Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Fábio Martins de Andrade

O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária

Rio de Janeiro
2010

Fábio Martins de Andrade

O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A553a Andrade, Fábio Martins de.
O argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do supremo tribunal federal em matéria tributária / Fábio Martins de Andrade – 2010.
XX f.

Orientador: Daniel Sarmento
Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Pragmatismo - Teses. 2. Direito tributário - Teses. 3. Direito econômico – Teses. I. Sarmento, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 165.741

..

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial dessa tese.

_____ _____
Assinatura Data

Fábio Martins de Andrade

O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovado em: 25 de março de 2010

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Daniel Sarmento (Orientador)

Faculdade de Direto da UERJ

_____

Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres

Faculdade de Direto da UERJ

_____

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Faculdade de Direto da UERJ

_____

Prof. Dra. Misabel Abreu Machado Derzi

_____

Prof. Dr. Celso de Albuquerque Silva

Rio de Janeiro

2010

DEDICATÓRIA

Ao sorrisão da minha Pinduca.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que, de alguma maneira, contribuíram para a conclusão deste projeto.

RESUMO

ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**, 2010. 000f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

A tese analisa a relação íntima que há entre o pragmatismo ou o conseqüencialismo e a modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais. Nesta relação, interessa ressaltar o ponto de interseção que certamente sobressai em várias ocasiões: o argumento de cunho econômico. Tal tipo de argumento pode assumir especial relevo quando do exame da oportunidade e conveniência na tomada das decisões eminentemente políticas. No âmbito jurisdicional, no entanto, o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico não deve prevalecer como fundamento das decisões judiciais, especialmente cuidando-se de matéria tributária. Os problemas que centralizam o estudo podem ser colocados através das seguintes indagações: é possível que o Supremo Tribunal Federal compute, no julgamento de certa matéria tributária, argumento como o eventual "rombo de X bilhões de reais" que a decisão contrária ao Fisco possa acarretar para os cofres públicos? A fundamentação de eventual decisão judicial calcada exclusiva ou predominantemente em tal argumento é legítima ou ilegítima? Que importância pode ter na tomada de decisão judicial? Quando aplicada, há parâmetros a serem seguidos? Quais? Demonstramos que a prevalência de tal argumento é inadequada na seara judicial, ou seja, deve ter peso reduzido ou periférico, servindo para corroborar ou reforçar os argumentos jurídicos que centralizam o debate submetido ao exame do Poder Judiciário de modo geral, e do Supremo Tribunal Federal, de maneira particular. Em busca de esclarecer quais os principais limites e possibilidades de tal argumento, especialmente relacionando-o à modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, explicitamos algumas regras necessárias para a sua adequada utilização, sob pena de inconcebível subversão de variados princípios e direitos fundamentais assegurados em sede constitucional. No exame das questões submetidas à apreciação da Corte Suprema em matéria tributária, o seu parâmetro consiste na maior efetividade e concretude ao texto constitucional. A modulação temporal dos efeitos se aplica a uma decisão que, declarando a inconstitucionalidade do ato normativo, se afastaria ainda mais da vontade constitucional, caso fosse aplicado o tradicional efeito *ex tunc* (retroativo até o nascimento da lei). Nestas situações específicas e excepcionais se justifica aplicar a modulação, com vistas a dar maior concretude e emprestar maior eficácia à Constituição. A tese proposta, ao final, consiste na reunião das regras explicitadas no trabalho e em proposta legislativa.

Palavras-chave: Pragmatismo. Conseqüencialismo. Modulação temporal dos efeitos. Direito Tributário. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The thesis examines the intimate relationship that exists between pragmatism or consequentialism and the temporal modulation of the effects of judgments. In this connection, it is interesting to highlight the point of intersection that certainly stands out on several occasions: the economic argument. This type of argument may be particularly relevant when considering the opportunity and convenience in making the highly political decisions. On the jurisdictional ground, however, the pragmatic or consequentialist argument should not prevail as the basis of judicial decisions, especially in taking care tax matters. The problems that centralize the study can be placed through the following questions: is it possible that the Supreme Court compute, in the trial of certain tax matters, any argument as the "deficit of X billions of reais" that the decision contrary to the tax authorities can result in the public purse? The basis for any judicial decision exclusively or predominantly in such an argument is legitimate or illegitimate? How important can have on judicial decision-making? When applied, there are parameters to be followed? Which? We have shown that the prevalence of such an argument is inappropriate in the judicial field, i.e., must have low weight or peripheral, serving to support or strengthen the legal arguments that center the debate before the examination of the judiciary in general and the Supreme Court in a particular way. Seeking to clarify the main limits and possibilities of such an argument, especially as related to the temporal modulation of the effects of judicial decision, we elucidate some rules necessary for its proper use, otherwise inconceivable subversion of various principles and fundamental rights guaranteed on constitutional ground. In examining the issues submitted to the Supreme Court in tax matters, its parameter is the greater effectiveness and concreteness to the constitutional text. The temporal modulation of the effects apply to a decision which, declaring the unconstitutionality of the legislative act, keep away the constitutional will if applied the traditional effect ex tunc (retroactive to the birth of the law). In these specific situations and circumstances it’s justifiable to apply the modulation, in order to give greater concreteness and bring greater efficiency to the Constitution. The proposition, as conclusion of the thesis, is the reunion of the rules set out in the work and in a legislative proposal.

Keywords: Pragmatism. Consequentialism. Temporal modulation of effects. Tax Law. Supreme Court.

SINTESI

La tesi esamina l'intima relazione che esiste tra pragmatismo o consequenzialismo e la modulazione temporale degli effetti delle sentenze. A questo proposito, è interessante evidenziare il punto di intersezione che spicca di certo in diverse occasioni: l'argomento economico. Questo tipo di argomentazione può essere particolarmente rilevante se si considera l'opportunità e la convenienza nel prendere le decisioni altamente politico. Ai sensi della Corte, tuttavia, l'argomento pragmatico o consequenzialista economico non deve prevalere come base delle decisioni giudiziarie, in particolare nel prendersi cura di questioni fiscali. I problemi che centralizzare lo studio può essere inserito attraverso le seguenti domande: è possibile che la Corte Suprema di calcolo, nello esame di alcune questioni fiscali, alcun argomento come il "deficit di X miliardi di reale" che la decisione contraria all'autorità fiscali possono provocare alle finanze pubbliche? La base di possibile decisione giudiziaria esclusivamente o prevalentemente in un argomento del genere sia legittima o illegittima? Qui importante possono avere sulla decisione giudiziaria? Quando viene applicato, ci sono i parametri da seguire? Cosa? Abbiamo dimostrato che la prevalenza di un tale argomento non è appropriato secondo giuridicci raccolto, cioè, deve avere un peso basso o periferico, che servono a corroborare o rafforzare le argomentazioni giuridiche che il dibattito di centrare la prima dell'esame della magistratura in generale e la Corte Suprema in modo particolare. Cercando di chiarire i principali limiti e le possibilità di un tale argomento, soprattutto in relazione alla modulazione temporale degli effetti della decisione giudiziaria, abbiamo chiarire alcune norme necessarie per il suo uso corretto, altrimenti inconcepibile sovvertimento dei vari principi e diritti fondamentali garantiti in sotto costituzionale. Nell'esaminare le questioni sottoposte alla Corte Suprema in materia fiscale, il parametro è il maggiore efficacia e concretezza al testo costituzionale. La modulazione temporale degli effetti, si applicano a una decisione che dichiara l'incostituzionalità dell'atto legislativo, sarebbe ulteriormente l'costituzionale, se applicato l'effetto ex tunc tradizionali (con effetto retroattivo alla nascita della legge). In queste situazioni e circostanze specifiche del caso di applicare la modulazione, al fine di dare maggiore concretezza e di introdurre una maggiore efficienza della Costituzione. La proposta, alla fine, è la riunione delle norme di cui il lavoro e una proposta legislativa.

Parole chiave: Pragmatismo. Consequenzialismo. Modulazione temporale delli effetti. Diritto Tributario. Corte Suprema.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 14

Delimitação do objeto de estudo..... 22

Problema-chave da pesquisa..... 22

Metodologia..... 23

A construção da tese..... 24

Matéria tributária..... 24

Argumento de cunho econômico..... 25

Argumento pragmático ou conseqüencialista..... 25

Supremo Tribunal Federal..... 26

Modulação temporal dos efeitos das decisões..... 27

1 **PANORAMA SOBRE O PRAGMATISMO E O CONSEQÜENCIALISMO**..... 30

1.1 **O pragmatismo jurídico e o consequencialismo**..... 30

1.1.1 Considerações iniciais..... 30

1.1.2 Origens: o movimento filosófico norte-americano do pragmatismo..... 32

1.1.3 O pragmatismo jurídico de Richard Allen Posner…….. 37

1.1.3.1 Um manifesto pragmático……...……... 37

1.1.3.2 O pragmatismo cotidiano……... 40

1.1.3.3 O pragmatismo no comportamento judicial..... 49

1.1.4 Distinções entre o pragmatismo jurídico, o conseqüencialismo e noções afins. 57

1.1.5 Considerações finais..... 62

1.2 **Alguns contrapontos possíveis**..... 65

1.2.1 Considerações iniciais..... 65

1.2.2 Os contrapontos levantados por Ronald Dworkin..... 67

1.2.2.1 O império do direito..... 67

1.2.2.2 Por uma leitura moral da Constituição..... 72

1.2.2.3 O pragmatismo, o direito e a teoria filosófica..... 74

1.2.2.4 O pragmatismo darwiniano..... 78

1.2.3 A prevalência do argumento institucional sobre o não-institucional (Ávila)..... 84

1.2.4 Outros breves contrapontos..... 94

1.2.5 Considerações finais..... 97

2 **O ARGUMENTO PRAGMÁTICO NA DECISÃO JUDICIAL**..... 101

2.1 **Considerações iniciais**..... 101

2.2 **Olhar prático: adequação nas decisões políticas vs. Inadequação no âmbito jurisdicional**..... 104

2.2.1 A utilidade da informação no plano político e na esfera judicial..... 105

2.2.2 Vinculatividade jurisdicional vs. oportunidade e conveniência política..... 109

2.2.3 Efeito neutralizador: exame prévio pelo contribuinte dos custos e da viabilidade econômica da ação ou defesa judicial e as conseqüências gerenciais..... 114

2.3 **Olhar teórico: aspectos processuais e constitucionais da tomada da decisão judicial e a adequaçãoregrada**..... 122

2.3.1 Aspectos processuais..... 122

2.3.l.1 Considerações prévias: atividade legislativa e prestação jurisdicional..... 122

2.3.1.2 Abstração e generalidade da lei versus decisão judicial em ações diretas..... 129

2.3.1.3 A decisão judicial no sistema de controle de constitucionalidade (aproximação dos modelos concentrado e difuso)..... 132

2.3.1.4 Distinção entre a tomada de decisão liminar e de mérito..... 140

2.3.1.5 O efeito multiplicador do precedente: rumo à segurança jurídica..... 143

2.3.1.6 O Poder Judiciário não é a “segunda instância do governo”..... 144

2.3.2 Aspectos constitucionais..... 149

2.3.2.1 Considerações prévias: a filtragem a partir da Constituição como parâmetro... 149

2.3.2.2 Violação aos princípios fundamentais..... 152

2.3.2.3 Violação aos direitos fundamentais (art. 5º)..... 154

2.3.2.4 Violação aos demais princípios constitucionais e tributários..... 160

2.3.2.5 Efeito limitador: a motivação da decisão judicial..... 166

2.4 **Manual para o uso do argumento pragmático ou conseqüencialista**..... 169

3 **A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**..... 177

3.1 **Considerações iniciais**..... 177

3.2 **Direito estrangeiro, evolução histórica, arcabouço legislativo e panorama doutrinário**..... 179

3.2.1 Direito estrangeiro..... 179

3.2.1.1 Alemanha..... 179

3.2.1.2 Estados Unidos da América do Norte..... 181

3.2.1.3 Espanha..... 183

3.2.1.4 Portugal..... 185

3.2.1.5 Panorama de alguns países..... 191

3.2.2 Evolução histórico-legislativa do instituto..... 193

3.2.2.1 Assembléia Nacional Constituinte (1987/88)..... 194

3.2.2.2 Revisão Constitucional (1994)..... 197

3.2.2.3 Projeto de Lei n.2.960 (1997/99)..... 198

3.2.3 Arcabouço legislativo e panorama doutrinário..... 200

3.3 **A interpretação em torno do art. 27 da Lei n.9.868/99**..... 207

3.3.1 A natureza jurídica da inconstitucionalidade e seus efeitos..... 208

3.3.2 O alcance da expressão “lei ou ato normativo”..... 215

3.3.3 Principais aspectos das “razões de segurança jurídica”..... 218

3.3.3.1 O conceito jurídico indeterminado..... 218

3.3.3.2 Alguns contornos traçados pela doutrina..... 224

3.3.3.3 Arcabouço constitucional..... 228

3.3.3.4 O art. 146 do Código Tributário Nacional..... 231

3.3.4 Possível definição do "(excepcional) interesse social"..... 236

3.3.5 O Supremo Tribunal Federal (e os outros tribunais)..... 240

3.3.6 A maioria qualificada de dois terços de Ministros..... 248

3.3.7 A regra geral da retroatividade temporal da decisão (efeito ex tunc) 252

3.3.8 A excepcionalidade da restrição dos efeitos da decisão..... 255

3.3.9 A atribuição de efeito temporal a partir do trânsito em julgado (ex nunc)..... 264

3.3.10 Outros momentos para onde deslocar o efeito temporal da decisão..... 267

3.3.11 Síntese das possibilidades de modulação temporal dos efeitos da decisão..... 269

3.4 **Algumas questões pendentes do art. 27 da Lei n.9.868/99**..... 275

3.4.1 A possibilidade de outras modulações dos efeitos da decisão..... 275

3.4.2 Em torno da inconstitucionalidade do art. 27..... 276

3.4.2.1 No âmbito doutrinário..... 276

3.4.2.2 Na seara judicial..... 280

3.4.2.3 Algumas colocações..... 283

3.4.3 As implicações da doutrina prospectiva..... 286

3.4.3.1 Como proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes..... 287

3.4.3.2 A serviço do Fisco..... 296

3.4.3.3 Notas sobre a ação de repetição do indébito, embargos à execução e ação rescisória em matéria tributária..... 299

3.4.4 Nossa posição..... 304

3.5 **Considerações finais**..... 307

4 **ESTUDOS DE CASOS**..... 314

4.1 **IPI – Alíquota zero**..... 314

4.1.1 Argumentos favoráveis ao pedido de modulação (contribuintes)..... 315

4.1.2 Argumentos contrários ao pedido de modulação (Fisco)..... 318

4.1.3 Os votos do julgamento (quanto à modulação dos efeitos)..... 322

4.1.4 Comentários..... 330

4.2 **Prazo qüinqüenal para prescrição e decadência de créditos tributários**.... 336

4.2.1 Argumentos favoráveis ao pedido de modulação (Fisco)..... 338

4.2.2 Argumentos contrários ao pedido de modulação (contribuintes)..... 339

4.2.3 Os votos do julgamento (quanto à modulação dos efeitos)..... 341

4.2.4 Comentários..... 346

4.3 **Cofins das sociedades profissionais**..... 358

4.3.1 Argumentos favoráveis ao pedido de modulação (contribuintes)..... 359

4.3.2 Argumentos contrários ao pedido de modulação (Fisco)..... 362

4.3.3 Os votos do julgamento (quanto à modulação dos efeitos)..... 364

4.3.3.1 A trajetória da ADI 4.071..... 371

4.3.4 Comentários..... 376

5 **TESE PROPOSTA**..... 384

REFERÊNCIAS..... 386

INTRODUÇÃO

O magistrado, quando julga determinada questão, traz consigo todo o *background* (pano de fundo) de sua experiência como ser humano, cidadão e membro ativo da sua comunidade. Vale dizer, no julgamento de cada questão submetida à apreciação do Poder Judiciário, o magistrado está envolvido por uma série de aspectos circunstanciais adquiridos por ele ao longo de sua trajetória não só profissional, mas também pessoal. Assim, participam do cabedal de informações que detém as suas concepções filosóficas e morais, a sua vivência como cidadão comum, a experiência de vida compartilhada com os seus parentes e amigos próximos, enfim, todo o acervo cultural que se incorporou ao seu trajeto de vida.

De fato, nem poderia ser diferente. Na medida em que é cidadão ativo e inserido em certo seio social, o magistrado, a um só tempo, influencia e, principalmente, sofre a influência desse meio no constante período de sua formação e aprimoramento profissional.

Exemplo bastante ilustrativo desse fenômeno é a influência que a Mídia exerce sobre ele, tanto sob a ótica pessoal do cidadão submetido às notícias divulgadas diariamente como também sob o aspecto profissional como magistrado, submetido que está ao controle, à crítica, à pressão e, muitas vezes, à má compreensão que emana da Mídia, especialmente nos julgamentos mais rumorosos e de maior repercussão social ou clamor público na esfera criminal.[1]

A pretensão de absoluta neutralidade e objetividade em prol do suposto distanciamento do observador em relação ao objeto estudado, que por muito tempo acompanhou o método de pesquisa das chamadas "Ciências Humanas", caiu por terra quando do ocaso da hegemonia do pensamento positivista. Na seara jurídica assumiu relevo a necessidade de melhor motivação e justificativa das decisões judiciais, especialmente quando cuidem dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

---

[1] Para melhor compreensão e aprofundamento, confira, em abordagem ampla e sistemática: ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídi@ e Poder Judiciário: A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Cuidando especificamente de certo aspecto da responsabilidade social dos magistrados perante a opinião pública, confira ainda a seguinte lição de Mauro Cappelletti: "Desejo referir-me à exposição do comportamento dos juízes à *crítica pública*, especialmente pelos *meios de comunicação de massa*, mas também pela literatura especializada e outros instrumentos de informação; trata-se, obviamente, de um instrumento de responsabilização que traz consigo grande potencialidade nos países onde os cidadãos gozem da liberdade de palavra" (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 47).

A crescente busca pela maior racionalidade adicionou às razões jurídicas que fundamentam as decisões judiciais as lições da teoria da argumentação.[2] A preocupação subjacente é que se torne mais transparente a decisão judicial adotada e, consequentemente, passível de controle e crítica.

Além disso, o neoconstitucionalismo resgatou antigas práticas da *judicial review* norte-americana e as adaptou à realidade do velho continente em reconstrução com o fim da II Guerra Mundial. As modificações decorrentes daquela grave crise gerada com a guerra não ocorreram de maneira unificada (como um bloco). Foram cada vez mais se espraiando por diferentes cantos.

Em um primeiro momento, tais modificações foram experimentadas de maneira mais ou menos uniforme pelos países da Europa ocidental. Algumas décadas depois, foram ampliadas para variados outros países do Leste Europeu e da América Latina. A justificativa para que esse movimento tenha ocorrido em diferentes momentos deveu-se às peculiaridades históricas então vividas pelos países dessas últimas regiões. Os países do Leste Europeu estavam, até o final do século XX, imersos no projeto socialista, ainda remanescente da corrida armamentista gerada no âmbito da Guerra Fria (que dividiu o mundo entre os modos de produção capitalista e socialista). Os países da América Latina, no mesmo período, vivenciavam diversas formas de ditaduras militares que inviabilizaram as referidas mudanças.

No Brasil, o marco destas modificações é seguramente definido a partir da intensificação do movimento de redemocratização e culminou com a promulgação da Constituição "Cidadã" de 05.10.1988. Festejada como verdadeira vitória da cidadania, ela realmente introduziu diversas modificações relevantes, não só no reconhecimento dos direitos individuais e sociais, mas, especialmente, na criação de mecanismos apropriados a torná-los eficazes. Nesse contexto, vale destacar o elevado papel que foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal. Transcorridos mais de vinte anos de sua promulgação, contudo, ainda remanescem algumas lacunas na regulamentação de variadas sistemáticas estabelecidas em sede constitucional.

O crescimento do neoconstitucionalismo no âmbito doutrinário e na seara jurisprudencial já é fato consumado na realidade brasileira. A Constituição da República realmente situa-se, atualmente, no centro da ordem jurídica e dela emanam as principais

---

[2] Embora o tema se coloque como verdadeiramente instigante, não o abordaremos de modo aprofundado nesse trabalho. Para aprofundamento, consultar: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: A nova retórica. 2.ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

normas que norteiam o sistema. Dentre o arsenal de novos instrumentos vocacionados a dar maior concretude e plena eficácia à Constituição destaca-se a modulação temporal dos efeitos da Suprema Corte.

Esta tese pretende examinar a possibilidade de aplicação da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais à luz da consideração do argumento pragmático ou conseqüencialista. De fato, relacionamos estes dois relevantes temas que sobressaem no atual cenário jurídico do País: o argumento pragmático ou conseqüencialista e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária.

Soa até intuitiva a relação existente entre o conseqüencialismo e a modulação dos efeitos na decisão judicial. Em uma primeira abordagem, é possível compreendermos a esfera de abrangência do conseqüencialismo como maior e dentro da qual está contida a esfera de possível atuação (excepcional) através da modulação. De fato, o conseqüencialismo é levado em conta na tomada das decisões políticas, onde inclusive pode eventualmente prevalecer sobre os demais argumentos (jurídicos ou não) que compõem certo quadro decisório. Pode também ser considerado, juntamente com outros argumentos, na tomada da decisão judicial de mérito, mesmo quando não seja o caso de eventual modulação.[3]

A compreensão mais adequada de tal relação é a interseção que há entre ambas, que, até certo ponto, se aproximam e se complementam reciprocamente. Nessa perspectiva, o campo limitado da modulação, que sempre há de ser aplicada como medida excepcional à luz de circunstâncias específicas da situação apresentada, pode e deve levar em conta o argumento pragmático ou conseqüencialista.

A relação íntima entre ambos evidencia-se pela necessidade de motivar ou justificar a modulação dos efeitos das decisões judiciais que, dentre outras possíveis, podem contar também com os argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas. Dentro deste universo, recortamos o argumento de cunho econômico e cuidamos da matéria tributária.

As seguintes questões serão abrangidas pelo escopo desta tese: é possível que o STF compute, no julgamento de certa matéria tributária, argumento como o eventual “rombo de X bilhões de reais” que a decisão contrária ao Fisco possa acarretar para os cofres públicos? A fundamentação de eventual decisão judicial calcada exclusiva ou predominantemente em tal argumento é legítima ou ilegítima? Que importância pode ter na tomada de decisão judicial? Quando aplicada, há parâmetros a serem seguidos? Quais?

---

[3] Tal modulação, por sua vez, parece restringir-se (em maior ou menor medida) aos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas. Na maior parte das vezes, no entanto, tais argumentos estão intimamente imbricados ou gravitam em torno de argumentos jurídicos que, pela sua maior importância, centralizam o debate.

A resposta às indagações formuladas é complexa, atual e de inegável interesse acadêmico, teórico e prático. A sua complexidade consiste justamente na adequada compreensão do que é possível, e em que medida, ao magistrado – e, em última e definitiva instância, aos Ministros do STF – levar em conta no momento da fundamentação e motivação de sua decisão. Tal fundamentação ou motivação sobressai especialmente relevante no tocante ao elevado ônus argumentativo que a aplicação excepcional da modulação temporal dos seus efeitos necessariamente acarreta. É certo que o magistrado está vinculado aos ditames de sua consciência (livre convicção) para decidir. De todo modo, a legitimidade das decisões decorre precisamente da motivação racionalmente lógica sobre a qual se assenta. Este estudo dedica-se especificamente ao exame do argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico como fundamento de decisões prolatadas em matéria tributária quando (in)aplicada a modulação temporal dos seus efeitos.

Nas instâncias inferiores, quando cabível recurso, é sempre possível manejá-lo com o intuito de demonstrar o equívoco de eventual decisão judicial ilegítima. Tratando-se de decisão proferida pela Suprema Corte, no entanto, a eventual mácula de ilegitimidade não é capaz ou suficiente, por si só, para invalidá-la junto ao ordenamento jurídico. Não obstante, será certamente objeto de críticas doutrinárias e possivelmente constituirá um precedente sem o potencial persuasivo ou vinculante que lhe caberia no cenário judiciário.

A atualidade do tema é também inegável, vez que crescentemente se verifica de maneira explícita a utilização de argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas de cunho econômico no âmbito do julgamento de relevantes questões tributárias junto a Corte Suprema. O interesse teórico do tema evidencia-se pelo peso dos defensores do pragmatismo jurídico e suas variações. São professores e magistrados norte-americanos do escol de Richard A. Posner, cujas idéias centrais serão oportunamente comentadas. Ademais, é relevante notar que o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico tem sido utilizado com crescente intensidade em matéria tributária pela Corte Suprema nacional, motivo pelo qual sobreleva também a urgência de reflexões acadêmicas sobre esse tema de variados matizes.

Embora a prática de aplicação da modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal já esteja sedimentada no âmbito da Corte, a grande novidade verificada a partir de 2007 foi a abertura da discussão em torno de sua aplicação em matéria tributária. Nessa seara, geralmente assumiu-se como foco central do debate o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico, crescentemente utilizado pelo Fisco como fundamento de seus pleitos junto à Suprema Corte, que a ele se tem mostrado sensível.

É dado notório que preponderam, na atual composição do STF, Ministros de formação pós-Constituição de 1988,[4] o que tem levado a Suprema Corte a revisitar diversos precedentes que já se encontravam consolidados na jurisprudência pátria. Acentuada renovação na composição da Suprema Corte nos últimos anos mereceria, por si só, consideração especial nos estudos do (neo)constitucionalismo nacional. Ela é certamente a causa de diversos fenômenos recentemente experimentados pela Suprema Corte e cujos desdobramentos ainda não foram totalmente revelados.[5]

Contudo, essa questão parece ter sido negligenciada pela doutrina. Essa circunstância de crescente inovação, com sucessivas modificações nas orientações jurisprudenciais então consolidadas, vem dando azo ao surgimento e debate de novos mecanismos, como o da modulação temporal dos efeitos da decisão.[6]

Embora o argumento *ad terrorem* seja velho conhecido dos tribunais, o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária tem recrudescido na prática do Supremo Tribunal Federal dos últimos anos. Com base nele, contudo, a modulação temporal dos efeitos de tal decisão ainda carece da definição de critérios apropriados com o fim de estabelecer balizas ou parâmetros capazes de delinear os principais aspectos de sua aplicação.

Em olhar superficial e apressado, a tese pode parecer inclinada ao positivismo. Não assim. Melhor é compreendê-la inserida em um contexto de claro refluxo do neoconstitucionalismo. De fato, depois de introduzido e consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, vivenciamos um momento que pode ser caracterizado como uma espécie de "segunda geração" (na qual a preocupação gira em torno de conter os excessos do neoconstitucionalismo ou, em linguagem coloquial, "aparar as suas arestas").

---

[4] Dos atuais 11 Ministros, 1 foi nomeado pelo Presidente da República José Sarney (Celso de Mello), 1 pelo Presidente Fernando Collor de Mello (Marco Aurélio), 2 pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso (Ellen Gracie e Gilmar Mendes) e 7 pelo Presidente Luis Inácio Lula da Silva (Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito). Com o falecimento do Min. Menezes Direito, o Presidente Lula nomeou o Ministro Dias Toffoli.

[5] No mesmo sentido, confira em recente obra que se dedica a examinar alguns aspectos da jurisprudência recente do STF: "Ao se considerar uma amostra da casuística do Supremo Tribunal Federal, relativa à recente atuação político-institucional do tribunal, particularmente após o advento da Emenda Constitucional 45/04 (Reforma do Judiciário), ficou nítido um protagonismo de caráter mais ativista por parte de seus integrantes. Acresce a esse contexto, a mudança da composição da corte a partir do início do primeiro Governo Luiz Inácio Lula da Silva (2002-2006), com o preenchimento de vagas decorrentes de aposentadorias. Foram considerados para a nomeação dos novos ministros critérios originais na história institucional do Supremo Tribunal Federal, como gênero, ideologia e etnia. Esses traços convergem num quadro fático bastante complexo que carece de reconstrução teórico-prático substancial" (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15).

[6] A modificação nas orientações jurisprudenciais consolidadas da Suprema Corte não é situação verificável somente no Brasil. Para crítica contundente de tal fenômeno assistido recentemente na Suprema Corte norte-americana, confira: DWORKIN, Ronald. **The Supreme Court Phalanx**: The Court's nwe right-wing bloc. New York: New York Review Books, 2008.

Pretendemos, no momento atual, estabelecer o ponto de partida no sentido de delinear os contornos que devem balizar a utilização dos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas de viés econômico na formação da jurisprudência pátria, especialmente no âmbito da Corte Suprema quando da aplicação da modulação temporal dos efeitos de sua decisão.

Tratando-se de matéria tributária, em especial, algumas considerações adicionais merecem ser colocadas em relevo. Significa dizer que, nesta seara, pelas suas peculiaridades no específico ramo do Direito Público de que cuida, não é legítimo ao magistrado levar exclusivamente em consideração argumentos de cunho fundamentalmente econômico, que acabam por se confundir com meros argumentos *ad terrorem*.

Isso porque, no exame acerca da (in)constitucionalidade de determinada legislação tributária questionada por afronta direta aos direitos fundamentais dos contribuintes agasalhados na Constituição da República, pela própria gravidade da sanção judicial em causa, não deve ceder espaço às necessidades transitórias em prol do Fisco (que extrapolou o limite constitucionalmente estabelecido ao poder de tributar).

Em realidade, o exame sobre a constitucionalidade ou não de certa lei ou ato normativo deve ser colocado sob uma perspectiva essencialmente jurídica. Embora seja possível e até recomendável ao magistrado levar em consideração variados elementos – inclusive de outros ramos do conhecimento humano –, o fundamento ou a motivação da decisão deverá invariável e necessariamente contemplar argumentos essencialmente jurídicos. A multidisciplinariedade deve ser conhecida e utilizada pelo magistrado, mas apenas e tão somente para reforçar ou corroborar os elementos centrais extraídos do sistema jurídico que estão em debate.

Sabe-se que a matéria tributária é essencial e primordial às preocupações de financiamento do Estado. Exatamente por isso, ao menos em tese, o STF poderia sucumbir ao genérico argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico. Esta é a razão de ser desta tese: demonstrar que, na dicotomia possível que o STF enfrenta no julgamento de causa tributária, os argumentos jurídicos devem sempre e em quaisquer circunstâncias prevalecer sobre os apelos pura e simplesmente com fins arrecadatórios (*ad terrorem*).

Em matéria tributária, caso a mácula de inconstitucionalidade seja suficiente para retirar do ordenamento jurídico determinado texto normativo, então nunca e sob qualquer circunstância o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico deve bastar para mantê-lo vigente. É que, se for desvinculado dos argumentos jurídicos alicerçados em

princípios e regras constitucionais que centralizam o debate, não servirá como fundamento válido para justificar a decisão judicial ou a modulação dos seus efeitos.

Esse parece ser o trabalho pedagógico a que se deve dedicar o STF, que, em variadas ocasiões, tem a real possibilidade de fazer prevalecer os argumentos jurídicos robustos quando capazes de inquinar o enunciado normativo legislado de insanável inconstitucionalidade (quanto mais manifesta, tanto melhor) em prol da proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes.[7]

Este trabalho pretende seguir o caminho que a doutrina começou a percorrer no debate e nas primeiras conclusões acerca do tema, servindo de maneira útil para a verificação de que a prevalência dos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas de cunho econômico são, em realidade, uma inversão – e conseqüentemente subversão – dos valores constitucionais devidamente considerados, especialmente em matéria tributária. Trata-se da subversão, no exame pelo Poder Judiciário (especialmente da Suprema Corte), dos maiores valores assegurados e garantidos no âmbito constitucional (direitos fundamentais) em proveito de necessidades inferiores, transitórias e momentâneas, que nem sempre se revelam verdadeiras. Em síntese, na sua esmagadora maioria, cuida-se de mera "futurologia" especulativa acerca das possíveis conseqüências da decisão do magistrado, que somente poderá verificar o "acerto" ou "engano" de sua decisão *a posteriori*, com base em elementos fáticos que eram indisponíveis ou inúteis no julgamento. Diversa é a percepção sobre a compatibilidade (ou não) de certo dispositivo legal e a Constituição. Cuidando-se dess cotejo, não é dado ao magistrado desprezar os elevados ditames constitucionais em prol de meras previsões.

O entendimento contrário conduziria necessariamente a subversão de valores constitucionais, ou seja, os principais valores erigidos à relevante condição de princípios de defesa e proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes seriam subvertidos e obnubilados por supostos problemas orçamentários ou meramente de caixa.

Por conseguinte, tratando-se de matéria tributária, o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico não deve prevalecer na tomada da decisão judicial e, muito menos, quando aplica a modulação dos seus efeitos. Deve servir para corroborar os argumentos jurídicos que são centrais, prevalecentes na situação submetida à apreciação. Assim, pretendemos chamar a atenção para como o exercício limitado de tal faculdade deve

[7] Essa função pedagógica, que incumbe ao STF no Brasil de hoje, pode, futuramente, ser desnecessária ou obsoleta. Para tanto, basta que os representantes dos demais poderes (Legislativo e principalmente Executivo), atendam ao dispositivo do art. 2º do ADCT da CF, isto é, obedeçam aos elevados ditames constitucionais na elaboração de leis e atos normativos, adoção de políticas públicas relevantes e suas regulamentações, de modo mais rotineiro.

ser cuidadosamente fundamentado, quando cabível, e contrapor à incipiente experiência do Supremo Tribunal Federal nesse tema.

Delineado os contornos fundamentais do debate que se traz neste estudo, importa agora traçar uma breve sinopse explicativa das principais partes e dos capítulos que o compõem. Dessa maneira, o trabalho é dividido em três partes principais e uma complementar.

A Primeira Parte divide-se em dois capítulos diferentes, traçando um panoramo teórico do pragmatismo e do conseqüencialismo a partir da visão de Posner e esboçando alguns contrapontos possíveis, particularmente aquele preconizado por Dworkin, complementado pelo pensamento de Humberto Ávila, inclusive com o exame de uma sistemática de sua aplicação mitigada ou reduzida.

A Segunda Parte demonstra em dois capítulos principais a adequação do argumento pragmático na tomada de decisões políticas contrapondo-a à sua (in)utilidade na adoção de decisão judicial, especialmente em matéria tributária. Encerra-se esta parte com um capítulo em que se ousa esboçar um manual para o uso do argumento pragmático ou conseqüencialista.

A Terceira Parte cuida da doutrina em torno das variadas questões que a modulação temporal dos efeitos das decisões em matéria tributária pode suscitar. Além das considerações iniciais e finais, destacam-se três capítulos principais, que abordam, respectivamente: o direito estrangeiro, a evolução histórica, arcabouço legislativo e panorama doutrinário; as principais questões relacionadas à interpretação e aplicação do art. 27 da Lei n.9.868/99, que analisamos detalhadamente com o apoio da doutrina nacional; e, finalmente, o levantamento de algumas questões ainda pendentes sobre tal dispositivo legal, como a possibilidade de outras modulações dos efeitos da decisão, a orientação doutrinária minoritária no sentido da sua inconstitucionalidade, a estreita relação entre a doutrina prospectiva e a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes e os principais aspectos relacionados à ação de repetição do indébito, aos embargos à execução e ação rescisória em matéria tributária.

A Quarta Parte é complementar e se dedica ao estudo de caso dos principais julgamentos já ocorridos no Plenário do Supremo Tribunal Federal no concernente à modulação temporal dos efeitos de suas decisões em matéria tributária. São eles: o IPI-Alíquota zero, o prazo qüinqüenal para prescrição e decadência de créditos tributários e a

COFINS das sociedades profissionais. Por fim, a tese central é colocada de modo resumido como fecho do trabalho.[8]

Delimitação do objeto de estudo

Problema-chave da pesquisa

O problema-chave proposto como objeto de estudo nesta tese pode ser formulado da seguinte maneira: é possível (leia-se "legítimo") ao Poder Judiciário (sobretudo ao Supremo Tribunal Federal), no julgamento de matéria tributária, colocar o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico como fundamento único ou prevalecente para a modulação temporal dos efeitos de suas decisões?

Verifica-se, desde logo, a especificidade do problema-chave levantado. Para responder de forma adequada ao problema-chave proposto será necessário enfrentar algumas outras questões que certamente gravitam em torno da questão central. A depender da resposta dada ao problema-chave, a questão central pode comportar desdobramento ou não.

Se a resposta ao problema levantado for positiva, temos desde logo uma solução peremptória que possivelmente esvazia a importância do necessário debate em torno das questões que serão abordadas neste trabalho (o conseqüencialismo e a modulação dos efeitos da decisão judicial). Embora o argumento pragmático ou conseqüencialista seja rotineiramente utilizado na tomada das decisões políticas, entendemos que o funcionamento lógico da decisão judicial se dá por outra forma, como veremos.

Adiantamos, com isso, a resposta que encontraremos para a indagação inicialmente formulada. Ela será negativa. Se não é possível utilizar o argumento pragmático ou conseqüencialista como único capaz de fundamentar a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial em matéria tributária, ele é apto a funcionar, ao menos, de modo

[8] Apesar de instigante o estudo sobre os seguintes assuntos, pelo arranjo final que escolhemos para compô-lo decidimos não incorporá-los no texto da tese, sendo tratados de modo propositadamente superficial: a judicialização da política e a politização do Judiciário, os custos dos direitos, o orçamento, a importância dos precedentes, a evolução histórica dos principais recursos e ações diretas no STF sobre modulação, a experiência do STJ no Crédito-Prêmio do IPI e a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS.

prevalecente? Entender que sim, mais uma vez, poderia esvaziar a complexidade que a questão apresenta com a adoção de solução simplista ou até mesmo simplória.

Entendemos, novamente, que a resposta necessária é negativa. Assim, chegamos ao desdobramento subseqüente. Para fundamentar a modulação temporal dos seus efeitos, a decisão judicial pode lançar mão do argumento pragmático ou conseqüencialista? Entendemos que sim. Resta saber, no entanto, em que medida ou com qual peso.

Se já adiantamos que tal argumento não deve ser invocado como fundamento único e tampouco prevalecente para fundamentar a modulação, então poderá ser usado como argumento de menor importância ou peso, a corroborar os argumentos jurídicos que centralizam o debate em torno da questão submetida à apreciação.

Considerada a especificidade dos principais temas estudados (o conseqüencialismo e a modulação), delimitamos como objetos deste estudo o foco no argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária. Devidamente delimitado o objeto de estudo, cabem breves considerações sobre a metodologia e os elementos que serão necessários para a construção da tese. Embora tais elementos se relacionem entre si, destacamos cada um deles isoladamente, apenas com o intuito de explicitá-los mais claramente. A importância de cada um deles será facilmente comprovada com a sua presença permanente ao longo do presente trabalho.

Metodologia

A metodologia é essencialmente compilativa, tanto a doutrinária como também a jurisprudencial. Adiciona-se, em certa medida, o método indiciário, pelo qual se busca trazer ao exame do meio acadêmico uma tese plausível ou verossímil. Significa dizer que, caso esta tese não convença em uma primeira abordagem do leitor sobre os principais assuntos nela tratados, então basta que se sensibilize com a seriedade de algumas colocações aqui contidas e que sirva de reflexão e subseqüentes ponderações sobre os relevantes e atualíssimos temas tratados. Depois de explicitado o marco teórico adotado e de pontuados os aspectos principais do debate, explicitaremos a nossa posição de maneira crítica e fundamentada.

A construção da tese

A construção da tese envolve necessariamente o percurso de um caminho que a justifique de maneira juridicamente adequada. As etapas do percurso que ora se propõe poderiam, por mera facilidade didática, ser arroladas uma a uma de maneira sucessiva até culminar com o cadinho necessário para manejar o problema-chave de modo completo.

Opta-se em privilegiar o estudo detalhado de certas etapas ainda pouco exploradas pela doutrina nacional, como são os argumentos pragmático ou conseqüencialista e a questão em torno da modulação temporal dos efeitos da decisão do STF. De fato, essas são as duas linhas-mestras que sedimentarão o caminho que se pretende percorrer.

Quanto aos demais elementos que contornam o problema-chave, serão eles perpassados ao longo de todo o trabalho, vez que são comumente mais explorados pela doutrina nacional e já estão difundidos pelo conhecimento tradicional, razão pela qual não necessitam serem esmiuçados para o fim a que nos propusemos.

Matéria tributária

É bem verdade que o Direito é uno, inteiro e indivisível. Todavia, para fins didáticos, é prática generalizada e tradicional separá-lo em diversos compartimentos, que correspondem a variados fragmentos agrupados mais ou menos de acordo com as peculiaridades inerentes a cada um desses compartimentos. Assim, fala-se, *v.g.*, em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Imobiliário e Direito Tributário, dentre tantos outros.

Como soa intuitivo, o Direito Tributário cuida da matéria tributária, entendida como aquela relacionada aos contornos gerais e específicos dos tributos (definição de princípios e regras de obediência obrigatória e regulação dos limites ao poder de tributar, a definição dos tributos e seus respectivos fatos geradores, bases de cálculo, contribuintes, obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência, forma de pagamento etc.) que integram o sistema tributário nacional.

Argumento de cunho econômico

O argumento de cunho econômico limita o alcance do pragmatismo jurídico ou do conseqüencialismo. De fato, essa corrente de pensamento pode ser aplicada ao Direito de maneira ampla. Contudo, para os fins deste trabalho, consideramos uma dupla limitação às suas possibilidades. A primeira é se referir, principalmente, à matéria tributária. A segunda é, cumulativamente, cuidar do argumento de cunho econômico. Tal identidade entre a matéria tributária e o argumento de cunho econômico, tão própria nessa seara, é que dará o contorno necessário ao tipo de argumento pragmático objeto de estudo. Tal corte reduz o campo de alcance do pragmatismo jurídico de maneira significativa. Essa redução é proposital.

Argumento pragmático ou conseqüencialista

O estudo do argumento pragmático ou conseqüencialista é, sem qualquer sombra de dúvida, a primeira linha-mestra na construção desta tese. Isso se justifica na medida em que, embora a doutrina brasileira tenha negligenciado o estudo do pragmatismo jurídico e do conseqüencialismo, começam a surgir recentemente alguns interessantes estudos que se dedicam ao exame de relevantes questões relacionadas com o tema, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário tem se defrontado com a tarefa de considerá-lo na sua tomada de decisão.

De fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, vem firmando orientações importantes na solução de grandes questões constitucionais de alcance nacional de acordo com raciocínios pragmáticos ou conseqüencialistas.

Daí ter surgido o interesse na pesquisa de dois recentíssimos assuntos que passam – e certamente passarão cada vez mais – a integrar a realidade diária dos julgamentos decididos pelo Supremo Tribunal Federal: o argumento pragmático ou conseqüencialista (*in casu*, de cunho econômico) e a questão relacionada à modulação temporal dos efeitos de suas decisões.

Com efeito, a análise do pragmatismo jurídico ou do conseqüencialismo – especialmente levando em consideração argumentos de cunho econômico – e da modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal constituem as duas linhas-mestras que levarão ao caminho da solução do problema central em foco.

Para compreender adequadamente o que significa o pragmatismo e o conseqüencialismo, será necessário explorar variados aspectos relacionados ao tema considerado. A partir dos aspectos mais gerais, é bom ter presente que o foco deste estudo pretende limitar-se ao argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico. Essa limitação no leque de possibilidades dos argumentos pragmáticos é proposital.

Supremo Tribunal Federal

A importância do Supremo Tribunal Federal no cenário jurídico, institucional e político do País é evidente e não precisa ser lembrada neste momento. Evidencia-se pelo destaque que vem paulatinamente conquistando no cenário nacional nos últimos anos em razão de sua atividade permanente na jurisdição constitucional.

