. Portanto, o critério de atuação da Administração Pública é atribuir máxima realização a todos os direitos aí envolvidos. Dessa forma, não há que se falar *a priori* de supremacia do interesse público sobre o interesse particular antes de se proceder a essa ponderação.<sup>238</sup>

Dissertando sobre a atividade financeira do Estado, Ricardo Lobo Torres<sup>239</sup> ressalta sua natureza puramente instrumental, ou seja, o Estado não tem o objetivo de enriquecer ou de aumentar o seu patrimônio, mas arrecada para atingir certos objetivos de índole política, econômica ou administrativa.

Assim, é dentro da análise do interesse social que se encaixam as situações referentes à possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade para o fim de impedir a bancarrota financeira do Estado.

Nesse sentido, é de se ver que a atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade deve ater-se, em princípio, a critérios puramente jurídicos. Assim é que, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato deverá ser reconhecida levando-se em consideração os preceitos constitucionais e não em virtude de interesses políticos, sociais ou econômicos.

Contudo, não obstante tal assertiva, o Magistrado não está livre de levar em consideração os possíveis efeitos a serem desencadeados com sua decisão. Assim é que, decisões perfeitamente compatíveis com o ordenamento jurídico podem ensejar resultados não só

---

<sup>237</sup> Id. Ibid. p. 35

<sup>238</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. (RERE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 11, setembro/outubro/novembro/2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10/04/2010. p. 29.

<sup>239</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 4-5

indesejáveis como também prejudiciais à própria sociedade e, conseqüentemente, também ao ordenamento jurídico em si.

Aliás, como pondera Octávio Campos Fischer, o Judiciário deve “buscar um equilíbrio entre a norma e a realidade, sem que esta aniquile aquela e nem aquela ignore esta.”<sup>240</sup>

Konrad Hesse em sua obra *A Força Normativa da Constituição* já chamava a atenção para este embate entre os fatores reais de Poder – Constituição real - e a Constituição jurídica. Segundo os ensinamentos do autor<sup>241</sup>, deve-se procurar encontrar um meio termo entre decidir apenas levando em conta a realidade e a decisão que somente considera a norma sem qualquer especulação acerca das relações fáticas dela decorrentes. Dessa forma, a Constituição real e a Constituição Jurídica não se encontram em contraposição, mas sim numa relação de coordenação. Ensina o professor tedesco que não se deve confundir a pretensão de eficácia de uma norma constitucional com as condições de sua realização. É justamente através de sua pretensão de eficácia que a Constituição procura conformar a realidade política e social, arrematando que a Constituição adquire força normativa na medida em consegue realizar sua pretensão de eficácia.

Ora, o ponto em exame, qual seja, a aplicação do principio da reserva do possível para coibir a possibilidade de repetição de indébito, deve precisamente levar em conta essa premissa da força normativa da Constituição, ou seja, até que ponto a utilização deste argumento enseja que se dê cumprimento às disposições normativas e a partir de que momento esse mesmo argumento serve para impedir que se concretizem os princípios constitucionais? Segundo faz ver o próprio Hesse<sup>242</sup>, a interpretação das normas constitucionais tem um papel significante na consolidação e afirmação da força normativa da Constituição. Assim, a interpretação e a aplicação das normas constitucionais não podem passar ao largo dos fatos concretos da vida, sendo que a interpretação adequada será aquela que consegue concretizar o sentido das proposições normativas dentro das condições reais dominantes.

Nesse diapasão, deve-se ver que o nível evolutivo da sociedade atual está a demandar uma atitude mais ativa do Poder Judiciário, propugnando que ele atue no sentido de concretizar os direitos consagrados constitucionalmente.

---

<sup>240</sup> FISCHER, Octávio Campos, *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23.

<sup>241</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p 14-16.

<sup>242</sup> Id. *Ibid.* p 22-23.

O ponto em debate passa sobre a questão também da restrição aos limites fundamentais. Conforme faz ver Virgílio Afonso da Silva, a Constituição brasileira não disciplina a possibilidade de restrições e regulamentações a direitos fundamentais, como fazem as Constituição alemã e a portuguesa, que se referem expressamente à possibilidade de restrições nessa seara, bem como asseguram uma intangibilidade a um conteúdo essencial dos direitos fundamentais.<sup>243</sup>

Sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais acrescenta o mesmo autor que ele pode ser visto sob um enfoque objetivo e sob uma perspectiva subjetiva. Assim, do ponto de vista objetivo o conteúdo essencial de um direito fundamental se relaciona com o próprio núcleo social do direito, ou seja, não pode haver restrições ao direito que culminem na retirada de seu significado para a maioria dos membros da sociedade. Nesse sentido, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais muito se assemelha às cláusulas pétreas. Já sob o cunho subjetivo, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais reporta-se ao caso concreto em que se investiga se este foi restringido ou não. Também se fala, ainda, em conteúdo essencial absoluto e conteúdo essencial relativo. No primeiro caso haveria uma barreira intransponível que cercaria todo direito fundamental e que existiria independentemente de qualquer caso concreto a que reportado o direito. Já no segundo caso, considera-se que o conteúdo dos direitos fundamentais não é imutável, mas varia de acordo com as condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto.<sup>244</sup>

O mesmo autor chega, então, à conclusão de que todo direito fundamental é restringível, propugnado, com relação aos direitos sociais em particular que, como qualquer direito, estes devem ser realizados na maior medida do possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes.<sup>245</sup>

Assim, segundo suas palavras:

Se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Se é inimaginável considerar

---

<sup>243</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25

<sup>244</sup> Id. Ibid. p. 26-27.

<sup>245</sup> Id. Ibid. p.. *passim*.

como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, então o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial.<sup>246</sup>

Contudo, mesmo essa atuação ativa do Poder Judiciário traz em si aspectos não facilmente resolúveis. Assim é que, uma primeira indagação que se coloca é saber se o Poder Judiciário tem legitimidade suficiente para impor determinadas atuações dos outros poderes, inclusive com o comprometimento econômico dos mesmos.

Aqui, portanto, adentramos na análise do princípio da reserva do possível, ligado ao fenômeno conhecido como exaustão orçamentária, que ocorre quando a Administração não tem recursos suficientes para o cumprimento de todas as decisões judiciais.

A reserva do possível constitui um obstáculo ao conteúdo das decisões judiciais, já que ela demanda do juiz que ao decidir leve em consideração a efetivação dos direitos acaso concedidos, de modo a levar em conta os meios materiais disponíveis para a consecução das medidas a serem adotadas.

O Poder Judiciário tem, portanto, como limites não só as normas, mas também as restrições fáticas decorrentes dos efeitos que podem ser provocados pela sua decisão, exatamente como já salientado por Konrad Hesse.

Então, com relação ao controle de constitucionalidade pode-se deparar com o seguinte problema: a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, com efeitos *ex tunc*, pode se mostrar tão prejudicial, que a manutenção de seus efeitos, com a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, será mais consentânea com o princípio do interesse social.

Às vezes haverá que se resolver a questão da viabilidade da declaração de inconstitucionalidade de uma norma com atribuição de efeitos *ex tunc* a tal declaração se esta via mostrar-se mais onerosa e prejudicial do que a manutenção da norma ou do que a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade<sup>247</sup>

Estar-se-á diante de um *hard case*, já que não há uma resposta prévia no ordenamento para a solução do conflito formado. Deverá o Judiciário se valer, então, de argumentos de princípio e ponderar qual dos valores terá sobreposição sobre o outro.

---

<sup>246</sup> Id. Ibid. p. 206.

<sup>247</sup> FISCHER, Octávio Campos, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 28.

Nesse diapasão cabe a indagação se a alegação da reserva do possível pode ser usada para fundamentar a modulação dos efeitos temporários da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária no intuito de impedir a repetição do indébito.

Antes, contudo, de se partir para a resolução do problema, adentrar-se-á numa análise mais pormenorizada da questão.

A reserva do possível surgiu a partir de posicionamento da Corte Constitucional Alemã, onde foi julgada demanda de estudantes não admitidos nas escolas de medicina de Hamburgo e Munique em virtude da política de limitação do número de vagas em cursos superiores, adotada pela Alemanha a partir de 1960. Entendiam os estudantes que tal limitação violava o art. 12, da Constituição alemã que apregoava o direito à livre escolha da profissão, local de trabalho e centro de formação. Ao decidir o caso, o Tribunal proferiu julgamento no sentido de afirmar que a pretensão dos estudantes estaria sujeita à “reserva do possível”, isto é, somente se poderia atender a uma prestação do Estado em benefício dos interessados se esta se mostrasse razoável, ou seja, se se demonstrasse que a exigência de tal prestação estaria dentro daquilo que se pode esperar da sociedade e do Estado.<sup>248</sup> Percebe-se, então, que dentro de sua conceituação original, a reserva do possível não se referia apenas à existência de condições materiais para a concretização dos direitos sociais, mas se relacionava sobretudo à razoabilidade da pretensão deduzida em juízo. Pág. 28 - Pág. 29 -

No Brasil a teoria da reserva do possível consubstancia, sobretudo, argumento limitador do cumprimento de obrigações pelo Estado levando-se em conta as questões financeiras e materiais.

A reserva do possível, contudo, somente pode ser chamada a decidir um caso quando comprovada a inexistência de condições materiais capazes de viabilizar a implementação de um direito, sempre se observando as circunstâncias do caso concreto.<sup>249</sup>

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Celso de Mello, no julgamento do ADPF nº 45, deixou claro que a aplicabilidade da reserva do possível não pode ser feita através de mera alegação de insuficiência de recursos orçamentários, sendo necessário se comprovar a “exaustão orçamentária”.

Confira-se neste sentido, trecho do voto ali proferido:

---

<sup>248</sup> SEVERO, Renata Córrea. O Princípio da Reserva do Possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público*. N. 112. p. 20-37. jun. 2010. p. 28.

<sup>249</sup> Id. Ibid. p. 29

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação dos direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Transmutando toda essa problemática para o campo tributário, é de se aferir, então, se pode a reserva do possível ser alegada de modo a limitar o próprio direito de propriedade do cidadão, já que, como analisado anteriormente, a tributação indevida termina por vulnerar esse direito essencial do administrado. É claro que o ingresso dos valores dos tributos é considerado na feitura do orçamento público e um déficit nesta seara realmente traz conseqüências danosas às finanças públicas, mormente no que concerne à implementação das políticas públicas, que têm sua gestão ligada justamente à capacidade orçamentária. Contudo, a tais ponderações podem outras ser contrapostas, mormente no que diz respeito ao direito do cidadão de pagar tributo dentro de sua capacidade contributiva, o que de certa forma também acaba sendo violado com a cobrança de tributos inconstitucionais. Assim, a resolução deste conflito mais uma vez passa por uma conduta de ponderação de valores. Quais os valores que devem ser resguardados? Em que medida um direito fundamental pode ser limitado sem que isso afete a sua própria existência? Tudo isso, portanto, deve ser levado em conta quando for se efetuar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade que acarrete uma limitação à restituição do indébito. Ou seja, o que se quer dizer é que a impossibilidade de se ver o cidadão ressarcido daquilo que lhe foi ilegitimamente retirado não deve ser visto como um fato corriqueiro e que deve ceder espaço sempre em virtude de interesses “maiores” do Estado. Não, o julgador ao tratar da matéria deve averiguá-la com o vagar necessário que a ponderação de interesses constitucionalmente protegidos requer.

Falando um pouco sobre política fiscal (ramo da política econômica que trata das despesas e das receitas obtidas através da política tributária), lembra Rafael Favetti<sup>250</sup> que esta é muito mais uma questão de política do que de técnica, ressaltando que muitas vezes as oportunidades de escolha são reduzidas a uma só. Contudo, mesmo quando existe apenas uma oportunidade, há a escolha de se eximir da oportunidade, mantendo o *status quo*.

O Judiciário a partir nos anos 90 foi provocado a participar da implementação dessa política fiscal através justamente do controle de constitucionalidade. No entanto a judicialização das questões econômicas gera para a política fiscal, como faz ver Favetti, um aumento dos custos transacionais, pois a qualquer momento o Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei fiscal.<sup>251</sup>

Esse argumento é utilizado pelo autor para defender a diminuição dos alegados custos transacionais na implementação de políticas econômicas através da concentração das ações judiciais em um único órgão jurisdicional, defendendo a supremacia do controle concentrado de constitucionalidade. Mas também o mesmo argumento pode ser utilizado para fomentar uma maior responsabilidade tributária do Estado na criação de tributos, ou seja, para que ao invés de mirar somente no aumento de arrecadação custe o que custar, pese todos os elementos envolvidos no exercício do Poder Tributário, inclusive àquele concernente à atuação do Judiciário, de forma a não ser surpreendido com a necessidade de se contingenciar recursos para fazer frente ao cumprimento de determinações judiciais.

Para Daniel Sternick<sup>252</sup>, o impedimento de se repetir aquilo que foi recolhido em virtude de lei declarada inconstitucional, fazendo-se uma ponderação de valores, não passa no exame da necessidade, uma vez que para ele se trata de restrição muito grande a um direito fundamental, alicerçado na legalidade, no devido processo legal e no direito de propriedade. Além disso, as alegações de ordem econômico-financeira a favor do Estado não subsistem ante o poder atribuído ao Fisco de incrementar a carga tributária, preenchendo o vazio orçamentário eventualmente ocasionado pelo grande volume a ser despendido quando da restituição dos valores aos contribuintes.

---

<sup>250</sup> FAVETTI, Rafael Thomaz. Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 96

<sup>251</sup> Id. Ibid. p. 128-128.

<sup>252</sup> STERNICK, Daniel. Limites Críticos à Modulação Temporal dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. *Revista Jurídica Tributária*. Ano 2 n° 6. p. 111-126. jul/set 2009. p. 121.



Contudo, o critério da necessidade deve ser aferido diante do caso concreto. Não se pode falar de antemão que os gastos podem ser supridos com um aumento da carga tributária. É de se ver que também esse aumento pode ocasionar conseqüências deletérias, que a própria adoção dos efeitos prospectivos quer evitar. Portanto, a análise da necessidade deve ocorrer apenas no exame do caso concreto, através da ponderação de todas as variáveis que circundam o caso.

Também, citando Alexy<sup>253</sup>, deve-se levar em conta a lei do sopesamento, segundo a qual, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Ou seja, na análise aqui realizada, caberá fazer a indagação se os interesses fazendários do Estado são mais importantes do que todos aqueles direitos que se encontram embutidos na admissão da repetição do indébito. Essa indagação será respondida diante de cada caso concreto.