Embora os Tribunais Superiores estejam experimentando enorme flutuação jurisprudencial com as funestas conseqüências da insegurança jurídica, é relevante notar que existe crescente esforço comum nas três funções do Poder do Estado no sentido de corrigir algumas distorções processuais (como o excesso de recursos sobre matérias repetitivas) e uniformizar as suas respectivas orientações jurisprudenciais com a urgência cabível.[9]

[9] Acompanhamos com bastante interesse a a confluência dos esforços que culminou com a Reforma do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e suas posteriores regulamentações que têm redesenhado a sistemática processual civil no Brasil. Para aprofundamento, confira de nossa autoria: ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário: Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 43, n. 171, jul/set 2006, p. 177-197. Posteriormente, diversas regulamentações àquela EC foram editadas, inicialmente no âmbito do STF, como a repercussão geral e a súmula vinculante. Para aprofundamento, ver: ANDRADE, Fábio Martins de. A Repercussão Geral das Questões Constitucionais nos Recursos Extraordinários (EC n. 45/2004 e Lei n. 11.418, de 19.12.2006). **Informativo Eletrônico Dialex**. Brasília, ano XXV, edição n. 17, 24.01.2007; ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC n. 45/2004 e Lei n. 11.417, de 19.12.2006). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 44, n. 174, abr/jun 2007, p. 49-72; ANDRADE, Fábio Martins de. A regulamentação da repercussão geral das questões constitucionais nos recursos extraordinários: EC n. 45/2004, Lei n. 11.418/2006 e Emenda Regimental do STF n. 21/2007. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 45, n. 177, jan/mar 2008, p. 83-94. Para ver a aplicação da repercussão geral à matéria tributária, consultar: ANDRADE, Fábio Martins de. A repercussão geral em matéria tributária no Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 13, n. 1962, 14 nov 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11963>. Acesso em: 14.11.2008; ANDRADE, Fábio Martins de. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da repercussão geral em matéria tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 85, mar/abr 2009, p. 148-192. Posteriormente, a reforma alcançou também o STJ. Para aprofundamento, ver: ANDRADE, Fábio Martins de. Procedimento para o Julgamento de Recursos Repetitivos no Âmbito do STJ – Anotações à Lei n. 11.672/2008 (Acréscimo do art. 543-C no CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Ed. Dialética, n. 65, ago 2008, p. 17-27; ANDRADE, Fábio Martins de. Procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos repetitivos – anotações à Resolução do STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008 (regulamenta a Lei n. 11.672/2008). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Ed. Dialética, n. 67, out 2008, p. 54-66.

O Supremo Tribunal Federal tem evidente primazia na jurisdição constitucional. Em razão de ter por função precípua a guarda da Constituição, é duplamente importante. De um lado, coloca-se como uma espécie de Corte Constitucional, onde são diretamente ajuizadas ações diretas que questionam a (in)constitucionalidade de leis e atos normativos. De outro, atua como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e, como tal, última e extraordinária instância nos recursos que discutem a (in)constitucionalidade de leis e atos normativos.

É evidente que o Supremo Tribunal Federal não será estudado em detalhes neste trabalho, mas suas decisões perpassarão todo o seu desenvolvimento, bem como as variadas manifestações dos seus Ministros.

Modulação temporal dos efeitos das decisões

A modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal não é uma novidade, e tampouco de origem brasileira. Recentemente, tem sido cada vez mais utilizada pela jurisprudência do STF na solução de delicadas questões de interesse nacional.

Essa é a segunda linha-mestra na construção desta tese, que examinará detalhadamente a técnica da modulação temporal dos efeitos das decisões do STF e alguns cuidados necessários em matéria tributária, especialmente à luz dos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas de cunho econômico.

É precisamente neste momento, em que a disseminação desse instituto vai alcançando cada vez mais áreas do Direito, que se torna fundamental a reflexão em torno da temática relacionada à sua aplicação no tocante à matéria tributária e às suas possíveis fundamentações e motivações legítimas.

Esse tema assume ainda mais relevo se considerarmos os primeiros precedentes que têm surgido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da (in)aplicação da modulação temporal de suas decisões em matéria tributária e – ao que tudo indica – por motivação (ainda que implícita) em argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas de cunho econômico.[10]

---

[10] Para a pressa com a qual trabalha o jornalismo, no início de 2009, o mecanismo estava "consolidado". Ao longo da matéria, no entanto, vê-se que a sua aplicação permanece com alguma novidade em matéria tributária: "Foi a primeira vez em que o Supremo aplicou o mecanismo da modulação, usado para evitar que suas decisões tenham conseqüências desastrosas [na decisão sobre o destino dos vereadores do Município de Mira Estrela]. De lá para cá, o instrumento foi utilizado outras cinco vezes e a modulação entrou no dia-a-dia das disputas judiciais. No Supremo já há pelo menos três recursos em trâmite que poderão ser alvo de pedidos de modulação ainda em 2009 e alguns tribunais locais, inspirados pela corte, passaram a também aplicar a regra. A modulação vem ganhando espaço principalmente na área tributária: os

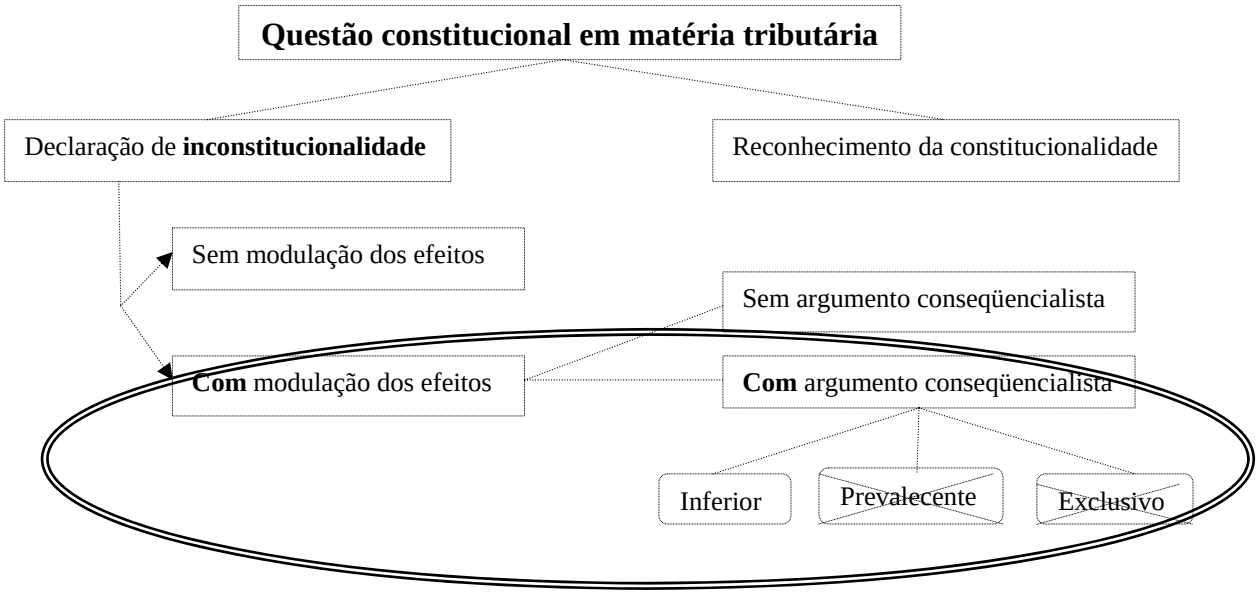
Ao submeter-se uma questão constitucional em matéria tributária, o Poder Judiciário pode acatar o pleito de declaração de inconstitucionalidade de certa lei sustentado pelo contribuinte, por entendê-la ilegítima, ou pode aceitar os argumentos do Fisco que embasam a sua legitimidade. Se declarada a inconstitucionalidade da referida lei, o tribunal pode decidir pela modulação dos efeitos ou não. Decidindo no sentido da modulação, a Corte pode ainda fundamentar-se ou não no argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico. Fundamentando-se nele, pode atribuir-lhe diferentes pesos. A atribuição de peso prevalecente ou exclusivo leva à ilegitimidade da decisão, ao passo que a atribuição de peso inferior em relação aos argumentos jurídicos centrais coaduna-se com a sistemática constitucional.[11]

Explicitando o objeto de estudo apresentamos o seguinte quadro esquemático:

---

dois pedidos de modulação julgados em 2008 e os três previstos para 2009 envolvem disputas fiscais" (TEIXEIRA, Fernando. Justiça consolida aplicação da 'modulação' de decisões. **Valor Online**. São Paulo, 19.01.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 19.01.2009).

[11] Importante elemento, que necessariamente se encontra subjacente e como pano de fundo à questão central aqui proposta, é o ativismo judicial. Tomamos a acepção no sentido da orientação ativa adotada pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, na solução de questões relevantes para o País, geralmente em prol da proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos – e dos contribuintes – quando em pauta a (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Com efeito, entendemos que é precisamente a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que deve ser a linha de condução dos temas constitucionais submetidos ao exame do Supremo Tribunal Federal. Cabe uma orientação de ativismo em face dos arbítrios e abusos dos ramos políticos do governo. No sentido contrário, o tribunal experimenta a autocontenção quando, por variadas razões, decide não julgar o mérito de determinada questão constitucional por entender que, na situação submetida à sua apreciação, se trata de questão eminentemente política e, por conseguinte, fora de sua jurisdição, ou ainda, deve ser deferente ao ramo político em razão da maior legitimidade democrática dos Poderes Legislativo e Executivo (que são eleitos diretamente pelo povo). No tema em foco, podemos dizer que o STF tem sucessivas oportunidades de se expressar de acordo com a orientação ativista ou de autocontenção. Além de tal oscilação ocorrer de modo mais bem definido ao longo dos anos – que é natural e desejável –, cuidando-se do tema abordado (o conseqüencialismo e a modulação), verifica-se tal oscilação até mesmo no âmbito de um único julgamento. Assim, em um único julgamento que concentre todas estas etapas sucessivas de exame, ao final, pode se explicitar a predominância da orientação do tribunal no sentido de maior ativismo ou de autocontenção, a depender das variáveis envolvidas. Para aprofundar tal noção, consultar o seguinte estudo recente: BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao _democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 21.04.2010.



A parte do quadro esquemático que está sombreada compõe o conjunto principal de objetos que serão examinados nesta tese. Na hipótese de declaração de inconstitucionalidade acerca de questão em matéria tributária, interessa-nos precisamente a possível modulação dos efeitos de tal decisão e o manejo do argumento pragmático ou conseqüencialista, que deverá ter peso inferior aos argumentos jurídicos centrais, servindo para corroborá-los, e não deve jamais ser utilizado de modo exclusivo ou mesmo prevalecente.

1 PANORAMA SOBRE O PRAGMATISMO E O CONSEQÜENCIALISMO

1.1 O pragmatismo jurídico e o consequencialismo

1.1.1 Considerações iniciais

Em retrospecto histórico assinalamos que o movimento filosófico do pragmatismo surgiu e se desenvolveu originariamente na experiência norte-americana, a tal ponto que atualmente essa corrente de pensamento está enraizada na cultura e política daquela nação.

Formada pela primordial preocupação com as conseqüências práticas, a corrente filosófica do pragmatismo saiu do final do século XIX e chegou até o início do século XXI para trazer nesse ínterim algumas relevantes contribuições provocativas para a ordem científica então estabelecida.

De fato, surgido como reação alternativa ao racionalismo da época, o movimento buscou desde logo desapegar-se daqueles dogmas e da "verdade" que eram caras ao conhecimento predominantemente lógico que então reinava de modo hegemônico. A partir desse ponto, propuseram a releitura de variadas noções e concepções, especialmente na seara teórica.

A matriz pragmática pode ser dividida em algumas idéias principais, dentre as quais certamente se destacam o antifundacionalismo, o conseqüencialismo e o contextualismo, como veremos na explicação de Thamy Pogrebinschi, para quem a contribuição da primeira geração de pensadores pragmáticos teve a virtude de possibilitar o rompimento com as teorias racionalistas e normativas da ação.

Nas últimas décadas, a corrente clássica de pensamento filosófico do pragmatismo sofreu influxo de variados pensadores de diferentes matizes e, como decorrência disso, desenvolveram-se também diversas outras variações dessa corrente de pensamento, tais como o neopragmatismo ou pragmatismo analítico.

No cenário atual do direito norte-americano, talvez a figura mais emblemática que defende de maneira bastante aguerrida o pragmatismo jurídico é Richard A. Posner, que é

magistrado do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito, sediado em Chicago, Illinois, nos Estados Unidos da América do Norte.

Dentre a enorme gama de obras desse autor, destacam-se três que servirão de base para a exposição, ainda que resumidamente, das suas principais idéias sobre o pragmatismo jurídico que defende. A primeira delas é o capítulo final do livro *Problemas de filosofia do direito* (no original: *The problems of jurisprudence*), que se chama sugestivamente "Um manifesto pragmático", título que aproveitamos para nomear o primeiro tópico correspondente. Em seguida, a obra consultada é dedicada ao *Direito, pragmatismo e democracia* (*Law, pragmatism and democracy*), ressaltando-se os principais trechos no qual explica a sua noção em torno daquilo que denomina de "pragmatismo cotidiano". Por último, utilizamos a sua obra recentemente publicada, *Como os juízes pensam* (*How judges think*), para sublinhar também alguns aspectos interessantes do pragmatismo no comportamento dos magistrados.

Neste tópico, a nossa preocupação central é reunir os principais contornos que Posner delineia a respeito do pragmatismo jurídico e sua aplicação na experiência norte-americana, expondo suas possibilidades e potenciais vantagens. Adianta-se, desde logo, que não há conceitos claros e definitivos sobre o pragmatismo, sendo este melhor explicado em diversas ocasiões como uma atitude ou um modo de enxergar a interpretação e aplicação do direito, ao invés da utilização de regras claras e objetivas.

Em seguida, por homenagem ao rigor acadêmico, são destacadas algumas distinções entre o pragmatismo jurídico, o conseqüencialismo e outras doutrinas afins, como a deontologia e o utilitarismo (que são rapidamente mencionadas). O objetivo principal é traçar algumas distinções entre o pragmatismo jurídico e o conseqüencialismo, que, a despeito desta tentativa conceitual de diferenciá-los, são tratados nos demais capítulos e tópicos deste estudo como expressões sinônimas ou equivalentes.

Nas considerações finais deste tópico, serão destacados os principais ingredientes que compõem a mistura do pragmatismo jurídico, particularmente aquele defendido por Richard Posner. Com isso, teremos uma visão clara – e também crítica – sobre quais são os seus principais contornos.[12]

---

[12] Apesar de ser instigante o estudo da análise econômica do direito, registramos que esta não é a oportunidade adequada para o seu aprofundamento. Já que não a incluímos quando destacamos o pensamento de Posner, igualmente não incluiremos as subseqüentes críticas tecidas por Dworkin a seu respeito. De fato, o estudo foca o conceito de Posner sobre o pragmatismo jurídico que defende, com eventuais incursões (geralmente breves) sobre a sua teoria (também pragmática) da democracia. Nesse sentido, arranjamos os principais trechos destacados em sua obra em ordem cronológica. Com isso, objetivamos explicitar alguns traços de seu pensamento que evoluiu ao longo do tempo.

1.1.2 Origens: o movimento filosófico norte-americano do pragmatismo

A corrente filosófica do pragmatismo originou-se nos Estados Unidos da América do Norte no final do século XIX. Charles Sanders Peirce foi o principal expoente do movimento nesse momento inicial, seguido por George Herbert Mead, John Dewey e William James, que também traziam nos seus pensamentos a especial consideração das conseqüências práticas. De modo geral, operavam com enorme relativismo das noções acerca da realidade e da verdade, voltados para os resultados práticos, em contraposição aos elementos "metafísicos" defendidos pela doutrina então hegemônica.

Dentre os seus principais pensadores, merece destaque William James, que fornece o seguinte panorama sobre o seu entendimento acerca do pragmatismo:

> Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões *a priori* dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito sem rebuços do temperamento racionalista. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade.[13]

O pragmatismo surgiu como reação alternativa ao racionalismo, que focava o âmbito de sua análise apegando-se à lógica e ao empírico e entendia a realidade como algo previamente pronto e completo. Em contraposição, buscou focar na sua esfera de exame as diferentes possibilidades, incluindo principalmente as conseqüências práticas em jogo. Dessa forma, o pragmatismo trouxe a possibilidade de falar nas verdades no plural. Além de seguir o consolidado conhecimento lógico, alargou o espectro de exame para os sentidos também, levando em conta até experiências místicas, desde que úteis e satisfatórias. Assim, a realidade estaria sempre em construção e necessariamente aguardaria parte de seu aspecto do futuro.[14]

Em sua obra, William James aborda alguns aspectos voltados à Teologia, dentre os quais podem ser citados, a título ilustrativo, uma releitura do livre-arbítrio, da noção de senso

---

[13] JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 47.

[14] Em síntese, o autor descreveu que: "Por um lado, o universo está absolutamente firme; por outro, está ainda perseguindo suas aventuras". Adiante averbou que: "No lado pragmatista, temos somente uma edição do universo, inacabado, crescendo em todas as espécies de lugares, especialmente naqueles onde seres pensantes estão trabalhando". Em distinção, contrapôs que: "No lado racionalista, temos um universo em muitas edições, real, o infinito *in-folio, ou édition de luxe*, eternamente completo; e então as várias edições finitas, plenas de falsas glosas, distorcidas e mutiladas, cada qual em seu próprio sentido" (JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 138-139).

comum e da verdade. A partir dos processos da verificação e da validação,[15] o autor relaciona o tratamento pragmático da verdade com a concordância.[16]

Para ele, as três condições básicas para uma afirmação ser considerada verdadeira são as seguintes: estar de acordo com a realidade e com os objetos da experiência; com as relações de índole puramente mental; e com o conjunto de outras verdades já verificadas.[17]

No mundo, encontramos sistemas comerciais, consulares, postais e coloniais, cujas partes obedecem às influências definidas que se propagam dentro do sistema, mas não aos fatos externos. De acordo com esse raciocínio sistemático, o valor pragmático da unidade do mundo é que todas essas redes definidas existem real e praticamente, onde tudo que existe é influenciado de certa maneira por alguma coisa e que o universo existe praticamente em formas reticuladas ou concatenadas, fazendo assim uma função contínua ou integrada. Sendo assim, o pragmatismo se afasta de olhar somente para a prática e se lança às mais remotas perspectivas do mundo, em clara superação do monismo absoluto pelo pluralismo.[18]

Em conclusão ao seu trabalho, William James esclareceu o percurso de ascensão e de declínio do movimento pragmático que vivenciou:

---

[15] Em explicação, o autor assinalou que: "O que, porém, significam as palavras verificação e validação, pragmaticamente falando? Elas, de novo, significam certas conseqüências práticas da idéia verificada e validada. É difícil verificar qualquer frase que caracterize melhor essas conseqüências do que a fórmula ordinária de concordância — essas conseqüências são justamente o que temos em mente sempre quando dizemos que nossas idéias *concordam* com a realidade" (JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 113).

[16] De fato, na visão do autor: "Admitindo-se que há condições que limitam a aplicação do imperativo abstrato, *o tratamento pragmatista da verdade repassa por sobre nós em toda a sua plenitude*. Nosso dever no sentido de concordar com a realidade é visto como que fundamento em uma conjuntura perfeita de experiências concretas" (JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 127).

[17] O autor explicou que a realidade atual é resultado da realidade passada mediada pela experiência: "Os juízes falam, às vezes, a respeito da lei, e os mesmos falam a respeito da língua latina, em um sentido que visa fazer seus ouvintes pensar que eles têm em mente entidades pré-existentes às decisões ou às palavras e à sintaxe, determinando-as inequivocamente e requerendo obediência. Mas o mais ligeiro exercício de reflexão faz-nos ver que ao invés de serem princípios dessa espécie, tanto a lei quanto o latim são resultados. As distinções entre legal e ilegal em conduta, e entre correto e incorreto na fala, têm-se desenvolvido incidentalmente entre as interações das experiências detalhadas dos homens; e em nenhum outro sentido as distinções entre o verdadeiro e o falso em crença jamais se desenvolveram. A verdade enxerta-se na verdade prévia, modificando-a no processo, do mesmo modo que a língua enxerta-se no idioma anterior, e a lei na lei anterior. Dada uma lei prévia e um novo caso, o juiz transformá-los-á em nova lei. Idioma anterior; nova gíria ou metáfora ou idiotismo que atinja o gosto público; e pronto, uma nova linguagem é feita. Verdade prévia; fatos recentes: e em nossos espíritos uma nova verdade" (JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 131).

[18] Para o autor, a proeminência do lado pluralista sobre o monista é evidente: "O pragmatismo, dependendo da certeza empírica final de quanto o balanço de união e desunião entre as coisas possa ser, deve, obviamente, colocar-se do lado pluralista. Algum dia, admite-se, até mesmo a união total, com um sabedor, uma origem e um universo consolidado a cada aspecto concebível, pode vir a ser a mais aceitável de todas as hipóteses. Nesse ínterim, a hipótese oposta, de um mundo imperfeitamente unificado ainda, e talvez destinado para sempre a permanecer assim, deve ser sinceramente levada em consideração. Essa última hipótese é a doutrina do pluralismo. Visto que o monismo absoluto proíbe-nos de considerá-lo seriamente, portando-se como irracional desde o começo, é claro que o pragmatismo deve voltar as costas ao monismo absoluto, e seguir o caminho mais empírico do pluralismo" (JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 96).

> O pragmatismo firmou-se como a filosofia dos resultados, da experiência humana em contato com as coisas, da ação positiva. Seu declínio veio com o advento das escolas neopositivistas e logicistas, que impuseram maior rigor e operatividade às análises do significado e da verdade de um conceito.[19]

Em obra que declaradamente pretende recuperar a tradição filosófica do pragmatismo, especificamente voltada para a perspectiva das Ciências Sociais, Thamy Pogrebinschi busca introduzir esse importante fator num campo totalmente ausente em nosso país. Em apertado resumo, a autora objetiva compreender em que consiste o núcleo teórico do pensamento pragmático. Para tanto, busca identificar os pontos essenciais para suas aplicações no campo das teorias social e política. A partir da análise das obras dos principais pensadores do pragmatismo norte-americano do final do século XIX, inclusive William James, a autora identifica um núcleo comum àqueles pensadores, consistente na matriz pragmática, que foi dividido em três idéias principais: o antifundacionalismo, o conseqüencialismo e o contextualismo.[20]

O antifundacionalismo é uma das principais conseqüências do pragmatismo, no sentido da permanente rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, princípios perpétuos e dogmas, sempre negando que o pensamento possa ter uma fundação estática e imutável. O antifundacionalismo está presente também na idéia de submeter os conceitos tradicionais de certeza, realidade e verdade a um novo método. Dessa maneira, a racionalidade do método pragmático não esta presa à certeza de suas conclusões, mas sim ao seu caráter autocorretivo.[21]

---

[19] JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 174.

[20] A respeito destas três idéias principais, a autora destaca, em outras palavras, que: "Constituem estas orientações filosóficas comuns ao pragmatismo, as seguintes: *o afastamento da metafísica* (Peirce afirmou certa vez que a razão de ser do pragmatismo é mostrar como quase todas as proposições da metafísica ontológica são sem sentido ou manifestamente absurdas. Esta mesma assertiva se desenvolve também plenamente em James e Dewey), *a rejeição do nominalismo* (de acordo com o pragmatismo, o nominalismo era a filosofia em auxílio do egoísmo. Isto se deve ao fato de que o nominalismo nega o social, uma vez que reconhece apenas a realidade dos indivíduos) e, por fim, *a proximidade com o realismo* (embora os três pragmatistas concordassem que a realidade e a percepção dos objetos prescindem de mediações, a única ressalva possível aqui é sobre qual realismo está em jogo. Peirce, por exemplo, dizia-se um adepto do realismo escolástico, enquanto Putnam insiste que James advogava o realismo direto)" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 25).

[21] Os homens estariam acostumados a cultivar aquilo que poderia trazer uma sensação de certeza, tendo apenas a sua correspondente sensação, vez que a própria certeza seria inalcançável. Com isso, o método pragmático rejeita o dualismo e recusa que os valores possam ser superiores ou inferiores um em relação aos outros. Nas palavras da autora: "É preciso que a filosofia olhe para a prática como o único meio pelo qual tudo o que for julgado como admirável e louvável possa ser mantido na existência experimentável e concreta". Seguindo esse raciocínio o antifundacionalismo, portanto, seria uma recusa contundente em torno da certeza e da segurança, abarcando não só a esfera filosófica como a prática de vida. Desta forma, asseverou que: "É a prática, a ação prática dos homens, que se deve servir de fundamento para a filosofia, fundamento este que nem pode ser denominado como tal, assentado que está nas idéias de variação, de mutação e de incerteza" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 29, 32, 34 e 38).

Em outras palavras, podemos compreender o antifundacionalismo como "um pensamento aberto, sempre sujeito à verificação. Não se trata de um pensamento fechado, condicionado à subsunção do fato concreto a uma verdade anteriormente dada".[22]

O pragmatismo é filosofia prospectiva, encarando não apenas a verdade, mas também a realidade como algo maleável, à espera de receber o seu molde final de nossas próprias mãos. A máxima pragmática é, assim, uma espécie de teste para verificar se as concepções e teorias se relacionam definitivamente com a experiência.[23]

Acerca da natureza de uma afirmação ou proposição, a autora ressalta que a sua verdade ou falsidade depende do sucesso ou da derrota de sua finalidade, devido a todas terem intrínseca e necessariamente uma referência ao futuro.[24]

Na medida de seu contextualismo, Thamy cita Peirce, para quem a realidade dependeria de uma decisão da comunidade, o que se deveria dar quando esta atingisse um estado de completa informação.[25]

A área contextualista do pragmatismo quer que os textos filosóficos sejam estudados a partir de seus contextos específicos, destacando a relação entre a vida social e as idéias filosóficas, assim como a cultura da sociedade na qual tais idéias se desenvolveram.[26]

---

[22] "Nesse aspecto o pragmatismo jurídico negará uma vinculação necessária com a dogmática, abrindo-se para o conseqüencialismo. O antifundacionalismo, de alguma maneira se confunde com o antiessencialismo. O mundo dos valores, dos universais e das essências não diz muito ao pragmatista, que se ocupa dos desafios postos na prática" (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110).

[23] Retomando Thamy, ela sustenta que: "Para o pragmatista, ao contrário, uma afirmação ou proposição, na exata medida em que possui genuinamente uma qualidade intelectual, implica uma dúvida relativa à sua própria verdade, bem como uma busca e uma investigação pela verdade". Em seguida, ela aduz: "Assim, Dewey acredita que o primeiro passo da crítica pragmatista à noção de verdade tanto do idealismo quanto do realismo deve ser questionar a idéia de que por natureza toda proposição implica uma assertiva de sua própria verdade. Esta convicção deve ser, por conseguinte, substituída pela suposição de que toda proposição é uma hipótese relativa a algum estado de coisas, e que é de sua natureza ser duvidosa, incerta, quanto à verdade" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 45-46).

[24] A consideração às mais variadas crenças compõem a experiência que, por seu turno, constitui o conceito-chave para a idéia de contexto. Acerca da relação entre estes elementos do pensamento pragmático, a autora discorre que: "Em outras palavras, trata-se de reivindicar consideração às crenças políticas, religiosas, científicas, enfim, à cultura da sociedade e às relações que mantém com as instituições e práticas sociais. A este corpo de crenças, o pragmatismo chama de experiência. E a experiência é o conceito-chave para que se possa compreender a idéia de contexto; aliás, em termos gerais, pode-se dizer que a experiência é o mais abrangente dos contextos. Associado ao conceito de experiência está outro de extrema relevância para o pragmatismo, qual seja o conceito de prática. A prática é o principal elemento constitutivo da experiência; além de ser um conceito presente no seio do antifundacionalismo e do conseqüencialismo pragmatista, como vimos, o é também — e principalmente — de seu contextualismo" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 49).

[25] A autora aduz que: "Como afirma Habermas, o que diferencia Peirce do positivismo é a sua compreensão de que a tarefa da metodologia não é a de esclarecer a construção lógica das teorias científicas mas clarear a própria lógica do método (o pragmatista) com a ajuda de qual as teorias científicas serão abordadas" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 53).

[26] Em complemento, a autora acrescentou que: "De acordo com Dewey, o contexto é algo tão evidente, tão inescapavelmente presente, que isso até dificulta que nos tornemos conscientes do seu papel. Vale dizer, o contexto está tão arraigado às

Neste cenário, destaca-se também o instrumentalismo, pelo qual o Direito assume uma orientação construtiva, vez que interfere efetivamente sobre a realidade na medida em que o pensamento é voltado para as conseqüências de ordem prática.[27]

A principal contribuição da primeira geração de pensadores pragmáticos, de acordo com Thamy Pogrebinschi, foi possibilitar o rompimento com as teorias racionalistas e normativas da ação, introduzindo assim um conceito de criatividade e necessária relação com a ação humana.[28]

Analisando, a partir de agora, a área política, a autora acentua que devemos dar ênfase ao conceito de democracia. Esta, enquanto forma de governo, pode a qualquer hora ser revista ou modificada, sem afetar a idéia básica de democracia. Isso porque a idéia sempre irá encontrar uma articulação política mais adequada para continuar funcionando.[29]

A respeito da instituição política subordinada à idéia de democracia, a autora aduz que:

> Por conseguinte, a idéia de democracia não tem que se adaptar às instituições, sobretudo às instituições políticas, mas, ao contrário, são as instituições que têm de se adaptar não somente à democracia, mas também aos hábitos dos indivíduos... aos seus modos de vida. Em outras

---

nossas vidas, especialmente às nossas práticas comunicativas, que o tomamos como dado, ignorando-o de certa forma. O contexto está especialmente impregnado nos hábitos de fala, na sintaxe e no vocabulário, em tudo o que falamos e ouvimos" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 57).

[27] "Trata-se de um poderoso instrumento de orientação da conduta social, conformada pelos possíveis resultados que provoca na sociedade, cujo alcance extrapola as partes em conflito. O aspecto instrumental aponta para o viés político do Direito, possui alcance sistêmico" (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110).

[28] No campo da teoria social, a autora assinala que: "Conforme explica Mead, para a psicologia social o todo (a sociedade) é anterior às partes (os indivíduos), e não o contrário. Assim, o ato social não se explica pela soma do estímulo com a resposta; ele deve ser tomado como um todo dinâmico, um processo orgânico complexo implicado pelo estímulo de cada indivíduo e a resposta nele envolvida. Além disso, outro desenvolvimento de Mead que vem a corroborar a relevância do aspecto coletivo, social, da ação em detrimento da noção de individualidade, se dá justamente em sua discussão sobre a criatividade. Mead fala sobre uma criatividade social, ou sociabilidade criativa, que se desenvolve a partir do 'self' de um sujeito, sempre e necessariamente envolvido em um contexto social" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 84).

[29] A respeito da amplitude da idéia de democracia e sua limitada exemplificação por meio do Estado, a autora explica que: "A *idéia* de democracia é tão vasta e tão plena que, de acordo com Dewey, não pode ser exemplificada através do Estado. Nenhum Estado, nenhuma hipótese de Estado, por melhor que seja, é suficiente para exemplificar a idéia de democracia em sua integridade. Isto porque a democracia, a sua realização, transcende o Estado: ela se encontra e afeta, simultaneamente, todos os modos de associação humana dentro da comunidade. Para que a idéia de democracia seja realizada, por conseguinte, ela precisa produzir efeitos sobre a família, a escola, a religião, os empreendimentos ('*industry*', no sentido mais amplo que a tradução não confere), além de outras formas de associação humana. Neste sentido, a 'democracia' — isto é, a democracia como um sistema de governo — com seus arranjos políticos e instituições governamentais, consiste meramente em um mecanismo destinado a assegurar canais de operação efetiva para a 'idéia' de democracia". Resumindo, a idéia de democracia consiste em um ideal de comunidade levado ao seu ultimo limite, "a pura consciência de uma vida comunal, com todas as suas implicações, constitui a idéia de democracia" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 152 e 156).

> palavras — deweyanas, certamente —, a 'democracia política' deve se subordinar à 'idéia de democracia'.[30]

A partir da década de 1950, a corrente clássica de pensamento filosófico do pragmatismo sofreu influxo de variados pensadores de diferentes matizes e, como decorrência disso, desenvolveram-se também diversas outras variações dessa corrente de pensamento, seja no bojo do chamado neopragmatismo ou pragmatismo analítico, seja no âmbito de outras correntes correlatas.

De uma parte, ao lado dos pragmatistas clássicos (como Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey), juntaram-se a essa corrente filosófica de pensamento novos adeptos, chamados de pragmatistas neoclássicos (como Sidney Hook, Isaac Levi, Susan Haack, Larry Hickman, David Hildebrand e Nicholas Rescher). De outra parte, no matiz do neopragmatismo ou pragmatismo analítico, destacam-se Willard van Orman Quine, Clarence Irving Lewis, Richard Rorty, Hilary Putnam, Stephen Toulmin, Jason Stanley e Arthur Fine, dentre outros. Além disso, destacaram-se como expoentes do ramo jurídico do pragmatismo juristas do jaez de Oliver Wendel Holmes Jr., Stephen Breyer e Richard A. Posner.[31]

1.1.3 O pragmatismo jurídico de Richard Allen Posner

1.1.3.1 Um manifesto pragmático

"My analysis and the studies on which it builds find that judges are not moral or intellectual giants (alas), prophets, oracles, mouthpieces, or calculating machines".[32]

---

[30] POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 165.

[31] É possível ter uma idéia sobre os variados matizes abarcados pela concepção pragmática a partir da advertência inicial de Richard A. Posner em relevante obra sobre o tema, cf: POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 10. Sobre a tentativa de descolar a vertente filosófica do pragmatismo jurídico, ver: ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 176-181.

[32] Tradução livre: "Minha análise e os estudos nos quais ela se fundamenta verifica que os juízes não são gigantes morais ou intelectuais (infelizmente), profetas, oráculos, intérpretes ou máquinas de calcular" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p.7).

Pela evidente proeminência no cenário jurídico e político norte-americano de hoje, elege-se, para os fins deste trabalho, o Professor Richard Allen Posner como o mais atual e aguerrido defensor do pragmatismo jurídico.[33]

Como adiantamos, o título escolhido para este tópico reproduz *ipsis literis* aquele do capítulo final de obra do autor dedicada aos problemas de filosofia do direito. Alguns pontos particularmente interessantes serão ressaltados abaixo.

Dado o antagonismo com o qual Posner geralmente cuida do formalismo (ou legalismo) e do pragmatismo, é relevante notar desde logo que ele expressamente não rejeita o formalismo *tout court*. Ao contrário, reconhece que "existem sistemas formais imensamente importantes, como a lógica, a matemática e a arte, como também a lógica tem um importante papel a desempenhar na tomada de decisões jurídicas". De fato, explicita a sua crítica ao seguinte ponto específico do formalismo jurídico: "Rejeito o formalismo jurídico exagerado que considera as relações entre as idéias jurídicas como a essência do direito e do pensamento jurídico. Nesse sentido, o formalismo é às vezes visto como uma posição desacreditada no direito. Isso está longe de ser verdadeiro".[34]

Em seguida, o autor explica a amplitude do instrumental colocado ao dispor dos magistrados quando julgam as causas nos tribunais – e que vão além da seara jurídica. Desse modo, ele destaca que: "Freqüentemente, o juiz não terá opção a não ser a de ponderar sobre o resultado através de métodos não-jurídicos extraídos de materiais não-jurídicos, e às vezes terá de confrontar a intuição inarticulada com argumentos jurídicos".[35]

Em caráter retrospectivo, o autor enumera as teses do conceito de direito que julga ter emergido de sua obra. Dentre elas ressaltamos as seguintes passagens: 1º) não há nada que se

---

[33] Com o propósito de facilitar a exposição, as expressões "pragmatismo" e "conseqüencialismo" serão usadas indistintamente neste trabalho. De igual modo, não será realizada qualquer distinção entre os variados matizes destas duas correntes de pensamento da filosofia do direito (pragmatismo e conseqüencialismo). Em homenagem ao rigor científico que o estudo acadêmico recomenda, no entanto, dedicaremos um tópico específico adiante para relacionar algumas distinções entre ambas.

[34] Já anunciando a dicotomia entre o formalismo e o pragmatismo, Posner contrapõe cada uma destas correntes de pensamento, ainda de modo incipiente. De um lado, ele explica que: "Muitas das cabeças mais brilhantes da profissão são formalistas, usem ou não o rótulo; e, no momento em que escrevo este livro, o estilo formalista vem ressurgindo na Suprema Corte, assim como nos tribunais federais inferiores". De outro lado, ele registra que: "Incapazes, nos casos complicados, de fundamentar a decisão ou na lógica ou na ciência, os juízes são forçados a recuar para o saco de surpresas dos métodos informais de raciocínio que chamo de 'razão prática' (empregando a expressão em sentido ligeiramente não-ortodoxo)" (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 608-609).

[35] Na sua atividade criativa o juiz lança mão de outros elementos que não estão compreendidos somente no chamado "direito positivo": "Os juízes criam em vez de descobrirem o direito, e usam como insumos tanto as regras formuladas por legislaturas e tribunais anteriores ('direito positivo') quanto suas próprias preferências éticas e sobre políticas públicas. Essas preferências são tudo que resta do 'direito natural' agora que muitos de nós deixamos de acreditar que a natureza constitui uma ordem normativa" (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 610-611).

possa chamar de "raciocínio jurídico";[36] 2º) a justificação das decisões judiciais é freqüentemente impossível;[37] 3º) os casos difíceis geralmente não são decididos de maneira objetiva;[38] 4º) "as grandes mudanças no direito freqüentemente acontecem em resultado de um processo não racional que se assemelha ao da conversão"; 5º) sendo o direito uma atividade, e não um conceito ou um grupo de conceitos, é impossível determinar desde logo o que pode ou não ser considerado como argumento em direito; 6º) "não há mais um sentido útil em que o direito seja interpretativo";[39] 7º) "não existem conceitos abrangentes de justiça dos quais nosso sistema jurídico possa apoderar-se para dar um rumo a sua atividade"; e 8º) "o direito é funcional, não expressivo ou simbólico quer em aspiração, quer [...] em efeito".[40]

Logo depois de enumerar as teses acima, o autor se lança no passo seguinte, ou seja, procura exprimir o motivo de "toda essa postura de desmancha-prazeres". É que, diante da insistência na dubiedade, alguns "colegas na profissão jurídica" chegariam a dizer que foi enunciado no livro "a morte do direito", ou ainda, um pragmático poderia indagar qual seria o sentido de tais críticas e negativas.[41]

Trata-se, em verdade, de necessárias modificações nas atitudes. Superada a difícil tarefa de mudar atitudes, a dicotomia entre positivismo jurídico e direito natural seria igualmente superada – e sem qualquer prejuízo. A modificação de atitude que o autor propõe

---

[36] Na seqüência, o autor explica que: "Advogados e juízes resolvem os problemas jurídicos mediante o uso da lógica simples e dos diferentes métodos de raciocínio prático aos quais todos recorrem em seu cotidiano" (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 613).

[37] São relevantes as seguintes colocações do autor: "Segundo, em parte pelo motivo acima exposto, em parte porque muitos métodos de razão prática são desarticulados (por exemplo, o conhecimento tácito), em parte porque o 'prejulgamento' em si, no sentido de resistência aos argumentos racionais que contradizem antecedentes fortes, é racional, em parte porque há pouco *feedback* no processo jurídico (isto é, as conseqüências da decisão judicial são em grande parte desconhecidas), a *justificação* (a exemplo do que ocorre na investigação científica) das decisões jurídicas – a demonstração de que uma decisão é correta – é freqüentemente impossível" (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 613-614).

[38] Nas palavras do autor: "Terceiro, um aspecto bastante afim é que os casos jurídicos *complicados* raramente podem ser decididos de maneira objetiva se a objetividade for aqui entendida como algo além da razoabilidade" (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 614).

[39] Na seqüência, o autor explica que: "Isso se aplica tanto ao Direito legislado e constitucional quanto ao *common law*. A interpretação não quer saber de belas palavras; é quando muito um lembrete de que há um texto em jogo (e nem mesmo isso existe nos campos do *common law*). A essência da tomada de decisões interpretativa está em considerar as conseqüências das decisões alternativas. Não há interpretações 'logicamente' corretas; a interpretação não é um processo lógico" (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 614-615).

[40] Em explicação, o autor acrescenta que: "Portanto, nas áreas em que a função social é a alocação eficiente de recursos, o direito segue apropriadamente o exemplo da economia. O direito não está interessado na alma ou mesmo na mente. Adotou um conceito rigidamente behaviorista da atividade humana que basta a seus fins e se presta bem a seus meios" (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 615).

[41] POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 616.

é a seguinte: "As ortodoxias tradicionais – e neotradicionais, e liberais, e radicais – da filosofia do direito deveriam ser descartadas, e o empreendimento jurídico reconcebido em termos pragmáticos".[42]

Uma vez que a "verdade" é um conceito problemático para o pragmático, o seu real interesse está na crença justificada pela necessidade social. Assim, a ênfase na filosofia da ciência modifica-se para a formulação de teorias sobre a natureza com base no desejo humano. Daí porque é desnecessária qualquer hostilidade à ciência. Afinal, "do ponto de vista pragmático, a ciência é um empreendimento social". Diante dessas colocações, Posner encerra esse trecho de sua obra asseverando que: "Claramente, estamos lidando com uma tradição de enorme diversidade, e não com uma escola de pensamento única e coerente".[43]

1.1.3.2 O pragmatismo cotidiano

"But in the twenty-first-century America there is no alternative to legal pragmatism".[44]

Richard A. Posner dedica uma obra sua para explicar como enxerga a relação do pragmatismo com o direito e a democracia. A partir do reconhecimento de que o direito e a democracia são os pilares básicos do estado liberal, o autor utiliza categorias pragmáticas que

---

[42] POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 618.

[43] De fato, em um primeiro momento, o autor explicita que: "Essa exposição deveria ajudar-nos a perceber por que a 'verdade' é um conceito problemático para um pragmatista. Seu significado essencial, aliás, é a independência do observador, que vem a ser exatamente aquilo que o pragmatista tende a negar. Não surpreende, portanto, que as estocadas dos pragmatistas na definição de verdade – verdade é o que se destina a ser alvo de crença a longo prazo (Peirce), verdade é o que é bom de acreditar (James), ou verdade é o que sobrevive na competição entre as idéias (Holmes) – sejam marcadas pelo paradoxo. O verdadeiro interesse do pragmatista não está de modo algum na verdade, mas na crença justificada pela necessidade social". Em seguida, ele advertiu que: "Nada disso precisa tornar o pragmatista hostil à ciência – longe disso –, mas muda a ênfase na filosofia da ciência, que passa da descoberta das leis naturais pela observação para a formulação de teorias sobre a natureza (aí incluídos o homem e a sociedade) com base no desejo humano de prever e controlar seu meio ambiente, tanto o social quanto o natural". Por fim, exemplificou como o espírito do pragmatismo está disseminado em variadas teorias que foram criadas no passado e que têm sido debatidas no presente: "O espírito do pragmatismo não se limita ao punhado de filósofos que se autodenominaram pragmatistas (e que na verdade são poucos – o próprio Peirce, o fundador, renunciou ao termo por discordar da definição que William James lhe dava). Ainda que seja tido como rival do pragmatismo, o positivismo lógico, com sua ênfase na verificabilidade e sua conseqüente hostilidade à metafísica, é pragmático ao exigir que a teoria tenha importância para o mundo dos fatos, o universo empírico. A filosofia falsificacionista da ciência de Popper tem afinidades com a concepção científica de Peirce, pois em ambas as filosofias a dúvida é o motor do progresso, e a verdade um objetivo em permanente recuo, e não uma conquista. A ênfase de Wittgenstein na 'sociabilidade' do conhecimento caracteriza-o como pragmatista, enquanto Habermas admite a influência dos pragmatistas sobre sua própria teoria da racionalidade 'conversacional'. Claramente, estamos lidando com uma tradição de enorme diversidade, e não com uma escola de pensamento única e coerente" (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 620-621).

[44] Tradução livre: "Mas, nos Estados Unidos da América do Norte do século vinte e um não há alternativa para o pragmatismo jurídico" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 94).

podem levar a confusão se não compreendidas adequadamente. Ele se propõe a desenvolver tanto a teoria do direito como também a da democracia sob o ponto de vista pragmático.

Inicialmente, releva destacar uma advertência colocada explicitamente pelo autor no final do prefácio de sua obra clássica. Ele adverte que o livro é voltado às instituições norte-americanas, isto é, trata da democracia e sistema judicial norte-americano. Uma vez que sistemas jurídicos e políticos são – na visão pragmática – relativos às respectivas culturas nacionais, o autor renuncia desde o início a qualquer pretensão de explorar as possíveis aplicações de seu olhar para outros países.[45]

No plano impropriamente "teórico", o autor contrapõe o pragmatismo filosófico (*philosophical pragmatism*) e suas diferentes vertentes ao pragmatismo que denomina cotidiano (*everyday pragmatism*). O ponto de vista pragmático que aplica à teoria do direito e da democracia é o cotidiano. Na sua obra, por conseguinte, tanto a teoria do direito como a da democracia são adotadas sob a perspectiva do pragmatismo cotidiano (*everyday pragmatism*).[46]

O pragmatismo filosófico é recorrentemente criticado pelo autor no que toca às práticas políticas e jurídicas, em decorrência da falta de conexão que há entre a doutrina filosófica e a prática cotidiana. Nesse sentido, entende que há pouco interesse prático para que políticos e juízes apreendam os conceitos filosóficos do pragmatismo.[47]

---

[45] No original: "Throughout the book, despite the reliance I place on Continental theorists, the focus is very much on American institutions. This is a book about American democracy and the American legal system, and I leave to others to explore the possible applications of the analysis to other countries. Political and judicial systems, pragmatists insist, are relative to national cultures" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 23).