Nesse ponto, cabe fazer, alusão ao trabalho apresentado por Eros Roberto Grau acerca da matéria, através de consulta que lhe foi apresentada por Gilmar Mendes quando ocupava o cargo de Advogado-Geral da União e que consistia em saber como resolver o conflito entre o princípio da obediência às decisões judiciais e o princípio da legalidade das despesas públicas. (arts. 167, II, V, VI, 85, VI, 166 e 169, da CF/88)<sup>254</sup>. Ressalta o autor que, embora cada caso deva ser examinado separadamente, de forma a inexistir regra que estabeleça qual dos dois princípios deve prevalecer, no caso de inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário, deve-se atribuir peso mais elevado ao princípio da sujeição da Administração às suas decisões, uma vez que configura este um princípio jurídico fundamental, ou seja, um princípio orgânico da Constituição. Contudo, em sendo configurada a exaustão orçamentária, no sentido de inexistência de recursos para que a Administração possa cumprir as decisões judiciais, não mais se configurará um conflito entre princípios, mas sim um confronto entre a realidade e o direito. Ou seja, no caso se estará diante de Estado de Necessidade, a fazer com que a Administração possa descumprir a ordem judicial. Ressalta, contudo, o mesmo autor que somente se pode cogitar dessa situação se houver efetiva comprovação perante o Supremo Tribunal Federal, não bastando a mera alegação de sua existência.<sup>255</sup>

---

<sup>253</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 167.

<sup>254</sup> GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, nº 2, 1993.

<sup>255</sup> Id. Ibid. p. 143-145.

Octávio Campos Fischer<sup>256</sup> é do entendimento de que não há que se reconhecer a existência do conflito acima citado, uma vez que o princípio da legalidade das despesas, previsto nos arts. 85, 166, 167 e 169 se reporta a situações criadas pela própria Administração Pública, vedando que ela realize despesas ou assuma obrigações que excedam o orçamento. Contudo, tais normas não incidem quando a realização de despesa ou o nascimento da obrigação decorre de uma decisão judicial, portanto, independente do atuar da Administração.

Carlos Roberto Siqueira Castro entende que um dos principais benefícios da possibilidade de se dar efeitos prospectivos às decisões de declaração de inconstitucionalidade reside justamente no fato de que o Supremo Tribunal Federal poderá assim agir com maior liberdade, já que a obrigação de se seguir ao dogma da nulidade da lei inconstitucional em sede de controle abstrato faz com que o Pretório Excelso se imponha uma natural cautela em reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, especialmente quando do resultado do julgamento puderem resultar conseqüências financeiras de grande monta para a Fazenda Pública. Exemplifica o autor, então, com o julgamento da ADIN nº 1.102-2/DF, em que se buscava a declaração de inconstitucionalidade do art. 22, I, da Lei 8.212/91, que previa a incidência de contribuição previdenciária patronal sobre a remuneração de empresários e autônomos. Pondera ele que desde a publicação da lei, ocorrida em julho de 1991, houve um ingresso gigantesco de recursos nos caixas da Previdência Social em virtude da exação cobrada com base na norma impugnada, recursos esses já de imediato utilizados no pagamento de benefícios aos segurados da Previdência ou, pelo menos, já vinculados a compromissos financeiros de liquidação próxima. Entende ele, que o julgamento de procedência da ação direta com efeitos *ex tunc*, viria agravar ainda mais a aguda crise de liquidez do sistema da seguridade social, que, por razões conjunturais e gerenciais amplamente conhecidas, enfrenta a cada dia a iminência de colapso, seja em virtude do declínio das fontes de financiamento, seja por força da curva ascendente das despesas com o pagamento de benefícios à clientela de seus segurados, a cada dia mais volumosa.<sup>257</sup>

O raciocínio do autor até pode ser válido teoricamente, mas quando se trata de se partir para a fundamentação de uma decisão judicial deverá o argumento se basear em dados fáticos concretos, ou seja, para que se possa ter como procedente a alegação de falta de caixa para

---

<sup>256</sup> FISCHER, Octávio Campos, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

<sup>257</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 44-45.

fazer frente às repetições de indébito que adviriam da decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade, deveria se demonstrar através de balanços contábeis de que maneira os cofres públicos restariam abalados. É que, não obstante a alegação de exaurimento do Erário, o que se vê, na verdade, é um mau gerenciamento e desperdício do orçamento do governo, sem contar os bilhões de reais que anualmente são desviados em virtude da corrupção. Dessa forma, se questiona, porque é que deve ser o contribuinte aquele que deve arcar com o preço de assegurar a saúde financeira do Estado? Sem falar que o Estado também não se encontra privado de encontrar outras soluções para fazer frente a esta contingência contábil.

Aliás, aqui é de se ver que muitas vezes é a própria Administração que, através de uma atitude temerária, cria uma barreira à aplicação do princípio da legalidade das despesas, pois, continua aplicando de forma sistemática normas tributárias cuja inconstitucionalidade já se encontra difusamente reconhecida, fazendo com que seja somente uma questão de tempo para que a mesma venha ser extirpada do ordenamento jurídico.<sup>258</sup>

Fazendo exatamente um contraponto ao quanto defendido pelo jurista acima nominado cabe trazer à colação excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIN-MC 2.010, que abordou especificamente a questão da apreciação de razões de Estado como fundamento de decidir. Assim, confira-se as palavras do Ministro:

Razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição da república – A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações

<sup>258</sup> Na verdade, aqui se entra na discussão acerca da possibilidade de se efetivar o controle de constitucionalidade dentro do processo administrativo. Edvaldo Brito em trabalho sobre o tema (BRITO, Edvaldo. A decisão administrativa que não conhece de argumentos de inconstitucionalidade da exigência possibilita a sua inscrição válida na dívida ativa, aparelhadora da execução fiscal? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas do Processo Judicial Tributário*. 3º volume, São Paulo: Dialética, 1999.) entende que não há impedimento para o reconhecimento administrativo por alguns órgãos do Poder Executivo, sob o fundamento de que a decisão não está imune ao crivo do Poder Judiciário, se mostrando terminativa apenas dentro do âmbito da Administração.

e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

Também abordou o Ministro Celso de Mello em seu voto de forma expressa acerca da alegação de “rombo” na previdência social, assim se manifestando:

Desejo observar que não desconheço as graves distorções e a séria crise que afetam dramaticamente o sistema previdenciário nacional. Também não ignoro que se impõe, a todos – cidadãos e governantes – o dever de buscar, em atenção ao princípio da solidariedade social e em face da necessidade de realização do bem comum, a superação dos obstáculos que impedem a construção de uma sociedade efetivamente justa. A realização dessa tarefa, contudo, não pode ser efetivada sem que se respeitem com estrita fidelidade, os valores delineados e as limitações impostas no texto da Constituição da República. Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser não devem prevalecer jamais sob o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informam o nosso sistema de direito constitucional.

A análise do tema modulação dos efeitos temporais das decisões de controle de constitucionalidade sob a perspectiva da reserva do possível, pode, portanto, desviar o foco da problemática da ausência de vontade política na realização dos comandos e valores constitucionais, a retirar a própria força normativa da Constituição, já que a falta de disponibilidade financeira é sempre um argumento convincente para a não realização das normas constitucionais.

Com efeito, é um recurso muito comum do Poder Público, que impossibilitado de defender a manutenção de uma norma contrária aos valores constitucionais sob argumentos teóricos, levantar a bandeira dos prejuízos financeiros que a decisão judicial pode causar aos cofres públicos.

Nesse ponto, entendemos que a razão se encontra com Eros Roberto Grau. Assim, apenas a cabalmente comprovada exaustão financeira pode levar à decisão de se impedir a repetição do indébito tributário através da modulação dos efeitos da decisão que declara inconstitucional uma norma tributária sob o perigo o discurso da “Reserva do Possível” se torne supedâneo para a inviabilização dos direitos dos cidadãos, vulnerando todos os pilares de sustentação da Constituição.



## CONCLUSÃO

Mostra-se importante para o estudo dos modelos de controle de constitucionalidade a averiguação de institutos concernentes à teoria da norma jurídica tais como existência, validade e eficácia.

Assim, para Kelsen a validade é da essência da norma, não se podendo conceber a idéia de normas inválidas, uma vez que isso iria de encontro à unidade do sistema. Da mesma forma para ele é inaceitável a concepção norma inconstitucional, já que toda lei, por ser existente, deve ser considerada válida, ou seja, será fundamentada na Constituição. A expressão norma inconstitucional somente pode significar que tal lei pode ser revogada tanto pelo processo normal como pelo processo especial, previsto pela Constituição.

No entanto, há outros autores, como Pontes de Miranda, que distinguem os planos da existência e da validade, sendo que aquele preexiste a este. O ato inexistente está fora do mundo jurídico. Quando se passa para a análise da validade já se pressupõe que o ato está inserido no mundo jurídico.

Neste sentido, então, a validade é uma qualidade da norma, que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas suas condições formais e materiais de produção.

Por seu turno, a eficácia consiste na aptidão da norma para a produção de efeitos. Não existe relação entre validade e eficácia, pois o fato de uma norma jurídica ser válida não implica necessariamente em que esta tenha eficácia e vive-versa.

Diante de tal raciocínio nada impede que uma norma reconhecida como inconstitucional produza efeitos.

Segundo o entendimento predominante na doutrina brasileira, norma inconstitucional é norma inválida e deve trazer como consequência a sua nulidade. O raciocínio por trás de tal concepção está em que, sendo a Constituição a lei suprema, não se pode admitir uma lei com ela incompatível, sob pena de violar esta supremacia, o que significa a própria negativa de vigência da Constituição.

Entretanto, o dogma da nulidade da lei inconstitucional não se revela como obrigatório do ponto de vista lógico-jurídico, como demonstra a Constituição austríaca, que

prescreve que a declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a declaração de nulidade.

Contudo, a nulidade da lei inconstitucional possui caráter de princípio constitucional implícito, já que o poder que dispõe qualquer juiz ou Tribunal de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei pressupõe a nulidade desta.

A adoção da teoria da nulidade faz com que se identifique o caráter declaratório da decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo, ou seja, é uma decisão que apenas reconhece uma situação preexistente.

Do mesmo modo, uma vez reconhecida a natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade deve-se retornar as relações jurídicas ao *status quo ante*.

A distinção entre nulo e anulável, entretanto, vai depender do regime jurídico fixado pelo legislador, devendo a lei determinar se certa invalidade constitui ato nulo ou anulável.

Devido a toda bagagem histórica herdada da doutrina construída em torno da teoria das nulidades, o ato nulo, em princípio, não produz efeitos. No entanto, a tese de se negar eficácia ao ato nulo deve ser temperada pelas circunstâncias particulares de cada caso concreto, levando-se em consideração outros princípios também protegidos pelo ordenamento como um todo.

Concebido o ordenamento jurídico como um sistema, ou seja, um conjunto dotado de ordem e unidade, o controle de constitucionalidade consubstancia um dos mecanismos para a correção de eventuais desarmonias ocorridas dentro daquele.

O controle de constitucionalidade parte de duas noções básicas dentro do constitucionalismo: a supremacia e a rigidez da Constituição. O controle de constitucionalidade deve ser considerado como um meio de proteger e dar eficácia à Constituição. A supremacia da Constituição a coloca no ápice do sistema jurídico, consubstanciando o fundamento de validade de todas as outras normas. A rigidez constitucional, por seu turno, estabelece uma distinção formal entre a norma constitucional e as demais normas do ordenamento jurídico, o que possibilita que ela se estabeleça como paradigma de validade dos outros atos normativos.

Segundo o aspecto subjetivo ou orgânico, o controle de constitucionalidade se subdivide em dois grandes grupos: o sistema difuso e o sistema concentrado. O sistema difuso, também conhecido como sistema americano, se caracteriza pela possibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade ser exercido por todos os órgãos do judiciário,

incidentalmente, por ocasião do julgamento de um caso concreto. Já no sistema concentrado ou austríaco o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão do Judiciário.

Os sistemas difuso e concentrado também diferem quanto à forma de controle. O controle difuso se exerce através da via incidental, ou seja, no julgamento de um caso concreto. Já o controle concentrado é um controle abstrato, que se exerce através de uma ação específica, em que se ataca a própria lei impugnada, que se encontra desvinculada de um caso concreto.

Embora relacionado nos efeitos, não se deve confundir os conceitos de controle por via incidental (realizado na apreciação de um caso concreto) e controle difuso (realizado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição).

Na sua concepção original, também com relação aos efeitos emanados da decisão judicial há contraste entre os dois tipos de sistemas, difuso e concentrado. Assim, no controle difuso, o juiz que reconhece a inconstitucionalidade declara a nulidade da lei. Já no modelo austríaco, a Corte Constitucional apenas anula a lei inconstitucional, sendo esta considerada válida e eficaz até o momento da publicação da decisão. Por fim quanto aos efeitos subjetivos, o controle difuso tem eficácia *inter partes*, enquanto o controle concentrado tem validade *erga omnes*.

De se ressaltar, contudo, que tais distinções dizem respeito aos aspectos tradicionais dos dois modelos acima citados, sendo que, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que eles estão baseados, há mitigações quanto à aplicação desses efeitos da forma como originariamente formulados, fazendo com que as respectivas doutrinas não sejam efetivadas de forma tão rigorosa.

O Brasil adota uma forma híbrida de controle de constitucionalidade, tanto prevendo controle difuso/concreto quanto o concentrado/abstrato.

Com relação ao controle difuso adotado no Brasil, o art. 52, X, da Constituição Federal, determina que compete ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Esta outorga de competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei inconstitucional procurou atribuir eficácia geral à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam apenas em relação às partes do processo.

Com relação aos efeitos dessa suspensão de eficácia diverge a doutrina quanto a serem eles retroativos ou prospectivos. Para alguns doutrinadores esta perda de eficácia somente



ocorre após o pronunciamento do Senado, que, por isso, tem caráter constitutivo. Para outro setor, a resolução do Senado deve produzir efeitos *ex tunc*, justamente para salvaguardar seu intuito, que é o de evitar os inconvenientes da proliferação de ações judiciais questionando a constitucionalidade de uma determinada lei.

Com relação à legitimação da jurisdição constitucional existem duas pautas em análise. A primeira diz respeito à legitimidade de base da jurisdição constitucional, que se refere à discussão quanto à admissibilidade de se limitar a vontade soberana do povo, substituindo-a pela vontade de um órgão sem representatividade. No entanto, outro segmento doutrinário entende que tal questão já se encontra superada, devendo o foco da discussão ser transferida para os limites de atuação da jurisdição constitucional.

O Estado Democrático de Direito representa a síntese histórica de dois princípios distintos e *a priori* antagônicos: a soberania do povo e a juridicização do poder com o respeito aos direitos fundamentais. Dessa forma, o constitucionalismo procura justamente harmonizar esses pontos opostos, já que o poder da maioria exercido de forma irrestrita pode subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar os direitos fundamentais, enquanto a cristalização de determinados princípios jurídicos pode acarretar uma asfixia da vontade popular.

Embora criticada, a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade hoje é majoritária. Um dos argumentos utilizados para sua defesa consiste em afirmar que a Constituição está acima de qualquer Poder constituído, dentre eles o Poder Legislativo. Dessa forma, se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Poder Judiciário interpretá-la e aplicá-la, através de critérios e métodos jurídicos.

Diante, contudo, do novo paradigma pós-positivista, a legitimidade da jurisdição constitucional passou a se basear em novos fundamentos, consistentes na minimização do conteúdo discricionário do elemento volitivo da decisão constitucional, que seria revestido de uma fundamentação racional, a ser compartilhada com a comunidade.

Sob a perspectiva do novo paradigma pós-positivista, a jurisdição constitucional passa a se fundamentar sobre o aspecto moral e universal dos direitos fundamentais, de forma que passa ela a ser vista como garantia da indisponibilidade de tais direitos em face de maiorias legislativas eventuais.