[46] Nas palavras do autor, livremente traduzidas: "Este livro tem-se posicionado pela abordagem jurídica e política a partir da perspectiva que denomino de 'pragmatismo cotidiano', que é distinta (embora relacionada) do pragmatismo filosófico. Mais especificamente, tenho tentado dar ao caso as duas pernas do tripé pragmático-liberal: pragmatismo jurídico e democracia pragmática. A terceira perna é a liberdade, no sentido de que os direitos que as pessoas de uma nação têm contra o governo. Estes são direitos para serem deixados em paz a salvo de tais perseguições, ainda que sujeitos às restrições necessárias para impedir a violência, a fraude e outras interferências injustificadas com a liberdade de ação das pessoas e para permitir a criação de importantes bens públicos – coisas como a educação e a defesa nacional que as pessoas querem, mas que um mercado privado não vai fornecer na quantidade desejada. A questão da liberdade é, assim, a questão do escopo ótimo do governo". No original: "This book has argued for approaching law and politics from the perspective that I call 'everyday pragmatism', which is distinct from though related to philosophical pragmatism. More specifically, I have tried to make the case for two legs of the pragmatic-liberal tripod: legal pragmatism and pragmatic democracy. The third leg is liberty in the sense of the rights that the people of a nation have against the government. These are rights to be left alone in such pursuits as speaking and earning, though they are subject to limitations necessary to prevent violence, fraud, and other unwarranted interferences with people's freedom of action and to enable the creation of important public goods – things such as education and national defense that people want but that a private market will not supply in the desired quantity. The issue of liberty is thus the issue of the optimal scope of government" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 4 e 384).

[47] Nesse sentido, releva assinalar a seguinte colocação do autor (livremente traduzida): "Uma razão para a desconexão entre o pragmatismo filosófico e a prática jurídica e política é que as proposições que definem o pragmatismo são da filosofia acadêmica, um campo que tem essencialmente nenhuma audiência entre os juízes e advogados – e muito menos entre os políticos – mesmo quando a filosofia é retomada pelos professores de Direito (alguns dos quais com um doutorado em filosofia) que pensam que ela deveria influenciar o Direito. Este hiato entre a teoria e a prática pode ser pensada para

De fato, no primeiro capítulo de sua obra, o autor ressalta as críticas às diferentes vertentes do pragmatismo filosófico (*classical*, *orthodox* e *recusant pragmatism*) pela sua pouca utilidade prática na aplicação do direito. Por outro lado, a partir da cultura pragmática que Tocqueville descrevera, o autor sustenta um tipo diferente de pragmatismo, que denomina de cotidiano (*everyday pragmatism*), o qual acredita ter muito a contribuir para o direito. Enquanto o discurso filosófico do pragmatismo é acadêmico, delicado, complexo, desenvolveu-se por meio de vocabulário técnico proibitivo e tende a ser mais contemplativo do que orientado para resolver ações, o pragmatismo cotidiano usa o senso comum para resolver os problemas. Esse é o matiz teórico que o autor acredita como melhor para o juiz e os políticos pensarem sobre as conseqüências, sem levar em conta tanto a retórica do formalismo como também o tom acadêmico do pragmatismo filosófico.[48]

Na teoria pragmática que formula acerca da democracia, o autor busca resgatar, elaborar e aplicar a teoria da democracia elitista, esboçada por Joseph Schumpeter, a qual entende como mais adequada à realidade norte-americana. Cuidando da teoria pragmática do direito, o autor explica que as principais contribuições de sua obra são: a distinção entre pragmatismo filosófico e cotidiano; a distinção entre as conseqüências da decisão judicial,

---

concluir que os juízes devem ser educados em filosofia – e com ênfase no pragmatismo! Duvido que isso seja boa idéia, mesmo se os juízes são considerados, como os políticos não devem ser, educáveis em filosofia. Filosofar, por exemplo sobre causalidade e livre arbítrio, é relevante para algumas poucas questões que chegam ao conhecimento dos juízes. Mas apenas poucas. E devemos esperar que a disconexão entre entre o direito e a filosofia pragmática seja especialmente acentuada porque essa filosofia, sendo crítico da teoria e não da prática, tem pouco a dizer sobre práticas específicas, como aquelas envolvidas na administração da lei". No original: "One reason for the disconnect between philosophical pragmatism and legal and political practice is that the propositions that define pragmatism are propositions of academic philosophy, a field that has essentially no audience among judges and lawyers – let alone among politicians – even when philosophy is taken up by law professors (some of whom have a Ph.D. in philosophy) who think it *should* influence law. This gap between theory and practice might be thought to imply that judges should be educated in philosophy – with emphasis on pragmatism! I doubt that that is a good idea, even if judges are considered, as politicians would not be, educable in philosophy. Philosophizing, for example about causation and free will, is relevant to a few of the legal issues that come before the judges. But only a few. And we might expect the disconnect between law and *pragmatist* philosophy to be especially pronounced because *that* philosophy, being critical of theory rather than of practice, has little to say about specific practices, such as those involved in the administration of the law". Em contraposição, o autor explica (conforme nossa tradução livre) que: "Se você é um pragmático cotidiano, no entanto, é provável que o seu pragmatismo extravase para a sua prática como um juiz ou advogado atuando". No original: "If you are an *everyday* pragmatist, however, your pragmatism is likely to spill over into your practice as a judge or practicing lawyer" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 11).

[48] Na conclusão do 1º capítulo de sua obra, o autor registra – em tradução livre – que: "O pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para orientar e constranger a ação política, inclusive a judicial, é apenas isso – um sonho. Se a ação política deve ser constrangida, que ela seja feita através do meio psicológico, através da carreira e por fatores institucionais, e não pela conversa conduzindo a um consenso moral ou político. Temos que aceitar a pluralidade irredutível das metas e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea como a dos Estados Unidos, e proceder a partir daí". No original: "Pragmatism helps us see that the dream of using theory to guide and constrain political, including judicial, action is just that – a dream. If political action is to be constrained, it must be by psychological, career, and institutional factors rather than by conversation leading to a moral or political consensus. We must accept the irreducible plurality of goals and preferences within a morally heterogeneous society as that of the United States, and proceed from there" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 24-56).

seja no caso concreto, seja de forma sistêmica; a distinção entre pragmatismo e conseqüencialismo; e um esforço de reconciliar o pragmatismo com o positivismo.[49]

De fato, a teoria pragmática da democracia defendida pelo autor fundamenta-se em fatos e conseqüências. Com isso, pretende afastar da tomada de decisão oficial as teorias filosóficas e morais que, segundo ele, limitam-se a trazer ao debate conceitualismos, generalidades, falsos moralismos e slogans. Nas suas palavras:

> A teoria democrática que o livro defende é pragmática. Não devemos temer o pragmatismo ou confundi-lo com o cinismo ou, ainda, com o menosprezo pela legalidade ou democracia. O seu núcleo é meramente uma disposição para embasar ação mais em fatos e conseqüências do que no conceitualismo, em generalidades, no falso moralismo e slogans. Um exemplo de falso moralismo rejeitado é a idéia de perfeição humana; a concepção do pragmatista não é ilusória a respeito da natureza humana. Dentre os conceitualismos rejeitados estão as teorias morais, legais e políticas quando dispostas a regular uma tomada de decisão legal e qualquer outra oficial.[50]

Neste sentido, o autor compara as deficiências e virtudes das duas noções de democracia que estuda. De um lado, a noção idealística, deliberativa e à Dewey; e, de outro, a noção elitista, pragmática e à Schumpeter. Em apertada síntese, ele conclui pela segunda noção como sendo mais bem ajustada à realidade norte-americana, seja pela evolução

---

[49] É o que se depreende, em síntese, do seguinte trecho (traduzido livremente): "A principal contribuição do livro para a teoria democrática é o renascimento, a elaboração e a aplicação da teoria da democracia 'elitista', idéia inicialmente delineada por Joseph Schumpeter e, nos últimos anos, não completamente negligenciadas. Embora Schumpeter não é usualmente pensado como um pragmático, a sua teoria da democracia é pragmática, e eu sustento que ele fornece uma teoria normativa superior bem como uma teoria da democracia americana à concepção de democracia deliberativa dos teóricos políticos, à esquerda, e a teoria da escolha pública dos economistas, à direita. Sob o ponto de vista do lado jurídico do livro, as principais contribuições são a distinção entre o pragmatismo filosófico e cotidiano, uma insistência sobre a distinção entre as conseqüências do caso específico e sistêmicas, mais uma insistência sobre a distinção entre o pragmatismo e o conseqüencialismo, e uma tentativa de reconciliar o pragmatismo jurídico com o positivismo jurídico. Contudo, eu não apresento uma teoria completa do liberalismo pragmático; meu foco é sobre as noções de democracia e legalidade, e não sobre o alcance e os limites do governo, como tal, embora estas também sejam questões cruciais para a teoria liberal". No original: "The book's principal contribution to democratic theory is the revival, elaboration, and application of the theory of 'elite' democracy first sketched by Joseph Schumpeter and in recent years rather thoroughly neglected. Although Schumpeter is not usually thought of as a pragmatist, his theory of democracy is pragmatic; and I argue that it provides a superior normative as well as positive theory of American democracy to the political theorists' concept of deliberative democracy, on the left, and the economists' public-choice theory, on the right. On the law side of the book, the principal contributions are the distinction between philosophical and everyday pragmatism, an insistence on distinguishing between the case-specific and the systemic consequences of judicial decisions, a further insistence on distinguishing between pragmatism and consequentialism, and an attempt at a reconciliation of legal pragmatism with legal positivism. I do not present a complete theory of pragmatic liberalism, however; my focus is on concepts of democracy and legality rather than on the scope and limits of government as such, though they are also crucial issues for liberal theory" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. IX-X).

[50] Tradução livre do original: "The democratic theory for which the book argues is pragmatic. We should not be afraid of pragmatism or confuse it with cynicism or with disdain for legality or democracy. Its core is merely a disposition to base action on facts and consequences rather than on conceptualisms, generalities, pieties, and slogans. Among the pieties rejected is the idea of human perfectibility; the pragmatist's conception of human nature is unillusioned. Among the conceptualisms rejected are moral, legal, and political theory when offered to guide legal and other official decisionmaking" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 2-3).

histórica experimentada no país, seja pela forma como sempre foi exercido – e continua sendo – o modelo democrático.

Relacionando a segunda noção de democracia, esboçada por Schumpeter e preferida pelo autor, e a sua interpretação econômica, ele ressalta a existência de diferentes níveis ou classes de participantes no processo político, como eleitores e políticos, massa e elite, sugerindo um paralelo com o conhecido debate em torno da chamada "democracia corporativa".[51]

Embora a sua formulação teórica do pragmatismo cotidiano aplicado ao direito não permita uma enunciação clara e abrangente, o autor estabelece algumas afinidades e relações do modelo pragmático – ao modo do *should do and shouldn't do* – que merecem ser delineados a fim de uma melhor visualização dos seus contornos e limites.[52] De fato, em diversos trechos de sua obra verificam-se tais indicações.

---

[51] Em explicação, o autor registra (com a nossa tradução livre) que: "A ênfase que a teoria da democracia de Schumpeter coloca sobre a existência de diferentes níveis ou classes de participantes no processo político (eleitores e políticos, massa e elite) sugere um paralelo com o longo debate em torno da 'democracia corporativa'. No início da década de 1930 com o trabalho de Berle e Means, surgiram preocupações sobre a 'separação de propriedade e controle' na corporação moderna. Os acionistas de uma grande companhia com negociações públicas são os seus proprietários nominais, o que corresponde ao eleitorado no sistema político. Eles elegem a diretoria que, por sua vez, nomeia a gerência. Mas, como os políticos na teoria da democracia política de Schumpeter, os diretores e gestores são os verdadeiros 'governantes' e têm os seus próprios interesses, que muitas vezes divergem daqueles dos acionistas. A Comissão de Valores Mobiliários tem procurado incentivar uma maior participação do acionista na gestão corporativa, exigindo que a gerência inclua as propostas dos acionistas nos materiais de representação distribuídos aos acionistas antes da reunião anual da companhia. Com efeito, isto tem tentado trazer sobre a Concepção 1 a democracia corporativa. Falhou. Tal como os eleitores, a maioria dos acionistas das companhias que negociam publicamente têm apenas uma pequena participação nas corporações de cujas ações são proprietários – demasiado pequeno para dar-lhes um incentivo significativo para dedicar tempo e esforço para acompanhar o desempenho da gestão corporativa. É mais fácil para eles tanto vender as suas ações se a companhia vai mal como também, através de uma carteira diversificada, compensar algum desempenho excepcionalmente bom por algumas de suas ações contra o desempenho excepcionalmente ruim de outros. Ainda assim eles têm o poder de expulsar a gerência e a existência deste poder é tanto um estímulo para a gestão de um bom desempenho (ou pelo menos não tão mal) e permite a gestão a ser substituída quando solhas desastrosamente. Na prática, a democracia corporativa está na Concepção 2 de democracia". No original: "The enphasis that Schumpeter's theory of democracy places on the existence of distinct tiers or classes of participants in the political process (voters and politicians, mass and elite) suggests a parallel to the long-running debate over 'corporate democracy'. Beginning in the 1930s with the work of Berle and Means, concern arose about the 'separation of ownership and control' in the modern corporation. The shareholders of a large publicly traded corporation are its nominal owners, corresponding to the electorate in the political system. They elect the board of directors, which in turn appoints the management. But like the politicians in Schumpeter's theory of political democracy, the directors and managers are the real 'rulers' and have their own interests, which often diverge from those of the shareholders. The Securities and Exchange Commission has attempted to encourage greater shareholder participation in corporate management by requiring management to include shareholder proposals in the proxy materials distributed to the shareholders in advance of the corporation's annual meeting. In effect, it has attempted to bring about Concept 1 corporate democracy. It has failed. Like voters, most shareholders of publicly traded corporations have only a small stake in the corporations whose shares they own – too small to give them an incentive to devote significant time and effort to monitoring the performance of corporate management. It is easier for them either to sell their shares if the corporation is doing badly, or, by holding a diversified portfolio, to offset unusually good performance by some of their stocks against unusually bad performance by others. Still, they do have the power to oust management, and the existence of this power both is a spur to management to perform well (or at least not too badly) and enables management to be replaced when it flounders disastrously. In practice, corporate democracy is Concept 2 democracy" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 200-201).

[52] Essa dificuldade na definição clara do pragmatismo é reconhecida pelo próprio autor, conforme nossa tradução livre: "O problema básico é que o pragmatismo é mais uma tradição, uma atitude e perspectiva do que um corpo de doutrina; ele tem mais afinidades do que extensão". No original: "The basic problem is that pragmatism is more a tradition, attitude, and

De modo geral, ele ressalta que o pragmático não rejeita pura e simplesmente a metafísica. Na realidade, ele rejeita a possibilidade de estabelecer a verdade de proposições metafísicas *a priori*; bem como é inerente à natureza da metafísica que suas proposições não possam ser estabelecidas empiricamente.[53]

Além disso, o autor defende que as conseqüências que importam ao teórico pragmático são as atuais, já que o pragmatismo é progressivo (*forward-looking*) e anti-tradicionalista. Além disso, é também anti-essencialista; crê tanto na falibilidade (e por isso é anti-cético e anti-relativista) como no método experimental de investigação.[54]

O autor entende que o juiz pragmático não deve simplesmente negar as virtudes dos padrões (*standards*) do Estado de Direito da generalidade, previsibilidade e imparcialidade. Ele entende que o juiz pragmático deve apenas se recusar a sacralizá-las. Ao contrário, deve balanceá-las com as virtudes adaptáveis na decisão do caso de modo que conduza as melhores conseqüências para as partes nas situações semelhantes.[55]

---

outlook than a body of doctrine; it has affinities rather than extension" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 26).

[53] Ademais, traduzimos livremente a seguinte colocação do autor: "Pragmáticos não duvidam que 'verdadeiro' e 'falso' são significativamente atribuídos a proposições, mas, coerente com a sua ênfase nas conseqüências, eles gostam de dizer que uma proposição é verdadeira ('verdadeira o suficiente' pode ser mais preciso) se as consequências que prediz ou implica efetivamente ocorrerem". No original: "Pragmatists do not doubt that 'true' and 'false' are meaningfully ascribed to propositions, but, consistent with their emphasis on consequences, they like to say that a proposition is true ('true enough' might be more precise) if the consequences that it predicts or implies do indeed occur" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 5-6).

[54] Em explicação ao método experimental de investigação, o autor discorre – consoante tradução livre – que: "O experimentalismo implica a conveniência de uma diversidade de inquiridores, assim como a seleção natural depende da diversidade genética para trazer mudanças adaptativas (a seleção natural 'escolhe' que mutações devem sobreviver e prosperar). Pessoas de diferentes vivência, experiência, aptidões e temperamento serão adaptadas às diferentes facetas do ambiente e que têm diferentes idéias sobre a melhor forma de prosseguir na tentativa de prever e controlar. Somente por tentar coisas diferentes – não apenas idéias diferentes, mas formas de vida diferentes – e comparar as conseqüências que nós aprendemos o que são as melhores abordagens para alcançar os nossos objetivos, o que eles são (o pragmatismo não diz). Este é o método pelo qual os princípios morais expandem-se, ainda que possamos falar de sua melhoria, como distinta da evolução – evolução não tem teleologia, é a partir, e não em direção – apenas em relação às metas especificadas". No original: "Experimentalism implies the desirability of a diversity of inquirers, just as natural selection depends on genetic diversity to bring about adaptive change (natural selection 'chooses' which mutations shall survive and flourish). People of different background, experience, aptitudes, and temperament will be attuned to different facets of the environmental and will have different ideas about how best to proceed in trying to predict and control it. Only by trying different things – not only different ideas but different ways of life – and comparing the consequences do we learn which approaches are best for achieving our goals, whatever they are (pragmatism doesn't say). This is the method by which moral principles evolve, though we can speak of their improving, as distinct from evolving – evolution has no teleology, it is from, not toward – only in relation to specified goals" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 6-9).

[55] Nessa linha, o autor registra – através de tradução livre – que: "O juiz pragmático não nega a regra de direito as virtudes de generalidade, previsibilidade e imparcialidade, que geralmente favorecem uma abordagem *stand-pat* de novos litígios. Ele simplesmente se recusa a materializar-se ou sacralizar essas virtudes. Ele se atreve a balanciá-las contra as virtudes adaptacionistas de decidir o caso em foco, de uma forma que produza as melhores conseqüências para as partes e aqueles circunstanciados semelhantemente". No original: "The pragmatic judge does not deny the standard rule-of-law virtues of generality, predictability, and impartiality, which generally favor a stand-pat approach to novel legal disputes. He just refuses to reify or sacralize those virtues. He dares to balance them against the adaptationist virtues of deciding the case at hand in a way that produces the best consequences for the parties and those similarly circumstanced". Em comparação, assinala que: "O pragmatista cotidiano, se reflexivo, é provável que seja levado ao pragmatismo filosófico – embora,

No outro extremo, distingue o formalismo e o pragmatismo, colocando-os em lados opostos. Enquanto o primeiro enfatiza a lógica e nega o componente político-ideológico do direito, o segundo focaliza na experiência prática. Coloca como área de possível contato a possibilidade de que, em algumas circunstâncias, o juiz pragmático adote a retórica formalista para fundamentar seus votos, ou até mesmo aceitar o argumento formalista como uma estratégia pragmática mais do que como uma retórica pragmática.[56] Nesse sentido, destaca que: "O formalismo pode ser uma estratégia pragmática mais do que mera retórica. Como uma estratégia, ela se parece com uma regra de utilitarismo, a qual reconhece que os meios para o fim não precisam ter a mesma estrutura que o próprio fim".[57]

Além disso, o autor acrescenta, nessa distinção, a relação do direito compreendido pelos formalistas e pelos pragmáticos com o ambiente social. De um lado, estes posicionam o direito como um campo do conflito social; de outro, aqueles procuram mantê-lo como uma disciplina autônoma e isolada.[58]

A confirmar a falta de uma enunciação clara do pragmatismo cotidiano defendido pelo autor, para o fim de uma generalização útil, ele propõe o seguinte rol de princípios do julgamento pragmático que, por resumir o seu pensamento, se permite transcrever:

> 1. Pragmatismo jurídico não é apenas um termo sofisticado para a adjudicação *ad hoc*; ele envolve considerações sobre as conseqüências sistêmicas e não se limita as conseqüências do caso específico.
> 2. Todavia, somente em circunstâncias excepcionais, o juiz pragmático atribuirá às conseqüências sistêmicas um peso maior, como o formalismo legal atribui, isto é, só raramente o formalismo legal funcionará como uma estratégia pragmática. Por vezes, as circunstâncias do caso específico dominarão completamente o processo decisório.

---

curiosamente, o inverso não seja verdade". No original: "The everyday pragmatist, if reflective, is likely to be drawn to philosophical pragmatism – although, strangely enough, the reverse is not true" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 12).

[56] Esta pode ser tida como a tradução livre do seguinte trecho destacado: "Legal formalism emphasizes logic, legal pragmatism experience". Em contraposição, explica que: "Legal formalism and legal pragmatism are opposites, with the important qualification that a pragmatic judge might in some circumstances decide to adopt a formalist rhetoric for his judicial opinions – might even decide to embrace formalism as a pragmatic strategy rather than just as a pragmatic rhetoric" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 19).

[57] Tradução livre do original: "Formalism can be a pragmatist's strategy rather than merely a rhetoric. As a strategy it resembles rule utilitarianism, which rests on a recognition that the means to an end need not have the same structure as the end" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 49).

[58] Traduzimos livremente as seguintes palavras do autor: "Para os formalistas, o direito é uma disciplina autônoma, isolada, para um grau de qualquer forma, a partir do ambiente social, desdobrando pétala por pétala, em conformidade com os conceitos de justiça, esfoliando os princípios implícitos na própria idéia de Direito e no qual os teóricos jurídicos são os peritos competentes para explicar a natureza e o sentido das mudanças. Para os pragmáticos, em contrapartida, o direito é um campo de conflito social. As suas 'leis' de mudança são sociológicas ou econômicas, e não jurisprudenciais". No original: "For formalists, law is an autonomous discipline, isolated, to a degree at any rate, from its social environment, unfolding petal by petal in accordance with developing notions of justice, exfoliating principles implicit in the very idea of law; and legal theorists are the competent experts to explain the nature and direction of the change. For pragmatists, in contrast, law is a field of social conflict. Its 'laws' of change are sociological or economic rather than jurisprudential" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 21).

> 3. O critério fundamental da adjudicação pragmática é a razoabilidade.
> 4. Assim, apesar da ênfase sobre as conseqüências, o pragmatismo jurídico não é uma forma de conseqüencialismo, um conjunto de doutrinas filosóficas (mais predominantemente o utilitarismo) que avalia ações em relação ao valor de suas conseqüências: a melhor ação é aquela com as melhores conseqüências. É mais certo haver bolsos formalistas no sistema pragmático de adjudicação, especialmente nas decisões por regras do que por padrões. Ademais, por razões tanto práticas como jurisdicionais ao juiz não é exigido ou até mesmo permitido levar em consideração *todas* as conseqüências possíveis de suas decisões.
> 5. O pragmatismo jurídico é progressivo e considera a adesão às decisões passadas como uma necessidade (qualificada) mais do que um dever ético.
> 6. O pragmatista jurídico acredita que nenhum procedimento analítico geral distingue o argumento jurídico de qualquer outro argumento prático.
> 7. O pragmatismo jurídico é empírico.
> 8. O pragmatismo jurídico não é contrário a teoria em si. De fato, ele é mais receptivo a algumas formas de teoria do que o formalismo legal, principalmente teorias que regulam a investigação empírica. O pragmatismo jurídico é contrário à idéia de se usar teorias moral e política abstratas para regular a tomada de decisão judicial.
> 9. O juiz pragmático tende a priorizar os fundamentos de decisão estritos sobre os amplos nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal.
> 10. O pragmatismo jurídico não é um complemento ao formalismo e, por conseguinte, distinto do positivismo de H.L.A. Hart.
> 11. O pragmatismo jurídico simpatiza com a concepção sofística e aristotélica de retórica como uma forma de argumento.
> 12. O pragmatismo jurídico difere tanto do realismo legal como também dos estudos legais críticos.[59]

Dentre as diversas explicações que o autor imputa a cada um desses itens elencados, apenas alguns devem ser destacados neste momento. Pretende-se, com isso, prosseguir na tentativa de delinear os contornos e limites da teoria exposta pelo autor.

O pragmatismo jurídico considera, ao lado das conseqüências do caso concreto, também as conseqüências sistêmicas na prestação jurisdicional *ad hoc*. "As conseqüências sistêmicas da adjudicação *ad hoc* são resumidas na expressão 'Estado de Direito".[60]

---

[59] Tradução livre do original: "1. Legal pragmatism is not just a fancy term for ad hoc adjudication; it involves consideration of systemic and not just case-specific consequences; 2. Only in exceptional circumstances, however, will the pragmatic judge give controlling weight to systemic consequences, as legal formalism does; that is, only rarely will legal formalism be a pragmatic strategy. And sometimes case-specific circumstances will completely dominate the decisional process; 3. The ultimate criterion of pragmatic adjudication is reasonableness; 4. And so, despite the emphasis on consequences, legal pragmatism is not a forma of consequentialism, the set of philosophical doctrines (most prominently utilitarianism) that evaluate actions by the value of their consequences: the best action is the one with the best consequences. There are bound to be formalist pockets in a pragmatic system of adjudication, notably decision by rules rather than by standards. Moreover, for both practical and jurisdictional reasons the judge is not required or even permitted to take account of *all* the possible consequences of his decision; 5. Legal pragmatism is forward-looking, regarding adherence to past decisions as a (qualified) necessity rather than as an ethical duty; 6. The legal pragmatist believes that no general analytic procedure distinguishes legal reasoning from other practical reasoning; 7. Legal pragmatism is empiricist; 8. Therefore it is not hostile to all theory. Indeed, it is more hospitable to some forms of theory than legal formalism is, namely theories that guide empirical inquiry. Legal pragmatism is hostile to the idea of using abstract moral and political theory to guide judicial decisionmaking; 9. The pragmatic judge tends to favor narrow over broad grounds of decision in the early stages of the evolution of a legal doctrine; 10. Legal pragmatism is not a supplement to formalism, and is thus distinct from the positivism of H.L.A. Hart; 11. Legal pragmatism is sympathetic to the sophistic and Aristotelian conception of rhetoric as a mode of reasoning; 12. It is different from both legal realism and critical legal studies" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 59-60). O termo "adjudicar" usado no direito norte-americano pode ser compreendido entre nós como o ato de julgar, de atribuir a cada um o que lhe é devido pela via da prestação jurisdicional; de igual modo, podemos compreender adjudicação como julgamento ou prestação jurisdicional.

[60] Tradução livre do original: "The systemic consequences of ad hoc adjudication are summed up in the expression 'the rule of law" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-61).

Não há fórmula específica para sopesar entre as conseqüências do caso concreto e sistêmicas, continuidade e criatividade, a longo prazo e a curto prazo etc. É importante que o juiz pragmático adote a decisão mais razoável possível, tudo considerado (*all things considered*).[61]

Precisamente essa preferência pela maior razoabilidade é que supostamente distingue o pragmatismo jurídico do autor da corrente de pensamento conseqüencialista, que se preocupa com a escolha da melhor conseqüência dentre as possíveis.[62]

O autor reconhece que há um déficit de conhecimento judicial em relação aos conhecimentos políticos (oriundos do Executivo e Legislativo). Como tornar os juízes munidos de informações melhores e mais completas apresenta-se como um grande desafio no Poder Judiciário norte-americano de hoje. Não podendo ser resolvido pelo julgamento formalista, ela apenas o oculta.[63]

Posner relaciona o ativismo judicial à noção de democracia (elitista) que adota e demonstra que não há qualquer óbice entre ambos. Para exemplificar, ele toma três significados distintos de ativismo judicial. No primeiro, que significa uma inclinação para alargar o poder dos tribunais em relação aos ramos políticos do governo, o ativismo seria menor. Pelo segundo significado, usado pejorativamente para referir à agressividade judicial genérica, o ativismo seria igualmente menor. Nas duas situações, a justificativa seria deixar aos ramos políticos – e eleitos – a decisão sobre assuntos sensíveis aos rumos do país. O

---

[61] Com a tradução livre do seguinte trecho, o autor registra que: "Não há algoritmo para encontrar o justo equilíbrio entre as conseqüências para o Estado de Direito e para o caso específico, continuidade e criatividade, a longo prazo ou de curto prazo, sistêmica e particular, regra e padrão. De fato, não há muito mais a dizer para o aspirante ao magistrado pragmático do que tomar a mais razoável decisão que possa, todas as coisas consideradas. (Há um pouco mais a dizer, eu estou tentando dizê-lo). 'Tudo considerado' inclui não somente as conseqüências específicas do caso, na medida em que podem ser observadas, mas também os materiais do padrão jurídico e a conveniência de preservar os valores do Estado de Direito". No original: "There is no algorithm for striking the right balance between rule-of-law and case-specific consequences, continuity and creativity, long-term and short-term, systemic and particular, rule and standard. In fact, there isn't too much more to say to the would-be pragmatic judge than make the most reasonable decision you can, all things considered. (There is a little more to say; I am trying to say it.) 'All things considered' include not only the decision's specific consequences, so far as they can be discerned, but also the standard legal materials and the desirability of preserving rule-of-law values" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 64).

[62] Através da tradução literal, registramos a seguinte explicação do autor: "Se um conseqüencialista é alguém que acredita que um ato, como uma decisão judicial, deve ser julgado pelo que se produz as melhores conseqüências globais, a adjudicação pragmática não é conseqüencialista, pelo menos de forma consistente. É por isso que eu prefiro dizer 'razoável' ao lugar de 'melhores conseqüências', como o padrão para avaliar as decisões judiciais pragmaticamente". No original: "If a consequentialist is someone who believes that an act, such as a judicial decision, should be judged by whether it produces the best overall consequences, pragmatic adjudication is not consequentialist, at least not consistently so. That is why I prefer 'reasonableness' to 'best consequences' as the standard for evaluating judicial decisions pragmatically" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 65).

[63] No original: "How to make judges better informed is a great challenge to the American judiciary. But one thing that is clear is that this deficit of judicial knowledge cannot be cured or elided, but only concealed, by formalist adjudication" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 76).

terceiro significado, pelo qual a Suprema Corte necessariamente exerce papel ativo no governo político do país por meio da discricionariedade da interpretação constitucional, o ativismo judicial aumentaria a competição institucional.[64]

Nesse sentido, sustenta ainda que:

> A adjudicação pragmática designa aos juízes um papel consistente com a segunda noção de democracia. Quaisquer dúvidas sobre sua legitimidade não são específicas da adjudicação pragmática, mas coloca uma nuvem sobre todo o sistema político. A artilharia direcionada à adjudicação pragmática deveria ser deslocada para outro lugar.[65]

Enfim, em verdadeira exortação em busca de mais adeptos para o pragmatismo jurídico, Posner acentua que:

> O pragmatismo jurídico não estabelece dique contra as mudanças revolucionárias e reacionárias do direito. Os juízes pragmáticos que decidam encampar uma nova ideologia superarão o precedente, o 'significado pleno', a doutrina sedimentada e outros obstáculos formalistas à mudança jurídica, como os juízes alemães fizeram no tempo de Hitler.[66]

1.1.3.3 O pragmatismo no comportamento judicial

"The good pragmatist judge, we know, is not a shortsighted pragmatist. He is not a philosophical pragmatist. But he is a *constrained* pragmatist."[67] Em outra obra, agora dedicada a desvendar como os juízes pensam no exercício da atividade judicante, Richard A. Posner permanece bastante crítico quanto ao legalismo (*legalism*), especialmente aprofundando a sua argumentação no sentido de que o método legalista é incapaz de ser utilizado sozinho na solução de alguns casos particularmente difíceis. Ao contrário das mazelas que aponta do legalismo, o autor permanece defendendo as vantagens do pragmatismo jurídico (*legal pragmatism*), inclusive aquela sua compreensão de que, em

---

[64] POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 211-212.

[65] Tradução livre do original: "Pragmatic adjudication assigns judges a role consistent with Concept 2 democracy. Any doubts about its legitimacy are not specific to pragmatic adjudication but place a cloud over the entire political system. The fire directed at pragmatic adjudication should be aimed elsewhere" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 211-212).

[66] No original: "Legal pragmatism provides no dike against either revolutionary or reactionary changes in law. Pragmatic judges who decide to embrace a new ideology will override precedent, 'plain meaning', settled doctrine, and other formalist obstacles to legal change, just as German judges did in the Hitler era" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 94).

[67] Tradução livre: "O bom magistrado pragmático, sabemos, não é aquele míope. Não é o pragmático filosófico. É o pragmático constrangido" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 253).

certas situações, o uso estratégico do pragmatismo jurídico pode indicar ao magistrado que lance mão da metodologia própria do legalismo, como vimos anteriormente.

O livro é declaradamente influenciado pela experiência de mais de 25 anos do autor como juiz do Tribunal Federal de Apelações. Daí porque o foco primário da abordagem é voltado aos juízes federais de apelação.[68]

No trecho introdutório de sua obra, o autor assinala a importância que o pragmatismo jurídico tem para a teoria positiva da tomada de decisão judicial (*a positive decision theory of judging*) que procura desenvolver adiante. No momento inicial, coloca os seguintes pontos:

> Os leitores dos meus escritos anteriores sobre o comportamento judicial esperam que eu diga que isto é o 'pragmatismo jurídico', a dividir os juízes entre legalistas e pragmáticos e, depois, classificar o legalismo como uma estratégia pragmática, transformando todos os nossos juízes em pragmáticos. Isso seria muito fácil. Mas, o pragmatismo é um componente importante no comportamento dos juízes norte-americanos. Ele é amplamente mal compreendido, como sendo uma abordagem do tipo 'vale tudo' para julgar, como versões mais extremas do realismo jurídico. Não é assim. O juiz pragmático é um pragmático constrangido. Ele está enquadrado, como outros magistrados, pelas normas que exigem dos juízes a imparcialidade, a consciência da importância do direito sendo previsível o suficiente para orientar a conduta dos jurisdicionados (incluindo juízes!), bem como um respeito devido à integridade da palavra escrita em contratos e leis. Este espaço não é tão pequeno que proíba ao magistrado sê-lo politicamente, ao menos no sentido não partidário. [...]. Um juiz pode ser político sem ser pragmático; um ideólogo não é um pragmático.[69]

Em seguida, o 1º capítulo aborda cada uma das nove diferentes teorias que pretendem explicar as decisões dos juízes, ou seja, o comportamento judicial. São elas: atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista. Essas teorias são incompletas e funcionam como elementos que compõem a teoria da tomada de decisões – que o autor desenvolve no livro através de sua busca para completar

---

[68] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 6. Nesse sentido, o livro traz algumas colocações bem interessantes, já que é um exame de um juiz do tribunal de apelações sobre os juízes dos tribunais de apelações no sistema norte-americano, ou seja, trata-se de um olhar de dentro para fora e que se volta ao âmago da atuação jurisdicional sintetizada no comportamento judicial (*judicial behavior*).

[69] Tradução livre do original: "Readers of my previous writings on judicial behavior will expect me to say that it is 'legal pragmatism', to divide judges into legalists and pragmatists, and then, by classifying legalism as a pragmatic strategy, to turn all our judges into pragmatists. That would be too facile. But pragmatism is an important component of American judicial behavior and figures importantly in this book. It is widely misunderstood to be an 'anything goes' approach to judging, like extreme versions of legal realism. It is not. The pragmatic judge is a *constrained* pragmatist. He is boxed in, as other judges are, by norms that require of judges impartiality, awareness of the importance of the law's being predictable enough to guide the behavior of those subject to it (including judges!), and a due regard for the integrity of the written word in contracts and statutes. The box is not so small that it precludes his being a political judge, at least in a nonpartisan sense. (…). "A judge can be political without being pragmatic; an ideologue is not a pragmatic" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 13). De acordo com o ponto de vista de Posner, os magistrados são "pragmáticos constrangidos" (*constrained pragmatists*), isto é, "pragmáticos que seguem as regras" (*rule pragmatists*) considerando as suas conseqüências, inclusive com as considerações políticas que fluem no seu processo decisório. "Um juiz pragmático constrangido pode decidir casos de maneira boa de modo legalista, mas será por que o legalismo pode ter conseqüências sistêmicas benéficas, e não porque o legalismo o obriga num sentido mais profundo" (HORWITZ, Paul. Review Constitutional Conscience: The moral dimension of judicial decision by Jefferson Powell and How judges think by Richard A. Posner. **Social Science Research Network Electronic Paper Collection**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1131406>. Acesso em: 18.04.2009).

a lacuna – que seja cogente, unificada, realística e apropriadamente eclética na descrição de como os juízes hoje chegam às suas decisões nos casos menos rotineiros, isto é, uma teoria de julgar da decisão positiva (*a positive decision theory of judging*).[70]

Dentre as nove teorias, que são explicadas pelo autor em maior ou menor profundidade, merecem especial destaque, para a finalidade deste trabalho, apenas algumas. O pragmatismo, como teoria pragmática do comportamento judicial, tem a sua definição esboçada pelo autor nos seguintes termos:

> 'Pragmatismo', no sentido pelo qual a palavra é utilizada na teoria pragmática do comportamento judicial, requer uma definição cuidadosa. Por enquanto, é suficiente anotar que a palavra refere-se ao fundamento dos julgamentos (legais ou diferentes) nas conseqüências, em vez da dedução de premissas à maneira de silogismo. O pragmatismo assemelha-se à família do utilitarismo e, numa sociedade comercial como a nossa, ao bem-estar econômico, mas sem o comprometimento quanto aos meios específicos pelos quais estas filosofias avaliam as conseqüências. No direito, o pragmatismo refere-se ao fundamento da decisão judicial nos efeitos que a própria decisão parece ter, em vez da linguagem de uma lei ou de um caso, ou mais genericamente numa regra preexistente.[71]

Em contraposição, a teoria legalista de julgar, que pode ser considerada a teoria "oficial" do Poder Judiciário no tocante ao comportamento judicial, parte da hipótese de que as decisões judiciais são determinadas pela "lei", compreendida como um corpo de regras preexistentes expressamente estabelecidas em atos regulamentares, como são os textos constitucionais e legais e as decisões anteriores do mesmo tribunal ou de instância superior ou, ainda, derivada desses materiais através de operações lógicas.[72]

---

[70] O autor explica como essas teorias o auxiliam na sua formulação: "Essas teorias são expostas [no livro] numa rica literatura ignorada pelos advogados mais acadêmicos (apesar disto estar mudando) e virtualmente por todos os juízes. As teorias fornecem o pano de fundo e sustentam a minha própria análise, que é desenhada fortemente na economia do trabalho e na psicologia da cognição e da emoção. Esta é a dificuldade que me fez margear a psicologia e que me levou a intitular o livro *Como os Juízes Pensam*, e não *Comportamento Judicial*". No original: "These theories are expounded in a rich literature ignored by most academic lawyers (though this is changing) and by virtually all judges. The theories provide background and support to my own analysis, which draw heavily on labor economics and on the psychology of cognition and emotion. It is stress I lay on the psychology that has led me to entitle the book *How Judges Think* rather than *Judicial Behavior*" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 7 e 19).

[71] Tradução livre do original: "Pragmatism', in the sense in which the word is used in the pragmatic theory of judicial behavior, will require careful definition. But for now it is enough to note that the word refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. Pragmatism bears a family resemblance to utilitarianism and, in a commercial society like ours, to welfare economics, but without a commitment to the specific ways in which those philosophies evaluate consequences. In law, pragmatism refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statute or of a case, or more generally on a preexisting rule" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 40).

[72] Ademais, o autor explica que: "Sob o ponto de vista legalista, a decisão ideal é o resultado de um silogismo em que uma regra de direito fornece a premissa maior, os fatos do caso a premissa menor, e a decisão é a conclusão. A regra pode ter de ser extraída de uma lei ou de um dispositivo constitucional, mas o modelo legalista vem completo com um conjunto de regras de interpretação (os 'cânones da construção'), de modo que a interpretação também se torna uma atividade vinculada às regras purgando a discricionariedade judicial". A objetividade, individualizada como neutralidade ou imparcialidade, implica a independência do observador. O legalismo trata o direito como uma disciplina autônoma. Nas palavras do autor: "Desde que as regras são dadas e devem somente ser aplicadas, requerendo apenas (além da descrição

Além disso, o autor lembra que os métodos legalistas não funcionam sempre. Eles falham em muitos casos que tramitam perante os tribunais de segunda instância. E pior ainda, são precisamente esses os casos que mais influenciam o desenvolvimento do direito. Em outros casos, no entanto, algumas das incertezas resultantes podem ser dissipadas pela adoção de regras metalegais, como por exemplo, aquelas pelas quais uma lei não pode ser invalidada a não ser que a sua inconstitucionalidade seja clara além da dúvida razoável (*clear beyond a reasonable doubt*); as exceções legais devem ser construídas em sentido estrito; na interpretação de dispositivos constitucionais e legais, os juízes nunca devem procurar o significado do seu propósito muito abaixo da superfície; ou, ainda, que os precedentes podem ser anulados apenas pela legislação.[73]

No meio do caminho, os legalistas podem encontrar os pragmáticos através da aceitação da legitimidade da interpretação intencional de regras (*legitimacy of purposive interpretation of rules*). Essa interpretação é politicamente orientada (*policy oriented*), mas a política não é aquela partidária e não precisa ser própria do intérprete, isto é, pode ser realmente o programa político que motiva a lei, aquilo que os legisladores buscaram que fosse promovido pela lei. Desse modo, a discricionariedade judicial, embora não fosse eliminada, poderia ser contida.[74]

Nesse sentido, os legalistas moderados se aproximam dos pragmáticos moderados para compreenderem que as conseqüências institucionais das decisões judiciais conduzem no sentido de uma abordagem judicial fortemente sedimentada no tocante à linguagem dos contratos, das leis e dos precedentes.[75]

Para o autor, as diferentes teorias do comportamento judicial, que se sobrepõem e são incompletas, podem ser integradas pela concepção do magistrado como um trabalhador, sobretudo (e demasiadamente) humano e, por conseguinte, inserido como participante do mercado de trabalho (sujeito às pressões externas e internas que geralmente atuam em cada trabalhador, atendidas as suas diversas particularidades).[76]

---

dos fatos) a leitura dos textos legais e desenvolver operações lógicas, o juiz legalista é desinteressado profissionalmente nas ciências sociais, na filosofia, ou ainda, quaisquer outras possíveis fontes de orientação para tomar decisões políticas, porque ele não é engajado, ou pelo menos ele pensa que não é, quando realiza tais julgamentos" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 41-42).

[73] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 47-48.

[74] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 48.

[75] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 49.

[76] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 7 e 57 e ss.

Os juízes dos tribunais de segunda instância são "legisladores ocasionais" (*occasional legislators*). Na sua capacidade legislativa, eles trabalham sob os constrangimentos que não vinculam os legisladores oficiais, como regras permanentes, por exemplo, e limitações referentes a quem os juízes podem consultar e, mais genericamente, a quais métodos de investigação podem empregar.[77]

Assim, os magistrados podem ter variados graus de liberdade legislativa. E podem dizer aos outros ramos do governo apenas e tão somente o que não podem fazer. Não obstante, o poder legislativo que detêm, embora negativo, é considerável, especialmente quando os outros ramos são interrompidos nas suas respectivas trajetórias pela Suprema Corte e em nome da Constituição, que é tão difícil de emendar. O poder legislativo dos juízes é geralmente pensado para alcançar o seu apogeu nos campos próprios do direito comum (*common law*).[78]

Pode parecer, continua Posner, que os magistrados legislam apenas depois que tentam e falham na tarefa de julgar o caso pela referência aos materiais ortodoxos dos textos legislativos e precedentes. Com efeito, alguns juízes atuam nesse sentido. Todavia, outros invertem a seqüência. Eles iniciam fazendo um julgamento legislativo, isto é, perguntam-se qual resultado – não só quem vence e quem perde, mas que regra, padrão (*standard*) ou princípio enunciado no seu voto judicial – teria as melhores conseqüências. Somente depois eles realmente consideram se aquele resultado é obstruído pelos materiais ortodoxos da tomada de decisão legal ou, mais precisamente, se os benefícios daquele resultado são compensados pelos custos que imporia prejudicando valores legalistas, como é a estabilidade legal. Um juiz pragmático pode igualmente iniciar por outro caminho, perguntando-se se a questão no caso foi deliberada pela linguagem legal, pelo precedente ou por alguma outra fonte ortodoxa do direito que seria um equívoco desconsiderar na decisão.[79]

---

[77] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 81-82.