A argumentação é de grande importância para legitimar o próprio exercício da jurisdição constitucional, pois tem papel fundamental na reconciliação entre direitos fundamentais e democracia.

Enquanto veículo propugnador da democracia, a Constituição deve consubstanciar consensos mínimos, que possibilitem a concretização dos direitos fundamentais essenciais para a dignidade das pessoas e para o próprio funcionamento do regime democrático. São valores que estão acima das maiorias políticas e que devem ser assegurados independentemente dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. Assim, deverá a Constituição estabelecer o equilíbrio entre salvaguardar a própria existência do órgão representativo da população e manter os valores essenciais para a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Diante desse paradigma, a interpretação judicial (nela incluída a interpretação constitucional) deixa de ser apenas um ato de conhecimento para também se tornar um ato de vontade. No entanto, isso não implica numa total liberdade e discricionariedade do Poder Judiciário, uma vez que suas decisões devem se encontrar embasadas pelos princípios que regem o sistema constitucional conjuntamente com as circunstâncias do caso concreto aliado ao dever de fundamentação racional e ao debate público.

O papel dos tribunais superiores é de alto relevo na concreção dos direitos sufragados pelo ordenamento jurídico. De se ver que à Corte Constitucional cabe pronunciar a última palavra institucional no âmbito do Estado Democrático de Direito, não estando suas decisões sujeitas a qualquer controle democrático posterior. Sendo o juiz último da autoridade dos demais poderes, o Tribunal Constitucional é o único juiz da sua própria autoridade.

Nessa concreção, contudo, deve sua atuação se submeter a certas regras sistemáticas. Entretanto, não se pode abstrair daí a necessidade de fundamentação de suas decisões, uma vez que, em muitos casos, o que se verifica não é aplicação de um silogismo puro e simples, mas sim a busca de soluções para problemas que nem sempre estão dentro dos paradigmas estabelecidos previamente.

Nesse diapasão a questão da argumentação ganha contornos de grande importância, pois vai propiciar a legitimação da atuação do Poder Judiciário fora dos parâmetros previamente fixados, propiciando uma harmonização entre o discurso jurídico e os valores presentes no senso comum da sociedade.

O mundo jurídico não pode ser apreendido nem vivido sem interpretação. Isto é assim, pois o significado da lei não pode prescindir da determinação que lhe é dada por aquele que a aplica. Por outro lado, também os fatos estão submetidos à apreciação de significado pelos operadores do direito. Dessa forma, a interpretação jurídica não se esgota apenas na determinação do significado do texto normativo, mas também engloba os fatos que lhe estão subjacentes.

A visão que se tem do direito é ser ele um objeto que se caracteriza por sua relatividade, ou seja, não se concebe verdades jurídicas absolutas, sendo que qualquer assertiva feita se consubstancia numa forma de interpretação. É por isso que se passa a enfatizar o estabelecimento de condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas. Dessa forma, o raciocínio jurídico não se limita a uma operação lógico-formal, mas se forma através de um processo argumentativo que se respalda através de juízos de valor.

Da mesma forma, a fundamentação das decisões jurídicas deixou apenas de servir como instrumento de limitação da atividade criadora do julgador para passar também a constituir a manifestação de sua atividade construtiva da norma. Assim, ao fundamentar sua decisão o juiz vai se utilizar de diversos recursos argumentativos no intuito de integrar o fato à previsão normativa, superando as lacunas e ambigüidades do ordenamento. Isso, de certa forma, dá ao julgador uma certa liberdade no decidir, desde que sua decisão esteja dentro de parâmetros de razoabilidade.

Tradicionalmente, seguindo a doutrina da Separação de Poderes, a função do poder Judiciário se limitaria a aplicar as normas ao caso concreto, enquanto ao Poder Judiciário caberia a criação do direito. No entanto, nem sempre essa separação de funções pôde ser seguida de forma rígida, já que nem sempre o julgador se deparava com situações que já estavam previstas na legislação. Assim, ao julgador também cumpria interpretar o direito e integrar as lacunas do ordenamento. No entanto, essa atuação do julgador não é algo estático, mas uma conduta eminentemente valorativa que reflete toda uma conjuntura cultural e histórica daquele momento em que procedido o julgamento.<sup>C</sup>om a admissão de que o julgador pode complementar as normas jurídicas por meio de processos hermenêuticos não se pode ignorar que também o Poder Judiciário pode determinar o conteúdo normativo do ordenamento jurídico.

É também diante de tal aspecto que se averigua com mais vagar as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que não só atua como legislador negativo, mas também, a partir do momento em que modula os efeitos de

suas decisões nessa seara, passa também a inovar no próprio ordenamento jurídico. Dessa forma, é importante verificar quais os argumentos utilizados para assim proceder.

O direito se viabiliza através da compreensão, essa, por sua vez, engloba a compreensão da norma e a compreensão do fato. Para tanto o intérprete, entendido como um ser situado dentro de um contexto histórico, se utiliza da argumentação. O significado do direito, portanto, depende da vontade humana, sendo que a busca de seu significado depende também de um esforço hermenêutico. Por ser a função hermenêutica um agir humano, a apreensão do sentido do direito se insere dentro de um processo dialético, apresentando várias interpretações logicamente possíveis.

O discurso jurídico, como espécie do discurso prático em geral, se preocupa com a exatidão de suas afirmações normativas. De modo geral, as bases das decisões são incertas e nem todos os passos são prescritos. Uma decisão a priori não pode ser considerada boa ou má, no entanto, toda afirmação deve resultar de um processo racional, sendo certo que a racionalidade não poder ser comparada à certeza conclusiva. É por isso que a argumentação assume um valor extremamente importante no discurso jurídico, já que exatamente esse processo argumentativo que irá dar validade à decisão jurídica.

Essa atuação, portanto, deve ser analisada com mais vagar e preocupação pela comunidade jurídica, já que o Supremo Tribunal Federal não está isento de fundamentar suas decisões através de um procedimento argumentativo convincente, pois é exatamente tal procedimento que dá legitimidade a seus atos. Não fosse assim, se tornaria ele um Poder absoluto o que vai de encontro à própria noção de Estado Democrático de Direito adotada por nossa Constituição.

Tem suma importância o papel conferido ao Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional. Uma vez que traz a Constituição os valores básicos que devem ser perseguidos pela sociedade como um todo, as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca daquilo que com ela possui conformidade adquirem grande relevo. No entanto, para funcionar como Corte Constitucional, haverá de ser reconhecida a legitimidade do Supremo e esta legitimidade se encontra intimamente ligada à fundamentação de suas decisões. Assim, não é porque possui a última palavra quanto às decisões judiciais que o Supremo Tribunal Federal se encontra isento de fundamentar razoavelmente seus entendimentos. A Argumentação, portanto, possui um papel primordial nesta seara.

A questão referente à natureza das decisões que julgam a constitucionalidade das leis pode ser dividida em dois segmentos: de um lado há a doutrina do *judicial review*, de origem norte-americana e preconizada pelo Juiz Marshal no julgamento proferido pela Suprema Corte, no caso *Marbury x Madison*, em 1803. Segundo tal doutrina, a declaração da nulidade da lei inconstitucional é a única maneira de se reafirmar a supremacia da Constituição, já que, do contrário, ou seja, se apenas fosse reconhecida eficácia desconstitutiva à decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, estaria se afirmando a validade de uma lei contrária à constituição, de forma que, em dado momento, a lei inconstitucional estaria acima da própria Carta Maior. Contudo, há um posicionamento doutrinário, inclusive encabeçado por Hans Kelsen, que defende a natureza constitutivo-negativa da decisão que profere a inconstitucionalidade de uma norma, dando efeitos prospectivos a tais decisões.

Embora a teoria da nulidade das leis inconstitucionais seja predominante em quase todo o mundo ocidental, os ordenamentos começam a introduzir regras que mitigam de certa forma sua utilização indiscriminada, já que houve o reconhecimento que tal procedimento poderia acabar vulnerando outros valores também defendidos constitucionalmente, sobretudo quanto ao princípio da segurança jurídica, já que o vício da inconstitucionalidade não convalesce com o tempo e pode uma lei ter vigência durante anos antes que se reconheça sua inconstitucionalidade, de forma que sua declaração de nulidade pode ter efeitos nocivos em relações jurídicas já de muitos estabilizadas.

Assim, como regra geral, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma deve ter efeitos retroativos, em virtude do princípio da Supremacia da Constituição. Contudo, como nenhum princípio tem aplicação absoluta pode ocorrer que em determinado caso concreto seja necessária a modulação desses efeitos temporais de modo a preservar o próprio sistema constitucional, fazendo prevalecer valores outros que seriam invalidados caso não houvesse essa possibilidade.

O Supremo Tribunal Federal sempre se manteve muito fiel ao princípio da nulidade das normas inconstitucionais. Uma das coisas que contribuíram para tal posicionamento foi o fato de que a nossa Constituição não possui nenhuma disposição prevendo a possibilidade de restrição dos efeitos retroativos das decisões de constitucionalidade. No entanto, já vinha a Corte mitigando em casos concretos tal entendimento, sob o fundamento de fazer valer outros

valores também protegidos constitucionalmente, como são exemplos as decisões proferidas no RE 78.533 e no RE 122.202.

Contudo, em 1999, passou a vigorar a Lei 9.868/99, que, em seu art. 27, previu de forma expressa a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

A lei 9.868/99 optou pela flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional. A regra continua sendo a eficácia *ex tunc* das decisões de inconstitucionalidade, contudo o art. 27 faculta ao Supremo Tribunal Federal, pelo voto de dois terços de seus membros, restringir tais efeitos, determinando a eficácia de sua decisão para o momento do trânsito em julgado ou para outro momento por ele fixado.

O dispositivo do art. 27, da Lei 9.868/99 traz requisitos formais e materiais que devem ser obedecidos pelo Supremo Tribunal Federal para a modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Contudo, o art. 27, da Lei 9.868/99 se refere ao controle de constitucionalidade exercido abstratamente, havendo divergência quanto à possibilidade da modulação dos efeitos em sede de controle difuso/concreto.

Para alguns autores, não obstante o art. 27, da Lei 9.868/99 diga respeito ao processo e julgamento de ação direta do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, ele pode servir de supedâneo para a modulação da eficácia temporal também em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade. O próprio Pretório Excelso vem modulando os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei através do controle difuso/concreto, sob o entendimento que o modelo difuso de controle de constitucionalidade não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos das decisões proferidas nessa seara e que o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência, de forma que pode ser utilizado no controle de constitucionalidade e como um todo e não apenas em um determinado sistema.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, mesmo em controle difuso, a possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, face ao seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de *quorum* qualificado, previsto em lei específica.

Mesmo com relação ao controle abstrato de constitucionalidade não restou pacificada a questão da modulação dos efeitos temporais pela previsão expressa da lei. Dessa forma, tem-se entendido que a inadmissibilidade de se possibilitar efeitos *ex nunc* às decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade resulta de uma interpretação histórica da Constituição, uma vez que durante a Assembléia Constituinte foi derrotada proposta neste sentido, tendo ainda falhado a tentativa de se estabelecer a regra por ocasião do processo de Revisão Constitucional.

Os defensores da possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões de constitucionalidade argumentam, contudo, que na hermenêutica constitucional o fator histórico representa apenas um papel menor e acessório, predominando a concepção objetivista da interpretação, em que se deve buscar não a vontade histórica do legislador (*mens legislatoris*), mas sim a vontade efetivamente expressa na norma jurídica (*mens legis*). Dessa forma, em âmbito de hermenêutica constitucional, deve dar-se ênfase aos elementos sistemático, axiológico e teleológico, que apontam para a possibilidade de flexibilização do dogma da eficácia retroativa das decisões no controle de constitucionalidade.

De qualquer sorte, o reconhecimento da inconstitucionalidade não deve repercutir de forma direta e automaticamente sobre todas as situações existentes antes de tal reconhecimento. Existem outros valores constitucionais, tais como segurança jurídica, equidade e proteção da boa-fé, que impõem ponderação com o princípio da nulidade da lei inconstitucional, como já admitido pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A regulamentação da matéria concernente aos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade através de legislação ordinária é questionada por vários juristas que entendem ser inconstitucional o art. 27 da Lei 9.867/99, por tratar de assunto afeto à norma constitucional.

A inconstitucionalidade do art. 27, da lei 9.868/99 é argüida basicamente sob dois fundamentos, quais sejam, o de que através da norma se estaria rompendo com o dogma da nulidade da lei inconstitucional, que traz como conseqüência a desconstituição desde o início de todos os efeitos da norma declarada inconstitucional e o de que a ruptura com o dogma da nulidade da lei inconstitucional leva como conseqüência a violação do princípio da supremacia da Constituição, já que se estaria reconhecendo à norma inferior força maior do que a da Constituição.

Contudo, em favor do quanto estabelecido no art. 27, da Lei 9.868/99, é de se ver que o Supremo Tribunal Federal, na condição de órgão político e guardião da Constituição, não pode ficar indiferente às conseqüências de seus julgados.. Assim, pode ocorrer que a supressão abrupta de uma norma inconstitucional ocasione maiores danos a outros valores também constitucionalmente protegidos, de forma a se legitimar sua manutenção provisória desta.

Ao se possibilitar a modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade o que se quer é exatamente assegurar a supremacia não de uma ou outra norma constitucional, mas da Constituição como um todo. É certo que a nulidade da lei inconstitucional se configura um meio de assegurar a Supremacia da Constituição, mas com ela não se confunde. A modulação, portanto, será constitucionalmente relevante quando a manutenção dos efeitos da norma reconhecida como constitucional satisfizer outros interesses ou valores que, no caso concreto, merecem mais proteção do que a invalidação retroativa da norma tida por inconstitucional.

É claro que se deve tomar o cuidado de não se banalizar este poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, de modo a tornar regra os efeitos prospectivos das decisões formuladas em controle de constitucionalidade principalmente quando essas se mostrarem desfavoráveis ao Erário e benéficas ao cidadão e ao contribuinte. Por isso se mostra importante a previsão de um fórum privilegiado para tornar efetiva a modulação temporal, minimizando o risco aqui citado.

Para que haja a modulação dos efeitos temporais devem estar presentes alguns pressupostos materiais, referidos nos conceitos indeterminados de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

O grande cerne do art. 27, da Lei 9.868/99 reside justamente na referência a conceitos indeterminados como requisitos materiais de sua aplicabilidade, a tornar indeterminado o próprio alcance do quanto por ele disposto. Desse modo, necessário se faz um aprofundamento na definição desses conceitos, para o fim de esclarecer quais os bens constitucionalmente tutelados que fazem parte de seu conteúdo e quais os tópicos argumentativos que devem ser utilizados na sua concreção.

A determinação dos efeitos do controle abstrato de constitucionalidade deve estar assentada em razões de ordem jurídica, e dentro dos cânones constitucionais, e não baseados em considerações políticas. Assim, a modulação dos efeitos deve obediência aos valores



constitucionalmente protegidos, trazendo como justificativa a tanto fundamentos jurídica e constitucionalmente plausíveis, tais como as situações consolidadas no tempo, os direitos fundamentais, as expectativas e interesses de indivíduos afetados pelas normas sob o pálio do controle, bem como o próprio interesse público na preservação da segurança jurídica dos cidadãos.