[78] Desde que o direito comum é criado explicitamente por juízes, pode-se pensar que isso levaria ainda mais a uma "falta de lei" em relação à adjudicação constitucional. Em realidade, é mais estável, mais objetivo, mais *lawlike* e menos como legislação "real" que o direito constitucional. É que cuida de temas nos quais geralmente há um alto grau de consenso, tanto junto à sociedade como também no âmbito judicial, habilitando juízes de vivências e comprometimentos políticos diversos a fundamentar os seus votos a partir de premissas comuns para conclusões amplamente defendidas. Segundo o autor, o direito comum (*common law*) não deve ser confundido com a jurisprudência (*case law*). De fato, o sistema norte-americano é baseado na jurisprudência e inclui – apesar de não exaurir-se – o direito comum. Alguém pode ser levado a indagar como o legalista pode considerar a jurisprudência (*case law*), conquanto seja a estrutura do direito norte-americano, como lei para todos os efeitos. Como defender – indaga o autor – a superação (*overruling*) de um precedente, exceto no raro caso no qual o precedente pode ter-se baseado em um erro lógico? Se o precedente somente não se ajusta às condições modernas, a sua superação é um ato legislativo (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 82-83).

[79] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 84-85.

Para decidir um caso, os juízes, com freqüência, auferem primeiro a regra pela interpretação livre - ao invés da literal - de um dispositivo. Depois aplicam tal regra mecanicamente aos fatos expostos para determinar o resultado. Assim, um julgamento legislativo precede um julgamento legalista. E o reverso também ocorre: a regra pode ser extraída pela interpretação literal de um dispositivo ou de um precedente estabelecido por um tribunal superior, mas a sua aplicação pode requerer um julgamento legislativo (talvez até a criação de uma exceção) se a regra, ainda que seja a única que poderia aplicar-se aos fatos do caso, não corresponde exatamente aos fatos em questão.[80]

O autor ilustra como exemplo do raciocínio jurídico tradicional aquele originado pela interpretação de leis e constituições. Trata-se de questão objeto de interminável debate. No passado, existia um tradicional debate entre os defensores da corrente de pensamento da "construção estrita" (*strict construction*) – ou seu sinônimo aproximado, que é o "significado óbvio" (*plain meaning*) – e aqueles defensores da "construção ampla" (*loose construction*). Em qualquer caso, "construção" significa "interpretação". Hoje, contudo, é mais comum acompanhar o debate entre os defensores do "textualismo" e "originalismo", de um lado,[81] e aqueles que defendem uma interpretação "dinâmica" ou "intencional" (*purposive*), bem como a concepção de que a Constituição é viva (*the living Constitution*), de outro.[82]

---

[80] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 85-86.

[81] A "construção estrita" pode significar a interpretação de leis restritivamente ou de modo literal, ou seja, de acordo com o "significado óbvio" de suas palavras, sem considerar o histórico legislativo, o contexto fático subjacente, as conseqüências ou outros indícios da intenção legislativa (*legislative purpose*). As interpretações literais podem ser atordoadamente claras. "Literal como limitado" pode ser o significado prático da construção estrita. O literalismo é "textualismo". Bem parecido é o "originalismo", cuja interpretação dos dispositivos constitucionais busca atribuir-lhes o sentido original de quando a Constituição foi ratificada pelos seus constituintes. Ambos dividem com a construção estrita uma antipatia à interpretação de um dispositivo legal ou constitucional pela referência ao seu intento, preferindo sempre o sentido semântico (que se destaca como método de interpretação das técnicas legalistas). O "textualismo" e o "originalismo" são expressões que se aproximam, exceto pela atribuição do sentido crucial de dispositivos constitucionais através dos tempos; e exceto também que, quando um texto legal é ambíguo, o construtivista estrito tende a construí-lo no sentido contrário ao litigante que nele se fundamenta, ao passo que o originalista se conduzirá de acordo com o significado que os autores da Constituição dariam a ela quando a assinaram. O construtivista estrito prefere deduzir o resultado de um caso judicial de uma premissa maior, consistente na regra de direito clara e explicitamente estabelecida na legislação ou na Constituição, e a premissa menor, consistente nos fatos do caso. Ao preferir as regras aos padrões (*standards*) e as palavras à atividade no mundo, ele procura dissolver, continua o autor, qualquer dificuldade interpretativa apresentada pela freqüente vagueza ou confusa dicção das leis invocando as regras de interpretação – que são os "cânones da construção" – em um esforço de tornar a interpretação uma atividade vinculada à regra (*rule-bound activity*). Se as tentativas falham, ele decide em sentido contrário à parte que está tentando extrair um pleito ou se defender de uma dicção legal ambígua. Alguns construtivistas estritos sustentam que a reconstrução imaginativa dos intentos da legislação é impossível, já que não existe esta tal "vontade coletiva" (*collective intent*). Em verdade, o que existe seria apenas a vontade de legisladores individuais, que votam em favor ou contrariamente a lei (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 191-195).

[82] Em oposição ao construtivista estrito, o construtivista amplo é avesso ao literalismo. Mas nem por isso abraça incondicionalmente as interpretações amplas de leis ou dispositivos constitucionais, criando novos direitos exigíveis (*enforceably*) juridicamente. Em outras palavras, Posner destaca que o construtivista amplo está mais para um adepto da autocontenção judicial do que para o seu ativismo. Além disso, o construtivista amplo é um pragmático. Ele quer que os atos normativos que interpreta tenham conseqüências sensíveis, mesmo que não sejam aquelas que ele próprio prefere. Afinal, ele é um pragmático constrangido (*constrained pragmatist*), ainda quando pense que as conseqüências sensíveis geralmente são aquelas que o legislador também buscava. É que o pragmático busca utilizar a experiência adquirida dos

Novamente, aqui o autor enxerga um meio termo entre o antagonismo destas duas correntes de pensamento, convergindo para a consideração dos chamados "fatores institucionais". Neste sentido:

> Uma boa escolha entre os dois estilos de interpretação, como a escolha entre as regras e os padrões, que se assemelha – na verdade ilustra – é relativa às circunstâncias, incluindo os fatores institucionais, tais como as diferentes motivações e ferramentas de tribunais e de legislaturas. Estas questões têm tomado a atenção de estudiosos engajados há muitos anos, mas, como ocorre com a escolha entre regras e padrões, o debate ainda não se encerrou.[83]

Com efeito, Posner defende que, ao bom magistrado pragmático, cabe a tarefa de equilibrar dois tipos diferentes de conseqüências (a sistêmica e a do caso concreto).[84]

O autor reitera que a expressão que melhor descreve o magistrado médio norte-americano é "pragmático" ou, mais precisamente, "pragmático constrangido". De fato, pela sua ótica, a veia pragmática no ato de julgar do sistema norte-americano é ampla e profunda.[85]

Indagando sobre a possibilidade de o pragmatismo poder realmente oferecer uma explicação melhor para o comportamento dos juízes norte-americanos, se comparado ao legalismo, ao realismo legal, ao procedimentalismo e às teorias mais abrangentes, o autor responde logo em seguida que: "O cerne do pragmatismo jurídico é a adjudicação pragmática, cujo âmago é acrescido pela preocupação judicial das conseqüências e, deste modo, uma

---

casos e de outras fontes de informações posteriores à promulgação do ato normativo para tentar completar o projeto almejado pelo legislador. Ele quer ajudar os legisladores a alcançarem os seus objetivos. O perigo da construção ampla é que ela pode cair no pragmatismo míope (*shortsighted pragmatism*), ignorando as péssimas conseqüências daí decorrentes (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 191-195).

[83] Tradução livre do original: "A proper choice between the two styles of interpretation, like the choice between rules and standards, which it resembles – which indeed it illustrates – is relative to circumstances, including institutional factors such as the different motivations and tools of courts and legislatures. These issues have engaged the attention of scholars for many years, but as with the choice between rules and standards there is no closure" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 195).

[84] Os juízes pragmáticos sustentam que as conseqüências devem situar-se na frente e no centro do processo de adjudicação. Não significa dizer que as únicas conseqüências que devem ser consideradas são aquelas para as pessoas imediatamente afetadas pela decisão judicial. Com efeito, também devem ser consideradas as conseqüências institucionais, as quais incluem também perigo para o processo democrático e à estabilidade do direito (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 203 e 361).

[85] Tradução livre das palavras do autor: "A palavra que melhor descreve o magistrado norte-americano médio em todos os níveis de nossas hierarquias judiciais e rende a melhor compreensão (*insight*) no seu comportamento é 'pragmático' (mais precisamente, como eu devo explicar, 'pragmático constrangido'). Não é *tudo* que é deixado atrás do legalismo, atitudinalismo extremo, e a compulsão de uma teoria abrangente são rejeitadas como sendo descrições inadequadas do comportamento judicial. Mas é muito". No original: "The word that best describes the average American judge at all levels of our judicial hierarchies and yields the greatest insight into his behavior is 'pragmatist' (more precisely, as I shall explain, 'constrained pragmatist'). It is not *all* that is left after legalism, extreme attitudinalism, and the compulsion of comprehensive theory are rejected as being inadequately descriptive of judicial behavior. But it is a lot" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 230).

disposição para basear neles os julgamentos políticos, e não nos conceitualismos e generalidades".[86]

O autor registra que as conseqüências são fatos, não tendo qualquer significado normativo *per se*. Não é possível obter "dever ser" do "ser". Nesse sentido, um valor deve ser colocado em cada conseqüência. O pragmatismo fornece mais orientação local do que universal para a ação judicial. É que a sua utilidade local depende do grau no qual a sociedade é normativamente homogênea. Quanto mais homogênea e, portanto, maior o acordo acerca de que tipos de conseqüências são boas e quais são ruins, melhor será a orientação que o pragmatismo fornecerá.[87]

Existem dois modos para determinar – continua o autor – se um caso novo se enquadra no âmbito de uma regra. Pelo primeiro, examina-se a extensão da regra e depois se os fatos do caso concreto correspondem a uma de suas instâncias. O segundo, que é pragmático, consiste em determinar o propósito da regra (já que quase sempre há um propósito discernível) e escolher o resultado que realizará este propósito.[88]

É interessante notar a forte dose de experimentalismo que acompanha a idéia do autor: "Seria não-pragmático (*unpragmatic*) para um tribunal invalidar um programa por inconstitucional ou ilegal antes de ter tido a chance de provar o seu valor empiricamente".[89]

---

[86] Mais do que ser um sinônimo para a adjudicação *ad hoc*, no sentido de levar em consideração só as conseqüências para as partes do caso concreto, o pragmatismo jurídico sensível diz ao juiz para considerar, além das conseqüências da decisão no caso concreto, também as conseqüências sistêmicas, inclusive institucionais. Dessa maneira, os juízes pragmáticos sensíveis distinguem-se daqueles pragmáticos míopes, cegos pelas eqüidades do caso para as conseqüências de suas decisões no longo prazo. Apenas para estes últimos, a expressão pejorativa "orientado ao resultado" deveria ser reservada (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 238-239).

[87] Em seguida, o autor reconhece que: "Embora a adjudicação pragmática raramente gere informações suficientes para permitir uma decisão que produza uma situação social ótima, muitas vezes ele produz uma aproximação que é boa o suficiente para os propósitos da lei". Tradução livre do original: "Although pragmatic adjudication rarely generates enough information to enable a decision that produces a social optimum, often it produces an approximation that is good enough for the law's purposes" (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 240-241).

[88] Uma vez identificado o propósito, a regra pode ser resgatada mais em termos práticos do que legalistas. Para o autor, a análise econômica fornece material suficiente para que o juiz escolha qual é a melhor dentre as conseqüências que se lhe apresenta ao caso concreto. Nesse sentido, a análise de custo-benefício é tão somente um caminho disciplinado de sopesar as conseqüências de cursos alternativos e a escolhe daquele capaz de produzir o maior saldo positivo de conseqüências boas em detrimento das más. Releva notar que nos casos difíceis a decisão deve atingir um equilíbrio entre dois interesses legítimos contrapostos (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 245-246).

[89] Tradução livre do original: "It would be unpragmatic for a court to invalidate a program as unconstitutional or otherwise unlawful before the program had a chance to prove its worth empirically". Um ponto relacionado diz respeito à provável preferência que o juiz pragmático dará aos fundamentos restritos de sua decisão sob os amplos, especialmente nos primeiros estágios da evolução de uma doutrina legal. Assim agindo, possibilita uma orientação empírica ou experimentalista, já que menor será a sua interferência com a atividade desafiada. Quanto mais amplo é o fundamento da decisão, menor será o escopo pelo qual os juízes terão a respeito das conseqüências da atividade quando dos julgamentos dos casos futuros a respeito do tema. É que possivelmente essa decisão será um precedente que, até ser superado ou contraditado (*distinguished*), servirá de base para os novos casos dentro de seu domínio semântico, pode ser amplamente fundamentado (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 246-247).

Um princípio fundamental do pragmatismo jurídico, reitera o autor, é que não há procedimento analítico geral que diferencie o raciocínio jurídico de outros raciocínios práticos. Em seguida, ele reconhece que não se deve sobrevalorizar o pragmatismo. Afinal, não se trata de uma máquina que cospe respostas confiavelmente corretas para as questões jurídicas. De igual modo, não transforma o julgamento político na ciência política. Também não transforma os juízes em peritos administradores e tampouco o direito em mera análise de custo-benefício. Esclarece que é inevitável alguns casos serem decididos de modo diverso porque os juízes pesam as conseqüências diferentemente, dependendo de sua vivência, temperamento, treino, experiência e ideologia, que modelam o seu preconceito e, por conseguinte, a sua resposta aos argumentos e evidências postos sob exame. Ademais, diferentes juízes enxergam diferentes conseqüências.[90]

Dentre as críticas e objeções que o pragmatismo jurídico tem recebido, o autor destaca: carece de seriedade moral (*lacks moral earnestness*); estimula certo cinismo sobre o direito, induzindo preguiça mental nos estudantes, professores, advogados e juízes; e convida, ou até mesmo obriga, os juízes a decidirem os casos da maneira que melhor lhes aprouver.[91]

O autor ressalta que um trabalho elaborado em torno do ato de julgar dos magistrados tem sido negligenciado e que ele, particularmente, pretende enfatizá-lo. Reconhece, em seguida, que não haveria nada de errado se isso fosse um ponto de partida, já que os juízes são demasiadamente humanos e, por conseguinte, sujeitos a toda a sua idiossincrasia e preconceito.[92]

1.1.4 Distinções entre o pragmatismo jurídico, o conseqüencialismo e noções afins

[90] POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 248-249.

[91] Na visão do autor, mesmo que essas objeções e críticas ao pragmatismo sejam mais fortes do que ele pensa, não há qualquer alternativa para os Estados Unidos da América do Norte do século XXI. Aquela mesma que exige judicialmente o cumprimento da Constituição; tem no direito comum sua herança; suas legislaturas indisciplinadas e a complexidade para a qual guinou o sistema legal norte-americano. (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p.250-255).

[92] Nas linhas finais de sua obra, o autor expõe que o pragmatismo não é uma panacéia para os problemas do direito norte-americano e tampouco um antídoto ao julgamento político. Ele simplesmente diz ao juiz para levar em consideração as conseqüências de suas doutrinas e decisões. Ele sequer diz como pesar tais conseqüências. É que esse sopesamento é o resultado de uma interação complicada de modos de raciocínios (análise, intuição, emoção, senso comum, julgamento), inclinações políticas e ideológicas, tratos de personalidade, outras características pessoais, experiências pessoais e profissionais, e os demais constrangimentos implícitos inerentes às regras do "jogo" judicial. Nesse contexto, a lógica assume um papel limitado na adjudicação, especialmente nos tribunais de apelação e nos casos rotineiros, se relacionada à psicologia, que é uma influência no comportamento judicial pouco estudada pela doutrina (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 256-257 e 376-377).

Philip Pettit, inaugurando obra organizada sobre o tema,[93] explica o conseqüencialismo como a teoria que possibilita dizer se uma escolha particular é a certa para um agente que deve tomar uma decisão a partir das suas conseqüências relevantes. Ou seja, olha-se para os efeitos relevantes da decisão no mundo. O conseqüencialismo opõe-se à deontologia, na medida em que esta busca explicar a escolha pelo ponto de vista das obrigações do agente e aquela busca explicá-la unicamente do ponto de vista de suas conseqüências.[94]

No âmbito interno do gênero conseqüencialismo, diferentes espécies de grupos podem surgir quando se perquirir sobre quais os tipos de conseqüências substantivas que interessam na tomada da decisão judicial.[95]

Sob o viés da teoria conseqüencialista, o conseqüencialismo é uma teoria do certo, e não do bom, ou seja, é uma teoria que busca acessar a opção certa para um agente ou uma agência na tomada de decisão, e não necessariamente uma teoria útil para ser aplicada nela.[96]

A escolha da melhor opção ao alcance do agente na tomada de decisão deve vir da contemplação das alternativas relevantes para a situação. Assim, evita-se focar nas opções decisórias A e B quando, na realidade, a C seria melhor para o caso.[97]

---

[93] Embora, para a finalidade deste trabalho, a noção de pragmatismo e o conceito do conseqüencialismo tenham sido previamente convencionados como expressões "sinônimas", em busca de maior rigor técnico do estudo acadêmico, este tópico abre um breve parêntese para trazer alguns delineamentos distanciando o conseqüencialismo e o pragmatismo.

[94] Para aprofundamento, confira a tradução livre do seguinte trecho: "Grosso modo, o conseqüencialismo é a teoria do meio de se saber se uma determinada escolha é a certa para um agente que tem realizado de olho nas conseqüências da decisão: olhar para os efeitos da decisão sobre o mundo. Ao nos dirigir às conseqüências da teoria encontramos um foco teleológico; a expressão vem do ensinamento grego *telos*, que significa fim ou objetivo. Ele se opõe a qualquer tipo de abordagem deontológica; que veio da lição grega *deon*, significando obrigação ou dever. Quando o conseqüencialismo avaliaria uma escolha para olhar às suas conseqüências, uma abordagem deontológica permitiria o acesso pela escolha de como tal medida é buscada pela forma de procurá-la, na medida de suas obrigações". No original: "Roughly speaking, consequentialism is the theory that the way to tell whether a particular choice is the right choice for an agent to have made is to look at the relevant consequences of the decision: to look at the relevant effects of the decision on the world. In directing us to consequences the theory is teleological in focus; the term comes from the Greek work *telos*, meaning end or goal. It is opposed to any sort of deontological approach; this term comes from the Greek work *deon*, meaning obligation or duty. Where consequentialism would assess a choice by looking at its consequences, a deontological approach would assess it by looking at how the choice measured up to the obligations incumbent on the agent" (PETTIT, Philip (Org.). **Consequentialism**. Aldershot: Dartmouth, 1993, p. xiii).

[95] Em seguida, o autor exemplifica (em tradução livre): "Por exemplo, eles [conseqüencialistas] dividem-se em utilitaristas e não-utilitaristas, dependendo se aceitam ou não o ponto de vista de que é apenas as conseqüências que incidem sobre a utilidade dos seres sencientes que importa: só as conseqüências que afetam a felicidade ou a preferência-satisfação de tais coisas". No original: "For example, they [consequentialists] divide into utilitarians and non-utilitarians, depending on whether or not they accept the view that it is only consequences that bear on the utility of sentient beings which matter: only consequences that affect the happiness or preference-satisfaction of such things" (PETTIT, Philip (Org.). **Consequentialism**. Aldershot: Dartmouth, 1993, p. xiii).

[96] Nas palavras do autor: "Como quase todos os últimos conseqüencialistas têm tido a idéia de que o conseqüencialismo é uma teoria do certo, e não do bom, então têm quase de modo unânime sustentado que é uma teoria para avaliar a opção ideal para um agente ou uma agência que efetiva, e não necessariamente uma teoria útil para ser aplicada na tomada de decisão" (tradução livre). No original: "As recent consequentialists have almost all taken the view that consequentialism is a theory of the right, not a theory of good, so they have nearly unanimously argued that it is a theory of assessing the right option for an agent or an agency to have made, not necessarily a useful theory to be applied in decision making" (PETTIT, Philip (Org.). **Consequentialism**. Aldershot: Dartmouth, 1993, p. xvi).

Como vimos, Richard Posner sustenta que, no pragmatismo jurídico, o juiz deve adotar como decisão aquela mais razoável possível, "consideradas todas as coisas" ou "tudo considerado" (*all things considered*). Aparentemente, essa preferência pela maior razoabilidade supostamente seria capaz de distinguir o pragmatismo jurídico do conseqüencialismo, que se preocuparia simplesmente com a escolha da melhor conseqüência dentre as possíveis na tomada de decisão. Apesar de ambos se utilizarem da idéia utilitarista, Posner se esforça em diferenciá-las.[98]

No conseqüencialismo, a decisão judicial é fundamentada por meio da demonstração da adoção das melhores conseqüências gerais, depois de todas elas terem sido consideradas e sopesadas. O pragmatismo cotidiano acrescenta, ademais, que a decisão deve ser a mais razoável possível, "tudo considerado" (*all things considered*). Neste sentido, o pragmatismo cotidiano de Posner não pretende legitimar a tomada de decisões unicamente através da análise dos custos-benefícios, maximização da utilidade ou outros métodos puramente conseqüencialistas.[99]

---

[97] Nas suas palavras: "Um agente deve fazer A ou B, perguntamos. A, respondemos, porque suas conseqüências são melhores sobre a relevante teoria do bom. Mas, e se existir alguma outra opção C que o agente deveria ter escolhido e que levaria a uma situação melhor que A? Esse tipo de exemplo nos alerta para o fato de que na escolha conseqüencialista nós temos que ter clareza sobre o que são as alternativas relevantes para levar em consideração". No original: "Should an agent do A or B, we ask. A, we answer, because its consequences do better on the relevant theory of good. But what if there is some other option C which the agent might have chosen instead and which would have itself been better than A? This sort of example alerts us to the fact that in the consequentialist assessment of any choice we have to be clear about what are the relevant alternatives do bring into consideration" (PETTIT, Philip (Org.). **Consequentialism**. Aldershot: Dartmouth, 1993, p. xvii).

[98] Nas palavras do autor: "A marca registrada do conseqüencialismo é o utilitarismo, que partilha algumas características com o pragmatismo, mas é certamente distinto dele. Uma coisa é se preocupar com as conseqüências, incluindo aquelas para a utilidade (bem-estar), e outra é ser comprometido à estratégia de maximizar alguma classe de conseqüências, comprometimento este que, como assevera a grande parte da literatura crítica sobre o utilitarismo, pode levar apenas aos tipos dogmáticos absurdos que os pragmáticos estão determinados a evitar" (tradução livre). No original: "The dominant brand of consequentialism is utilitarianism, which shares some features with pragmatism but is certainly distinct from it. It is one thing to care about consequences, including consequences for utility (welfare), and another to be committed to a strategy of maximizing some class of consequences, a commitment that, as the large critical literature on utilitarianism attests, can lead to just the kind of dogmatic absurdities that pragmatists are determined to avoid" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 65).

[99] De fato, o autor explica que: "Mas, o pragmatismo cotidiano [...] não é conseqüencialista. [...]. Leva em conta as conseqüências, porque elas são importantes para qualquer decisão prática, mas isto não vincula à uma norma do conseqüencialismo. Um juiz, como eu expliquei [...], pode rejeitar um resultado que pensou produzir as melhores conseqüências porque ele pensou que seria tão ultrajante às sensibilidades públicas que isto não seria aceito como direito válido. [...]. O critério pragmático cotidiano de uma boa decisão é aquele que é a mais razoável decisão que o juiz pode tomar nas circunstâncias; e a inquirição truncada pode ser eminentemente razoável". "Outra razão para não equiparar o pragmatismo ao conseqüencialismo é que os juízes devem decidir os casos mesmo que as conseqüências sejam incomensuráveis, no sentido de que pesos atribuir a elas". "Como eu pretendo explicar, nada no pragmatismo determina que a análise custo-benefício ou da maximização da utilidade ou quaisquer outros métodos conseqüencialistas devam ser os únicos métodos legítimos na tomada de decisões". No original: "But everyday pragmatism, [...] is not a consequentialist. […]. It has regard for consequences, because they are important to any practical decision, but it is not bound to a norm of consequentialism. A judge, as I explained […], might reject an outcome that he thought would produce the best consequences because he thought it would so outrage public sensibilities that it would not be accepted as valid law. […]. The everyday pragmatist's criterion of a sound decision is that it be the most reasonable decision that the judge can come up with the circumstances; and truncating inquiry can be eminently reasonable". "Another reason not to equate pragmatism to consequentialism is that judges must decide cases even when the consequences are incommensurables in

O juiz pragmático – explica o autor – não encampa a análise de custo-benefício ou qualquer outro aspecto da economia como dogma ("economia de bem-estar", oriunda, por exemplo, do utilitarismo). Ele a usa apenas na medida em que lhe ajuda a identificar e sopesar as conseqüências das decisões alternativas.[100]

Concluindo, Posner distingue que: "Reconhecendo que pragmatismo e conseqüencialismo não são sinônimos, o juiz pragmático será sensível a outras considerações, além das conseqüências, que são importantes para as pessoas (e para os juízes!), [...]".[101]

Em distinção, cabe mencionar que o utilitarismo "defende o alcance de bens e valores previamente acertados, justamente distribuídos e aptos a serem consumidos". Para o pragmatismo, no entanto, a "utilidade" aparece como um "valor volátil".[102]

Em breve estudo sobre a dignidade do formalismo jurídico, Noel Struchiner fornece, incidentalmente às explicações acerca da teoria que encampa, exemplo ilustrativo sobre o uso de tais terminologias. Refere-se a um jogo de futebol e extrapola a respeito dos

---

the sense that weighs cannot be attached to them". "As I have been at pains to explain, nothing in pragmatism decrees that cost-benefit analysis or utility maximization or other consequentialist methods shall be the only legitimate method of making decisions" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 337-338).

[100] Nas palavras do autor: "O juiz pragmático não abraça a análise custo-benefício, ou qualquer outro aspecto da economia, como um dogma ('economia social', proveniente por exemplo do utilitarismo). Ele usa-o apenas na medida em que isso lhe ajuda a identificar e pesar as conseqüências de decisões alternativas". "Custos e benefícios não precisam ser equilibrados novamente em cada caso, se a análise custo-benefício de uma classe de casos foi cristalizada em uma regra à qual basta aos juízes que apliquem. Isto está relacionado à distinção entre as conseqüências imediatas e sistêmicas de uma decisão, e na filodofia entre o conseqüencialismo direto e indireto (mas, lembre-se que o pragmatismo legal não é conseqüencialista), por exemplo, no utilitarismo da ação e das regras. A distinção implica que um critério de equilíbrio raramente será o único método empregado na tomada de decisão em uma área do direito. O balanceamento judicial de custos e benefícios tem lugar à margem, isto é, fora do núcleo estabelecido pela doutrina". Esta foi a tradução livre do seguinte trecho original: "The pragmatic judge does not embrace cost-benefit analysis, or any other aspect of economics, as dogma ('welfare economics', derived for example from utilitarianism). He uses it only insofar as it helps him to identify and weigh the consequences of alternative decisions". "Costs and benefits need not to be balanced anew in every case if the cost-benefit analysis of a class of cases has crystallized in a rule that the judges have merely to apply. This is related to the distinction between the systemic and the immediate consequences of a decision, and in philosophy between direct and indirect consequentialism (though remember that legal pragmatism is not consequentialist), for example act and rule utilitarianism. The distinction implies that a balancing test rarely will be the only decisionmaking method employed in an area of law. Judicial balancing of costs and benefits takes place at the margin, that is, outside the core of settled doctrine" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 363).

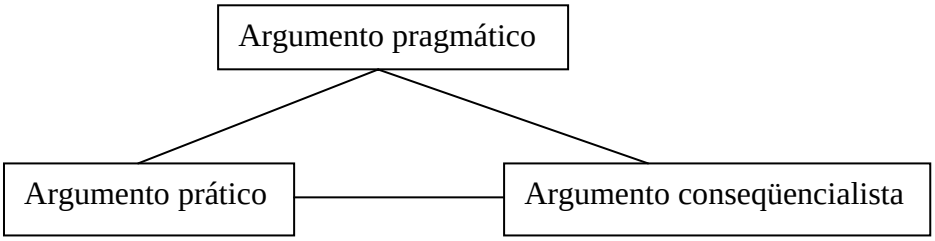
[101] Tradução livre do original: "Recognizing that pragmatism and consequentialism are not synonyms, the pragmatic judge will be sensitive to other considerations, besides de consequences, that are important to people (and to judges!), (…)" (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 364).

[102] Nesse estado de coisas, cabe mencionar em complemento que: "Tudo que se mostrar útil, na prática, servirá como experiência acumulada às hipóteses capazes de nortear novas experiências. A verdade, vista dessa maneira, é dinâmica e sempre sujeita à confirmação, dada a sua utilidade. O uso possibilita a compreensão da ação, e assim orienta novas condutas. Portanto, não se trata de verificar o acerto do que passou, mas, de verificar se algo mostrou-se útil, a ponto de servir de orientação para a ação futura" (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 111). Para um panorama sobre o pragmatismo jurídico, inclusive com distinções em relação ao conseqüencialismo e ao utilitarismo, confira: ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 181-196.

desdobramentos de possíveis resultados, levando-se em consideração as torcidas envolvidas.[103]

Algumas outras terminologias (e suas distinções) poderiam ser acrescentadas, como, por exemplo, a distinção que Diego Werneck Arguelhes promove em sua dissertação de mestrado em relação aos termos "conseqüencialismo", "pragmático" e "prático", ocasião em que manifestou sua preferência pelo primeiro, vez que é possível fornecer argumentos práticos não-conseqüencialistas.[104]

Diante da evidente relação de proximidade entre os argumentos conseqüencialista, pragmático e prático, traçamos o seguinte organograma para facilitar a compreensão:



Nesta singela representação gráfica o argumento pragmático consiste em gênero do qual o prático e o conseqüencialista constituem espécies. O argumento pragmático pode abranger tanto o prático como também o conseqüencialista, sobrepostos (juntos) ou não

[103] Nas palavras do estudioso: "Imagine uma partida de futebol entre uma equipe cujos torcedores são pessoas pacatas e pacíficas e uma equipe tradicionalmente conhecida pelos seus torcedores baderneiros, agressivos e violentos (pense nos *hooligans* ingleses ou na torcida Mancha Verde). Sempre que ocorresse um jogo configurado dessa maneira, talvez o árbitro, por razões morais conseqüencialistas, devesse dar a vitória para o time cuja torcida é violenta, tentando, assim, evitar desdobramentos catastróficos. Pense agora que o jogo envolve uma equipe com centenas de torcedores e outra equipe com milhares deles. Fazendo uso de um raciocínio utilitarista, talvez o juiz da partida devesse atribuir a vitória para o time que tem a maior torcida, para maximizar o prazer da maior quantidade de pessoas" (STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 472).

[104] Nas suas palavras: "Prefiro o termo 'conseqüencialista' aos termos 'prático' e 'pragmático', pois é possível fornecer argumentos práticos não-conseqüencialistas. Pense-se, por exemplo, na discussão em torno da constitucionalidade do valor do salário mínimo, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1458 MC/DF. Por um lado, é possível formular o argumento *prático* segundo o qual seria impossível, dadas as condições econômicas do país, estabelecer um salário mínimo capaz de atender a todas as exigências do art. 7º, IV; por outro, seria igualmente possível fornecer um argumento *diferente*, segundo o qual a fixação do salário mínimo em um valor apto a atender às exigências do art. 7º teria como conseqüência a quebra. Se aceitarmos como corretos esses usos das palavras em jogo, pode-se dizer que o conjunto dos argumentos 'práticos' ou 'pragmáticos' contém o dos argumentos 'conseqüencialistas', mas que não se tratam de conjuntos idênticos. Além disso, o termo 'argumento prático' tem um significado próprio na tradição filosófica, especialmente a partir do pensamento aristotélico" (ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A justificação conseqüencialista de decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, mimeo., p. 19). Confira ainda: ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 188-194.

(separados). Ao contrário, o argumento prático e o conseqüencialista não são (por si só) pragmáticos. Mas, podem tornar-se pragmáticos sempre que sejam por ele absorvidos. Na base do gráfico, tanto o argumento prático como também o conseqüencialista podem estar inseridos no argumento pragmático. Além disso, podem coincidir ou não entre si, ou seja, o argumento pode ser, a um só tempo, prático e conseqüencialista, ou vice-versa. Se não, serão argumentos distintos.

Que terminologia usar no Brasil de hoje (para referirmos à tomada de decisão judicial)? É de fácil compreensão que a incipiente jurisprudência acerca da modulação temporal dos efeitos da decisão oriunda do Pleno do Supremo Tribunal Federal tem-se norteado em considerável parte pelo argumento conseqüencialista e prático (considerando que se sobrepõem). O pragmatismo jurídico, e particularmente o pragmatismo cotidiano sustentado por Posner, não tem sido freqüentado pelas referidas decisões.[105]

1.1.5 Considerações finais

Retomando as principais características atribuídas por Posner ao pragmatismo jurídico, registramos que busca justificar a prevalência do pragmatismo jurídico como a teoria mais adequada a ser alcançada na tomada da decisão judicial através das seguintes constatações: do reconhecimento de que a justificativa das decisões judiciais é freqüentemente impossível e de que os casos difíceis geralmente não são decididos de maneira objetiva, do questionamento sobre a maleabilidade do que pode ser considerado argumento em direito e da possibilidade de que o direito não seja simplesmente interpretativo, da funcionalidade do direito e do uso de métodos não-jurídicos e extraídos de materiais não-jurídicos.

Toda essa “postura de desmancha-prazeres” não enuncia “a morte do direito”. Com efeito, busca modificar as atitudes, tarefa que depois de vencida superaria também a dicotomia entre o positivismo jurídico e o direito natural. Concebendo o empreendimento jurídico em termos pragmáticos, o seu verdadeiro interesse estaria na crença justificada pela necessidade social. Entra em cena o desejo humano pela vertente utilitarista.

---

[105] Estabelecidas algumas distinções e semelhanças entre os tipos de argumentos em foco, especialmente entre o pragmatismo e o conseqüencialismo, como exigência imposta pelo rigor científico do trabalho acadêmico, reiteramos que utilizamos no presente estudo os termos que lhes designam como equivalentes ou sinônimos, apenas para facilitar a compreensão do leitor.

A tradição de enorme diversidade existente na realidade norte-americana coloca o pragmatismo cotidiano como a teoria do direito mais adequada, que é algo diferente de uma escola de pensamento única e coerente. Isso é possível devido ao grau elevado de homogeneidade quanto ao consenso já alcançado naquela sociedade sobre determinados aspectos básicos da vida. Nesse ponto, é importante repisar que a teoria em tela pretende se adequar à realidade do *common law* e às instituições, à democracia e ao sistema legal e jurídico norte-americano, sem qualquer pretensão de se aplicar em outras partes do globo ou quaisquer arcabouços institucionais, democráticos e jurídicos diversos.[106]

Em contraposição ao pragmatismo cotidiano que defende Posner, as diferentes vertentes do pragmatismo filosófico têm pouca utilidade prática na aplicação do direito. É que o tom excessivamente acadêmico do pragmatismo filosófico faz com que seja de difícil acesso aos magistrados e políticos que, por sua vez, preferem o uso do senso comum para resolver as ações e os problemas, exatamente como pretende o pragmatismo cotidiano.[107]

Como área de contato entre o formalismo e o pragmatismo jurídico, o autor permite, como válvula de escape, que o juiz pragmático adote a retórica formalista para justificar suas decisões de acordo com uma estratégia pragmática, como se fosse uma regra do utilitarismo.

Repisamos que, sob a ótica de Posner, o método legalista é incapaz de oferecer soluções adequadas para os casos difíceis. Na sua busca por uma teoria positiva da tomada de decisão judicial que seja cogente, unificada, realística e aproriadamente eclética, o autor assinala que o juiz pragmático que ele defende não é um pragmático míope e tampouco um pragmático filósofo, mas antes de tudo um pragmático constrangido (*constrained pragmatist*). Além disso, destaca na atividade jurisdicional a função própria do magistrado como "legislador ocasional" (*occasional legislator*), já que têm variados graus de liberdade legislativa e podem dizer aos outros ramos do governo o que não podem fazer. O julgamento legislativo ocorre de forma natural quando os juízes decidem os casos que lhes são submetidos e geralmente precedem o julgamento legalista. Registra, no entanto, que o apogeu

---

[106] É curioso assinalar que: "nos Estados Unidos é conferida especial atenção aos efeitos econômicos das decisões judiciais (*Law and Economics*), de maneira que os custos da aplicação retroativa das decisões, inclusive os decorrentes da reabertura dos processos já arquivados, serão tomados em consideração para definir acerca da retroatividade" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 79).

[107] Através de uma listagem exemplificativa, Posner estabelece algumas afinidades e relações do modelo pragmático que contribuem para delinear melhor os seus contornos, limites e possibilidades. O pragmatismo jurídico por ele idealizado distancia-se do formalismo jurídico, nega o raciocínio jurídico, recusa a sacralização dos dogmas e rejeita o uso das teorias moral e política, que são "abstratas", para regular a tomada de decisão judicial. Por outro lado, o pragmatismo jurídico que defende faz uso da metafísica, é progressivo (*forward-looking*), anti-tradicionalista, anti-essencialista, crê na falibilidade e no método experimental de investigação prática, é empírico, contempla as conseqüências do caso específico e também as sistêmicas (geralmente estas com peso menor do que aquelas), o seu critério de adjudicação *ad hoc* é a maior razoabilidade possível e tende a priorizar os fundamentos de decisão estritos (em oposição aos amplos).

das melhores condições para o exercício de tal atividade legislativa é encontrada no *common law*.[108]

Embora Posner reconheça que algum valor deve ser atribuído a cada conseqüência, o pragmatismo jurídico não fornece claramente uma fórmula capaz de estabelecer critérios para tanto. Sugere mais orientação local (do que geral) para a ação judicial, a depender do grau que a sociedade é normativamente homogênea (convergente nos interesses perseguidos). É precisamente neste ambiente de ampla homogeneidade que tal corrente de pensamento encontra campo fértil. Quanto mais homogênea e, portanto, maior o acordo sobre quais tipos de conseqüências são boas e quais são ruins, melhor será a orientação que a doutrina oferecerá. A homogeneidade aqui referida parece não interferir naquela diversidade tradicionalmente existente na realidade norte-americana.[109]

O referido autor registra de modo constante que o pragmatismo jurídico que defende não é uma simplória abordagem de que vale tudo, mas algo mais constrangido e focado. Contudo, não se preocupa em estabelecer quaisquer parâmetros ou balizas capazes de modelar ou colocar contornos à enorme discricionariedade do juiz quando prolata sua decisão.

O cerne subjacente do pragmatismo jurídico parece ser a preocupação judicial das conseqüências no julgamento político que o magistrado exerce sobre o caso concreto que lhe fora submetido à apreciação. Sugerimos a seguinte definição (que deve ser encarada como um ponto de partida provocativo): o pragmatismo cotidiano de Posner busca o melhor resultado na tomada de decisão judicial restrita, levando em consideração todas as circunstâncias e a maior razoabilidade possível, compreendido como aquele que melhor solucionará o caso e melhor repercutirá junto ao sistema. Para ele, a compreensão do que seria o "melhor"

---

[108] Assim, a partir de um ponto comum entre a teoria pragmática e a formalista do comportamento judicial é que o autor logra encontrar a interpretação politicamente orientada (não no sentido partidário), que deve levar em consideração, além da intuição e de todo o pano de fundo próprio do magistrado. Ademais, também as conseqüências institucionais têm papel relevante para que sejam consideradas as abordagens judiciais fortemente sedimentadas no tocante à linguagem dos contratos, das leis e dos precedentes. É particularmente interessante notar que, segundo o pragmatismo jurídico que defende, um tribunal somente deveria invalidar um programa normativo por inconstitucional ou ilegal depois que tivesse tido a chance de provar o seu valor empiricamente.

[109] Com efeito, até o momento Posner parece não ter logrado apresentar critérios firmes ou uma fórmula suficiente para que sejam sopesados os diferentes tipos de conseqüências vislumbradas para a tomada de decisão judicial. Talvez a sua dificuldade nessa formulação decorra de sua arraigada experiência extra-jurídica, persistindo o problema de simplesmente conduzir, através do pragmatismo jurídico, à análise econômica do direito, como parece ocorrer nas diversas ocasiões em que o autor se refere aos mecanismos próprios dessa doutrina, como a análise de custos e benefícios, por exemplo. Ao invés de se preocupar tanto com o constante ataque ao formalismo ou legalismo, Posner poderia desenvolver esse mecanismo de sopesamento entre os diferentes tipos de conseqüências. Além disso, poderia também buscar formular uma definição ou um conceito mais explícito e claro do que sua doutrina pretende.

resultado (para o caso e do ponto de vista sistêmico) é compartilhada pela homogeneidade normativa da sociedade na qual está inserido (convergência nos interesses perseguidos).[110]

Mesmo naquele sistema, Posner reconhece a enorme dificuldade de tornar o magistrado devidamente municiado com informações melhores e mais completas quando de sua tomada de decisão. Além disso, admite mesmo o recurso ao formalismo nas situações que menciona.

Diante do exposto, é necessário ponderarmos aonde tanta discricionariedade judicial pode nos levar. De certo modo, a resposta já foi dada pelo próprio Posner. Com a libertação de todas as amarras que existem, é possível que retornemos àquela mesma posição dos magistrados na Era Hitler. Resta indagar: é o que queremos?

No Brasil, pelas peculiaridades inerentes ao nosso complexo sistema jurídico, legal, democrático e institucional, verificaremos adiante se o pragmatismo tem lugar e, caso tenha, como entendemos que deve ser usado.

1.2 **Alguns contrapontos possíveis**

1.2.1 Considerações iniciais

Abordaremos alguns contrapontos possíveis ao pragmatismo jurídico defendido por Richard A. Posner, que serão explicados no plano filosófico através de panorama extraído da obra de dois autores propositadamente escolhidos e que têm em comum a atribuição de menor peso ou importância aos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas.

No plano internacional, destacamos alguns estudos de Ronald Dworkin, que tem sido um permanente oponente do pragmatismo jurídico (de modo geral) e dos escritos de Posner

[110] É possível encarar o amadurecimento do pensamento de Posner sobre as suas idéias em torno do pragmatismo jurídico pela qualificação que lhe atribui em dois momentos distintos. Tomada como referência a sua obra *Law, pragmatism and democracy*, escrita em 2003, refere-se predominantemente ao pragmatismo "cotidiano". Na obra *How judges think*, lançada em 2008, prefere comedir-se usando o pragmatismo "constrangido". Embora possam ser encontradas referências de uma obra na outra, tanto explícita quanto implicitamente, isto pode constituir um indício de que recuou ligeiramente na sua percepção. Veremos no capítulo seguinte alguns contrapontos formulados por Ronald Dworkin à obra de Posner. O *common law*, por suas peculiaridades, coloca o magistrado em posição diferente daqueles países do chamado direito continental ou codificado. Tradicionalmente, enquanto neste o juiz tinha o papel de simplesmente interpretar a lei, naquele tinha a função de estabelecê-la pela decisão no caso concreto. Hoje, contudo, tais funções se misturam até certa medida, sem se sobreporem por completo. Ainda nos dias que correm, o sistema criado pela *common law* permanece colocando o juiz em certa posição de destaque, dada a enorme força dos precedentes judiciais.

(de maneira particular). Com isso, buscamos agregar ao trabalho algumas contradições identificadas por Dworkin a respeito das idéias de Posner, tais como o sentido vago e maleável que expressões do tipo "boa comunidade futura", "melhores conseqüências" e "melhores resultados" carregam.[111]

São explicados em tom crítico o que consideramos os defeitos mais acentuados da doutrina de Posner, que deixa ampla margem de discricionariedade para que o magistrado atue na sua tomada de decisão livre de qualquer controle, fiscalização e transparência. Na medida em que se limita a especular quais seriam as melhores conseqüências diante de um caso concreto que lhe foi apresentado, a margem para a discricionariedade e uma decisão que (de modo explícito ou implícito) simplesmente revele as preferências pessoais e políticas do magistrado é realmente ampla. Isso poderia levar a um indesejável e incontrolável subjetivismo – e, pior ainda, institucionalizado – no exercício da função jurisdicional.[112]

No plano nacional, destacamos estudo do Professor Humberto Ávila sobre a imunidade constitucional do livro eletrônico. Nele, Ávila explica a teoria argumentativa que adota e atribui o peso devido a cada tipo de argumento que leva em consideração no seu trabalho.