Na verdade, a questão da possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade passa ao largo da constitucionalidade ou não do art. 27, da Lei 9.868/99. Dessa forma, tendo em vista que não há direitos absolutos e que a Constituição também contém outros princípios que devem ser respeitados, somente o estudo do caso concreto é que poderá dizer se é caso de se atribuir efeitos *ex nunc* às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma. Deve-se, ressaltar, ainda, que tal decisão não prescinde da necessária fundamentação a fim de afastar a conseqüência natural de declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

O art. 27, da lei 9.868/99 não deve ser interpretado como norma que vai de encontro à tese da nulidade da lei inconstitucional, mas sim como uma exceção à regra, exceção essa que deve ser utilizada quando a retroação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade for mais danosa e se configurar em uma inconstitucionalidade ainda maior do que o reconhecimento de efeitos para a norma invalidade. No entanto, como toda exceção a modulação dos efeitos, com a aplicação do art. 27, da lei 9.868/99 requer uma argumentação qualificada a fim de superar a regra.

Deve-se também ter cautela quanto à possibilidade conferida pela lei de que os **efeitos da declaração possam valer para momento posterior ao que proferida** a própria declaração de inconstitucionalidade, já que confere um poder muito grande ao Supremo Tribunal Federal. Assim, deve-se manter sempre em vista que a eficácia para o futuro tem como intuito impedir que a retirada da norma inconstitucional ocasione um “buraco negro”, cujas conseqüências se mostrem mais danosas à ordem constitucional do que a manutenção provisória do diploma legal. Dessa forma, o início dos efeitos da declaração deve coincidir com o tempo necessário para que o legislador possa criar a lei cabível.

Na atual disciplina normativa da matéria tributária, esta não escapa do estudo imbricado com a matéria constitucional. Isto assim ocorre pelo fato de ter a Constituição de 1988 tratado dela de forma tão minuciosa, regulamentando o sistema tributário quase à exaustão. Desta

forma, quase todas as questões tributárias se resolvem através da análise constitucional dos institutos previstos na Carta Magna.

Assim, com relação ao controle de constitucionalidade em matéria tributária deve-se ter uma atenção especial quanto aos limites da jurisdição constitucional, tendo em vista que, por se tratar de área muito sensível no campo da política, lidando intimamente com as finanças do Estado, haverá uma preocupação maior em não se permitir a politização das questões colocadas sob julgamento. Realmente, no campo tributário será comum a existência de decisões juridicamente justas e corretas, mas que impliquem em efeitos problemáticos.

A concepção do Sistema Constitucional Tributário deve ser levada em consideração no estudo das modulações dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Isto porque a limitação desses efeitos na seara tributária, ao impedir o retorno ao contribuinte daquilo que lhe foi indevidamente tirado, pode ferir outros princípios constitucionalmente protegidos. Assim, ao invés de servir de calibrador do sistema, a possibilidade de modulação dos efeitos pode fomentar a irresponsabilidade do legislador em sede tributária.

O poder de tributar excepciona o princípio constitucional que protege a propriedade privada (art. 5º, XXII e 170, II). Assim, ao proteger a constituição o direito de propriedade, inclusive com a proibição de confisco, não pode haver tributação que torne este direito letra morta.

A repetição de indébito configura uma relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte, em que aquele tem o dever de devolver ao sujeito passivo da obrigação tributária o tributo indevido. A obrigação de devolver o tributo indevido decorre do pagamento indevido.

A repetição do indébito tem como fundamento os princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé e da nulidade da norma inconstitucional. Além disso, a repetição do indébito tributário está atrelada ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa. Este princípio, em outras palavras, veda que numa relação jurídica uma das partes tenha acréscimo patrimonial em detrimento de outra sem que isto seja lastreado pela existência de uma situação juridicamente protegida.

O Sistema Tributário Nacional possui uma característica que lhe é peculiar, qual seja, está exhaustivamente regulamentado a nível constitucional, fazendo com que o poder tributário dos entes federativos seja desprovido de qualquer liberdade regulamentar ordinária.

Como os limites do exercício das competências tributárias pelos entes tributantes se encontram amplamente previstos na Constituição, se o legislador infraconstitucional paulatinamente desrespeitar tais limites a questão da tributação indevida deve merecer um tratamento mais demorado. É por isso que não se pode atribuir os mesmos efeitos quanto à relativização dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das normas no campo do Direito Tributário, já que nesta seara aqueles efeitos se mostrarão mais nefastos servindo de carta branca para que o legislador infraconstitucional viole os mandamentos constitucionais, exigindo tributos em contradição com os princípios fundamentais que devem reger a atividade tributária.

Ora, por estar fundamentado em tantos princípios, é claro que a possibilidade de se frustrar esse direito subjetivo do contribuinte deve estar amplamente justificado através do exercício da ponderação dos interesses conflitantes no caso concreto.

Embora, então, se possa admitir, em tese, que sejam dados efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade em matéria tributária, de modo a impossibilitar a restituição do indébito, na prática, deverá tal decisão estar suficientemente embasada em razões fortes que sejam capazes de afastar todos os princípios jurídicos, constitucionalmente protegidos, que estão por trás do direito à restituição do indébito.

A segurança jurídica é um princípio constitucional implícito, que decorre do próprio Estado de Direito. Ele se liga, então, às noções de certeza e previsibilidade, finalidades estas perseguidas pela própria idéia de direito.

O conceito de segurança jurídica não é de todo indeterminado. Ele já possui um núcleo conceitual suficientemente desenvolvido, concernente à necessidade de que em um sistema jurídico deve estar presente a previsibilidade, ou seja, de se saber de antemão quais são as conseqüências decorrentes da prática de um ato. O princípio da segurança jurídica pretende exatamente assegurar essa previsibilidade constante de se saber o que esperar dos outros. Contudo, embora já exista essa incipiente densificação do conceito de segurança jurídica, a sua real delimitação depende da situação concreta a ser analisada por ocasião da modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade.

O princípio da segurança jurídica pode ser usado tanto a favor do Estado quanto a favor do particular, uma vez que a segurança diz respeito ao Direito em si, e não a determinados indivíduos. O que vai ser essencial estabelecer quando se está analisando a possibilidade de

modulação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade será a própria aplicação da norma impugnada. Nesse diapasão se a norma vem a ser impugnada após anos de aplicação pacífica, é claro que a modulação dos efeitos da decisão que declara sua inconstitucionalidade é perfeitamente possível sob o fundamento de preservação da segurança jurídica. Isto se torna ainda mais patente quando há mudança na interpretação que o Supremo Tribunal Federal concede a uma norma. No entanto, se a norma atacada já tem sua constitucionalidade questionada de maneira sistemática não se tem como razoável a alegação de motivos de segurança jurídica para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pois, em tal caso, a própria presunção de legalidade da norma já se encontrava sob questionamento.

Na matéria ora examinada, a questão passa ao largo de se saber se haverá ou não insegurança jurídica na admissão de repetição de indébito tributário, pois na verdade o risco aqui é inverso, ou seja, a não admissão desse direito é que pode gerar uma grande insegurança no corpo social, já que, justamente por se basear na presunção de validade das leis, age esta de boa fé ao cumprir o mandamento legal. Assim, ao efetivamente se reconhecer que o Poder Público agiu em desconformidade com os mandamentos constitucionais, a expectativa de todos é de que se retorne ao *status quo ante*, o que não ocorre com a admissão de efeitos prospectivos às decisões de inconstitucionalidade. Mas aí não há um princípio a ser contraposto em favor do Poder Público, já que não se pode cogitar de que exista boa-fé deste em exercer seu poder de tributar ao arbítrio da Constituição. Portanto, efetivamente a alocação “segurança jurídica” não pode servir de suporte para se proibir a repetição do indébito tributário, exceto quando se trate de questão envolvendo mudança de jurisprudência, devendo a questão ser resolvida dentro da seara do interesse público quanto a tal possibilidade.