A partir desta explicação, o argumento "não institucional", que pode ser identificado com o argumento pragmático ou conseqüencialista (como temos tratado) neste estudo, é o de menor peso. Importa dizer, é o que tem menor carga axiológica de convencimento e é aquele que deve ser utilizado em último lugar, depois de examinados todos os demais (argumentos institucionais) que o precedem.

Tanto nas críticas de Dworkin como também nas explicações de Ávila, nosso intuito não é o de reproduzir as suas respectivas teorias do direito e da argumentação. Buscamos apenas e tão somente explicitar algumas críticas diretas formuladas por Dworkin à obra de

---

[111] Ademais, critica o excessivo desapego aos precedentes judiciais e aos atos normativos e legais; bem como a negativa da filosofia teórica, de uma teoria moral substantiva e do utilitarismo quando, na realidade, termina por adotá-las em algumas ocasiões. Além disso, apontamos algumas inconsistências dos traços característicos do pragmatismo jurídico também explicitadas por Dworkin em suas críticas, particularmente a sua atenção voltada para o futuro (*forward-looking*), o foco no método experimental e a ambigüidade do "relativismo moral".

[112] Por vezes, os comentários tecidos por Dworkin sobre o trabalho de Posner vão além do escopo deste trabalho, como ocorre em minuciosos estudos que criticam a noção de riqueza e a idéia de eficiência, também defendida por Posner, no âmbito da chamada visão econômica do direito (cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 351-434). Apesar de instigante o estudo da análise econômica do direito, esta não é a oportunidade adequada para o seu aprofundamento. Já que não a incluímos quando destacamos o pensamento de Posner, igualmente não incluiremos as críticas tecidas por Dworkin a respeito.

Posner e verificar a parte do pensamento de Ávila sobre o argumento "não institucional" (que aqui nos serve como pragmático ou conseqüencialista).[113]

Interessa notar que, sob este arranjo, as duas obras se complementam. De fato, depois do exame crítico elaborado por Dworkin a respeito do pensamento de Posner, a nossa omissão proposital de não trazer a teoria do direito como integridade permite que o trecho do estudo indicado de Ávila exerça o papel de complementá-la, trazendo a teoria sobre como fazer.

Assim, concluímos com Dworkin que a utilização do argumento pragmático deve obedecer aos princípios da ordem jurídica, especialmente sobre quais conseqüências são relevantes e que peso elas têm. Em seguida, trazemos a contribuição de Ávila, explicando que tais argumentos têm um peso menor na teoria argumentativa, isto é, são os mais "fracos" para fundamentar uma decisão e devem ser utilizados como sendo os últimos do arsenal disponível (depois de examinados os demais, de cunho institucional, que lhe precedem).

1.2.2 Os contrapontos levantados por Ronald Dworkin

> *O vício das más decisões está nos maus argumentos e nas más convicções; tudo o que podemos fazer contra elas é apontar como e onde os argumentos são falhos.* [114]

1.2.2.1 O império do direito

Em homenagem ao crescente entusiasmo com o qual a doutrina nacional tem recebido os ensinamentos de Ronald Dworkin, este tópico dedica-se especificamente a trazer algumas críticas que elabora ao pragmatismo jurídico defendido por Richard Posner. O foco primordial

---

[113] Desse modo, adiantamos desde logo que não incursionamos nem na teoria do direito como integridade do primeiro e tampouco na teoria argumentativa – especialmente a respeito dos argumentos institucionais – do segundo. Nosso propósito é destacar, com precisão cirúrgica, os pontos que nos interessam para o desenvolvimento do presente trabalho (na forma mencionada).

[114] DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

é a identificação de como e onde alguns dos argumentos pragmáticos de Posner são falhos sob a ótica de Dworkin e, conseqüentemente, passíveis de viciar as (más) decisões.[115]

Dworkin assinala que, além de ser uma concepção cética do direito, o pragmatismo jurídico é também demasiadamente voltado ao futuro e pouco interessado no passado. Preocupa-se declaradamente com as melhores decisões para o futuro da comunidade. Com isso, ignora qualquer forma de coerência com o passado, seja em razão de outras decisões políticas, seja ainda como algo que tenha valor por si mesmo.[116]

De fato, cuidando-se das melhores decisões para o futuro da comunidade, Dworkin explica que: "Enquanto concepção do direito, o pragmatismo não estipula quais, dentre as diversas noções de uma boa comunidade, são bem fundadas ou atraentes".[117]

Para alcançar o elevado mister de tomar uma decisão de acordo com a noção de "melhor comunidade futura", o caráter eminentemente instrumental e descomprometido do pragmatismo jurídico contribui para aumentar ainda mais o subjetivismo.[118]

Ao excessivo subjetivismo que pode defluir desta noção do direito – e a posição subalterna a qual é relegada a coerência sistêmica –, o autor aponta a maleabilidade por detrás do critério abstrato de atingir as melhores conseqüências para a comunidade futura.

---

[115] Assim, o tópico não se dedica a qualquer explicação mais abrangente sobre a obra de Dworkin e suas teorias do direito e da democracia. Também não destaca as várias críticas minuciosamente levantadas por Dworkin sobre a chamada análise econômica do Direito, inclusive e especialmente aquela defendida por Posner. Com efeito, destacamos de sua obra alguns artigos e trechos que, arranjandos em ordem cronológica, pretendem explicitar alguns contrapontos possíveis ao pragmatismo jurídico de Posner.

[116]Confira: "Do ponto de vista da minha sugestão conceitual, o pragmatismo jurídico é uma concepção cética do direito. Responde negativamente à primeira pergunta que coloquei: nega que uma comunidade assegure alguma vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz sejam verificadas por qualquer suposto direito dos litigantes à coerência com outras decisões políticas tomadas no passado. Oferece uma interpretação muito diferente de nossa prática jurídica: que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 119).

[117] Explica ainda que, assim, se abre campo para o subjetivismo em detrimento da coerência sistemática: "Estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista. Pressupõe que essa prática servirá melhor à comunidade – aproximando-a daquilo que realmente é uma sociedade imparcial, justa e feliz – do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com decisões já tomadas por outros juízes ou pela legislatura" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 186).

[118] Neste trecho, Dworkin destaca o caráter eminentemente instrumental do pragmatismo: "O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 195).

Ao contrário de trunfos das pessoas contra o arbítrio do Poder Público, na visão pragmática o direito é negado quando daí decorra uma piora para a comunidade, ainda que assim prescreva a legislação ou reconheça a jurisprudência. Nesse sentido:

> O pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito.[119]

Levado o argumento em exame ao extremo, Ronald Dworkin registra ainda que seria possível adotar a técnica de regulamentação "exclusivamente prospectiva", a ocorrer apenas em situações especiais: "Um juiz pragmático imaginativo poderia ser tentado, por exemplo, a dissociar a questão de qual regra deveria estabelecer para o futuro da questão de como deveria decidir o caso que tem diante de si".[120]

Neste cenário, o respeito ou não pelos precedentes judiciais assume especial relevo. É inegável que o exame das decisões judiciais anteriores conduz a uma maior previsibilidade das posteriores, fornecendo maior confiança na orientação que delas sobressai e segurança para a comunidade. Contudo, se o alcance da decisão anterior for obscuro ou polêmico, será justificável que o precedente não se sustente, especialmente se o juiz pragmático não está preocupado com o seu fundamento ou com o julgamento "por analogia".[121]

---

[119] Aprofundando essa explicação, o autor destaca a chamada estratégia do "como se": "Os pragmáticos, contudo, têm uma explicação sobre por que a linguagem dos direitos e deveres figura no discurso jurídico. Afirmam, com fundamentação pragmática, que os juízes devem às vezes agir *como se* as pessoas tivessem direitos, porque a longo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade. O argumento em favor dessa estratégia do 'como se' é bastante direto: a civilização é impossível a menos que as decisões de uma pessoa ou de um grupo bem definido sejam aceitas por todos como instauradoras de normas públicas que, se necessário, serão aplicadas pelo poder de polícia". Em seguida, assinala que: "Se os juízes fizessem uma seleção na legislação, fazendo cumprir apenas as leis que aprovaram, isso levaria ao fracasso do objetivo pragmático pois, em vez de melhorar as coisas, acabariam por torná-las muito piores. Assim, o pragmatismo pode ser uma interpretação possível de nossas práticas jurídicas se se verificar que nossos juízes declaram que as pessoas têm direitos apenas, ou principalmente quando um juiz conscientemente pragmático pretender que elas os têm. O pragmatismo poderia ser menos radical na prática do que parece sê-lo em teoria" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 186-187).

[120] A regra é de que essa exceção seja aplicada em circunstâncias especiais, sob pena de causar efeitos sistêmicos perniciosos: "Contudo, se um juiz pragmático refletir bem sobre o assunto, terminará por descartar essa técnica de regulamentação 'exclusivamente prospectiva', a não ser em circunstâncias muito especiais. Ele perceberá que se essa técnica se tornasse popular, as pessoas que poderiam beneficiar-se de novas regras voltadas para o futuro perderiam o incentivo de levar ao tribunal novos casos em que essas regras poderiam ser anunciadas para o futuro. As pessoas só pleiteiam esses casos em juízo (o que é ao mesmo tempo arriscado e caro) porque acreditam que, se conseguirem convencer algum juiz de que uma nova regra seria de interesse público, essa nova regra será aplicada retroativamente, em seu favor. Se lhes negarem tal possibilidade não abrirão processo algum, e a comunidade perderá os benefícios que lhe seriam conferidos pelas novas regras". "Por outro lado, se de modo quase invariável um juiz pragmático aplicar suas novas regras retroativamente e incentivar outros juízes a fazer o mesmo, isso resultará em outro benefício muito importante para a sua comunidade", acrescenta Dworkin. É que, na sua visão: "Se as pessoas souberem que uma nova regra será aplicada retroativamente, eles irão comportar-se de acordo com quaisquer regras que, segundo imaginam, os tribunais considerarão de interesse geral, e isso constituirá uma grande parte da vantagem de tais regras, sem a necessidade de elaboração de novas leis ou jurisprudência" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 190-191).

[121] Para Dworkin: "Em sua teoria sobre direitos 'como se', um juiz pragmático encontrará lugar para uma doutrina do precedente. As pessoas podem planejar seus assuntos com mais confiança se tiverem uma orientação melhor sobre quando

Diante de tamanha liberdade, Dworkin preocupa-se com o reflexo disso também na doutrina e no seio social: "O pragmático pode dizer: os juízes decidem com bases pragmáticas o tempo todo, e as pessoas não se revoltam nem exigem uma impugnação".[122]

É aparentemente sedutora a idéia pragmática, especialmente pela liberdade que atribui ao julgador na avaliação das "melhores conseqüências" – aquelas capazes de confluir para a melhor comunidade futura – e de qualquer "necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão".[123]

Neste sentido, "diferentes juízes pragmáticos tomarão decisões diferentes sobre a melhor maneira de limitar os danos do passado nos casos difíceis". Afinal, os casos difíceis já pressupõem um intenso debate em torno da moral política, independente da concepção de direito que se albergue. Daí porque um traço característico do pragmatismo é "não ter medo de errar", o que vem a ser demasiadamente arraigado na doutrina pragmática, especialmente pela ampla liberdade de adequação entre o direito e a realidade fática apresentada e a identificação (ou não) com os casos anteriores.[124]

---

e como o Estado vai intervir, e a comunidade, portanto, estará muito melhor se puder racionalmente examinar as decisões judiciais anteriores para prever as próximas. Uma vez mais, porém, essa justificativa para respeitar o precedente não se sustenta quando o alcance de uma decisão anterior é obscuro e polêmico. Assim, um pragmático não tem nenhuma razão direta para empenhar-se em descobrir o 'verdadeiro' fundamento dessa decisão tentando ler a mente dos juízes que a tomaram, ou mediante qualquer outro processo de adivinhação. Ele também não se sente obrigado a decidir casos posteriores 'por analogia' com casos anteriores, pelo menos quando houver espaço para a divergência sobre a semelhança ou a diferença entre os casos atuais e os do passado" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 193).

[122] Em seguida, o autor contrapõe os seguintes problemas, que são resolvidos pelos argumentos correspondentes: "Isso coloca dois problemas. Primeiro, pressupõe que o pragmatismo oferece a melhor explicação do modo como os juízes realmente decidem os casos. Já vimos que, assim, fica por explicar um traço dominante da prática judicial – a atitude que os juízes assumem com relação às leis e aos precedentes nos casos difíceis –, a não ser na incômoda hipótese de que essa prática se destina a enganar o público, caso em que o público não terá dado seu consentimento. Em segundo lugar, pressupõe que a comunidade acredita e aceita a explicação pragmática do modo como os juízes decidem os casos, e esse pressuposto parece incorreto. Não existe, sem dúvida, uma convenção que permita aos juízes adaptar seus pontos de vista sobre os direitos das partes a razões puramente estratégicas" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 196).

[123] Com efeito, a sua atenção volta-se ao passado como estratégia de argumentação: "O pragmático dará ao passado toda a atenção exigida por uma boa estratégia. Ele aceita os direitos 'como se' com esse espírito, e por razões de estratégia tomará basicamente as mesmas decisões que um convencionalista tomaria quando as leis são claras ou os precedentes bem definidos e decisivos" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 196-197).

[124] Dworkin ensina que: "É certo que eles o farão, mas nos casos difíceis os juízes devem emitir opiniões polêmicas sobre moral política, seja qual for sua concepção de direito. Uma parte ou outra quase sempre estará em condições de queixar-se de que o juiz cometeu um erro, que o 'direito' era seu, e não da parte contrária. O pragmatismo pretende correr o risco de errar, pelo menos no que diz respeito à questão correta. Se as divisões judiciais e as opiniões polêmicas são, de qualquer modo, inevitáveis, pergunta o pragmático, por que a controvérsia não deveria voltar-se para o que realmente importa, para a decisão que produzirá a prática menos ineficiente ou que reduzirá ao mínimo a ocorrência de injustiças no futuro? Como esse objetivo pode ser, em si, injusto? Como pode a coerência de princípio ser importante por si mesma, particularmente quando é incerto e polêmico qual é, de fato a exigência da coerência? Devemos responder a essas perguntas se quisermos sustentar a existência de pretensões juridicamente tuteladas contra o desafio pragmático; não se trata, em absoluto, de questões fáceis, nem de um desafio frágil" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 198-199).

Contraposta tanto ao pragmatismo jurídico como também ao convencionalismo (ou positivismo jurídico), Ronald Dworkin apresenta a sua teoria do direito como integridade, a qual tem encontrado cada vez mais adeptos no País.[125] Em poucas palavras, pode-se dizer que: "O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo".[126]

Ao longo de sua complexa formulação acerca da teoria do direito como integridade, Ronald Dworkin lança mão de regras e alegorias, como por exemplo, a regra da única decisão correta aplicada para cada caso concreto e a alegoria do juiz como Hércules.[127] Apesar de instigante, toda esta doutrina de Dworkin não será objeto de exame específico neste trabalho.

É interessante notar que tanto Posner como também Dworkin enaltecem e idealizam a figura do magistrado. Apesar dessa identidade entre ambos, a forma como cada um o enxerga diferencia-se sobremaneira. Contraposto a ampla liberdade que se verifica quando da tomada de decisão do juiz de Posner, encontra-se um Hércules que deve ser capaz de encontrar a única decisão correta aplicada ao caso concreto e levando em consideração uma série de fatores sistemáticos que confluirão no sentido de integrar o direito, que é escrito um pouquinho a cada dia e por cada um dos vários Hércules.

Releva notar, ademais, que os juízes devem tomar suas decisões com base em princípios (como defende o direito como integridade de Dworkin), e não em política, como

---

[125] Em ligeira definição de sua teoria, destacamos do autor que: "O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271).

[126] Explicando a sua colocação, o autor assinala que: "Essas últimas teorias se oferecem *como* interpretações. São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial. Mas os programas que recomendam não são, em si, programas *de* interpretação; não pedem aos juízes encarregados da decisão de casos difíceis que façam novos exames, essencialmente interpretativos, da doutrina jurídica". A respeito do pragmatismo repisa ainda que: "O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica; um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade". Por outro lado, contrapõe a sua teoria do direito explicando que: "O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272-273).

[127] Nesse sentido, importa perceber que: "Os juízes devem tomar suas decisões sobre o '*common law*' com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais 'novos' que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado. Um jurista pragmático rejeitaria essa proposição. Hércules, porém, rejeita o pragmatismo" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 292-293).

quer o pragmatismo jurídico de Posner. Lembrando daquele campo aberto de liberdade – e eventualmente subjetivismo – sobre como deve decidir um juiz pragmático no esforço de encontrar as melhores conseqüências para o futuro da sua comunidade, é interessante contrapor, ao menos no campo doutrinário, o princípio da integridade inclusiva na prestação jurisdicional defendida por Dworkin.[128]

1.2.2.2 Por uma leitura moral da Constituição

Alguns constitucionalistas têm um gosto mórbido pelo asseio e pelo esmero: gostariam que os direitos se remetessem cada qual a um único dispositivo constitucional sem sobreposição alguma, como se a redundância fosse um vício na Constituição.[129]

Em outra relevante obra sua, que reuniu alguns escritos sobre os principais temas constitucionais do direito norte-americano dos últimos anos, Dworkin novamente volta-se ao exame, ainda que de forma mais superficial, dos argumentos sustentados por Posner para arrimar o seu pragmatismo jurídico. Desse modo, destacando-se um trecho propositadamente pinçado, Dworkin explica que: "Ele [Posner] diz que os juízes só devem decretar a inconstitucionalidade das leis por motivos morais quando houver 'razões práticas prementes' que os autorizem a tanto".[130]

---

[128] No trecho final de sua obra sobre o império do direito, Dworkin conclui que: "O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492).

[129] DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 179.

[130] Em seguida, Dworkin explica que: "O adjetivo 'prático' é uma das cortinas de fumaça mais habitualmente usadas pela filosofia pragmatista: tem o objetivo de afirmar, sem a necessidade de mais explicações, que as decisões morais podem ser tomadas sem que se faça apelo à 'razão', mas somente à 'experiência' (uma palavra de sonoridade mais terra-a-terra), sob a forma das necessidades sociais mais óbvias". "Posner insiste, porém, em que suas convicções morais são 'instintos'

Com isso, a menção à "razão prática" cria uma cortina de fumaça para sobrepor a chamada "experiência", como uma forma de atender às necessidades sociais mais óbvias, antes e acima da "razão". Contraposta a essa visão, cabe repisar que há diferentes teorias, dentre as quais aquela que enxerga o direito como integridade, que atribuem pouco ou até nenhum peso aos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas.

De fato, o lado oposto da ótica pragmática vê o material subjacente à teoria formulada, geralmente convergindo para o ponto de que a Declaração de Direitos deve ser protegida pelo Poder Judiciário em prol dos cidadãos e contra o arbítrio ou excesso do Poder Público. Nessa hipótese, a função de uma teoria adequadamente estruturada é justamente permitir maior controle e transparência às decisões emanadas do Poder Judiciário (de modo geral) e da Suprema Corte (de maneira particular).

Cuidando-se da realidade norte-americana, Dworkin propõe que aquela Constituição da República seja finalmente levada a sério e que a sua leitura moral conduza ao relevante papel que o magistrado é naturalmente vocacionado: interpretar, reexaminar, revisar e manter consentâneo com o momento vivido aquele núcleo irradiador dos principais direitos e garantias cunhados de modo propositadamente abstratos.

Segundo a sua teoria, a função do magistrado é manter atualizado o "esqueleto liberal de igualdade de consideração":

> E o que fazer? Depois de duzentos anos, podemos finalmente crescer e começar a levar a sério a nossa Constituição, como fazem os muitos países que agora têm a pretensão de nos imitar. Podemos aceitar o fato de que nossa Constituição ordena, como matéria de direito fundamental, que os juízes, considerados em sua coletividade, empenhem todo o seu esforço para interpretar, reexaminar e revisar, de geração em geração, o esqueleto liberal de igualdade de consideração que é exigido pelos grandes artigos da Declaração de Direitos, em sua majestosa abstração.[131]

Sem embargo de adotarmos ou não a teoria do direito como integridade de Dworkin na sua completude como a mais adequada à realidade brasileira, é inegável que, em comparação ao pragmatismo jurídico de Posner, há algumas vantagens evidentes no sentido de buscar conferir mais certeza, previsibilidade e segurança à atividade jurisdicional.

---

isolados, e não o produto de uma teoria constitucional abrangente", acrescenta em tom crítico (cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135, nota de rodapé 71).

[131] DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 131.

1.2.2.3 O pragmatismo, o direito e a teoria filosófica

A obra seguinte de Dworkin é também a reunião de diferentes artigos publicados anteriormente (*A Justiça de toga*). A partir da influência das questões morais nos julgamentos sobre o que é Direito, o autor reforça algumas de suas teses já recorrentes, como aquela sobre a existência necessária de uma única resposta correta nos casos difíceis e a sua alegoria do juiz Hércules, dentre outras. É particularmente interessante o embate que trava com o pragmatismo (filosófico de Rorty em um primeiro momento, seguido pelo jurídico) de Posner.

Ainda no trecho introdutório desta sua obra, Dworkin delineia os contornos básicos do pragmatismo jurídico. É curioso notar que identifica essa corrente com o conseqüencialismo. Em verdade, parece colocar o conseqüencialismo como meio para promover o fim pragmático, seja pelo utilitarismo representado pelo bem-estar (felicidade ou satisfação dos desejos) ou não (eficiência econômica ou maximização da riqueza). Neste sentido:

> Pragmatism is most easily and generally described as a theory of adjudication: it holds that judges should always decide the cases before them in a forward-looking, consequentialist style. They should make whatever decision is best for the community's future with no regard for past practice as such. Any more precise version of pragmatism must specify some particular conception of consequentialism: it must specify how to decide which consequences of a decision would be best. This might be an act-utilitarian conception, which holds that individual political decisions should each aim to maximize the average expected welfare of a specified population according to some specified conception of welfare: happiness, for example, or desire-satisfaction. Or it might be a non-welfare conception that defines the best consequences in terms of economic efficiency or wealth maximization, for example.[132]

Uma versão bastante influente do pragmatismo jurídico no campo acadêmico é aquela defendida por Posner, pela qual aquele que "tem poder político deve usá-lo para buscar melhorar as coisas de qualquer modo que possa dada a sua posição institucional e seu grau de poder". Neste contexto, aos juízes incumbe buscar a melhoria de sua comunidade política.

---

[132] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 21. Segue o mesmo trecho, em espanhol: "La forma más sencilla y usual de describir el pragmatismo es diciendo que es una teoría de la aplicación judicial del derecho: sostiene que los jueces siempre deben decidir los casos con la vista puesta en el futuro, al modo consecuencialista. Deberían tomar aquella decisión que sea mejor para el futuro de la comunidad, sin atender a las prácticas anteriores en cuanto tales. Cualquier versión más precisa del pragmatismo debe especificar alguna concepción particular del consecuencialismo: debe especificar como decidir qué consecuencias de una decisión serían las mejores. Tal concepción puede ser la del utilitarismo del acto, que entiende que las decisiones políticas individuales deben cada una de ellas intentar maximizar el promedio esperado del bienestar de una población específica, de acuerdo con alguna concepción concreta del bienestar, como pueda ser la felicidad o la satisfacción de los deseos. O puede también tratarse de una concepción no bienestarista que defina las mejores consecuencias en términos de eficiencia económica o de maximización de la riqueza, por ejemplo" (DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 31-32).

Essa forma de pragmatismo se desenvolve exclusivamente no nível de aplicação da teoria jurídica. Assim, Dworkin sustenta que não se pronuncia sobre a natureza do conceito doutrinário do direito, nem sobre qual é a melhor forma de justificar as práticas jurídicas contemporâneas e tampouco sobre as condições de verdade das proposições jurídicas.[133]

O peso atribuído por Posner ao cálculo prospectivo, como instrumento capaz de viabilizar adequadamente a relação meio-fim, subavalia a importância do direito então existente (legislação e precedentes judiciais). Todavia, quando pugna pela solução do caso posto sob exame judicial com as melhores conseqüências, levando-se tudo em consideração, então a "teoria" de Posner chega ao nada (é vazia). A relação entre o conseqüencialismo e o pragmatismo é realmente íntima, mas este parece sempre perder quando lança mão daquele.

> I argue throughout my discussion of Posner's theories that his form of pragmatism comes to nothing, that is empty, because though he insists that judges should decide cases so as to produce the best consequences he does not specify how judges should decide cases so as to produce the best consequences are. That is an important criticism, because specifying a concrete conception of consequentialism would make any version of pragmatism immediately less attractive.[134]

De fato, Dworkin assinala que muitos professores norte-americanos que atualmente se proclamam orgulhosamente pragmáticos, ver-se-iam embaraçados se tivessem que adotar um arcabouço teórico específico, e com isso não se manter na pura retórica. A despeito de seus defeitos, continua Dworkin, o utilitarismo poderia preencher essa lacuna no âmbito da teoria moral relacionada ao pragmatismo, mas Posner já a descartou e não indicou qualquer outra teoria moral capaz de ocupar-lhe o lugar. Contra essa alegação de que o pragmatismo permanece oco, Posner permanece com a resposta de que entre os magistrados norte-americanos "há um grau de coincidência suficiente a respeito de quais são os objetivos apropriados da sociedade, de modo que a discussão e definição acadêmicas desses objetivos resultam desnecessário".[135]

---

[133] No original o autor conclui que: "All the paraphernalia of traditional jurisprudence are swept away in the fresh wind of forward-looking, instrumental, means-end calculation" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 23-24). Na versão espanhola: "Toda la paraphernalia de la teoría jurídica tradicional es barrida por el aire fresco del cálculo prospectivo e instrumental de la relación médios-fines" (DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 33-34).

[134] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 24. Na versão espanhola: "A lo largo de mi discusión de las teorías de POSNER argumento que su forma de pragmatismo no llega a nada, que está vacío porque, aunque insiste en que los jueces deben decidir los casos de modo que produzcan las mejores consecuencias, no especifica cómo deben decidir cuáles son dichas mejores consecuencias. Se trata de una crítica importante, porque todas las versiones del pragmatismo pierden atractivo tan pronto se especifica alguna concepción del consecuencialismo" (DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 34).

[135] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 24; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 34.

Consoante assinalamos anteriormente, o pragmatismo pode referir-se a uma teoria filosófica ou uma corrente de pensamento – que é aquela originária do movimento filosófico norte-americano. Em estudo dedicado ao pragmatismo e ao direito, Dworkin explica que o pragmatismo pode designar também aquele conjunto de pessoas que se reconhecem voltado à prática, isto é, "mais interessado nas conseqüências reais das concretas decisões políticas e legais do que na teoria abstrata".[136]

Dworkin sustenta que "as teses pragmáticas que temos discutido não são triunfalmente certas, mas tão somente clara e trivialmente falsas". Dizer que não há uma realidade que possa ser descoberta pelo método científico não está certo, ilustra o autor, bem como asseverar que o direito seja tão somente uma questão de poder ou, ainda, que não exista diferença entre a interpretação e a invenção. Essas proclamações soam fascinantes, radicais e liberalizantes, ao menos até o ponto em que indagamos se realmente significam o que parecem significar.[137]

No âmbito do direito, o raciocínio jurídico já prevê o pensamento relacionado à prática, como a necessária observância do mundo e da realidade ou dos fatos concretos. Pensamos que é natural e até intuitivo que a pré-compreensão acerca dos fatos (ainda que certamente seja de caráter subjetivo) será permeada pela compreensão em torno das provas e dos argumentos carreados aos autos durante o trâmite do processo judicial.[138]

Em artigo dedicado ao elogio da teoria, Dworkin se ocupa do papel da teoria no raciocínio e na prática jurídicas, especialmente contrapondo-as à doutrina de Posner, que parece flertar com a metafísica quando fala dos jogos de linguagem. Dworkin, no entanto, adverte que, se esta visão é extremamente popular nos dias de hoje junto ao discurso acadêmico contemporâneo, excepciona-se dela a teoria filosófica. Em primeiro lugar, de acordo com esse enfoque, o raciocínio jurídico pressupõe que uma tese interpretativa deve ser

---

[136] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 36; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 47.

[137] Em seguida, o autor explica que outros argumentos juridicamente relevantes para o ponto de vista internamente cético podem e ainda serão desenvolvidos. Mas assinala que se trata de argumentos jurídicos. Em tradução livre: "Já disse que os pragmáticos inventam aos seus oponentes através da grotesca transformação metafórica de afirmações normais seguida pela defesa desta manobra mediante a insistência de que estes supostos oponentes não estão falando de modo normal, mas tentando ocupar algum nível de discurso externo e especial que o pragmático não logra descrever, mas que insiste dizer de qualquer modo que está ali" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 40 e 43-44; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 51-52, 54 e 55).

[138] Nas palavras do autor: "Contudo, como todo jurista sabe, no caso do direito não há qualquer diferença entre pensar na e com a prática. São o mesmo. Um bom juiz compreenderá 'naturalmente' e 'sem posterior reflexão' que compõe o seu trabalho ser autoconsciente e autocrítico, perguntando-se quais são realmente as suas 'obrigações', que 'provas são realmente provas' e assim por diante" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 47-48; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 59, tradução livre).

superior às suas rivais (inclusive na opinião de quem a propõe). Todavia, se a verdade moral objetiva não existe, então não há qualquer tese interpretativa que possa ser realmente superior nos casos difíceis. Em segundo e último lugar, a argumentação em favor de tal enfoque é – ela própria – de natureza moral. Para sustentar o enfoque teórico não seria suficiente afirmar que no lugar da verdade objetiva busca-se ou justifica-se o que é verdade de acordo com os jogos de linguagem de uma comunidade específica.[139]

Dworkin assinala que, embora existam ecos da referida tese metafísica nos escritos de Posner, ele insiste na defesa de que sua doutrina não se apóia em nenhuma tese filosófica. Entende que seus pontos de vista sobre a aplicação judicial do direito se sustentam por si sós. A melhor forma de expressar a sua visão seria através de atitudes, e não de qualquer teoria geral, arremata o autor.[140]

Ao argumento de Posner de que o enfoque pragmático é prospectivo (*forward-looking*), Dworkin assevera que ele pode estar pensando em duas concepções diversas. De fato, pode ser que esteja pensando, em primeiro lugar, que o raciocínio jurídico deve ser conseqüencialista ao invés de deontológico. Ou ainda, em segundo e último lugar, pode ser que Posner esteja pensando que deve ser um conseqüencialismo voltado ao bem-estar, e não de qualquer outro tipo. É que os conseqüencialistas defendem que nunca podemos estar obrigados moralmente a atuar de forma que possamos causar piores conseqüências, enquanto que os deontólogos consideram que em algumas ocasiões podemos fazê-lo. Pode-se usar o termo "prospectivo" para descrever a visão utilitarista da questão, "de modo que poderíamos dizer que Posner entende que o raciocínio e a argumentação jurídica deveriam dedicar-se à busca de decisões que sejam melhores a partir do ponto de vista utilitarista".[141]

---

[139] Em seguida, Dworkin explica que os jogos de linguagem não nos unem, mas antes nos separam nas democracias contemporâneas. Se a tese de que nos temas morais não há verdade objetiva é correta, sua conseqüência não é que em qualquer caso haja uma verdade para a nossa comunidade, mas que há uma verdade diferente para cada um de nós. "E sobre esta base não podemos sustentar um enfoque teórico da aplicação judicial do direito" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 58-59; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 72-73).

[140] Supõe-se que as atitudes referidas por Posner nos instam a prescindir de idéias estranhas, ou seja, prestar atenção às conseqüências das nossas decisões e, de maneira geral, agir de modo sábio em nossa atividade jurídica e intelectual. "Estamos diante de um conselho valioso: o dogmatismo é um erro grave e, se sucumbirmos a ele, responderemos gravemente. Mas as teorias jurídicas não se constroem a partir de materiais como este [...]" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 60-61; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 74-75).

[141] Caso Posner utilize o termo "prospectivo" no sentido utilitarista, então não resulta por si mesmo evidente que o progresso consista em fazer que as pessoas sejam medianamente mais felizes ou mais ricas. Nesse cenário, Dworkin explica que não conseguimos "um grande apoio para a alternativa pragmática ao enfoque teorizado, caso entendamos que ela se caracteriza unicamente por ser partidária do cálculo utilitarista" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 60-62; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 74-76).

Outro adjetivo relevante que sobressai do catálogo de Posner refere-se à assertiva de que o enfoque pragmático é eminentemente de cunho experimental. Há um sentido para que o enfoque teorizado seja nesse sentido, preferencialmente mais e não menos do que seus principais rivais. A condenação de Posner ao enfoque que não seja suficientemente experimental leva-nos a crer que ele pensa em outro sentido de "experimental". De fato, deve querer dizer que seja não experimental na teoria, ou melhor, experimental no lugar da teoria. Nesse caso, Dworkin propõe parafrasear o próprio conselho de Posner, de modo que experimenta a seguinte colocação: "os advogados e os juízes devem ensaiar diferentes soluções aos problemas com os quais se enfrentam para ver quais funcionam, com independência de quais venham recomendadas ou apoiadas por alguma grande teoria".[142]

Verifica-se, por conseguinte, que "o pragmatismo se autodestrói ali onde aparece, isto é, oferece-nos conselhos que nos diz para não aceitarmos". No trecho final de seu artigo – em defesa da teoria – Dworkin explica que o experimentalismo aparentemente inocente de Posner acaba no conseqüencialismo utilitário, que é um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos.[143]

1.2.2.4 O pragmatismo darwiniano

O último escrito de Dworkin que será utilizado neste trabalho para criticar a corrente de pensamento defendida por Posner é o artigo "O novo *bulldog* de Darwin" (que também integra a coletânea *A Justiça de toga*). Nele, Dworkin continua tecendo severas críticas a

---

[142] Em seguida, Dworkin traz alguns argumentos para considerarmos em que ocasiões será útil seguir o conselho acima apontado. Suponha o leitor – narra ele – que em uma noite solitária de inverno seu carro quebre longe de qualquer lugar no qual se possa conseguir qualquer tipo de ajuda. O motor parou e a ignição não funciona. "Sem reflexões sobre a física do motor de combustão interna, limitar-se a tentar um monte de coisas e ver se alguma delas funciona" pode ser um bom conselho. Por exemplo, pode ser que se você tentar colocar o chapéu pra trás, fechar os olhos e girar a chave o carro ligue. Se isso ocorrer, não tarde e simplesmente siga em frente. Nestas circunstâncias, o conselho de Posner pode parecer útil. Mas, suponha agora o leitor que é um cosmólogo indagando a idade do universo. Nesse caso, ficaria desconcertado se Posner lhe dissesse que não se preocupe do que é realmente verdadeiro ou o que funciona. É desconcertante que se diga a alguém que não se preocupe com a verdade se isto é precisamente o que lhe interessa. Contudo, o conselho não seria perigoso se o leitor soubesse o significado de algo que "funciona" neste contexto: uma tese cosmológica funciona se encaixa adequadamente com o resto de nossas crenças e gera predições sobre fatos e descobrimentos que logo são respaldadas, argumenta Dworkin. Em tradução livre: "Na minha opinião é um erro filosófico dizer que uma proposição científica seja verdadeira depende só de que ela gere predições afiançáveis. Contudo, isto não tem efeitos negativos na prática, já que as duas idéias, podemos dizer, vão de encontro: um científico que busca predições afiançáveis normalmente é um científico bem situado para descobrir o que é verdade" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 63-64; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 77).

[143] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 73; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 49; 87.

diversas posições sustentadas por Posner e o pragmatismo que ele defende. Dworkin explica que, de modo diverso ao que Posner sustenta em seus escritos, a "aversão visceral" que hostiliza o trabalho acadêmico contrário ao seu explica-se pela razão de que ele próprio pode estar sob o fundamento de uma teoria moral substantiva – e não instrumentalista – que insiste em negar, ou ainda, não reconhece. "Esta teoria é diferente do 'relativismo moral' que ele [Posner] formalmente abraça, mas explica muito melhor as suas várias posições e paixões".[144]

Ainda no trecho preambular desse seu escrito, Dworkin chama a atenção dos leitores para o fato de que dispõe de duas razões que o impulsionarão a elaborar nas próximas páginas uma resposta minuciosa para aquilo que ele próprio tem descrito como sendo argumentos evidentemente péssimos. A primeira razão é que os argumentos de Posner estão a serviço de um movimento anti-teórico que tem forte penetração na vida intelectual atual norte-americana.[145] A segunda razão é tática e consiste na demonstração de que, a despeito de Posner escrever que tanto as pessoas leigas como também os juízes podem prescindir da teoria moral, ele próprio cai de vez em quando nela.[146]

O objetivo declarado de Posner não é a moralidade, com a qual diz que não tem problemas, mas o que chama de "teoria moral", explica Dworkin. Ele pode pensar que, se a moralidade não pode ser subvertida pelos argumentos não morais sozinhos, então talvez a "teoria moral" possa. Se for isso, a sua estratégia cai por terra, já que sua distinção é, ela própria, confusa. Ele pensa que há diferença de categoria entre o julgamento ou raciocínio morais, que ocupam as pessoas comuns, e a teoria moral, que tenta só a casta dos acadêmicos.

---

[144] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 75; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 89-90.

[145] De fato, a visão desastrosa a respeito da ciência que Posner apresenta no desenvolvimento de sua argumentação é apenas outro exemplo de tal tendência. Esse movimento nos faz perder tempo, critica Dworkin, já que em sua boa parte consiste em exortações vazias à ação para conseguir metas que não podem descrever e tampouco justificar. E pior ainda, os anti-teóricos se burlam de uma idéia que não procuram entender, mas que é um predicado essencial de qualquer busca responsável da justiça social. Qualquer princípio moral, pouco importa quão profundamente está enraizado na cultura, linguagem ou prática norte-americanas, pode ser falso (ou, ao contrário, não importa quão profundamente é negado, apesar de poder sê-lo verdadeiro) (cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 75-76; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 90).

[146] Em seguida, Dworkin explica, a respeito de Posner, que: "Se é incapaz de dar-se conta desta contradição é porque não logra ver a distinção crucial que existe entre a filosofia moral, de um lado, e a sociologia, antropologia e psicologia da moral, de outro" (tradução livre). Para Dworkin, o único tipo de argumento que poderia servir de base a uma posição moral substantiva é um argumento moral. Nesse sentido, Posner tem-se limitado a repetir os argumentos que o próprio Dworkin qualifica como falaciosos. Além disso, não se esforça em respondê-los e tampouco reconhecer o que vem dizendo (cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 76 e 78; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 90-91 e 92-93).

Contudo, é certo que essa distinção só pode ser sustentada, quando muito, como um ardiloso problema de grau.[147]

A tese "forte" de Posner sustenta que nenhuma teoria moral pode fornecer uma "base sólida" ao julgamento moral. Ocorre que a própria tese é um julgamento moral de um tipo teórico e global, na medida em que a questão sobre se algum tipo de argumento moral fornece uma "base sólida" para outro é – em si mesma – uma questão propriamente moral.[148]

A tese "fraca" de Posner sustenta que, seja qual for a força que a teoria moral possa ter na vida política ordinária, os juízes deveriam ignorá-la, porque dispõem de instrumentos que são mais adequados para suas tarefas específicas. Novamente, Posner ignora a independência da moral.[149]

---

[147] De um lado, muitos recorrem ao raciocínio moral como resposta à sua percepção de insegurança ou vulnerabilidade em suas convicções morais. Preocupam-se sobre se as suas convicções são sólidas. Entendem que é importante chegar à verdade no fundo destes assuntos e atuar de acordo com ela. Em resumo, tratam-se de pessoas moralmente responsáveis, e seu interesse no raciocínio moral é uma conseqüência lógica deste sentido de responsabilidade. Preocupam-se com a integridade de suas convicções porque desejam fazer o que é certo. De outro lado, Dworkin explica que há quem fique nervoso com essa reflexão. São aqueles que pensam de modo claro e não querem ser perturbados com dúvidas ou sugestões de que podem estar agindo de maneira incoerente ou carentes de fundamentação. Eles não querem nenhum tipo de "teoria". Posner compõe este grupo, mas não deveria interpretar equivocadamente os motivos e as suposições das pessoas do outro grupo, mais reflexivo. Assim, assume que o seu único motivo é convencer o resto de pessoas no mundo de que eles têm razão. Esse processo de reflexão foi descrito como uma "ascensão justificativa" (*justificatory ascent*). Não se pode saber de antemão até onde chega a ascensão, levando-se em conta a distinção entre "raciocínio" e "teoria". É que continuará até que as perplexidades e conflitos sejam resolvidos. Donde, por princípio é impossível dizer onde termina a decisão moral e onde começa a teoria moral, acentua Dworkin (cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 78-81; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 93-96).

[148] Dworkin registra que essas questões morais distinguem-se dos assuntos empíricos, já que estes últimos têm a ver com a questão psicológica sobre se a defesa teórica de qualquer julgamento moral pode persuadir a outra pessoa de que modifique a sua opinião inicialmente contrária. Desse modo, Posner só poderia defender a sua tese mediante uma teoria moral substantiva própria, que é o niilismo moral, o qual afirma que nada é moralmente bom ou mau. Todavia, Posner nega que seja um niilista. Ao contrário, se descreve como um "relativista" moral, que acredita que há algumas afirmações morais que são válidas. Verifica-se, por conseguinte, que Posner não logra oferecer qualquer defesa à sua tese forte. Caminha em outro sentido, já que sustenta que nenhuma teoria ou argumento moral geral pode persuadir alguém a aceitar um julgamento moral que inicialmente discordava. Posner oferece apenas suas próprias reflexões sobre como e por que a educação de todos os juristas e filósofos acadêmicos das universidades ocidentais de algum modo os convertem em um grupo monolítico e os modelam invulneráveis à persuasão moral (cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 81-84; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 97-99).

[149] Posner espera convencer de que os juízes não confrontam problemas morais. Insiste que um estudo detido das decisões mostrará que tem sido induzido a pensar que os juízes utilizam os termos morais de forma moral. Todavia, Posner não diz de que outras formas poderiam usar. Em alguns casos que pinçou da Suprema Corte, Posner assinala que não se apresenta qualquer problema moral. Não obstante, em alguns momentos, ele diz que os juízes que decidem as grandes questões constitucionais tomam decisões controvertidas morais substantivas. De fato, afirma que devem fazê-lo e também diz quais teorias morais deveriam utilizar. São julgamentos morais sobre como devem distribuir-se e exercer-se os poderes do governo e quando eles deveriam ver-se limitados por respeito aos direitos morais individuais. Em resumo, cuidando-se do caso da segregação racial, por exemplo: num primeiro momento, diz que os argumentos utilizados pelo tribunal são "não morais"; no momento seguinte, sustenta que alguns dos princípios morais que o tribunal enfrentou eram questões de fundo; e por fim, parece renunciar por completo à sua idéia de que os juízes devem abster-se dos julgamentos morais controvertidos nos casos constitucionais, limitando-se a dizer que não deveriam tornar público que o fazem. Enfim, Posner preferiria que os juízes se fundamentassem em algoritmos ou na ciência para que, no sentido especial que ele dá ao termo, essas questões sempre pudessem ser "resolvidas" pelo consenso. "Mas, para o bem ou para o mal, os juízes enfrentam questões morais, e os ataques à teoria moral não podem transformá-los em questões matemáticas ou científicas" (cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 84-88; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 99-105).

Em apertada síntese, Dworkin critica que:

> Se eu tenho razão, Posner não forneceu qualquer argumento a favor de sua tese 'forte' de que a teoria moral não oferece nenhuma base ao julgamento moral e tampouco a favor de sua tese 'fraca' de que os juízes podem e devem evitar a teoria moral. Ao contrário, apesar de seus heróicos, mas contraditórios, esforços para ocultá-lo, ele apenas continuadamente apela à teoria moral.[150]

Verifica-se, por conseguinte, uma contradição obscura na doutrina de Posner a respeito da questão moral. É que, por vezes, se descreve como adepto do "relativismo moral"; em outros momentos, se declara simpático ao "subjetivismo" moral, pelo qual alguém que nega o código moral de sua comunidade não está sempre "moralmente equivocado", porque não há "verdade moral transcultural"; e, por fim, lança mão de sua "concepção adaptacionista" (com a indicação das metas que considera apropriadas). Essa contradição obscura leva-nos ao pensamento de que Posner atua movido por uma posição moral diferente de tudo aquilo que ele formalmente abraça nas suas argumentações.[151]

Em resposta sobre qual posição moral Posner adota para fundamentar a sua doutrina pragmática, Dworkin assevera que se trata de "uma atitude moral substantiva", a qual pressupõe a superioridade intrínseca de certos tipos de vidas humanas e estados de sociedades em relação às demais. A esta posição atribui o nome de "pragmatismo darwiniano":

> Poderíamos chamar esta atitude grosseiramente esboçada 'pragmatismo darwiniano'. É importante entender que, no fundo, se trata de uma atitude moral substantiva e não instrumental, porque pressupõe que certos tipos de vidas humanas e estados de sociedades humanas são intrinsecamente superiores que outras. É instrumental somente no sentido que propõe um meio concreto (uma combinação de investigação factual e quietismo não intervencionista) para identificar e alcançar estes estados. Tal instrumentalismo não teria sentido (seria uma estéril tautologia) se não fosse pelo postulado adicional de que há estados de vida e sociedade que são intrinsecamente superiores que outros e que a natureza pode descobri-los, [...].[152]

---

[150] Adiante, Dworkin prossegue na crítica: "As teses de Posner, tenho insistido, só poderiam sustentar-se caso se apoiassem em uma grande teoria moral substantiva. Talvez ele esteja de fato movido por uma teoria deste tipo. Se este for o caso, não é a teoria que explicitamente abraça em suas lições. Ele se diz um 'relativista moral' [...]. Mas, há várias razões que tornam difícil levar a sério que esta sua autodescrição seja algo mais do que camuflagem" (cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 88-89; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 105-106, tradução livre).

[151] Logo em seguida, Dworkin prossegue na exposição crítica: "Até agora, parece que estamos diante de um dilema padrão do pragmatismo. Os pragmáticos afirmam que todos os princípios morais devem ser avaliados seguindo exclusivamente um padrão prático: adotar aquele princípio ajuda a tornar as coisas melhores? Mas, se eles estipulam qualquer objetivo social particular – qualquer concepção de quando as coisas se tornam melhores – minam sua proposta, porque esta meta social não poderia ser justificada instrumentalmente sem cair em um círculo argumentativo" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 90-91; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 107-108, tradução livre).

[152] Para Dworkin, se assumirmos que o pragmatismo darwiniano é a convicção intuitiva de Posner que está por detrás de seus escritos, então todos os mistérios que foram descritos se dissolvem. Explica a sua reticência a condenar algo que seja a expressão natural e irreflexiva como imoral quando esta seja a expressão natural e irreflexiva de convicções morais

Posner afirma que, ao menos em certas ocasiões, os juízes devem adotar um enfoque pragmático em seu trabalho e tomar as decisões que acreditam que tenham os melhores resultados totais, mesmo que elas não sejam decisões que seriam autorizadas pela doutrina legal tradicional, explica Dworkin.[153]

Posner distingue o pragmatismo "cotidiano", que é o conseqüencialista, "sem meias tintas" e baseado na abordagem do custo-benefício, das duas formas mais filosóficas de pragmatismo: o "ortodoxo" e o "dissidente". O juiz que é pragmático no sentido cotidiano (isto é, conseqüencialista), não despreza o precedente e a argumentação jurídica técnica, relata Dworkin. Ao contrário, percebe e leva em consideração as conseqüências positivas do respeito judicial sistemático da argumentação jurídica tradicional e da doutrina, que animam as pessoas a fazerem planos com confiança, de um lado.

De outro, leva em consideração também as conseqüências negativas que poderiam dar-se caso os juízes fossem omissos no tocante a doutrina tradicional em certas ocasiões, conseqüências estas entre as que se incluem fraudar tais expectativas e debilitar o benefício geral de seu respeito sistemático. Contudo, o juiz pragmático também se dá conta dos perigos que encerra a servil deferência ao raciocínio jurídico ortodoxo; sabe que às vezes pode conseguir resultados melhores, inclusive de longo prazo, tomando uma decisão que produzirá algum benefício particularmente importante ou evitará um perigo especialmente grave, ainda que sua decisão se oponha frontalmente à doutrina estabelecida. Desse modo, os juízes

---

genuínas. Explica a sua fascinação com as histórias dos biólogos sobre como surgiram o altruísmo e a moral. Explica porque é um relativista moral tão intermitente: vê-se fortemente atraído pelo espírito do relativismo, que nos diz sobre o respeito dos códigos morais vigentes, mas não por sua condenação do nosso impulso de descrever como errados os códigos morais que divergem dos nossos. Também se mostra pouco disposto a denunciar os rebeldes morais como imorais. A hipótese explica porque quer que os juízes "de elite" usem seu poder constitucional para anular aquilo que lhes ofende visceralmente (aquilo para o que não "tem estômago"), mas que não tentam dar a forma de teoria. Explica porque de repente abandona o seu relativismo quando declara que os códigos morais "inquebráveis" não podem decidir o que é moralmente correto. É que a opinião contrária bloquearia o tipo de processo "adaptacionista" que entende que é o único autêntico progresso. Explica porque resiste ao ceticismo e ao cinismo acerca da moral: sabe que a força natural, evolutiva da moral só opera se "se sente" como moral. Daí porque afirma que há uma objetividade local predicável dos julgamentos morais, do mesmo modo que existe respeito da temperatura em uma determinada cidade, e que ele mesmo é "um tipo" de realista moral. "Contudo, como todos aqueles que querem enterrar a filosofia, o único que quer é que triunfe sua teoria. Seus argumentos mostram o oposto do que diz: mostram que a teoria moral não pode ser eliminada e que a perspectiva moral resulta indispensável, inclusive para o ceticismo ou o relativismo ético. O próprio Posner está dominado por uma fé moral inarticulada, subterrânea e pouco atrativa, mas também implacável" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 92-94; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 109-111).

[153] Dworkin aduz que: "Contudo, não pensa que o pragmatismo judicial deva reservar-se para emergências excepcionais, como uma guerra de grande escala, mas defende o pragmatismo como forma geral de aplicação judicial do direito, tão válido para os juízes em seus casos cotidianos como nos de suposta emergência constitucional" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 94; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 112, tradução livre).

pragmáticos têm que ponderar os benefícios de longo prazo de respeitar a doutrina e os que, também no longo prazo, teria que ignorar de vez em quando.[154]

Embora o conseqüencialismo possa oferecer algumas regras fixas capazes de justificar uma decisão (*rule-consequentialism*), Posner propõe algo diverso, consistente num processo híbrido, no qual os juízes decidem avaliando as conseqüências em cada caso concreto e adotam uma regra que lhes obriga a não considerar as conseqüências mais relevantes.[155]

Em réplica à aplicação que Posner faz de sua doutrina no exame da decisão tomada no caso *Bush v. Gore*, Dworkin assinala que ele se limita a "oferecer uma defesa mais geral do pragmatismo jurídico". Contudo, como o valor relativo às diferentes conseqüências que podem ser vislumbradas pode variar de acordo com cada um de nós, precisamos nos resguardar para o convite à arbitrariedade que essa proposta dá ensejo. Nesse sentido:

> Deste modo, a defesa da atuação da Suprema Corte em torno das conseqüências positivas defendida por Posner se desmorona quando é examinada mais cuidadosamente. Contudo, em seu artigo sobre esta decisão [*Bush v. Gore*], Posner oferece uma defesa mais geral do pragmatismo jurídico, que também devemos considerar. 'Pragmatismo' é uma palavra que está na moda entre os juristas: aparece em todos os lugares e nos contextos mais surpreendentes. Mas, os juízes, como o resto das pessoas, dissentem sobre o valor relativo das distintas conseqüências possíveis de suas decisões, de modo que dizer-lhes que resolvam avaliando as conseqüências é um convite à arbitrariedade [...].[156]

É possível que o magistrado leve em consideração as conseqüências de suas decisões em diferentes cenários e contextos. É compreensível que isso ocorra. A argumentação de Posner, contudo, deixa latente a idéia de que não há qualquer baliza além das próprias considerações pragmáticas e conseqüencialistas. Isso pode significar um convite ao arbítrio.

Na crítica de Dworkin, Posner tem adotado uma posição contraditória sobre diferentes pontos de sua doutrina. Apesar de negar o arcabouço teórico de sua doutrina, termina por teorizar em alguns momentos. A despeito de negar a formulação de uma teoria moral sob o

---

[154] Dworkin acrescenta que: "De fato, a atribuição de probabilidades é indispensável em qualquer análise conseqüencialista. Seria irracional que um pragmático comparasse duas alternativas baseando-se somente nas piores conseqüências de cada uma, ou somente nas melhores, ou ainda, nas mais prováveis. O que deve fazer é comparar as distintas conseqüências possíveis de cada decisão, levando-se em consideração a sua gravidade, mas também a sua probabilidade. Quando reformulamos assim, o argumento pragmático de Posner resulta notoriamente menos impressionante, inclusive em seus próprios termos" (cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 95 e 97; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 112-113 e 115, tradução livre).

[155] Neste sentido, Dworkin assinala que: "O que não tem nenhum sentido é dizer que devem resolver os casos pragmaticamente, considerando os custos e os benefícios das decisões em cada sentido, mas sim considerar quem vai ser o provável vencedor de certa contenda, que é um dado de importância absolutamente decisiva na hora de avaliar estes custos e benefícios" (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 97-102; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 115-120, tradução livre).

[156] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 103; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 120-121.

pretexto de que sua posição adota o tal "relativismo moral", por vezes termina por adotar uma teoria moral substantiva, e não meramente instrumental, e assim por diante.

Ao excessivo tom discricionário que a liberdade das idéias pragmáticas de Posner coloca nas mãos dos magistrados, que é livre de qualquer tipo de compromisso moral, jurídico ou sistemático, salvo apenas e tão somente a consideração de quais as melhores conseqüências para a adoção de certa decisão, Dworkin contrapõe o necessário respeito aos princípios que se espraiam pela ordem jurídica. Essa pode realmente ser uma maneira de trocar a excessiva discricionariedade defendida por Posner por um arcabouço que seja efetivamente conseqüente na sua aplicação prática.

> Os juízes devem levar em consideração as conseqüências de suas decisões, é claro, mas só podem fazê-lo na forma indicada pelos princípios inseridos no direito como um todo, princípios que determinam quais as conseqüências são relevantes e que peso devem ser-lhe atribuídos. Devem decidir consoante esses princípios, e não conforme as suas próprias preferências políticas ou pessoais.[157]

Com o respeito aos princípios que determinam quais as conseqüências são mais relevantes e têm maior peso, obtém-se um critério de controle e fiscalização sobre a decisão que, exteriorizada de maneira argumentativa, certamente explicitará os caminhos que percorreu para chegar ao resultado que estabelece.

1.2.3 A prevalência do argumento institucional sobre o não-institucional (Ávila)

O esforço do intérprete, e a função mesma da argumentação jurídica, é intersubjetivar o subjetivo.[158]

---

[157] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 104; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 122. Nesse ponto, lembramos que o objetivo de trazer os trechos que foram destacados da obra de Dworkin foi único no sentido de explicitar dele os seus contrapontos (vigorosos) sobre o pensamento de Posner acerca do pragmatismo jurídico. Reiteramos que não é nossa intenção aqui aprofundar o estudo sobre a teoria do direito e da democracia de Dworkin. De igual modo, na medida em que a contribuição do pensamento de Dworkin para a finalidade que o destacamos nesse trabalho é limitada ao levantamento de alguns contrapontos possíveis à doutrina de Posner, não trazemos qualquer comentário crítico sobre a sua obra específica (de Dworkin).

[158] ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 152-153; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008.

Em aprofundada análise acerca do uso da argumentação jurídica no caso-limite da imunidade tributária do "livro eletrônico", Humberto Ávila explicita diversos argumentos aplicados pela doutrina para fundamentar tanto o enquadramento como também o não-enquadramento do "livro eletrônico" na classe dos "livros".

Como decorrência lógica da aplicação dos argumentos utilizados pela doutrina para fundamentar o entendimento no sentido do enquadramento, tem-se que o "livro eletrônico" seria protegido pela imunidade constitucional assegurada aos livros, jornais e periódicos, prevista no art. 150, inciso VI, alínea *d*, da Constituição da República. A argumentação no sentido inverso conduziria à conclusão oposta; a de que o livro eletrônico não gozaria da referida imunidade constitucional.[159]

No estudo em foco nesse tópico, Humberto Ávila buscou superar a mera descrição de "como os argumentos estão sendo de fato aplicados pela doutrina e pela jurisprudência na interpretação jurídica" para explicar "como os argumentos *podem* e *devem* ser utilizados na interpretação jurídica". A preocupação central parece ter sido a possível arbitrariedade do intérprete, freqüentemente verificada na mera menção de argumentos sem a sua necessária e correspondente justificação:

> É verdade que fazer as distinções entre os argumentos pode conduzir à rigidez classificatória; e a rigidez classificatória pode levar à desconsideração da multiplicidade de relações entre os argumentos diferenciados, bem como pode deixar de fazer frente ao caráter prático-institucional do Direito. Não é menos verdade, no entanto, que deixar de fazer as devidas distinções entre os argumentos pode levar à arbitrariedade argumentativa; e a arbitrariedade argumentativa conduz à não-fundamentação das premissas utilizadas na interpretação jurídica. Com efeito, tanto a ausência de definição dos argumentos utilizados quanto a falta de diferenciação entre eles inserem, na interpretação jurídica, o germe da ambigüidade e, com ele, a fonte da arbitrariedade. Isso porque a mera menção a argumentos, sem a sua necessária justificação, não só exclui a elucidação das premissas, como permite conclusões díspares e até mesmo inconciliáveis entre si.[160]

Ávila coleciona diversos argumentos, que efetivamente são sustentados pela doutrina ou que simplesmente são sustentáveis para fundamentar o não enquadramento do "livro eletrônico" na classe dos "livros". Dentre os argumentos passíveis de alguma sustentação, pinçamos do estudo a seguinte assertiva hipotética que poderia eventualmente ser levantada

---

[159] Embora o estudo do Professor Humberto Ávila tenha sido publicado em 2001, cabe registrar que o tema central permanece espinhoso e ainda não alcançou consenso na doutrina e na jurisprudência brasileira.

[160] O desencontro sobre as premissas e as conclusões díspares e inconciliáveis decorrem da natureza multidirecional dos argumentos: "Como será demonstrado, não basta mencionar qual o argumento que está sendo empregado para justificar a escolha das premissas utilizadas na interpretação. Dizer que a linguagem, o sistema, o legislador constituinte ou resultados práticos decidem determinada interpretação é simplesmente pretender sejam unidirecionais argumentos que fluem em várias direções" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 113 e 114-115; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

por parte da doutrina: "não tributar o 'livro eletrônico' traria perda significativa de receita para o Estado no futuro".[161]

É precisamente sobre esse tipo de argumento singular – e seus similares – que recairá nossa atenção neste momento. Para Ávila, esse tipo de argumento, de cunho eminentemente prático, classifica-se como não-institucional. Para os fins do presente trabalho de pesquisa, podemos identificá-lo com o argumento pragmático ou conseqüencialista.[162]

De fato, o referido autor identifica o "argumento prático" com o grupo classificado como "argumentos não-institucionais", que "são decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. Possuem, por isso, menor capacidade de objetivação".[163]

Sob sua ótica, os argumentos institucionais possuem maior capacidade de objetivação, porque têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. De outro lado:

---

[161] Dentre os diversos argumentos, inclusive mais robustos, colocados pelo autor, precisamente este será aqui focado: o argumento prático, seu fundamento, sua importância jurídica e seu peso para o ordenamento. Apesar de colocado inicialmente como um argumento de cunho eminentemente hipotético, justamente em razão de seu (ab)uso é necessário considerá-lo com seriedade e enquadrá-lo adequadamente na teoria da argumentação explicada pelo Professor. Nesse sentido, essa é a contribuição que Ávila propôs no estudo: "Que todos esses argumentos podem ser utilizados na interpretação da imunidade em comento, não há dúvida; hesitação existe, contudo, quanto a saber se todos eles têm a mesma importância jurídica. Como será analisado, os argumentos usados na interpretação não são juridicamente equivalentes. Eles têm fundamentos desiguais e, por isso, valores diferentes". Em outras palavras: "O objetivo deste estudo é construir uma síntese superadora que harmonize a necessidade de discernir os argumentos com a importância de não os separar por completo, diminuindo a inevitável subjetividade da interpretação sem enrijecer o raciocínio para o futuro. Com isso, poder-se-á abandonar qualquer simplismo na argumentação jurídica, quer no sentido de reduzir o raciocínio jurídico à pura lógica ou à pura interpretação literal, quer no sentido de circunscrever a atividade interpretativa ao mero decisionismo ou à simples ponderação de valores de natureza inexplicada" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 112; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008). Confira: "As correntes restritivas, inspiradas em motivos fiscalistas e autoritários, mais preocupada com o aumento da arrecadação do que com a proteção do princípio da defesa da liberdade de expressão, de maior divulgação do conhecimento e da troca de idéias", orientam-se no sentido de que a obra veiculada por meio de CD-ROM não é agasalhada pela imunidade tributária constitucionalmente assegurada pela alínea *d* do inciso VI do art. 150 (cf. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. CD-ROM e Imunidade Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 83, ago 2002, p. 169).

[162] Toda a teoria da argumentação jurídica sustentada pelo autor não será aqui aprofundada. Procura-se tão somente destacar os aspectos relacionados aos chamados "argumentos não-institucionais", que são reconduzidos freqüentemente ao pragmatismo e ao conseqüencialismo. "A particularização de cada argumento encontra, porém, soberbas dificuldades" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 133; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008). Para conferir as lições do referido autor sob outro ponto de vista e sua aplicação, confira: ÁVILA, Ana Paula. **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. 113 e ss.).

[163] Em contraposição ao grupo dos argumentos não-institucionais destaca-se que: "Os argumentos institucionais são aqueles que, sobre serem determinados por atos institucionais – parlamentares, administrativos, judiciais –, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 117; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

> Os argumentos não-institucionais não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos. As conseqüências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo enquadram-se aqui.[164]

Dada a flexibilidade na implementação de determinadas condições de pertinência e relevância de cada argumento para a interpretação, Humberto Ávila formula quadro explicativo, no qual relaciona as etapas sucessivas das possíveis argumentações, isto é, "só se recorre à próxima etapa se a anterior for insuficiente para a justificação da interpretação": argumentos lingüísticos/sistemáticos > históricos > genéticos > práticos.[165]

Os argumentos interagem de diversas formas, motivo pelo qual Ávila busca um modelo de interação e de valoração dos argumentos. Geralmente, a interação dos argumentos ocorre de modo multidirecional, levando, por vezes, ao conflito e, noutras, ao imbricamento. Pode ser também unidirecional, no sentido da coincidência e cumulação.[166]

---

[164] No exercício sobre a imunidade do "livro eletrônico" o Professor Ávila demonstrou a insuficiência deste argumento, que se presta a manipulação arbitrária para ambos os lados. Nesse sentido, confira: "Pode-se interpretar a imunidade do 'livro eletrônico' com base em argumentos meramente práticos. É possível sustentar que seria absurdo aceitar a incidência de impostos sobre 'livros eletrônicos' e sobre quaisquer meios modernos de comunicação e de comércio. Noutro giro, porém, é possível afirmar que a não-incidência de impostos sobre 'livros eletrônicos', exatamente por serem eles o mecanismo moderno de comunicação e de comércio, irá excluir a maior fonte de receita estatal nos dias atuais. Os argumentos não-institucionais não são conclusivos relativamente à imunidade do 'livro eletrônico'. Aliás, justamente pela falta de referência a pontos de vista objetivos ou objetiváveis, os argumentos não-institucionais nunca serão conclusivos, porque manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses em jogo" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 132-133; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[165] O autor esclarece em seguida que: "Segundo a proposta aqui defendida, essas etapas argumentativas não são estanques. Trata-se, na verdade, de um modelo que, em vez de negar a ultrapassagem aos argumentos transcendentes ao ordenamento jurídico para a configuração dos argumentos linguísticos e sistemáticos, admite-a, mas a condiciona à demonstração de que existem razões suficientes para a superação da força justificativa desses argumentos" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p.136-137; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008). A mobilidade dos argumentos classificados como "institucionais" não são objeto de aprofundamento para o presente trabalho. Relembrando, interessa-nos sobremaneira os argumentos classificados como "não-institucionais" por ele.

[166] A unidirecionalidade dos argumentos relaciona-se com os princípios e à idéia de coerência do sistema jurídico: "Essa unidirecionalidade normalmente surge em função de determinados argumentos serem suportados por princípios. Nessa hipótese, entra em cena a idéia de coerência do sistema jurídico: um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto maior for a cadeia de fundamentação que ele contiver, e quanto mais proposições forem suportadas pelo menor número de princípios. A idéia de coerência, justamente por que se relaciona com a concepção de racionalidade e generalidade inerente ao Estado de Direito, reforça a justificação de uma determinada interpretação. Quanto maior a cadeia de fundamentação, maior a estrutura de estabilidade dos valores, e maior a força justificativa dos argumentos" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 138-141; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

Dado o caráter potencial e predominantemente multidirecional dos argumentos e à distinção natural entre eles, torna-se necessário atribuir a cada um deles uma dimensão de peso a partir de sua recondução aos princípios constitucionais.[167] Para Humberto Ávila: "Os argumentos não-institucionais ou meramente práticos nem mesmo indiretamente fazem referência à força vinculativa do Poder Legislativo; eles não se deixam reconduzir, por conseqüência, aos princípios imanentes ao Estado Democrático de Direito".[168]

O citado autor estabelece algumas regras *prima facie* de interpretação em razão da relação existente entre os argumentos empregados e os princípios constitucionais fundamentais, dentre as quais merece especial atenção aquela que prevê a prevalência dos argumentos institucionais sobre os não-institucionais: "Como conseqüência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, é adequado afirmar que os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais".[169]

O problema da multidirecionalidade dos argumentos pode ser solucionado a partir da convergência coerente de vários argumentos relevantes em determinada direção, no sentido de concretizar certo princípio constitucional ou se referir a um bem juridicamente protegido. A concretização do "melhor" princípio seria a partir daquela recondução do argumento mais

---

[167] A atribuição de peso para cada argumento na interpretação jurídica ocorre por meio de dois caminhos complementares, a saber: "De um lado, é preciso analisar quais são as implicações metodológicas que decorrem dos elementos essenciais da idéia de Direito – justiça, segurança jurídica, adequação – e das condições formais de conhecimento do próprio sistema jurídico – unidade, consistência e coerência". "De outro, faz-se necessário verificar quais são as determinações que resultam das próprias normas constitucionais – sobretudo das normas-princípios – no que se refere ao peso dos argumentos utilizados na interpretação. A idéia é simples: os argumentos têm sua força justificativa na medida em que eles são fundados em valores constitucionalmente instituídos" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 141; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[168] De fato, o autor já asseverara no estudo que: "Nesse sentido, é preciso inicialmente analisar os princípios imanentes ao princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88). O princípio do Estado de Direito estabelece a ligação estrutural entre a atividade do Estado e o Direito; o princípio republicano institui a representatividade com responsabilidade; o princípio democrático determina a participação dos cidadãos nas decisões políticas mediante representantes que atuam por meio do procedimento legislativo; o princípio da separação dos poderes estabelece que cada um dos Poderes deve exercer suas funções com independência e harmonia" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 142-143; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[169] Vale repisar que: "Os argumentos institucionais possuem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico. É precisamente o ordenamento jurídico que permite uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos não-institucionais, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao princípio do Estado Democrático de Direito" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 143-144; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

relevante, e que o prestigia pela maior hierarquia axiológica no texto constitucional (como os princípios fundamentais objetivamente observáveis em detrimento das crenças individuais).[170]

De acordo com Ávila:

> Como solucionar esse problema [caráter efetivamente multidirecional dos argumentos]? Num primeiro passo, é preciso analisar a existência de convergência de vários argumentos em determinada direção. A ênfase é, ela própria, uma forma de valoração. Não qualquer convergência, mas a convergência de argumentos relevantes. Mas como saber se um argumento é relevante? Na medida em que for plausível demonstrar que ele serve de meio para a concretização de um princípio ou que ele se refere a um bem juridicamente protegido. Ora, uma interpretação será tanto melhor fundamentada quanto maior for o apoio que receber dos princípios fundamentais. Isso porque, estreitando-se a relação dos argumentos com os princípios fundamentais de determinado sistema jurídico, afasta-se de uma justificação pessoal da interpretação baseada em sistemas de crenças individuais, em favor de uma justificação objetiva fundamentada em pontos de vista objetiváveis e, portanto, de acesso intersubjetivo. O que é incoerente é ininteligível, porque contraditório, fragmentado, desconjuntado; o que é coerente é inteligível.[171]

Como decorrência da estreita relação entre os argumentos e os princípios constitucionais que os reconduzem adequadamente ao ordenamento jurídico, chega à dúplice conclusão no tocante aos argumentos submetidos ao seu exame: eles são multidirecionais[172] e multidimensionais.[173]

---

[170] O Professor destaca a relação entre alguns princípios fundamentais e argumentos que a eles reconduzem o debate: "Em decorrência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, e também por razões de segurança jurídica, pode-se afirmar que os argumentos imanentes ao sistema jurídico (argumentos linqüísticos e sistemáticos) devem ter prevalência sobre os argumentos a ele transcendentes (argumentos genéticos e históricos), na medida em que aquilo que foi finalmente estabelecido pelo Poder Legislativo deve prevalecer sobre aquilo que deixou de ser estabelecido" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 144; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[171] Acresce que: "Nesse sentido, dentre os significados possíveis da norma deverá ser escolhido aquele que mais intensamente corresponder aos valores estabelecidos pelos princípios e que menos intensamente os contrarie". Indaga ainda que: "Mas com qual ou quais princípios deve a alternativa de interpretação mais intensamente corresponder?" Responde no sentido de que: "Num segundo passo, é preciso analisar a existência de hierarquia entre os princípios constitucionalmente previstos. A hierarquia é, também ela, uma forma de valoração" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 145-146; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[172] De fato, a multidirecionalidade explica que os variados argumentos sustentados dificilmente convergem de maneira coerente para certa direção. Ao contrário e antes disso, direcionam-se para distintas direções, motivo pelo qual devem ser diversamente valorados de acordo com as suas reconduções ao ordenamento jurídico: "A rigor, nenhum deles é, por definição, resolutivo, no sentido de indicar uma única alternativa de interpretação. Isso permite afirmar que a interpretação jurídica não é fundamentada completamente nem com uma justificação interna (indicação da estrutura dedutiva de raciocínio), nem com uma justificação externa (indicação dos argumentos utlizados). A justificação interna apenas permite demonstrar de que maneira as conclusões decorrem logicamente das premissas. Ela não explica, porém, de que modo essas premissas são construídas. A justificação externa, a seu turno, apenas esclarece quais são os argumentos utilizados na construção das premissas do raciocínio jurídico. No entanto, como os argumentos fluem em várias direções, a justificação externa não pode explicar nem como os argumentos devem ser construídos nem quais deles devem prevalecer. Isso não quer dizer que as justificações, interna e externa, sejam desnecessárias. Bem ao contrário: sem uma estrutura racional de pensamento e sem a especificação dos argumentos utilizados sequer é iniciado o processo de fundamentação racional das decisões de interpretação" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 148;

No exercício da interpretação jurídica, é fundamental, dadas as peculiaridades multidirecionais e multidimensionais dos argumentos, explicitar adequadamente a justificativa ou fundamentação da interpretação racionalmente preferida e que demonstra a recondução de suas razões ao ordenamento jurídico. Ávila adverte: "Enfim, a mera menção a argumentos é artifício ineficaz para justificar minimamente uma interpretação. Sob as vestes de uma 'fundamentação', pode a simplificação dos argumentos esconder uma mera preferência".[174]

Sobressai a importância das razões jurídicas (fundamentos) que embasam a decisão judicial legitimando-a, na medida em que permitem maior transparência e, portanto, controle e crítica. Nesse sentido, a teoria da argumentação traz enorme contribuição na busca de um modelo de controle sobre a racionalidade judicial.

A classificação e as regras de prevalência sustentadas no estudo destacado buscam oferecer uma estrutura racional para "a argumentação jurídica que seja vinculada ao ordenamento jurídico, e com a qual possa ser diminuída a subjetividade na interpretação em favor de uma intersubjetividade cada vez maior".[175]

Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[173] É que as espécies classificatórias podem ser divididas em diversas subcategorias. Neste exercício é importante não tomar a parte pelo todo, especialmente de maneira arbitrária: "Nesse sentido, é inadequado, por insuficiente, pretender justificar uma interpretação fazendo apelo meramente à linguagem, ao sistema, à história ou à vontade do legislador. Cada um desses argumentos se divide em subespécies que, a seu turno, podem ser divididas também em outras" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 148; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[174] Nesse sentido, a preferência pura e simples conduz à interpretação arbitrária e caprichosa, vez que não é intersubjetivamente controlável: "É dizer: escolher uma interpretação com base no capricho (pura preferência), em vez de o fazer com algum fundamento racional (preferência fundamentada). Por isso a necessidade de uma sucessiva especificação dos argumentos, sem a qual não há fundamentação intersubjetivamente controlável. E sem uma fundamentação intersubjetivamente controlável não se concretiza o princípio do Estado de Direito, pela inexistência de dois dos seus elementos essenciais: racionalidade do Direito e tutela plena dos direitos" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 149-150; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[175] Afinal, "um resíduo, maior ou menor, de subjetividade é inerente a qualquer interpretação". Ocorre que: "O esforço do intérprete, e a função mesma da argumentação jurídica, é intersubjetivar o subjetivo. No final, restará um quê de subjetivo na argumentação. Mas um subjetivo que se pode ver. Na verdade, a argumentação jurídica não aniquila a subjetividade; mantem-na sob controle crítico" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 152; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

Nessa quadra, a preocupação gira em torno da obediência ao Estado Democrático de Direito, que exige do uso de argumentos a motivação expressa em fundamentos justificáveis frente ao ordenamento jurídico em favor de crescente intersubjetividade da interpretação.[176]

Daí que o argumento pragmático ou conseqüencialista – ou, na lição de Ávila, "prático" ou "não-institucional" – deve ser, dentre os diversos grupos de argumentos disponíveis para o intérprete no seu exercício, o último e de menor peso na interpretação jurídica que se pretenda séria e adequada aos princípios constitucionais estabelecidos no nosso Estado Democrático de Direito.[177] Na esteira dessas lições, Ana Paula Ávila atribui a tais argumentos força meramente "cumulativa, no sentido de que somente podem ser utilizados quando fluírem na mesma direção dos argumentos institucionais, a título de *reforço*".[178]

Além da compreensão sobre o trânsito da política na internalização do sistema jurídico, o papel central da Constituição rígida no ordenamento jurídico destaca-se também pelo balizamento das relações entre a Política e o Direito:

---

[176] Nas palavras de Ávila: "O que deve ficar claro é que não se pode tolerar, num Estado Democrático de Direito, uma 'justificação' que, a pretexto de fundamentar uma interpretação, termine por encobri-la. Ora, fundamentar é justamente proporcionar acesso interpessoal às razões que motivaram determinada decisão de interpretação" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 152; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[177] Nesse sentido, basta verificar que ele formula as seguintes regras *prima facie* de interpretação: "(1) os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais; (2) os argumentos imanentes ao sistema jurídico (argumentos língüísticos e sistemáticos) devem prevalecer sobre os argumentos a ele transcendentes (argumentos genéticos e históricos); (3) na justificação com base em argumentos imanentes ao ordenamento jurídico deverá ser escolhido o significado que seja mais coerente com os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes à norma interpretada" (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 147; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

[178] Nas palavras da autora: "Um fundamento ou argumento meramente político estará bem situado numa exposição de motivos ou numa proposta de lei encaminhada ao Congresso Nacional. A política reina absoluta (*pelo menos, deveria*) no Plenário das Câmaras Legislativas, nas Assembléias Constituintes. No entanto, não tem qualquer prevalência no processo de justificação de uma decisão judicial, a menos que encontre correspondência em um elemento normativo (interno ao sistema jurídico, *e.g.*, num princípio). Daí a afirmação de que os argumentos pragmáticos têm uma força meramente cumulativa, podendo ser utilizados quando fluírem na mesma direção dos argumentos institucionais. Se contrariarem os institucionais, estes é que deverão prevalecer – é a lógica do sistema do Estado de Direito, ou da democracia constitucional". "Com isso, não se nega o trânsito da política no sistema jurídico, mas exige-se a sua habilitação, i.e., sua internalização no sistema através de um princípio jurídico ou cláusula geral, para bem da legitimidade e correção da decisão judicial. Essa é a primeira regra do jogo da *legalidade-democracia-segurança*, base do Estado de Direito. Entretanto, há uma segunda regra: se o argumento político logra a internalização sistemática através de uma cláusula mais geral, nem por isso esse elemento normativo haverá de prevalecer, pois, uma vez dentro do sistema, lá será cotejado com as normas coexistentes, ponderado e avaliado segundo o critério da coerência" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 120-121).

> O resultado disso tudo é que a opção pela Constituição rígida formaliza e procedimentaliza as relações entre a Política e o Direito. A política tem um relevante papel modificador e transformador do direito, mas este papel tem uma forma para ser exercido, dentro dos parâmetros constitucionais, que é o processo legislativo. Até que esses parâmetros sejam respeitados e o Direito inovado, o que resta ao aplicador em caráter preferencial são as fontes do sistema jurídico.[179]

Ao discorrer sobre a modulação de efeitos, a autora formula a tese de que "há duas regras básicas de prevalência entre os argumentos utilizados para a aplicação ou não do art. 27 da Lei n.9.868/99: uma de natureza lógico-formal e outra de natureza lógico material".[180]

A regra de prevalência lógico-formal refere-se à fonte ou origem dos argumentos contrapostos, *v.g.* no ápice da hierarquia das fontes do sistema jurídico está a Constituição. Desde esse ponto de partida, os princípios "mais" fundamentais prevalecem sobre aqueles "menos" fundamentais, considerados os pontos topográficos em que cada um deles se situa no texto constitucional. Aqui, independe o conteúdo que cada argumento revele.[181]

Ao contrário, no que toca à regra de prevalência lógico-material, a autora explica que:

> Há que se observar o conteúdo das normas invocadas em face de uma mesma questão e verificar se há hierarquia entre os princípios considerados no processo de interpretação. Em relação às normas constitucionais, a própria Constituição, ao instituir algumas *normas*

---

[179] Conclui a autora: "Finalmente, é preciso perceber que, quando está em jogo a Constituição, um problema ainda mais grave se põe: admitir-se que ela seja atropelada pelo argumento meramente político, conseqüencialista ou pragmático, coloca em risco as próprias instituições, levando a uma ruptura estrutural que transcende à relação política e direito" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 122).

[180] No entendimento da autora: "Ávila procura sistematizar as diferentes espécies de argumentos à luz dos princípios fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. A partir daí, atribui uma dimensão de peso às diferentes categorias. Para tanto, segundo o autor, dois procedimentos são necessários: distinguir o tipo de argumento, segundo o fundamento empregado; e valorar cada qual, a partir do sistema jurídico brasileiro". De fato, ela explica que: "Ainda que se saiba que os argumentos não se formam isoladamente e devem ser analisados simultaneamente em face de uma mesma questão, a observância aos princípios constitucionais que fundamentam o próprio sistema jurídico positivo permite dizer que alguns argumentos são *mais fortes* que outros. Trata-se da passagem do *discurso à prática* da força normativa e da máxima efetividade da Constituição" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 113 e 122-123).

[181] De acordo com a autora: "A regra da prevalência lógico-formal diz respeito à prevalência de determinados argumentos, considerada a sua fonte ou origem, independentemente do conteúdo que revelem". "Num primeiro momento, é no sistema jurídico que se devem buscar as regras que atribuam dimensões de peso aos argumentos. Se, no ápice da hierarquia das fontes do sistema, está a Constituição, é por aí que se deve iniciar esta análise. Nos princípios fundamentais do título I da Constituição vigente, já se pode lançar mão de princípios que, de imediato, implicam que se considerem os argumentos imanentes (lingüísticos e sistemáticos) ao ordenamento jurídico como preponderantes em relação aos transcendentes". "Com efeito, ali se encontram o princípio do Estado de Direito (art. 1º, *caput*), o princípio democrático (art. 1º, parágrafo único) e o princípio da divisão dos poderes (art. 2º)". "Na fundamentação das decisões judiciais, esta solução pela primazia (*prima facie*) dos argumentos institucionais aumenta o grau de coerência da decisão, à medida que essa regra de prevalência formal se constitui em meio para a realização do estado de coisas reclamado por princípios fundamentais da Constituição. A regra de prevalência formal fundamenta-se nos princípios democrático e da divisão dos poderes, que, a seu turno, se fundamentam no princípio maior do Estado de Direito. Isso inclui uma cadeia de fundamentação própria, demonstrando o grau de coerência *presente* nos argumentos institucionais e *ausente* nos argumentos meramente pragmáticos ou conseqüencialistas" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 125 e 142).

> *fundamentais* e outras que são, simplesmente, *normas*, sugere o reconhecimento de uma hierarquia, no mínimo, axiológica, entre os seus preceitos. Daí por que, em congruência com o valor atribuído pela própria Constituição a determinados princípios e direitos, se haverá de atribuir maior peso ao argumento que privilegiar, dentro do contexto, esses mesmos princípios e direitos.[182]

Essa hieraquia axiológica fornece um critério material de prevalência, "que favorece a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo e da dignidade humana":

> Por todas essas razões, e sendo indiscutível a importância que a doutrina e, sobretudo, a Constituição conferem ao princípio fundamental da dignidade humana e sua estreita relação com a proteção dos direitos fundamentais, resulta lógico afirmar que, para que a interpretação do art. 27 da Lei n.9.868/99 seja conforme com a Constituição, a modulação de efeitos não pode ser admitida em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos.[183]

Além disso, deverão ser observadas a proporcionalidade, a unidade e a coerência da Constituição quando da interpretação em torno dos argumentos preferencialmente institucionais.[184]

No presente estudo, concordamos com as afirmativas de que o argumento pragmático ou conseqüencialista (ou ainda, prático): tem um menor peso ou importância frente aos demais argumentos jurídicos (e que são abrangidos pela classificação "institucional" de

---

[182] Aduz que: "A valoração constitucional dos princípios é claramente percebida através do texto e da estrutura das normas na Constituição. Uma forma segura de reconhecimento dessa hierarquia axiológica dá-se pela própria interpretação literal: basta se ater àquilo que o texto designa como fundamental e têm-se os valores para cuja proteção a argumentação haverá de convergir" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 127-128).

[183] Cuidando-se da proteção dos direitos fundamentais, a autora explica: "Deve-se passar do discurso dos direitos fundamentais à prática dos direitos fundamentais. Ao lidar com os conceitos abertos do art. 27, é mister que o intérprete tenha em mente o dever de proteção dos direitos fundamentais e também o dever de otimização do sentido dos preceitos que os prevêem, de modo a jamais utilizar o dispositivo para assegurar a permanência de efeitos lesivos àqueles direitos, que eventualmente tenham sido produzidos por norma declarada inconstitucional. Com isso, quer-se afirmar que, quando a interpretação de *razões de segurança jurídica* ou *excepcional interesse social* ensejar um conflito que tenha em um dos pólos a proteção a direitos fundamentais do indivíduo, deve-se aplicar a regra de prevalência em favor desses direitos, em detrimento dos demais argumentos que possam ser invocados na questão. À guisa de exemplo, pode-se retornar a um caso já examinado: assim procedeu o Supremo Tribunal Federal para proteger o direito de propriedade e liberdade em face do prejuízo à saúde financeira do Tesouro". No tocante à proteção da dignidade humana, a autora assinala que: "Por isso se diz que a dignidade da pessoa é, ao mesmo tempo, elemento e medida dos direitos fundamentais [...]"(ÁVILA, Ana Paula. **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. 130-134).

[184] "Todavia, não sendo suficientes as regras de prevalência formal e material – seja porque todos os argumentos considerados no processo interpretativo têm origem em fontes de igual hierarquia formal, porque são todas constitucionais; seja porque, dentre elas, são todas fundamentais, ou não-fundamentais, segundo o direito objetivo –, prossegue-se no exame da coerência, isto é, da verificação das conexões que se estabelecem entre os argumentos e os princípios fundamentais da Constituição, buscando-se adotar um critério de unidade entre eles. Aí adquire relevo a aferição da *unidirecionalidade* entre os argumentos, de modo que o princípio mais geral, identificado como o ponto de convergência entre eles, indica a solução mais coerente, segundo o sistema jurídico. Pode-se chegar à conclusão de que os argumentos se correspondem mutuamente e, assim considerados, realizam, em maior (ou melhor) medida, aquilo que a Constituição considera fundamental" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 143).

Humberto Ávila); deve ser utilizado em último lugar, depois de percorridos os argumentos jurídicos centrais, como explicita o referido autor; tem caráter de reforço, servindo para corroborar, complementar ou suplementar os argumentos jurídicos centrais, como explica Ana Paula Ávila; deve ser reconduzido aos princípios constitucionais que buscam concretizar no ordenamento jurídico; necessariamente submetem-se aos preceitos fundamentais de maior peso axiológico, já que concretizam a Constituição e lhe dá a máxima efetividade.

As idéias exploradas neste tópico constituem a complementação necessária ao tom crítico mantido por Dworkin sobre a obra de Posner. Este corte é proposital e atende aos principais objetivos deste capítulo, que é dedicado ao levantamento de alguns contrapontos possíveis ao pensamento de Posner.

Ao lançar mão do argumento pragmático ou conseqüencialista na decisão judicial, o magistrado deve observar aqueles parâmetros anteriormente elencados. Em outras palavras, deve fundamentar a sua decisão judicial de modo explícito e reconduzi-la aos argumentos jurídicos centrais que gravitam em torno da questão jurídica submetida à apreciação.

1.2.4 Outros breves contrapontos

Embora tenhamos trabalhado com as críticas diretamente direcionadas à doutrina de Posner por Dworkin, propositadamente complementadas pelas lições de Humberto Ávila, é possível trilhar caminhos distintos que podem levar ao mesmo ponto de chegada verificado aqui ou, pelo menos, muito próximos dele.

Como exemplo, meramente ilustrativo e sem pretensão de aprofundamento, cabe mencionar a compreensão em torno da adequada posição do argumento pragmático ou conseqüencialista à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. No Brasil, Misabel Abreu Machado Derzi, concluindo substancial capítulo de tese dedicado à decisão judicial como ato de aplicação da lei e como criação do direito, explica que: “Se falarmos de autonomia do sistema jurídico no confronto com os demais sistemas econômico, político, etc., e nas funções essenciais por ele cumpridas nas sociedades contemporâneas, altamente complexas, então as conclusões de NIKLAS LUHMANN parecem-nos aquisições definitivas”.[185]

[185] A autora discorre que: “O sistema jurídico somente pode operar de forma estritamente fechada, por meio de normas e princípios do sistema, ou seja, por autodeterminação. As operações jurídicas são precipuamente voltadas para o *input* do próprio sistema. O sistema, como organização de expectativas normativas para a solução de conflitos, de forma

Cade mencionar, ademais, a doutrina de Tercio Sampaio Ferraz Junior, pela qual as decisões jurisdicionais comportam exercício de discricionariedade muito menor do que as decisões políticas. É que naquelas decisões são examinadas primordialmente as circunstâncias do caso submetido à apreciação judicial e às provas. Além disso, as expectativas jurídicas *stricto senso* (referentes às condições institucionais) devem prevalecer face à tomada de decisão política, na qual sobressai o senso de conveniência e oportunidade, que leva em conta as expectativas sociais, políticas e econômicas, referentes a expectativas grupais da comunidade.[186]

Cabe referir outra doutrina que, embora não negue e até aproveite de modo entusiasmado o argumento pragmático, o coloca como meta-teoria normativa da decisão judicial. Esse deslocamento da teoria para a meta-teoria, com a transformação da decisão de primeira ordem (que é a decisão propriamente dita sobre certo caso específico) numa de segunda ordem (a qual recai sobre como se vai decidir, ou seja, como se tomará a decisão de primeira ordem),[187] busca temperar os excessos apontados do pragmatismo jurídico e que são alvos de várias críticas, algumas das quais mencionamos anteriormente.

Em realidade, tal deslocamento leva o pragmatismo do palco de atenção como teoria normativa da decisão judicial para o pano de fundo da meta-teoria que refletirá na teoria normativa da decisão judicial que efetivamente será adotada. O mérito evidente de tal esforço é a preocupação sobre como o pragmatismo tem sido utilizado no direito brasileiro, especialmente pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, isto é, sem critério algum.

---

autopoiética, configura uma redução das relações sociais, muito mais complexas". Aduz ainda que: "O sistema jurídico ainda se guia por meio da Dogmática, que, por sua vez, cumpre várias funções, sendo as mais relevantes: **(a)** ela simplifica a compreensão das normas e expectativas, que integram o sistema jurídico; **(b)** ela controla a consistência das decisões judiciais; **(c)** ela organiza a liberdade da decisão, ou seja, ela delimita o campo, o espaço possível, dentro do qual se dará o encontro da decisão na solução de conflitos; **(d)** ao estabelecer as relações entre as decisões similares, que se aplicam a uma série de casos similares, dentro da casuística, a Dogmática se presta a estabilizar as previsões ou expectativas normativas de conduta para o futuro; **(e)** finalmente, a Dogmática viabiliza e consolida – por meio de conceitualização, mais ou menos abstrata, mais ou menos genérica – as diferenças entre as normas postas pelo Poder Legislativo, e as normas individuais – postas pelo Poder Judiciário" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 182-183).