Interesse social pode também ser entendido como expressão sinônima a interesse público. Entretanto, o interesse público não se confunde com um mero interesse do Estado, já que este se liga ao interesse do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, enquanto o interesse público se relaciona ao amálgama de todos os interesses individuais, servindo de proteção ao corpo social como um todo.

É dentro da análise do interesse social que se encaixam as situações referentes à possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade para o fim de impedir a bancarrota financeira do Estado. Adentramos, então, no exame do princípio da reserva

do possível, ligado ao fenômeno conhecido como exaustão orçamentária, que ocorre quando a Administração não tem recursos suficientes para o cumprimento de todas as decisões judiciais.

A reserva do possível constitui um obstáculo ao conteúdo das decisões judiciais, já que ela demanda do juiz que ao decidir leve em consideração a efetivação dos direitos acaso concedidos, de modo a levar em conta os meios materiais disponíveis para a consecução das medidas a serem adotadas.

Com relação ao controle de constitucionalidade pode-se deparar com o seguinte problema: a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, com efeitos *ex tunc*, pode se mostrar tão prejudicial, que a manutenção de seus efeitos, com a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, será mais consentânea com o princípio do interesse social.

Às vezes haverá que se resolver a questão da viabilidade da declaração de inconstitucionalidade de uma norma com atribuição de efeitos *ex tunc* a tal declaração se esta via mostrar-se mais onerosa e prejudicial do que a manutenção da norma ou do que a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade

O ingresso dos valores dos tributos é considerado na feitura do orçamento público e um déficit nesta seara realmente traz conseqüências danosas às finanças públicas, mormente no que concerne à implementação das políticas públicas, que têm sua gestão ligada justamente à capacidade orçamentária. Contudo, a tais ponderações podem outras ser contrapostas, mormente no que diz respeito ao direito do cidadão de pagar tributo dentro de sua capacidade contributiva, o que de certa forma também acaba sendo violado com a cobrança de tributos inconstitucionais. Assim, a resolução deste conflito mais uma vez passa por uma conduta de ponderação de valores.

A impossibilidade de se ver o cidadão ressarcido daquilo que lhe foi ilegitimamente retirado não deve ser visto como um fato corriqueiro e que deve ceder espaço sempre em virtude de interesses “maiores” do Estado.

No caso de inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário, deve-se atribuir peso mais elevado ao princípio da sujeição da Administração às suas decisões, uma vez que configura este um princípio jurídico fundamental, ou seja, um princípio orgânico da Constituição. Contudo, em sendo configurada a exaustão orçamentária, no sentido de inexistência de recursos para que a Administração possa cumprir as decisões judiciais, não mais se configurará um conflito entre princípios, mas sim um confronto entre a realidade e o

direito. Ou seja, no caso se estará diante de Estado de Necessidade, a fazer com que a Administração possa descumprir a ordem judicial. No entanto, somente se pode cogitar dessa situação se houver efetiva comprovação perante o Supremo Tribunal Federal, não bastando a mera alegação de sua existência.

Muitas vezes é a própria Administração que, através de uma atitude temerária, cria uma barreira à aplicação do princípio da legalidade das despesas, pois, continua aplicando de forma sistemática normas tributárias cuja inconstitucionalidade já se encontra difusamente reconhecida, fazendo com que seja somente uma questão de tempo para que a mesma venha ser extirpada do ordenamento jurídico.

A análise do tema modulação dos efeitos temporais das decisões de controle de constitucionalidade sob a perspectiva da reserva do possível, pode, portanto, desviar o foco da problemática da ausência de vontade política na realização dos comandos e valores constitucionais, a retirar a própria força normativa da Constituição, já que a falta de disponibilidade financeira é sempre um argumento convincente para a não realização das normas constitucionais.

É um recurso muito comum do Poder Público, que impossibilitado de defender a manutenção de uma norma contrária aos valores constitucionais sob argumentos teóricos, levantar a bandeira dos prejuízos financeiros que a decisão judicial pode causar aos cofres públicos. Assim, apenas a cabalmente comprovada exaustão financeira pode levar à decisão de se impedir a repetição do indébito tributário através da modulação dos efeitos da decisão que declara inconstitucional uma norma tributária sob o perigo o discurso da “Reserva do Possível” se torne supedâneo para a inviabilização dos direitos dos cidadãos, vulnerando todos os pilares de sustentação da Constituição.

## RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. vol. 217. p. 55-66. jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, André Martins de. A perigosa extensão ao direito tributário da teoria geral das nulidades. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n 5. p. 9-12. fev. 1996.

ANIDO, Miguel A. Caamaño. Nulidad de La norma tributaria y devolución de ingresos indebidos. RUC. 2. Revistas UDC. Anuário da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña. REV – AD - n° 01, 1997. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2183/1899>>. Acessado em 31/01/2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. (RERE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./ out./nov./2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acessado em:

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 65-66.

\_\_\_\_\_. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. v. 210. p. 25-35. out./dez. 1997.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, v. 2 p. 261-288, 2006.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.

BRITO, Edvaldo. A decisão administrativa que não conhece de argumentos de inconstitucionalidade da exigência possibilita a sua inscrição válida na dívida ativa, aparelhadora da execução fiscal? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Problemas do Processo Judicial Tributário**. 3. volume, São Paulo: Dialética, 1999. p. 97-129

BUSTAMANTE. Thomas da Rosa de. A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 59, agosto 2000. p 113-123

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nº 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CERQUEIRA, Marcelo Fontes de. **Repetição do Indébito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da legalidade da Administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**. N. 84. p. 46-63. out./dez. 1987.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Edições Juspodium, 2008.

DALLAZEM, Dalton Luiz. **Inconstitucionalidade e Tributo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 55. p. 50-70. abril 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. N. 92. p. 5-16. out./dez. 1989.

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2005.

FISCHER, Octávio Campos, **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FONSECA, Tiago da Silva. Breve estudo da proteção do princípio da confiança à luz do Direito Civil, do Direito Administrativo e do Direito Tributário. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Ano 8, n. 45, maio./jun. 2010. p 77-93.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 56, maio 2000. p 19-24

GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 2, 1993. p. 130-148.

GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade da lei tributária, repetição de indébito**. São Paulo: Dialética, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. Repetição do Indébito: Contribuição ao INSS sobre Pagamentos a Administradores, Autônomos e Avulsos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 52. p. 91-113. jan. 2000.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do direito**, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 27-29.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos Prospectivos de Decisões Judiciais em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 177. p. 48-58. jun. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 122.202. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 9, out./dez. 1994., p. 75-84.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Campinas: Bookseller, 2000.

NOVOA, César Garcia. **El principio de Seguridad Juridica em Materia Tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REDENSCHI, Ronaldo. Eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em via direta – modificações trazidas pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 – relações com o método de ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 369-418.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação **jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Constrole Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, In: SARMENTO, Daniel (org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SEVERO, Renata Côrrea. O Princípio da Reserva do Possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. **Fórum Administrativo – Direito Público**. n. 112. p. 20-37. jun. 2010.

SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Normas Tributárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 83 p. 150-167, ago. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, 5. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STERNICK, Daniel. Limites Críticos à Modulação Temporal dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Jurídica Tributária**. Ano 2 n. 6. p. 111-126. jul./set. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. A declaração de inconstitucionalidade e a restituição de tributos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 8. São Paulo: Dialética. P. 99-110.

\_\_\_\_\_. A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25/09/2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária “Modulação” dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 157. p. 7-16. out. 2008.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.