[186] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 4-5. Voltaremos a esta distinção entre a decisão judicial e a decisão política adiante.

[187] Melhor explicando: "Decisões de segunda ordem, como dito, são decisões sobre decisões, no sentido em que se centram sobre a fixação das estratégias de decisão capazes de reduzir os problemas gerais vinculados a decisões de casos específicos (decisões de primeira ordem)" (ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 199).

Partilhamos dessa preocupação. É uma tentativa reconhecidamente válida de organizar o que hoje está desorganizado.[188]

De outro modo, há um entendimento doutrinário que coloca como pano de fundo (no sentido já visto anteriormente de uma decisão de segunda ordem) a dignidade do formalismo jurídico.[189]

De fato, baseado nessas idéias centrais, Noel Struchiner defende que:

> As virtudes do formalismo saltam aos olhos na medida em que o comparamos com a adesão a uma postura oposta, que defende modelos de tomada de decisões de caráter mais particularista. É justamente quando percebemos os problemas de implementar o particularismo em um mundo não ideal, constituído por instituições que atuam sob condições de incerteza e, portanto com uma racionalidade circunscrita, que percebemos os méritos do formalismo enquanto a tentativa de realizar um perfeccionismo de segunda ordem.[190]

Reconhecidas as virtudes do formalismo, especialmente quando comparado ao modelo particularista de tomada de decisão, Noel Struchiner arremata seu breve estudo assinalando

---

[188] Concluindo artigo doutrinário dedicado especificamente a este tema, dois articulistas arrematam que: "Assim, o fracasso do pragmatismo como estratégia de primeira ordem nos permite vislumbrar o seu poder como estratégia de segunda ordem. Do ponto de vista teórico, o empirismo e o olhar prospectivo do pragmatismo – *quando utilizados para escolher entre diferentes teorias normativas da decisão judicial* – colocam em dúvida a (f)utilidade da busca por teorias de interpretação construídas abstratamente. É possível defender um método de interpretação que deve guiar a atuação das cortes *independentemente de considerações práticas*? Indo mais a fundo, será que existe uma teoria geral da decisão jurídica? Faz sentido buscá-la? As respostas que uma meta-teoria pragmática tem a oferecer nesse debate são de crucial relevância para o desenvolvimento de possíveis teorias normativas da decisão judicial adequadas à realidade brasileira" (ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 211). Para aprofundamento sobre a tese encampada pelos estudiosos, confira: ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A justificação conseqüencialista de decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. mimeo. 220 p.; LEAL, Fernando. **Decidindo com Normas Vagas**: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. mimeo. 280 p.

[189] Para uma melhor compreensão em torno desta idéia, confira: "O formalismo é a defesa de uma atitude ou disposição interpretativa segundo a qual o texto de uma formulação normativa, ou melhor, o texto da totalidade de formulações normativas deve ser levado a sério pelos responsáveis pela tomada de decisões jurídicas. Tal defesa deriva da crença de que em certos cenários ou ambientes de tomada de decisão a não-observância das regras poderia ser mais prejudicial do que sua observância, mesmo atentando para o fato de que regras, em função de sua natureza como generalizações prescritivas probabilísticas, são sempre imperfeitas, ou infelizes, na medida em que invariavelmente não são capazes de realizar suas próprias justificações" (STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 464).

[190] No modelo particularista nenhuma consideração do caso em jogo é excluída *a priori*. "Qualquer fato, argumento, ou razão que seja importante ou relevante para alcançar o melhor resultado é incluído dentro do cálculo decisório". No outro extremo, concebe-se um modelo radicalmente formalista de tomada de decisões. Antes de se chegar a tal extremo, contudo, há o formalismo "mais instigante" (ou seja, mais honesto e realista), "que aceita que nem sempre a linguagem utilizada é totalmente clara, livre de indeterminações". "Reconhecendo isso, o formalista aceita, também, que nos casos em que a linguagem não determina um único resultado de forma inequívoca, não existe alternativa senão procurar a fundamentação da solução em critérios que estão além das regras. O formalista sofisticado é aquele que está compromissado com o resultado gerado pela regra, isto é, pelo significado convencional das categorias empregadas na regra, sempre que ela aponta claramente para uma resposta, mesmo que o resultado seja contrário àquele que seria produzido se fosse aplicada a justificativa da regra ou a totalidade de reazões relevantes para a decisão" (STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 465 e 470-471).

que: "A opção por um sistema de regras forte provém de uma exigência moral para que se evite os custos morais da falta de certeza, segurança, previsibilidade, possibilidade maior de erros e para que as decisões sejam tomadas pelos agentes corretos".[191]

Essas linhas de argumentações são diferentes da que escolhemos adotar neste trabalho. De fato, levando-se em consideração as conclusões de Misabel Abreu Machado Derzi, especificamente acerca da mudança de jurisprudência em matéria tributária – e sua necessária observância da proteção da confiança, da boa-fé objetiva e da irretroatividade, como direitos fundamentais dos contribuintes aptos a atuarem como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar –, antecipamos que o ponto de chegada é bem próximo daquele alcançado no presente trabalho. O caminho trilhado, contudo, distancia-se num e noutro caso.

A doutrina de Tercio Sampaio Ferraz Junior é calcada a partir do exercício da discricionariedade, que certamente é mais limitada na decisão jurisdicional (subordinada que é a certos parâmetros pré-determinados) e ampla na decisão política (sujeita ao elástico senso de conveniência e oportunidade). Tal distinção será retomada adiante.

Finalmente, pinçamos ligeiros trechos da tese defendida por Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal sobre o adequado deslocamento do argumento pragmático como meta-teoria normativa da decisão judicial (de segunda ordem, que recai sobre como se vai decidir). Lançando mão da decisão judicial de segunda ordem, Noel Struchiner busca resgatar a dignidade do formalismo jurídico, em contraposição aos modelos particularistas, onde o ponto de destaque é a modelagem institucional.

1.2.5 Considerações finais

[191] Em seguida, o estudioso explica que: "A escolha deve passar necessariamente por uma investigação empírica das capacidades institucionais daqueles que criam e aplicam regras, pelo reconhecimento de que aqueles órgãos responsáveis por tomar decisões trabalham, no mundo real, dentro de um cenário de racionalidade circunscrita. Uma teoria preservadora de regras é, mais do que qualquer outra coisa, uma teoria acerca da 'confiabilidade comparada'. Em certos ambientes de tomada de decisões, nós podemos confiar mais naqueles que criaram as regras do que naqueles que têm que aplicar a decisão. Isso pode variar de tempos em tempos e de domínio de decisão para domínio de decisão" (STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 478-479). Para aprofundamento das idéias deste articulista, confira: STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. mimeo. 191 p. Para ler a fonte na qual se inspira, consultar: SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 1991, 254 p.

Diante das variadas críticas que foram endereçadas por Ronald Dworkin ao pensamento de Richard A. Posner, incumbe neste momento relembrar algumas que consideramos particularmente interessantes. É curioso perceber como o viés prospectivo – ou voltado ao futuro (*forward-looking*) – do pragmatismo jurídico pretende, de um lado, romper com qualquer relação com o passado (sua legislação e os seus precedentes judiciais) e, de outro, abrir caminho para uma possível tomada de decisão livre daquelas "amarras", levando em consideração as melhores conseqüências para o futuro da comunidade.

Esse critério único (de escolher quais os melhores resultados se pretende alcançar com a decisão) abre ampla margem para a adoção de indesejável e incontrolável subjetivismo no âmbito da prestação jurisdicional, dificultando o seu controle, fiscalização e transparência. De fato, ignorando a coerência sistêmica das decisões judiciais, Posner supõe que estaria atendendo melhor aos anseios da sociedade.

Poderia não haver nada de errado em se privilegiar a atenção às necessidades sociais mais óbvias, seja pela adoção do chamado "experimentalismo" ou qualquer outra teoria que estabeleça isso. Contudo, o abandono da "razão" em prol desta experiência calcada principalmente na intuição do magistrado (e suas preferências pessoais e políticas), como quer Posner, pode abrir um campo enorme para o subjetivismo arbitrário.

A noção em torno do que seja uma "melhor" comunidade futura, por si só, já é capaz de despertar tantos pontos de vista quantos sejam os inquiridos. Cada um pode ter uma concepção diferente e sua a respeito do que considera uma "melhor" comunidade. É justamente nessa adjetivação que pode se instalar o arbítrio subjetivista no lugar da justificativa racional. Além disso, dependendo do que seja tido pelo intérprete como "melhor" comunidade futura, é bem possível que diversos interesses e direitos sejam desrespeitados em benefício de um projeto mais amplo e ambicioso em torno da tal comunidade futura que se quer. Essa história já é conhecida, e vimos a tragédia em que se tornou.

No plano prático, é notória que a adoção do ponto de vista pragmático conduz a uma maior imprevisibilidade e, consequentemente, insegurança, ao menos nas relações jurídicas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Posner supervaloriza a figura do juiz,[192] possivelmente inspirado a partir de sua rotina e biografia, de modo a livrá-lo de qualquer comprometimento e deixá-lo livre para exercer a sua função jurisdicional baseado na intuição e preferências pessoais e políticas. Com isso, busca atingir melhores resultados – identificados por ele – para a sua comunidade. Todavia,

[192] Ronald Dworkin certamente também supervaloriza a figura do juiz, especialmente com a sua alegoria de Hércules. Mas a teoria que engendra em sua obra não é o principal foco deste trabalho de pesquisa.

essa ampla liberdade discricionária conduz também para a falta de controle e transparência. Daí porque é necessário e recomendável o comprometimento do magistrado, tanto com os precedentes judiciais como também com a legislação, e, principalmente, do enfoque a partir da Constituição da República. Deste modo, a adoção de princípios jurídicos deve sobrepor-se às preferências pessoais e políticas.

Caso prevalecesse o entendimento de Posner de que os juízes só devem decretar a inconstitucionalidade das leis por motivos morais quando houver razões práticas preementes que sinalizem nesse sentido, então chegaríamos ao absurdo de que muito excepcionalmente seria declarada a inconstitucionalidade. Nessa linha de raciocínio, a despeito de se ter uma afronta à Constituição da República, caso certo ato normativo vigorasse durante anos a fio, não haveria qualquer "razão prática" para que fosse, a essa altura, retirada do ordenamento jurídico. De igual modo, um ato normativo que fosse cumprido, ainda que para depois discutir a sua legitimidade, não seria confrontado com a Constituição, já que efetivamente foi cumprido. Isso nos parece absolutamente desarrazoado.

A adoção de semelhante pensamento levaria a um elevado grau de discricionariedade (e até arbítrio) por parte dos magistrados. Se for verdade que o pragmatismo está enraizado na cultura e política norte-americanas, é também certo que tal modo de pensar não se coaduna com a realidade brasileira e o atual estágio de nosso processo civilizatório de modo prevalecente. Nada impede, contudo, utilizá-lo de maneira discreta e limitada.

Neste sentido, releva destacar a contribuição de Humberto Ávila que, sem se aprofundar no exame do pragmatismo jurídico de Posner, fornece um arcabouço a respeito da teoria da argumentação capaz de colocar o argumento pragmático ou conseqüencialista no seu devido lugar, isto é, o último e de menor peso na interpretação jurídica, atuando de modo cumulativo e como mero reforço dos princípios jurídicos, consoante acrescentado por Ana Paula Ávila.

Com efeito, a partir da preocupação de como os argumentos têm sido arbitrariamente utilizados pelos intérpretes, Humberto Ávila apresenta os argumentos sob as perspectivas multidirecionais e multidimensionais na busca da sua recondução aos princípios constitucionais de maiores hierarquias axiológicas para concretizar crescentemente a Constituição da República e dar-lhe a máxima efetividade na ordem jurídica.

Vimos, por conseguinte, que além do debate frontal (sobre a decisão judicial de primeira ordem) existente entre Richard Posner e Ronald Dworkin, há outras linhas de argumentação que podem ser trilhadas. No cenário internacional, destacam-se, por exemplo, a

compreensão sobre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o enfoque interpretativo em torno do modelo institucional de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, bem como o resgate pelo formalismo jurídico capitaneado por Frederick Schauer.

No âmbito nacional, vimos que a Professora Misabel Abreu Machado Derzi busca fundamentar a sua tese, convergente com o nosso entendimento em boa medida, a partir das lições de Luhmann. De igual modo, a tese de Noel Struchiner é fortemente fundada nos ensinamentos de Schauer, inclusive com colocações particularmente interessantes e originais. A partir de uma idéia exposta por Sunstein e Vermeule, Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal conseguiram extrapolar os limites do pragmatismo para buscar atribuir-lhe uma nova roupagem capaz de rearranjá-lo como (meta)teoria da decisão judicial. A par do debate inicialmente posto e além dele, essas teorias e doutrinas trazem mecanismos e instrumentos que, em maior ou menor medida, buscam explicar o fenômeno em torno da tomada de decisão judicial.

2 O ARGUMENTO PRAGMÁTICO NA DECISÃO JUDICIAL

2.1 Considerações iniciais

O estudo sobre o argumento pragmático ou conseqüencialista começa a ser paulatinamente desenvolvido pela doutrina nacional. Contudo, ainda falta um longo caminho até que tenhamos explorado o tema ao ponto de pavimentar o percurso com colocações de variados matizes (criando, assim, o que pode ser chamado de "massa crítica").[193]

De um lado, já traçamos um panorama sobre as idéias centrais do pragmatismo jurídico e do conseqüencialismo, no qual foi destacado o movimento filosófico norte-americano que originou o pragmatismo jurídico, que atualmente tem sido defendido de maneira aguerrida pelo magistrado norte-americano Richard A. Posner. De outro lado, foi traçado um panorama de alguns contrapontos possíveis, levantados principalmente por Ronald Dworkin em crítica direta e explícita à obra de Posner, complementado neste trabalho pelo pensamento do Professor Humberto Ávila em estudo seminal no qual formula uma teoria da argumentação jurídica, inclusive e principalmente levando-se em consideração o argumento "prático" (ou pragmático/conseqüencialista).

Segundo a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Humberto Ávila, o argumento pragmático ou conseqüencialista (como "não-institucional") se limita a um peso mais discreto em relação ao argumento jurídico central (como "institucional"), servindo primordialmente para corroborá-los ou reforçá-los.

Superado o trecho inicial do presente trabalho, no qual delineamos o marco teórico fundamental para o desenvolvimento das idéias aqui arranjadas, passamos agora para o ponto em que buscamos encontrar distintas situações da vida em que o uso do argumento pragmático ou conseqüencialista é recomendado (e pode até mesmo reinar sobre outros tipos de argumentos que sejam levantados) e outras em que é inadequado (ao menos no sentido de que não deve reinar exclusivo ou mesmo prevalecer sobre outros de viés jurídico).

Iniciamos o capítulo reconhecendo que, sob o olhar prático, o argumento pragmático ou conseqüencialista é perfeitamente adequado na tomada de decisões eminentemente políticas. Implica dizer que, no ambiente em que prevalece o trato político da coisa pública, como ocorre nos ramos políticos do governo (entendido no sentido amplo, abrangendo tanto o

[193] A referência foi lembrança das aulas do Professor Luís Roberto Barroso. A expressão é utilizada para designar uma gama razoavelmente variada de tendências e opiniões fundamentadas sobre certa temática.

Poder Executivo como também o Legislativo), é perfeitamente possível – e, por vezes, até mesmo recomendável – que na análise da "oportunidade e conveniência política" o argumento pragmático prevaleça em freqüentes ocasiões.

Isso não significa que o aspecto jurídico das questões seja desprezado. Ao contrário, sempre há de ser levado em conta também, inclusive através do prisma constitucional. Contudo, tendo em vista o trâmite próprio do processo legislativo (do qual mencionamos um pequeno universo, a título meramente ilustrativo), a complexidade dos arranjos que são criados no âmbito interno do Poder Legislativo e entre ele e o Executivo, o potencial eleitoral de cada proposta, dentre tantos outros influxos a que se submete diariamente o processo político, é comum constatarmos o adiamento de certo projeto legislativo, o "engavetamento" e até mesmo o seu arquivamento.[194]

Desse modo, distinguimos desde logo a situação política da jurídica. De fato, no próprio âmbito interno da política, é possível que a parte dedicada ao exame da legalidade e constitucionalidade da proposta seja realizada por certo órgão e a análise da "oportunidade e conveniência política" seja realizada por outro. Tamanha é essa distinção que há campos específicos da seara política que refogem à revisão judicial, como por exemplo, o ato *interna corporis* e a "questão política". Nessas situações enraizadas no âmbito interno dos ramos políticos é absolutamente típico e recomendável que o argumento pragmático ou conseqüencialista seja usado e até de modo prevalecente.

---

[194] O Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis" constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-lei n. 406, de 31.12.1968, bem como o seu correspondente no âmbito do Município de Santos (cf. STF – Pleno, RE 116.121, Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, j. 11.10.2000, DJU 25.05.2001). Nesse caso, a Presidência do STF enviou o ofício para a finalidade do inciso X do art. 52 da Constituição da República em 29.06.2001 para o Presidente do Senado Federal. É curioso notar que, em 01.08.2003, foi publicada a Lei Complementar n. 116, que dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de qualquer natureza de competência dos Municípios e revogou expressamente parte do referido Decreto-lei n. 406/68. Por proposta do Ministério da Fazenda, o Presidente da República opôs veto ao item 3.01 da Lista de Serviços, com base no pronunciamento definitivo do STF no RE 116.121 (cf. Mensagem n. 362, de 31.07.2003). Chegando no Senado Federal, o Ofício 25/2001 foi autuado como PRS 26/2005 em 07.06.2005. Quanto ao PRS 26/2005, em 24.06.2009 verificamos que aguarda inclusão em Ordem do Dia desde 27.06.2005. Essa parece ser uma singela ilustração de como um projeto de ato normativo (resolução do Senado Federal) pode realmente demorar, quando "engavetado". A despeito da oposição do veto presidencial quando da promulgação da Lei Complementar n. 116, que inclusive foi fundamentado no firme precedente judicial mencionado, o Senado Federal permanece inerte nessa sua relevante função de suspender a execução na forma referida anteriormente. Em razão disso, alguns Municípios permaneceram cobrando o ISS sobre a "locação de bens móveis" até o advento da Lei Complementar n. 116/2003, abarrotando o Poder Judiciário com milhares de ações ajuizadas contra o referido tributo na situação específica apontada. O elevado número de ações exponenciou-se em razão da competência municipal para instituir e cobrar o tributo e, consequentemente, da Justiça Comum para o processamento e julgamento dessas questões. Geralmente, o precedente judicial assinalado é aplicado para a solução desses casos, mas algumas exceções são também vistas, especialmente na esfera estadual dos tribunais de justiça. Isso, juntamente com o famigerado "dever legal" de recorrer que submetem as procuradorias das fazendas municipais, leva ao processamento, julgamento e interposição de recursos nesta questão jurídica que já é sedimentada pelo órgão de cúpula do Judiciário nacional. É que, sem a força vinculante e o efeito *erga omnes* que a referida resolução senatorial é capaz de revestir aquele precedente, permanece aberta a decisão final de cada caso concreto. Essa situação perduraria até que o Senado Federal finalmente editasse a sua resolução ou que o STF editasse súmula vinculante a respeito da questão, o que efetivamente ocorreu recentemente (cf. Súmula Vinculante n. 31).

Ainda sob o olhar prático, destacamos que na seara da tomada de decisões judiciais o uso do argumento pragmático ou conseqüencialista é geralmente inadequado. Alguns exemplos podem ilustrar esta assertiva, que admite exceções. As informações e dados – de que dispõem os ramos políticos no trâmite próprio do processo legislativo – não são disponíveis aos magistrados antes do julgamento de questões, dados esses que lhes permitiriam formar a sua convicção. Ainda que tais informações e dados fossem disponibilizados a tempo, o magistrado possivelmente não compreenderia parcial ou integralmente o documento, quando tivesse um viés essencialmente extra-jurídico, já que lhe faltaria capacitação técnica nesse sentido.

Ademais, os estudos e exercícios econômicos devem ser considerados a partir de sua natureza suplementar ou, em certas situações, meramente especulativa. De fato, desde que não sejam um fim em si mesmo, servirão como meio ao propósito de inaugurar determinado programa ou confirmar o andamento de certa política pública. Enfim, enquanto tais projeções são úteis aos ramos políticos do governo (no sentido amplo), elas são inúteis para a tomada da decisão judicial, que há de se basear preferencialmente nos argumentos jurídicos centrais colocados sob exame, sob pena de sua flagrante ilegitimidade.

Além disso, é necessário tecer breves considerações sobre a possível influência dos órgãos da mídia, que freqüentemente divulgam notícias alarmantes sobre exagerados bilhões de reais que "seriam desviados" dos sistemas previdenciário, educativo, dentre outros, em razão de eventual declaração de inconstitucionalidade de determinado tributo (ou da majoração de sua alíquota).[195]

E, finalmente, fechando o trecho relacionado ao olhar prático, buscamos um tipo de efeito neutralizador do que poderia ser a admissão do argumento pragmático ou conseqüencialista em proveito do Fisco. Trata-se do exame prévio pelo contribuinte dos custos e da viabilidade econômica da ação ou defesa judicial e as conseqüências gerenciais daí advindas. Nesse sentido, uma vez que o argumento pragmático ou conseqüencialista pode ser usado por qualquer uma das partes (contribuintes e Fisco) que discutem a matéria tributária e em caráter prévio à tomada da decisão judicial, esse antagonismo neutralizaria a prevalência com base na notícia *ad terrorem*, veiculada pelos órgãos da mídia ou não.

---

[195] No presente trabalho de pesquisa, quando nos referimos à declaração de inconstitucionalidade de determinado tributo (ou da majoração de sua alíquota), estamos pensando também na declaração de inconstitucionalidade de certa sistemática legal ou regulamentar e no reconhecimento da constitucionalidade de alguma isenção (em sentido amplo), bem como no reconhecimento da ilegalidade, enfim, na decisão que é tomada em favor dos contribuintes e no sentido contrário aos interesses da Fazenda Pública (Fisco).

Em seguida, os olhares teóricos que são destacados se referem à tomada da decisão judicial, a adequação regrada (e não mais inadequação, sob o ponto de vista prático) e alguns aspectos processuais e constitucionais. Com efeito, em consonância com aqueles contrapontos ao pragmatismo jurídico que serão levantados, nos quais parte da idéia conclusiva – adiantamos – é de que o argumento pragmático ou conseqüencialista serve para corroborar ou reforçar (em caráter complementar ou suplementar) os argumentos jurídicos centrais.

Dentre os aspectos processuais que consideramos, destacam-se, em resumo: a distinção entre a atividade legislativa e a prestação jurisdicional; a abstração e generalidade da lei em contraposição à decisão judicial em ações diretas; a decisão judicial no sistema de controle de constitucionalidade, no sentido da maior aproximação dos modelos concentrado e difuso; a necessária distinção entre a tomada de decisão liminar e de mérito; o efeito multiplicador do precedente, como aspiração de estabilizar as relações sociais pela segurança jurídica; e a colocação de que o Poder Judiciário não é qualquer tipo de "segunda instância do governo".

Dentre os aspectos constitucionais, registramos, de início, a filtragem a partir da Constituição como parâmetro. Em seguida, elaboramos um elenco de possíveis violações à Constituição, na hipótese de uso exclusivo ou prevalecente do argumento pragmático ou conseqüencialista, especialmente de cunho econômico em matéria tributária. Dentre tais violações, dividimos o elenco em três tipos principais, a saber, aquelas infrações: aos princípios fundamentais, aos direitos fundamentais previstos no art. 5º e aos demais princípios constitucionais e tributários. Esse rol é meramente exemplificativo.

Por fim, o último tópico é dedicado ao estabelecimento de algumas regras sobre o uso do argumento pragmático ou conseqüencialista, com a explicação subseqüente que as justificam, de modo a formar um manual que, longe de ter a pretensão de estar definitivamente concluído, se presta a dar um primeiro passo para que este tema seja mais profundamente abordado (a partir do ambiente acadêmico) pela sociedade civil organizada no sentido de construirmos e municiarmos o meio jurídico com os instrumentos pertinentes ao caminho que todos queremos seguir, rumo à maior estabilidade e pacificação social, na esfera tributária, entre os contribuintes e o Fisco.

2.2 **Olhar prático: adequação nas decisões políticas vs. Inadequação no âmbito jurisdicional**

Há um déficit de legitimidade do processo político majoritário para atender algumas das grandes demandas da sociedade e, portanto, o Judiciário está suprindo este déficit. Mas não há democracia sem um Poder Legislativo atuante, dotado de credibilidade e com identificação com a sociedade civil. Portanto, eu não acho que a nossa postura deva ser de simples crítica ao Legislativo, mas sim de repensá-lo para recolocá-lo no centro da política.[196]

2.2.1 A utilidade da informação no plano político e na esfera judicial

O pragmatismo jurídico, como corrente de pensamento da filosofia do direito constitucional, pode (e deve) ser levado em conta na tomada de decisões políticas. As decisões políticas são aquelas tomadas pelos ramos políticos da organização estatal, ou seja, o Legislativo, quando atua tipicamente na elaboração da mais variada gama de leis, bem como o Executivo, na sua função também típica de implementar e executar os programas, preceitos legais e constitucionais, além da sua função atípica de legislar através de medida provisória.

Assim, por exemplo, nas etapas de criação, debate, elaboração, votação, implementação e execução de políticas públicas relevantes, é perfeitamente possível que algumas ou várias conseqüências (econômicas, políticas, sociais e jurídicas) em jogo sejam levadas em consideração pelos agentes políticos envolvidos com a iniciativa em questão. Isso não só é legítimo como também, muitas vezes, necessário para que os governantes (em sentido amplo) sejam capazes de vislumbrar todo o quadro envolvido na tomada de decisão política sobre determinada questão que culminará com a edição de certa lei ou ato normativo (ou não).[197]

De fato, no *Manual de Redação da Presidência da República* consta expressamente, como estrutura recomendada da "Exposição de Motivos" que submeta projeto de medida provisória ao Presidente da República, anexo que mencione "se se trata de problema cuja

---

[196] HAIDAR, Rodrigo. Anabolizante Judicial: Quando o Legislativo vai mal, o Judiciário toma conta – Entrevista com o Prof. Luis Roberto Barroso. **Revista Consultor Jurídico**, 21.09.2008. Disponível em: <http:// www.conjur.com.br/2008-set21/quando_legislativo_mal_judiciario_ toma_conta>. Acesso em: 22 set. 2008.

[197] Esse exercício sobre as prováveis ou possíveis conseqüências necessariamente inclui uma série de estudos e projeções que, de maneira mais aproximada ou remota, podem trazer dados e informações relevantes na elaboração de determinada matriz decisória em prol do chamado "interesse público". É importante repisar que, nesse momento, o pragmatismo e o conseqüencialismo podem e devem ser levados em consideração pelos ramos políticos no processo da sua tomada de decisões, que engloba a criação, debate, elaboração, votação, implementação e execução de políticas públicas relevantes. Exemplo cabal da necessidade de tal exercício é encontrado, no direito nacional, tanto na forma de recomendação como também na forma cogente de decreto (que regulamenta os projetos de atos normativos de iniciativa da Presidência da República).

causa ou agravamento não tenham sido previstos" e "se se trata de desenvolvimento extraordinário de situação já prevista", dentre outras.[198]

Além disso, o Decreto n.4.176/2002, ao estabelecer normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Execcutivo, prevê em seu Anexo I indagações específicas quando do exame acerca das questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos[199] no âmbito do Poder Executivo.[200]

De acordo com o ponto de partida escolhido, registra-se desde logo que é legítima e recomendável a consideração do argumento pragmático ou conseqüencialista, inclusive e especialmente de cunho econômico, na tomada das decisões políticas levadas a efeito pelos ramos políticos da estrutura estatal (Legislativo e Executivo).

Todavia, tratando-se da função típica de prestação jurisdicional e cuidando-se da tomada de decisões judiciais, a situação é diferente. É que o tempo corre de maneira diversa no processo legislativo e no processo judicial. De fato, no processo legislativo, o dever de agir nos dias atuais impõe ao legislador uma resposta relativamente rápida e eficaz aos problemas vivenciados, que deve ser temperada com a necessária reflexão sobre as conseqüências jurídicas, sociais e econômicas do ato normativo, sob pena de incorrer *ab ovo* em alguma mácula ou inexatidão (de modo contraproducente).[201]

Embora o processo legislativo possa ser mais célere que o judicial, ele também deve tramitar no seu tempo, ou seja, não deve se precipitar e tampouco se retardar demasiado. Assim, uma lei editada de maneira apressada terá maior possibilidade de conter equívocos e

---

[198] BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 19-21.

[199] "Consideram-se atos normativos para efeitos deste Decreto as leis, as medidas provisórias e os decretos" (cf. dispõe o parágrafo único do art. 1º do Decreto n. 4.176/2002).

[200] Destacamos os seguintes trechos: "1.5. Que repercussões têm o problema que se apresenta no âmbito da economia, da ciência, da técnica e da jurisprudência?"; "1.7. O que poderá ocorrer se nada for feito? (Exemplo: o problema tornar-se-á mais grave? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que conseqüências?)"; "2.3. Quais os instrumentos de ação que parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos: [...] efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas; efeitos colaterais e outras conseqüências"; "4.8. A disciplina proposta não produz resultados intoleráveis ou insuportáveis para o destinatário?" (cf. Anexo I do Decreto n. 4.176, publicado no DOU de 01.04.2002). Com idêntico teor: BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 88-91.

[201] Nesse sentido: "Assinale-se, por outro lado, que as exigências da vida moderna não só impõem ao legislador um dever de agir, mas também lhe cobram uma resposta rápida e eficaz aos problemas que se colocam (dever de agir com a possível presteza e eficácia). É exatamente a formulação apressada (e, não raras vezes, irrefletida) de atos normativos que acaba ocasionando as suas maiores deficiências: a incompletude, a incompatibilidade com a sistemática vigente, incongruência, inconstitucionalidade, etc" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 77).

máculas que dificultarão o seu processo de aplicação. De outro lado, se demorar para ser editada, a lei pode chegar ao ordenamento em momento inoportuno e tardio.[202]

Na etapa do processo legislativo que antecede à aprovação do projeto de ato normativo, é importante que o órgão competente para apreciá-lo e votá-lo detenha a maior gama de informações e dados sobre a matéria objeto de regulação. Isso é viabilizado no âmbito interno dos Poderes Executivo e Legislativo pelos diferentes órgãos e comissões que se dedicam à coleta de tais informações e dados. De qualquer modo, o processo legislativo permite albergar e acomodar o conhecimento multidisciplinar de variados campos que se relacionem com o tema objeto de exame quando dos debates em torno de certo ato normativo. Tratando-se da lei, esse debate (em certa medida) pretende reproduzir a discussão que ocorreria na sociedade civil organizada, com a consideração dos argumentos de variados matizes.

É que o tempo de trâmite do processo legislativo permite que a ele se acresçam contribuições variadas de especialistas, colaboradores, comissões e órgãos dedicados ao estudo da questão que então se submete à apreciação. Esse suporte técnico no debate parlamentar não tem o mesmo espaço no processo judicial.

Com efeito, o processo judicial tem peculiaridades que não permitem tais acréscimos. No âmbito do modelo difuso de controle de constitucionalidade, a limitação é bastante óbvia, vez que o magistrado deve permanecer adstrito aos argumentos trazidos pelas partes em litígio, notadamente de cunho jurídico. Estes e quaisquer outros argumentos trazidos aos autos devem ser provados, sob pena de que o magistrado os desconsidere. Constata-se que, em princípio, o julgamento estreita-se ainda mais, limitando-se aos argumentos expostos pelas partes nos autos sob exame e àquelas que o magistrado pode (e deve) conhecer *ex officio*.

No âmbito do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a limitação evidencia-se pelo parâmetro que deverá nortear o julgamento, ou seja, a Constituição. Apesar

---

[202] Por meio do contato direto que os eleitores mais exigentes proporcionam (e cobram) aos parlamentares e órgãos públicos, da pressão de grupos organizados (e o material e estudo que comumente disponibilizam) e da participação de especialistas credenciados (com estudos e pareceres específicos), além de seu pessoal interno de assessoria, os órgãos vinculados aos ramos políticos são capazes de realizar criterioso levantamento de dados e informações acerca da questão que é submetida à apreciação dos agentes políticos competentes. Esse levantamento certamente transcende a esfera jurídica e transborda para o conhecimento interdisciplinar, cujas contribuições passam a constituir precioso instrumental também para o exame da oportunidade e conveniência política. De fato, registre-se que: "Os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. Eles estão obrigados a colher variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, pesquisa esta que não pode ficar limitada a aspectos estritamente jurídicos". Releva notar que: "Imprescindível revela-se, igualmente, a análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo". Registre-se ainda que: "Somente a realização dessa complexa pesquisa, que demanda a utilização de conhecimentos interdisciplinares, poderá fornecer elementos seguros para a escolha dos meios adequados para atingir os fins almejados" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 77).

de institucionalmente ter as características mais próximas do processo legislativo, o exame pelo Judiciário tende a restringir-se aos argumentos predominantemente jurídicos.[203]

É que o Poder Judiciário, de maneira geral, e o STF, de modo particular, devem olhar para tais questões sempre através da lente constitucional, pouco importando a oportunidade e conveniência política. Ademais, os órgãos jurisdicionais não dispõem de recursos financeiros, institucionais e humanos para exercer aquela atividade de coleta e análise de variada gama de informações e dados com maior freqüência (de viés interdisciplinar), embora seja admitida a exceção da audiência pública.[204]

De fato, mesmo que o STF disponha de mecanismo que lhe permita amealhar o cabedal de informações de que necessita para prolatar uma decisão suficientemente esclarecida, como lhe faculta a audiência pública, releva notar que se trata de um instrumento de concretização lenta e dispendiosa, o que tende a torná-lo de excepcional utilização. É que geralmente não é próprio de sua função típica a coleta aprofundada de informações e dados, embora seja necessária a compreensão básica sobre certos aspectos específicos do tema em discussão.

Tais informações e dados, entretanto, não devem ser levados ao conhecimento do Poder Judiciário sob a forma de meros argumentos apelativos, emotivos ou pura e simplesmente *ad terrorem*, como ocorre quando a Fazenda Pública lança mão do argumento

---

[203] Dessa forma, os argumentos esgrimidos na ação direta devem demonstrar uma (ou mais) afronta ao dispositivo constitucional de forma direta, sob pena do reconhecimento de possível ofensa meramente indireta ou reflexa, que, de acordo com a jurisprudência consagrada da Corte Suprema, não é suficiente a ensejar um exame acerca da eventual declaração de inconstitucionalidade. Confira os trechos das seguintes ementas: "Firmou a jurisprudência deste Supremo Tribunal o entendimento de que só é cabível a ação direta de inconstitucionalidade para o confronto direto, sem intermediários, entre o ato normativo impugnado e a Constituição Federal. Precedentes: ADIMC n. 996, Rel. Min. Celso de Mello e ADI n. 1388, Rel. Min. Néri da Silveira. Impossibilidade jurídica do pedido" (STF – Pleno, ADI 1.670, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.10.2002, DJU 08.11.2002); "Tem-se inconstitucionalidade reflexa – a cuja verificação não se presta a ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição" (STF – Pleno, ADI 3.132, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.02.2006, DJU 09.06.2006). No mesmo sentido: STF – 1ª Turma, AI 679.728 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10.02.2009, DJE 12.03.2009.

[204] Nesse sentido, possibilitando uma análise mais detida e acurada, inclusive com a participação da sociedade civil organizada, o § 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99 dispõe que: "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria", que serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator (cf. o § 3º do referido art. 9º). O § 1º do art. 6º da Lei n. 9.882/99 tem dicção bem próxima desta anteriormente apontada. Releva notar que a falta de familiaridade da Corte Suprema com estes mecanismos é tão grande que, transcorridos mais de uma década que estes dispositivos estão em vigor no ordenamento jurídico nacional, as quatro primeiras audiências públicas foram realizadas recentemente. De fato, a primeira foi no âmbito da ADPF 101, cujo objeto cuidava da possibilidade de importação ou não de pneus usados e foi realizada no final de junho de 2008. Em seguida, outra audiência pública foi realizada, agora no âmbito da ADPF 54, cujo objeto versava sobre a possibilidade ou não da interrupção da gravidez com feto anencefálico, e foi iniciada em 26.08.2008 e concluída em 16.09.2008. A terceira foi realizada entre os dias 27.04.2009 e 07.05.2009 e referiu-se a relevante questão relacionada à saúde no País. A quarta foi realizada no âmbito da ADPF 186 e do RE 597.285 e versou acerca da constitucionalidade de políticas de ação afirmativa e reserva de vagas no ensino superior, tendo sido iniciada em 03.03.2010 e concluída em 05.03.2010. Além da falta de familiaridade, podemos imaginar que se destaca também o ônus do enorme tempo gasto, do custo incorrido e da mobilização da Corte em torno de tais assuntos.

conseqüencialista de cunho econômico em casos que versam sobre matéria tributária. Trata-se do recorrente argumento de que eventual julgamento desfavorável ao Fisco seria capaz de impactar as contas públicas em X bilhões de reais.[205]

Ante a ausência de justificativa ou fundamento, o uso por uma das partes do processo judicial do argumento conseqüencialista de cunho econômico deveria, pelo menos, fazer-se acompanhar de dados e informações (cálculos e explicações) que a comprovassem. De outro modo, deveria ser dada a oportunidade adequada para que a parte contrária do processo se manifestasse a respeito e contraditasse ou acrescesse aos autos outros dados e informações (cálculos e explicações) que poderiam divergir daquele inicialmente colecionado.[206]

2.2.2 Vinculatividade jurisdicional vs. oportunidade e conveniência política

A distinção entre a natureza própria da tomada de decisão política e a da jurídica pode ser bem compreendida a partir da singela análise da dinâmica de tramitação legislativa, em que os projetos de lei apresentados com fundamento em razões de oportunidade e

---

[205] A título meramente ilustrativo, confira as seguintes manchetes e chamadas, pesquisadas por amostragem no *Google*: "Decisão do STF causa rombo financeiro": "Cerca de 12 estados correm o risco de sofrer um rombo financeiro para devolver o valor das contribuições cobradas indevidamente dos servidores inativos antes de 2004" (In: **Jornal do Commercio**. Rio de Janeiro, 27.08.2004, p. 16); "Supremo deve estrear súmula vinculante em decisão sobre INSS": "O Supremo Tribunal Federal (STF) deverá promover a estréia da súmula vinculante no julgamento de um rombo bilionário nas contas da Previdência, [...]" (In: **Valor Econômico**. São Paulo, 02.02.2007); "Devolução de ICMS depende de um voto": "Agora, tributaristas temem que se inicie uma pressão do poder público sobre o ministro [Carlos Britto], com a alegação de um rombo bilionário caso decida em favor dos contribuintes" (In: TEIXEIRA, Fernando. **Valor Online**. São Paulo, 08.02.2007); "STF cria expectativa de nova reviravolta para Cofins e IPI": "Mas pode também favorecer o governo federal, que pretende apelar para o instrumento [modulação temporal dos efeitos da decisão] a fim de evitar um rombo bilionário nos cofres da União caso o STF confirme, no julgamento em curso, que o ICMS não integra a base de cálculo da Cofins [...]" (In: **Valor Econômico**. São Paulo, 09.10.2007, p. E1), dentre tantas outras. Muitas vezes esses argumentos apelativos, emotivos ou *ad terrorem* são inseridos no universo processual sem arrimar-se sequer em qualquer justificativa ou informação apta a detalhar a composição do valor "mágico" levianamente apresentado, isto é, não há um estudo sério que confira supedâneo técnico aos elevados montantes alardeados. Ainda que fossem apresentados, tais elementos constituiriam "argumentos não-institucionais", a serem considerados com menor peso e depois de perfilhados os argumentos jurídicos centrais.

[206] Verifica-se, por conseguinte, que a utilização do argumento conseqüencialista de cunho econômico, tal como vem sendo manejado pela Fazenda Pública junto aos Tribunais Superiores, tem sido acrescido aos processos judiciais de maneira que consideramos ilegítima, já que promove evidente desequilíbrio na paridade de armas entre as partes do litígio e viola o contraditório e a ampla defesa. Essas razões parecem indicar que a coleta de informações no julgamento das grandes questões nacionais deve ser feito, quando indispensável, com grande cautela, e observado o contraditório. Em matéria tributária, não há que se permitir o tom apelativo e ameaçador utilizado pela Fazenda Pública com a aparição pura e simples de números "mágicos" e levianos, vez que sem qualquer comprovação legítima e sem oportunidade de contradita. A despeito de ter sido crescentemente utilizado de maneira ilegítima pela Fazenda Pública, não significa que o argumento pragmático ou conseqüencialista seja proibido de compor o quadro decisório. No fecho desta Segunda Parte, apresentaremos alguns balizamentos possíveis e os contornos que julgamos desejáveis para que a utilização desse tipo de argumentação seja regrada de maneira adequada, ou seja, será buscado um regramento que sirva como parâmetro para o uso responsável do argumento pragmático ou conseqüencialista, principalmente de cunho econômico em matéria tributária, na tomada da decisão judicial.

conveniência são submetidos ao crivo da Comissão de Constituição e Justiça para a verificação preliminar de sua compatibilidade com a Lei Maior.[207]

No campo jurisdicional a análise é fundamentalmente de compatibilidade com a Lei Maior. Razões de ordem prática, que implicam juízos de conveniência e oportunidade, são de natureza secundária.[208]

De fato, quando determinada questão tributária chega ao conhecimento do STF para aferição da constitucionalidade da lei pertinente, implica dizer que, geralmente, já ultrapassou aquele percurso sucintamente descrito do processo legislativo dos ramos políticos do governo (em sentido amplo).

Vale dizer, os eventuais argumentos pragmáticos que circunscrevem a questão constitucional tributária submetida à análise da Suprema Corte já foram – ou deveriam ter sido – levadas em consideração no momento da aprovação e implementação do ato normativo então sob escrutínio.[209]

---

[207] Neste sentido, o Decreto n. 4.176/2002 estabelece que, dentre os órgãos competentes para examinar os projetos de atos normativos oriundos da estrutura da Presidência da República, destaca-se a Casa Civil, encarregada de "examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo" (cf. o inciso I do art. 34 do Decreto n. 4.176/2002). No âmbito interno da Casa Civil, a análise de mérito compete à Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil, a quem incumbe "examinar os projetos quanto ao mérito, à oportunidade e à conveniência política [...]" (cf. o inciso I do art. 35 do Decreto n. 4.176/2002). A análise jurídica, por sua vez, compete à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, que deverá "emitir parecer final sobre a constitucionalidade e legalidade dos projetos de ato normativo [...]" (cf. o art. 36 do Decreto n. 4.176/2002). É sintomático que, dentro da competência própria da Casa Civil, a Subchefia de Coordenação da Ação Governamental seja encarregada de examinar os projetos quanto ao mérito, à oportunidade e à conveniência política e a Subchefia para Assuntos Jurídicos seja encarregada de emitir parecer final sobre a constitucionalidade e legalidade dos projetos. A indicação é clara no sentido de que a decisão política, tomada à luz da "oportunidade e conveniência política", é distinta da decisão jurídica, tomada à luz do exame acerca da constitucionalidade e da legalidade, mesmo no âmbito interno da Casa Civil, órgão integrante da estrutura da Presidência da República. A distinção na dinâmica da tomada de decisão é tamanha que a própria Casa Civil entendeu por bem separar tais competências em diferentes órgãos: um encarregado da análise política e, outro, do exame estritamente jurídico.

[208] O uso do argumento conseqüencialista de cunho econômico deve ser reduzido à sua dimensão periférica no julgamento de questão constitucional pelo STF. O seu uso deve ser minimizado, já que tem menor peso e deve se limitar a corroborar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais do debate. Admitir ao magistrado pautar a sua decisão jurídica exclusiva ou predominantemente por estudos técnicos e exercícios econômicos, muitas vezes controversos ou até mesmo de caráter meramente especulativo, seria o mesmo que permitir a prevalência desses elementos externos aos autos, dando azo à ilegítima subjetividade, em detrimento dos argumentos jurídicos centrais que tivessem sido esgrimidos na referida lide. A prevalência disso na decisão judicial promoveria a subversão dos valores consagrados na Constituição, que se veriam indevida e ilegitimamente curvados diante da legislação ordinária em razão de necessidades imediatas, transitórias e de menor jaez. Pela clareza didática, merece reprodução o seguinte trecho de relevante obra acerca do controle de constitucionalidade que destaca a primazia do reino da razão pública no âmbito do Judiciário: "Isso significa que as decisões judiciais não se podem fundar em doutrinas abrangentes ou em pontos de vista sectários – religiosos, filosóficos, morais, econômicos ou de qualquer outro tipo –, ainda quando espelhem concepções majoritárias na sociedade. Pelo contrário, as cortes devem buscar argumentos que possam ser reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco e aberto, ainda que venham a discordar dos resultados obtidos em concreto" (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. 60-61).

[209] A despeito dessa circunstância, a Suprema Corte é freqüentemente chamada a decidir, seja pela via concentrada seja pela via difusa, sobre a constitucionalidade ou não de determinado texto normativo. No plano da interpretação constitucional, estamos falando da mais grave mácula que um dispositivo ou diploma legal pode trazer em seu texto ou sentido. Implica dizer que alguém (pessoa física ou jurídica, membro ou organização inserida e participativa no seio social) entende e sustenta a ilegitimidade de certos preceitos legais ou normativos, por suposta afronta direta à Constituição da República.

Não vislumbramos qualquer problema quando o argumento conseqüencialista de cunho econômico apenas corrobora argumentos jurídicos suficientemente robustos para a decisão judicial, seja no sentido da declaração da inconstitucionalidade de certa exação tributária (ou a majoração de sua alíquota), seja no sentido do reconhecimento da sua constitucionalidade.[210]

Cuidando-se da tomada de decisão política, no entanto, cabe breve parêntese em torno das sucessivas etapas da decisão legislativa, que se verifica no âmbito do processo legislativo interno, o qual evidencia de maneira explícita a recomendação de extremado cuidado e atenção em torno das possíveis e imagináveis conseqüências que dali pode advir.

De modo simplificado, o processo legislativo pode ser externo ou interno. O primeiro é aquele cujo trâmite é previsto na Constituição da República. O segundo, que interessa neste momento, "se refere ao *modus faciendi* adotado para a tomada da decisão legislativa".[211]

O roteiro sugerido pelo *Manual de Redação da Presidência da República* e que deve ser observado na definição de uma decisão legislativa inclui as seguintes etapas sucessivas:

Essa convicção é explicitada tão claramente que a parte que se julga de alguma forma lesada ou prejudicada pela lei ou ato normativo ajuíza ação ou fundamenta a sua defesa perante o Judiciário na busca da obtenção de prestação jurisdicional que seja favorável à sua pretensão. Contraposta ao ingresso em juízo da ação ou defesa, pode surgir, em certo momento do trâmite do processo, a utilização pela Fazenda Pública de argumento conseqüencialista de cunho econômico, mormente em matéria tributária. Se o pleito da parte requerente estiver embasado com estudos técnicos, então obviamente o magistrado abrirá vista à outra parte para que se manifeste em prazo razoável sobre o documento juntado aos autos. Se o pedido fundar-se em mero exercício econômico, aí duas situações se distinguem. Uma primeira situação é a que temos visto com maior freqüência. Trata-se da utilização de argumentos apelativos ou emotivos que simplesmente especulam sobre possíveis resultados econômicos, especialmente levando-se em consideração as contas públicas. Já nos posicionamos contra este tipo de manifestação processual infundada. Outra situação inteiramente diversa refere-se ao exercício econômico em causa tributária que discute precisamente algum aspecto econômico circunstancial do tributo, como poderia ocorrer com as questões jurídicas que envolvem a correção monetária, a tese da imputação dos juros e tantas outras.

[210] A título exemplificativo, releva assinalar questão jurídica enfrentada pelo Poder Judiciário e que culminou com os entendimentos firmados nos correspondentes Tribunais Superiores, cada um em sua esfera própria de jurisdição. Trata-se da análise da contribuição para o custeio do Seguro de Acidente de Trabalho – SAT. Antecipando-se à solução judicial que prevaleceu a respeito dessa causa, o Professor Ricardo Lobo Torres indagava se "a definição de atividades preponderantes para efeito de determinação de grau de risco por ato do Poder Executivo contraria o princípio da legalidade?" Em seguida, respondeu prontamente pela negativa. "Os *riscos de acidente do trabalho* devem ser cobertos pelas empresas que expõem os seus empregados a atividades que os provoquem. Não há por que repassar o financiamento à sociedade como um todo. Assim sendo, é legítima a lei que transfere ao regulamento a competência para preencher o conceito indeterminado nela previsto. Ninguém conhece previamente e a lei formal não poderia determinar o conceito de *risco leve, médio* ou *grave*, tanto mais que tal conceito é cambiante, estando ao sabor do crescimento das atividades econômicas e do desenvolvimento tecnológico". Na seqüência, o Professor explicou que: "Cremos que as normas complementares administrativas não desbordaram os limites traçados pelo Legislador. Simplesmente enquadraram centenas de atividades econômicas no quadro legal de alíquotas (de 1 a 3%), distribuindo-as segundo o grau de risco individualmente considerado. Não nos parece, de modo geral, que o regulamento tenha ofendido o princípio da *razoabilidade*. Classificou, por exemplo, no grau 1 (riscos leves), o comércio varejista e os escritórios de advocacia; no grau 2 (riscos médios), a indústria têxtil e a tecelagem; no grau 3 (riscos graves), a agricultura, a criação de gado, a extração de mármore e a indústria petrolífera. Extravasaria a sua competência a Administração se, por suposição, optasse pelo enquadramento dos escritórios de advocacia entre as empresas de risco grave e incluísse a notória e potencialmente poluidora indústria do petróleo no risco leve" (TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade Tributária e Riscos Sociais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 59, ago 2000. p. 104-105).

[211] Registre-se que "o processo legislativo *interno* traduz um esforço de racionalização dos procedimentos de decisão, que configura uma exigência do próprio Estado de Direito" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 86).

1) a identificação e definição do problema;[212]

2) a análise da situação questionada e de suas causas;[213]

3) a definição dos objetivos pretendidos;[214]

4) a crítica das propostas;[215] e, por fim,

5) o controle de resultados.[216]

---

[212] Nesse sentido, releva notar o especial destaque que assume desde logo a reunião de informações exatas em torno do assunto tratado: "A reunião de informações exatas sobre uma situação considerada inaceitável ou problemática é imprescindível tanto para evitar a *construção de falsos problemas*, quanto para afastar o perigo de uma avaliação errônea (superestimação ou subestimação)" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2. ed. Brasília: Presidência da República, 2002. p. 86).

[213] Nesta etapa, destacam-se as sérias conseqüências que podem advir do ato legislativo sob um primeiro olhar: "A complexidade do processo de elaboração de lei e as sérias conseqüências que podem advir do ato legislativo exigem que a instauração do processo de elaboração legislativo seja precedida de rigorosa análise dos *fatos* relevantes (apontar as distorções existentes, suas eventuais causas), do exame de todo o complexo normativo em questão (análise de julgados, pareceres, críticas doutrinárias, etc.), bem como de acurado levantamento de dados sobre a questão (audiência de entidades representativas e dos atingidos ou afetados pelo problema, etc.)" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002. p. 86-87, grifamos)

[214] Nesta etapa, foca-se a avaliação das alternativas, especialmente levando-se em conta os prós e contras: "A definição da decisão legislativa deve ser precedida de uma rigorosa avaliação das alternativas existentes, seus prós e contras. A existência de alternativas diversas para a solução do problema não só amplia a liberdade do legislador, como também permite a melhoria da qualidade da decisão legislativa" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002. p. 87, grifamos).

[215] Aqui, a alternativa escolhida é submetida à crítica no concernente aos prognósticos: "Antes de decidir sobre a alternativa a ser positivada, devem-se avaliar e contrapor as alternativas existentes sob dois pontos de vista: a) de uma perspectiva puramente objetiva, cumpre verificar se a análise sobre os dados fáticos e prognósticos se mostra consistente; b) de uma perspectiva axiológica, impõe-se aferir, com a utilização de critérios de probabilidade (prognósticos), se os meios a serem empregados se mostram adequados a produzir as conseqüências desejadas. Devem-se contemplar, igualmente, as suas deficiências e eventuais efeitos colaterais negativos" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002. p. 87, grifamos).

[216] Esta última etapa parece ser um exaurimento da decisão legislativa, no sentido de acompanhar seus resultados e compará-los com aqueles inicialmente projetados: "A metodologia empregada para obtenção da decisão legislativa estaria incompleta se entendêssemos que a tarefa do legislador se encerra com a edição do ato normativo. Uma planificação mais rigorosa do processo de elaboração legislativa exige um cuidadoso controle das diversas conseqüências produzidas pelo novo ato normativo" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002. p. 87, grifamos). É notável como, excepcionando-se a primeira etapa do roteiro que deve ser observado na definição de uma decisão legislativa (de identificação e definição do problema), todas as subseqüentes recomendam expressamente a consideração das conseqüências. Com efeito, na segunda etapa (de análise da situação questionada e de suas causas), "as sérias conseqüências que podem advir do ato legislativo" exigem a precedência de rigorosa análise dos fatos relevantes, do exame de todo o complexo normativo em questão e de acurado levantamento de dados sobre a questão. Na etapa seguinte (de definição dos objetivos pretendidos), uma "rigorosa avaliação dos prós e contras" das alternativas existentes – certamente através de uma ótica conseqüencialista – conduz a uma matriz decisória mais bem delineada. Na quarta etapa (crítica das propostas), as principais alternativas são submetidas a uma série de críticas no tocante aos "prognósticos", isto é, se a sua análise se mostra consistente, se os critérios de probabilidade se mostram adequados a produzir as conseqüências desejadas e contemplam eventuais deficiências e efeitos colaterais negativos. Por fim, a última etapa (de controle dos resultados) exige "um cuidadoso controle das diversas conseqüências produzidas pelo novo ato normativo", como vimos. Enquanto nesta última etapa (de controle dos resultados), as conseqüências referidas já tenham ocorrido em relação ao observador, que apenas as enumera de acordo com a experiência de aplicação do enunciado normativo positivado pelo ato (resultado), nas três etapas anteriores (análise da situação questionada e de suas causas, definição dos objetivos pretendidos e crítica das propostas), o observador pratica um exercício de projeção para o futuro (*forward-looking*). Essa projeção para o futuro busca revelar algumas possíveis conseqüências decorrentes do ato normativo que são suficientemente relevantes para influenciar o legislador acerca da melhor decisão a tomar, no sentido de atingir certos objetivos, controlar alguns efeitos colaterais negativos e evitar ou neutralizar as possíveis deficiências vislumbradas.

Embora esse trâmite seja comum no chamado processo legislativo interno, ele não se adequa - vale repisar - em nenhuma medida ao trâmite de um processo judicial, especialmente junto ao STF, já que o parâmetro e as etapas sucessivas são diversas. Enquanto no processo judicial prevalece o paradigma da conformação junto à Lei Maior, no processo legislativo podem prevalecer em diferentes etapas as razões de oportunidade e conveniência política.

Ao longo do processo legislativo o exame acerca da constitucionalidade de certo projeto é apenas um dos aspectos que gira no seu entorno, juntamente com a conveniência e oportunidades políticas, como vimos. Ao revés, cuidando-se do processo judicial o parâmetro único e definitivo é a sua adequação ou não com a vontade constitucional.

De fato, cabe mencionar, como exemplo, distintas proposições legislativas que giram em torno de dois relevantes temas tributários. O primeiro diz respeito à proposta de repatriamento de capitais para o Brasil. O segundo cuida da celeuma criada em torno da divisão dos royalties decorrentes da exploração do petróleo quando proposto o marco regulatório do pré-sal.

Foi lição tradicional da doutrina constitucional brasileira que uma "questão política" (*political question*) não deveria ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário,[217] sob pena de flagrante violação à separação dos poderes e clara usurpação pelo Judiciário da competência legislativa inerente aos ramos políticos.[218]

A despeito de não constar expressamente no texto constitucional qualquer regra que limite ou restrinja o conhecimento de questões políticas pelo Judiciário, como já ocorreu

---

[217] Nesse sentido, são antigas as referências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito: "Considerando, portanto, que, [...], não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo; [...]" (HC n. 300, Rel. Min. Costa Barradas, j. 27.04.1892. BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro, vol. XIX, 1892, t. III, MEC, 1956, p. 355-361. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2008).

[218] Todavia, pela natureza do sistema da *judicial review*, a incumbência do reconhecimento ou não da existência de uma "questão política" é de competência única e exclusiva do próprio Poder Judiciário no seu elevado mister de verificar a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição e, consequentemente, negar execução às leis a ela contrárias. No exame da questão posta para julgamento, uma vez que reconheça a sua característica "política", caberá ao magistrado não adentrá-la, em deferência aos ramos verdadeiramente políticos do governo. Ao contrário, se ele entender que a questão posta para a sua apreciação é eminentemente jurídica e, portanto, carece de um pronunciamento, então analisará como abrangida pela sua competência judicial. Nesse sentido, Rui Barbosa apontou que: "Realmente os casos políticos excluem a ação da justiça. *Mas quem define os casos políticos?* Precisamente a justiça mesma, e ninguém mais senão ela" (BARBOSA, Rui. **Discursos no Instituto dos Advogados Brasileiros**. CARMO, Laura do; SENNA, Marta de; PEREIRA, Soraia Farias Reolon (Orgs.). Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002. p. 24-25). No mesmo sentido: "Considerando, finalmente que, admitida como correta, que é, a autoridade do Supremo Tribunal Federal para conhecer de quaisquer atos dos poderes políticos, quando ofensivos dos direitos individuais, por ser ele o intérprete final da Constituição e das leis, nem por isto a conseqüência, única obrigada, seria a de julgar do mérito do pedido em questão, mas também a de poder declarar, *ele próprio*, se a controvérsia constitui, ou não, um caso judicial, ou uma questão meramente política" (HC n. 3.527, Rel. Min. Amaro Cavalcanti, j. 15.04.1914. In: **Revista do STF**, v. 1, 1ª parte, ago./dez. 1914, p, 287-293. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2008).

outrora,[219] a doutrina sempre buscou estabelecer alguns limites e contornos nesta relação entre a política e o direito que se apresentou cada vez mais tênue.[220]

Com arrimo na doutrina, entendemos que a "questão política" torna-se jurídica quando afrontar a Constituição da República de modo direto ou os direitos e garantias individuais. Mesmo depois de décadas debruçados sobre o tema, contudo, os doutrinadores nacionais ainda não estabeleceram de maneira suficientemente consensuada uma definição dos principais contornos e limites da chamada "questão política".[221] Ao contrário, assistimos a crescente interseção e interpenetração entre o direito e a política, a conseqüente politização do direito e, principalmente, a judicialização da política.[222]

---

[219] Como ocorreu no passado, por exemplo, com as Constituições de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94) bem como com os Atos Institucionais editados a partir do movimento de 1964. Esses dispositivos vedavam ao Poder Judiciário o conhecimento de questões exclusivamente políticas.

[220] Para aclarar o sentido de tais normas Alfredo Buzaid sustentou que: "Entende-se por questão meramente política aquela cuja solução é confiada única e exclusivamente à faculdade discricionária do Legislativo e do Executivo". Esclareceu, no entanto, que não se excluiria da competência do Poder Judiciário o exame das questões políticas quando houvesse ofensa ao direito do indivíduo, ocasião em que nasceria para ele uma demanda, uma possibilidade de litígio real, na qual inclusive poderia ser discutida a inconstitucionalidade (cf. BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. *In* **Revista Forense**, ano 55, n. 179, set./out. 1958, p. 23). No mesmo sentido: JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 268.

[221] Adota-se, para os fins deste estudo, a orientação expressada pela doutrina de que a "questão política" é aquela impenetrável "pela mão revisora do Judiciário" e – de outro modo – a questão jurídica é aquela que está no campo de alcance próprio do controle judicial. Confira: "Em uma primeira tentativa conceitual, pode-se dizer que ao campo de alcance do controle judicial correspondem, para o que interessa ao presente estudo, as *questões jurídicas* (judiciárias, jurisdicionáveis ou, ainda, justiciáveis) e àquele ambiente em que se localizam assuntos impenetráveis pela mão revisora do Judiciário dá-se o nome de *questões políticas*". O autor propõe que: "a expressão *questão política*' abrange 'qualquer ato de poder qualificado pela insindicabilidade judicial, ou seja, insuscetível de efetiva interferência por meio de decisões judiciais, ainda que seja apresentada para discussão em algum tribunal" (SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 65-66).

[222] É importante registrar que não é objeto do presente trabalho de pesquisa desenvolver considerações sobre a politização do direito e a judicialização da política, estabelecer distinções teóricas ou filosóficas sobre o Direito e a Política ou temas afins, já que para tanto seria necessário o desenvolvimento de tese própria. Na lição do Professor Luis Roberto Barroso: "Nos espaços em que havia demandas sociais importantes e o Legislativo não atuou, o Judiciário se expandiu. Aqui penso ser oportuno fazer uma distinção entre judicialização e ativismo judicial, que são idéias que estão próximas, mas não se confundem. Judicialização é um fato, que identifica a circunstância de que muitas questões que antes eram próprias da política passaram a ser decididas pelo Judiciário, foram transformadas em pretensões veiculadas perante juízes e tribunais. O ativismo é uma atitude, que identifica uma interpretação expansiva da Constituição, incluindo no seu âmbito de alcance questões que não foram nela expressamente contempladas" (HAIDAR, Rodrigo. Anabolizante Judicial: Quando o Legislativo vai mal, o Judiciário toma conta – Entrevista com o Prof. Luis Roberto Barroso. **Revista Consultor Jurídico**, 21.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set21/quando_legislativo_mal_judiciario_ toma_conta>. Acesso em: 22 set. 2008). Em outra ocasião, o Professor manifestou-se no sentido de que: "O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente" (ITO, Marina. Risco de Politização. "Judicialização é fato, ativismo é atitude". **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 17.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>. Acesso em: 18 maio 2009). Para aprofundamento sobre a judicialização, primeiro das principais questões que circundam a vida comum, abarcando também o maior relevo político de tal fenômeno, confira: BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia _e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 21 abr, 2010. No mesmo sentido: APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30. Para aprofundamento da judicialização da política como tema associado ao debate sobre o ativismo judicial: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32-38.

Verifica-se que geralmente nas situações eminentemente políticas, como são os atos *interna corporis* ou as questões relacionadas à interpretação e aplicação do regimento interno de algum órgão político, em princípio, não deve haver a interferência do Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos,[223] salvo se a violação alegada for direta e frontal à Lei Maior ou agredir os direitos e garantias individuais.

Ao lado de tais considerações, que antes de pretender estabelecer os limites próprios de cada campo em jogo (a política e o direito) busca apenas mencionar a crescente dificuldade

---

Confira ainda: "a postura atual do Supremo — quiçá ativista — reflete a amplitude da jurisdição constitucional na Constituição de 1988. Enseja uma nova acomodação entre os poderes constitucionais. Prova, empiricamente, a judicialização da política e a politização da justiça. Requer, portanto, prudência para que, do novo estado de coisas, não resulte atritos institucionais, mas, sim, amadurecimento das relações político-institucionais democráticas" (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Retrospectiva 2008: Espaço do Supremo em assuntos constitucionais aumentou. **Revista Consultor Jurídico**, 06.01.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-06/espaco_supremo_assuntos_constitucionais_aumentou>. Acesso em: 07.01.2009). Para uma noção superficial com aplicação concreta, ver: MACIEL NETO, Pedro Benedito. Viés antidemocrático: Sistema judicial e político estão em rota de colisão. **Revista Consultor Jurídico**, 26.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-26/sistema_judicial_politico_rota_colisao>. Acesso em: 26.09.2008. No mesmo sentido, reconhecendo a "atividade legislativa" do Judiciário, especialmente em matéria eleitoral, confira a seguinte notícia: EDITORIAL. Atrito de Poderes: Chinaglia reclama de interferência do Judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, 09.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-09/chinaglia_reclama_interferencia_judiciario>. Acesso em: 12.09.2008; RONCAGLIA, Daniel. Retrospectiva 2008: Congresso tem ano apático enquanto Justiça cresce de importância. **Revista Consultor Jurídico**, 03.01.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-03/congresso_ano_apatico_enquanto_judiciario_cresce>. Acesso em: 04.01.2009. O exemplo assumido pelo órgão de cúpula do Judiciário certamente é também seguido pelos demais tribunais do país, em maior ou menor medida, a depender das circunstâncias das situações concretas que sejam submetidas à apreciação. Confira: PORFÍRIO, Fernando. Troca de Poderes: Omissão legislativa faz TJ paulista legislar. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 02.04.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-02/judiciario-paulista-aponta-omissao-legislativo-legisla-lugar>. Acesso em: 05.04.2009.

[223] Como espécies do gênero "questão política" (*political question*), existem questões relacionadas à matéria de competência *interna corporis* de órgãos dos ramos políticos, como por exemplo, o Congresso Nacional ou qualquer uma de suas Casas. Exemplo tradicionalmente reconhecido como questão *interna corporis* do Congresso Nacional é a tramitação de ato normativo ou a seqüência dos trabalhos e debates no âmbito próprio do Legislativo, em observância ao princípio da harmonia e da separação dos poderes, quando não houver alegação fundada (em ação judicial) de violação à Lei Maior (e de suas cláusulas pétreas). Trata-se do típico caso propriamente *interna corporis* de algum órgão ou Casa do Poder Legislativo. Nessas situações, geralmente o Poder Judiciário adota uma posição deferente ao órgão político e não conhece da ação ou recurso que lhe foi encaminhado ou, por fim, indefere o seu pleito. Nesse sentido: "Mandado de segurança contra ato do Presidente do Senado, que, na presidência de sessão do Congresso Nacional, indeferiu requerimento de anexação de projeto de emenda constitucional por entender inexistir, no caso, analogia ou conexidade. – Trata-se de questão *interna corporis* que se resolve, exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário" (STF – Pleno, MS 20.247, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18.09.1980, DJU 21.11.1980). No mesmo sentido: "Atos *interna corporis*, proferidos nos limites da competência da autoridade, dada como coatora, com eficácia interna, ligados à continuidade e disciplina dos trabalhos, sem que se alegue preterição de formalidade, atacando-se, ao invés, o mérito da interpretação do Regimento – matéria em cujo exame não cabe ao Judiciário ingressar" (STF – Pleno, MS 20.509, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 16.10.1985, DJU 14.11.1985); "2. A tramitação de Emenda Constitucional, no âmbito do Poder Legislativo, é matéria *interna corporis*, insuscetível de controle judicial, salvo em caso de ofensa à Constituição ou à lei. Exceto nestas hipóteses, a interferência não é tolerada pelo princípio da independência e da harmonia entre os poderes" (STF – Pleno, SS-AgR. 327, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 01.07.1991, DJU 05.06.1992). Confira ainda: "Constitucional. Processo legislativo. Privatização. Desestatização de sociedade de economia mista. Empresa de águas e saneamento. Alegada irregularidade na tramitação por ausência de oitiva da Comissão de Saúde e Saneamento da Assembléia Legislativa. Questão *interna corporis*. Ação não conhecida" (STF – Pleno, ADI 2.038, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ac. Min. Nelson Jobim, j. 18.08.1999, DJU 25.02.2000). No mesmo sentido: "Segundo a Constituição, na composição das mesas e de cada comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos políticos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva casa. Para os ministros, embora a proporcionalidade na representação dos partidos seja uma imposição constitucional, a forma de representação e determinação da proporção ideal é matéria *interna corporis*" (EDITORIAL. Vagas em Comissões: É vetado ao Judiciário avaliar escolhas do Legislativo. **Revista Consultor Jurídico**, 31.03.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-31/judiciario-nao-avalia-fundamentos-politicos-escolhas-legislativo>. Acesso em: 01.04.2009).

na sua separação, sendo relevante perceber, portanto, que tal relação está cada vez mais imbricada. A antiga separação plena entre os dois domínios foi superada pela maior mescla de ambos que foi verificada ao longo do tempo e desemboca hoje na relação de interpenetração, colaboração e maior complementariedade.[224]

Apesar de instigante, o tema referente ao relacionamento entre o direito e a política não constitui objeto central do presente estudo. A despeito da crescente aproximação que se verificou ao longo do tempo e sua atual interpenetração, entendemos que a lógica de funcionamento da tomada da decisão política é diferente da decisão judicial, como vimos.

2.2.3 Efeito neutralizador: exame prévio pelo contribuinte dos custos e da viabilidade econômica da ação ou defesa judicial e as conseqüências gerenciais

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que ausência de recursos financeiros do Estado podem justificar a ausência de concretização dos direitos positivos, i.e., direitos que o Estado está constitucionalmente obrigado a implementar, tais como os sociais, que reclamam, essecialmente uma prestação estatal. Isso tem dado ênfase à jurisprudência da teoria da reserva do possível.
Será que há como se aplicar essa teoria no âmbito do contribuinte? Em que o contribuinte poderia simplesmente ir à Receita Federal, sem ser cobrado, e dizer: - não será possível realizar o pagamento por ausência de recursos financeiros e digo mais, em nome da reserva do possível![225]

Sob o ponto de vista governamental, quando do exame prévio das conseqüências que podem advir de certa decisão política, interessa indubitavelmente a indagação sobre os custos do programa ou da política pública que se pretende veicular por determinado ato normativo.

---

[224] Deste modo, já não existe mais um muro que seja capaz de separar plenamente o direito e a política. Em recente estudo sobre esse tema específico, o Professor Luís Roberto Barroso explica algumas razões que levaram a superação do modelo tradicional das relações entre o direito e a política e, na seqüência, propõe uma especulação acerca dos elementos e circunstâncias que motiva ou influenciam o juiz no que denomina de modelo real das relações entre direito e política. Para o autor, a energia que antes fora despendida na construção do muro que separaria o direito e a política, agora deve voltar-se para outra empreitada, consistente na compreensão dos mecanismos dessa relação intensa e inevitável, ou seja, objetivando analisar alguns dos elementos metajurídicos que influenciam ou podem influenciar as decisões judiciais. Deste modo, o Professor sistematiza os seguintes elementos: valores e ideologia do juiz, interação com outros atores políticos e institucionais, perspectiva de cumprimento efetivo da decisão, circunstâncias internas dos órgãos colegiados e opinião pública. Para consulta: BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_ supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 21.04.2010.

[225] TEIXEIRA, Gianfrancesco N. Falta de Oxigênio: Sistema Tributário Nacional está sofrendo de esquizofrenia. **Revista Consultor Jurídico**, 17.01.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jan-17/ sistema_tributario_nacional_sofrendo_ esquizofrenia>. Acesso em: 18.01.2008.

Assim, o questionamento sobre a previsão na lei orçamentária, as alternativas para custeamento, a eventual necessidade de abertura de crédito extraordinário, especial ou suplementar e o valor a ser despendido são questões que certamente interessam (e devem interessar) aos políticos e gestores da *res publica*. Desse modo, na análise em torno da oportunidade e conveniência há indicação da viabilidade política, isto é, no plano dos arranjos e das alianças partidárias de cada órgão político (Câmara dos Vereadores, Assembléias Legislativas, Câmara dos Deputados ou Senado Federal). Soma-se a apreciação dos custos estimados, que indicam a viabilidade econômica no plano estritamente orçamentário.[226]

Exemplo cabal da necessidade de tal exercício é encontrado tanto em recomendação como também em decreto presidencial regulamentar. De fato, no *Manual de Redação da Presidência da República*, consta expressamente, como estrutura recomendada da "Exposição de Motivos" que submeta projeto de ato normativo ao Presidente da República, anexo que mencione: "se a despesa decorrente da medida está prevista na lei orçamentária anual; se não, quais as alternativas para custeá-la"; "se é o caso de solicitar-se abertura de crédito extraordinário, especial ou suplementar" e o "valor a ser despendido em moeda corrente".[227]

Na seara regulamentar, o Anexo I do Decreto n.4.176/2002 arrola, dentre as questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal, as indagações acerca da relação equilibrada entre custos e benefícios.[228]

---

[226] De fato, o orçamento público é a peça que contempla os principais gastos do governo com a saúde, educação, transportes, segurança, dentre tantos outros, à luz das receitas geradas pelos tributos arrecadados. A sua elaboração e aprovação envolve os ramos políticos do governo. O Poder Executivo tem a competência para elaborar o projeto de lei do orçamento (em suas variadas formas: Plano Plurianual, Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento) e o Poder Legislativo é encarregado de aprová-lo ou emendá-lo. Nesse sentido, relevante correção de rumo é apontada pelo Professor Luís Roberto Barroso que, embora se referisse à função do orçamento na elaboração de políticas públicas que versam sobre a saúde, vem a calhar como uma luva para o caso tributário: "Parte da energia que está sendo canalizada para o debate acerca da judicialização deveria ser investida no debate acerca da elaboração do orçamento. É aí que se fazem as escolhas em uma sociedade democrática. As escolhas boas e as escolhas trágicas" (EDITORIAL. Audiência Pública: STF – Luís Roberto Barroso propõe soluções para racionalizar judicialização da saúde no Brasil. **Migalhas**, n. 2.136. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 07.05.2009). A respeito, confira também: SALAZAR, Andrea Lazzarini e GROU, Karina Bozola. Causas e Conseqüências: Justiça garantindo remédios não prejudicam orçamento. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 09.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-09/ma-administracao-prejudica-orcamento-nao-remedios-dados-justica>. Acesso em: 09.05.2009; FERRAZ, Marcos Bosi. Dilemas da Saúde: Constituição reconhece escassez de recursos. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 09.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-09/constituicao-reconhece-escassez-recursos-publicos-saude>. Acesso em: 09.05.2009.

[227] BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 19-21. Adiante, quando discorre sobre a vinculação normativa do legislador e o controle de constitucionalidade, o manual explica que: "Nem sempre se logra observar esses limites normativos com o necessário rigor. Fatores políticos ou razões econômico-financeiras ou de outra índole acabam prevalecendo no processo legislativo" (op. cit., p. 78).

[228] "**12. Existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios?** 12.1. Qual o ônus a ser imposto aos destinatários da norma (calcular ou, ao menos, avaliar a dimensão desses custos)? 12.2. Podem os destinatários da norma, em particular as pequenas e médias empresas, suportar esses custos adicionais? 12.3. As medidas pretendidas impõem despesas adicionais ao orçamento da União, dos Estados e dos Municípios? Quais as possibilidades existentes para enfrentarem esses custos adicionais? 12.4. Procedeu-se à análise da relação custo-benefício? A que conclusão se chegou? 12.5. De que forma serão

Parece certo que, justamente pelo manejo constante das coisas públicas, o Poder Executivo – e também o Legislativo – se apetreche de informações e dados relacionados também aos custos para os cofres públicos na sua tomada de decisões. Isso serve à adequada alocação dos recursos existentes através das diversas dotações orçamentárias e ao estabelecimento de um claro quadro de diferentes prioridades.[229]

O contribuinte (sujeito passivo da obrigação tributária estabelecida por ato normativo), ao decidir por litigar questão tributária, também realiza exercício semelhante, ao seu modo, avaliando as oportunidades e riscos envolvidos na iniciativa contenciosa.[230]

De fato, alguns aspectos econômicos de tais questionamentos são os seguintes: qual o valor monetário que está em jogo até agora (levantamento dos números envolvidos, chegando-se ao montante estimado)? Qual é a perspectiva do valor monetário que estará em jogo nos próximos anos (projeção de estimativas do faturamento à luz da situação atual da empresa)? Qual será a economia buscada (a valor presente e projetada para o futuro)?

Dentre os custos que poderão ser ocasionados pela referida decisão gerencial, destacam-se: qual será o gasto para efetivamente recuperar ou deixar de recolher o tributo que se pretende questionar (honorários advocatícios e custas processuais)? Qual será a conseqüência monetária em caso de derrota no debate jurídico da questão envolvida (honorários de sucumbência)? Quais são as possibilidades de perda (provável, possível, remota)?

---

avaliados a eficácia, o desgaste e os eventuais efeitos colaterais do novo ato normativo após sua entrada em vigor?" Na verdade, em tópico anterior já previa a seguinte indagação: "2.3. Quais os instrumentos de ação que parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos: desgaste e encargos para os cidadãos e a economia; [...]; custos e despesas para o orçamento público; [...]" (Anexo I do Decreto n. 4.176, publicado no DOU de 01.04.2002). Com idêntico teor: BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 88-91. Embora a seara relacionada aos "custos do direito" seja rica e instigante, ela também abre diferentes vertentes, o que ampliaria demasiado o escopo de pesquisa, razão pela qual se opta em não abordá-la neste trabalho. Contudo, para aprofundamento indicamos: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999; AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **"Custos dos Direitos" e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

[229] Se essa é uma atividade própria do governo (em sentido amplo) na gestão do bem público, ela não deve ser exercida e tampouco influenciar decisivamente o Poder Judiciário na tomada de suas decisões em torno das questões jurídicas que lhe são submetidas. A razão é simples. Aqui, os critérios e parâmetros que envolvem a tomada das decisões são outros, como já esboçamos. Em brevíssimo artigo sobre o atual papel do Estado Regulador na busca do desenvolvimento econômico, Idevan César Rauen Lopes propõe uma maior e mais efetiva participação da atividade privada em auxílio aos deveres do Estado (cf. LOPES, Idevan César Rauen. Estado Regulador: A Constituição de 1988 e o desenvolvimento econômico. **Revista Consultor Jurídico**, 13.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-13/constituicao_1988_desenvolvimento_economico>. Acesso em: 15.10.2008.

[230] Vale dizer, o contribuinte, de maneira pragmática ou conseqüencialista, avalia se o embate jurídico que pretende travar em sede administrativa ou na seara judicial vale a pena. Em caráter prévio, o contribuinte analisa questionamentos de variados matizes, como o econômico, o jurídico, o contábil, o societário, o concorrencial, o gerencial e o negocial, dentre outros. Cuidam, de maneira geral, de análises em torno de elementos como os riscos, os custos, os eventuais benefícios (em caso de êxito), enfim, as conseqüências.

No âmbito estritamente jurídico da melhor estratégia processual a ser empregada à luz da situação concreta, destacam-se as seguintes indagações: no momento inicial da ação, qual é a melhor maneira para promover desde logo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (depósito ou medida liminar)? Cuidando-se do depósito, há possibilidade concreta de que seja devolvido ainda no curso da ação ajuizada contra a Fazenda Pública? Quanto tempo fluirá até a efetiva realização financeira do ganho alcançado na hipótese de pleno êxito?

Na seara contábil, algumas das diversas questões que podem surgir são as seguintes: qual será o impacto desta ação judicial ou defesa administrativa para o balanço da empresa (provisão e contingenciamento)? E para a controladora ou para o grupo? Qual é o efeito contábil daí decorrente?

No campo das conseqüências e riscos, adiantamos que elas aparecem nos mais variados matizes, tais como: o jurídico (no processo em que se formaliza o pleito), o procedimental (de fiscalização da Fazenda Pública na hipótese de êxito), o negocial (que abre possíveis reflexos na sua competitividade) e o gerencial (ligado ao exame dos possíveis custos e benefícios envolvidos na decisão que será tomada no ambiente empresarial), dentre outros.

Nesse sentido, algumas questões que podem surgir são as seguintes: qual será o procedimento para recuperar os valores indevidamente recolhidos se a empresa lograr êxito na ação? Se for algum tributo retido na fonte, o procedimento relacionado à fonte pagadora será simples ou poderá criar eventuais entraves negociais? Implicará de algum modo na obtenção da Certidão Negativa de Débitos – CND (com a exposição do risco de não poder contratar com o Poder Público e tampouco participar de licitações)?[231]

Por fim, mas não menos importante, seguem algumas questões a respeito da capacidade de a empresa resgatar os documentos que servirão para embasar o seu pleito e a conveniência de divulgá-las no âmbito do processo: como procederá à apuração dos valores indevidamente recolhidos? O contribuinte dispõe de todos esses documentos dos últimos anos? Tais documentos, que servirão como prova nos autos da ação judicial, são sigilosos ou capazes de expor o contribuinte, os seus clientes ou os seus fornecedores? Ou, ainda, podem revelar alguns dados e fornecer algumas informações aos concorrentes, de modo que não seja interessante do ponto de vista concorrencial?

---

[231] Pode haver algum reflexo em cadastros como o CADIN? O ajuizamento da ação pode ensejar início de fiscalização? É possível que a Fazenda Pública promova a execução dos tributos não recolhidos (ou depositados) em razão do questionamento judicial (o que pode eventualmente ocasionar alguma constrição dos bens da empresa, como a penhora)? É possível que a Fazenda Pública questione a extensão da decisão favorável eventualmente obtida (indicando divergência nos valores, na forma de correção monetária e aplicação dos juros, quando do seu dever de fiscalização na hipótese de compensação, por exemplo)?

Reiteramos que geralmente tais análises giram em torno dos riscos, dos custos, dos eventuais benefícios (em caso de êxito), enfim, das conseqüências. Essas são apenas algumas questões que geralmente são cuidadosa e criteriosamente examinadas pela empresa contribuinte antes do ajuizamento de qualquer ação perante o Poder Judiciário ou apresentação de defesa administrativa que cuidem de matéria tributária.[232]

É que os elementos necessários para o equacionamento das questões colocadas implicam envolver os diferentes setores, departamentos e diretorias, na proporção direta do maior tamanho da empresa em questão. Desse modo, uma decisão como essa em uma empresa de grande porte pode envolver, por exemplo, o setor de documentação (que muitas vezes é terceirizado), o departamento jurídico, o departamento financeiro, a contadoria, a controladoria, a direção geral ou presidência e até mesmo os seus acionistas.[233]

O argumento pragmático ou conseqüencialista, em matéria tributária, surge, portanto, para as duas partes envolvidas do litígio, ou seja, para o Fisco, de um lado (representando o interesse governamental), e para as empresas, de outro (representando o interesse dos contribuintes).[234] Vimos que, na órbita burocrática de cada um (Fisco e empresa), a tomada de

---

[232] Estamos focalizando, apenas em razão de se tratar de questionamentos de caráter exemplificativos, no percurso interno da empresa contribuinte. Considerando-se o universo a ela externo, poderíamos acrescentar outra gama de profissionais e escritórios que muitas vezes também estão envolvidos nessa tomada de decisão, seja fornecendo as informações adequadas, seja explicando diferentes aspectos das principais consequências, como pode ocorrer com os escritórios de advocacia, de contabilidade e de auditoria, dentre outros.

[233] Como registro histórico, é curioso assinalar como se daria o cálculo do valor aproximado que seria agregado à empresa na hipótese de apurar indébito em razão do recálculo da contribuição ao PIS levando-se em consideração a declaração de inconstitucionalidade dos decretos-leis que o regulavam. Nesse sentido, é interessante conferir singelo artigo escrito por aguerrido militante do foro, no qual explicava que: "Com efeito, o pagamento das contribuições ao PIS sem as modificações introduzidas pelos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, no que concerne à base de cálculo e prazo de recolhimento, possibilita aos contribuintes a recuperação de um indébito estimado em aproximadamente 60% (sessenta por cento) dos valores pagos mensalmente a título de contribuição ao PIS no período acima referido, [...]". Por fim, forneceu o instrumental necessário para a recuperação que seria pleiteada com a exortação que pretendia: "O recálculo das contribuições recolhidas de julho de 1989 até o presente, em consonância com os critérios acima expostos, resultará na apuração de indébito fiscal recuperável por meio de compensação com parcelas vincendas da própria contribuição ao PIS e, possivelmente, da Cofins" (ANDRADE, André Martins de. A Base de Cálculo da Contribuição ao PIS. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 1, out 1995, p. 11 e 14).

[234] A título ilustrativo, confira os seguintes trechos de entrevista concedida por Roberto Giannetti, que representou o setor exportador na temática em torno da manutenção ou não do Crédito-Prêmio do IPI: "Se os exportadores ganham, o valor potencial de crédito-prêmio, desde 1990 a 2009, é de R$ 180 bilhões. Nem nós, nem a Receita, temos na ponta do lápis quanto já foi compensado pelos exportadores; fizemos um teste por amostragem consultando 200 das 500 maiores exportadoras e concluímos que 72% do valor já foi compensado, até 2002. Depois disso, especialmente de 2004 a 2008 as empresas deixaram de compensar, por causa da mudança de jurisprudência. O prejuízo do governo, se perder no Supremo, deve ser de mais de R$ 100 bilhões, porque muito deixou de ser compensado. É um problema fiscal relevante". Em complemento: "Cerca de 2,5 mil a 3 mil empresas entraram em litígio contra a Fazenda. O valor potencial do crédito-prêmio IPI, até 2002, é R$ 63 bilhões, e 72% disso já foi compensado. Isso deixa um saldo pouco superior a R$ 20 bilhões a ser ressarcido pela Receita com um Certificado de Crédito Fiscal, que poderia ser usado como garantia, colocado na Tesouraria ou até compensado com débitos inscritos na dívida interna. Débitos como o de R$ 120 bilhões, decorrentes de uma decisão judicial favorável à União e contra os exportadores, no caso conhecido como o da alíquota zero do IPI". Ao final, o seu entusiasmo: "será o maior encontro de contas feito na história do país" (EDITORIAL. Exportadores aguardam acordo sobre crédito-prêmio no Senado – Entrevista com Roberto Giannetti. **Valor Online**. São Paulo, 27.04.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 27.04.2009).

decisão implica obrigatoriamente a consideração prévia e interna de variadas questões, inclusive e principalmente levando-se em consideração as suas possíveis conseqüências.

Diante disso, é possível que o antagonismo desses tipos de argumentos (pragmáticos ou conseqüencialistas) promova uma espécie de neutralização mútua e recíproca para os fins da tomada de decisão judicial. É que, de um lado, o Estado os observou na esfera burocrática do debate em torno do ato normativo que editou; de outro, o contribuinte os considerou no âmbito burocrático próprio quando analisou a viabilidade econômica do ajuizamento da ação judicial ou da defesa em sede administrativa. Em qualquer caso, o exame ocorreu em caráter interno e prévio ao ajuizamento da ação (ou apresentação da defesa administrativa).[235]

E justamente porque, em ambas as situações, compõem o quadro prévio de tomada de decisões, então, durante a ação judicial que direta ou extraordinariamente é submetida ao exame do Supremo Tribunal Federal, este, por princípio, não deve contemplar oficial ou oficiosamente argumentos dessa espécie, que resuscitam os questionamentos destacados.

Diante disso, duas possibilidades se abrem. A primeira consiste na desconsideração, vez que neutralizada mútua e reciprocamente na forma anteriormente explicitada, do argumento pragmático ou conseqüencialista que seja levantado durante o trâmite de ação judicial. A segunda possibilidade prevê que, caso esse tipo de argumento seja suscitado por alguma das partes, seja dada a oportunidade devida para que a outra parte se manifeste acerca desse aspecto específico, quando poderia contraditar ou trazer suas razões antagônicas.

Esta é a leitura adequada a partir do texto constitucional para a neutralização ou adoção do argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária, sob pena de violação de variados princípios e direitos assegurados por ela aos contribuintes.[236]

Sensibilizar-se com o argumento de que perdas financeiras poderiam comprometer os programas de governo é rigorosamente equivalente ao apoio do puro e simples enriquecimento ilícito do Estado. Baseado na torpeza de sua própria conduta ilegítima por

---

[235] Com efeito, tanto pelo lado do poder estatal (por meio dos ramos políticos) como também do contribuinte (pessoa física ou jurídica), a ponderação pragmática sobre determinada questão constitucional tributária compõe o quadro prévio e interno da tomada de decisão, seja ela de natureza política para a criação e implementação de políticas públicas e programas (no caso do governo, compreendido na acepção ampla), seja ela de caráter gerencial para o seu questionamento pela inconstitucionalidade (no caso dos contribuintes).

[236] O exame da constitucionalidade de exações tributárias, principalmente quando provocadas por grandes contribuintes, pode conduzir a uma perigosa simplificação; pode parecer ao leitor incauto que, no fundo, todo o debate cuida de uma questão pecuniária que poderia ser resumida da seguinte maneira. Trata-se da ganância da elite do País (pessoas físicas e jurídicas), que não quer pagar o tributo que servirá para financiar a atividade estatal na realização de programas e metas de cunho (também) social, como a saúde, a construção de casas populares, o saneamento básico de ruas, a pavimentação de estradas, dentre outros. Reduzir o debate a esse ponto demasiado simplório poderia conduzir a sérias distorções do Estado Democrático de Direito.

meio do Estado-Legislador, pleiteia ao Estado-Juiz que proceda gentilmente à reparação do equívoco cometido, sob as mais fantasiosas e apelativas justificativas possíveis.

Caso seja levado em consideração o argumento conseqüencialista de cunho econômico suscitado em favor do Fisco, então, pelo menos, igual oportunidade deveria ser dada ao contribuinte para contraditá-lo ou neutralizá-lo. Em qualquer caso, tais argumentos deveriam servir tão somente para corroborar os argumentos jurídicos centrais que giram em torno da questão colocada para análise do Judiciário.

2.3 Olhar teórico: aspectos processuais e constitucionais da tomada da decisão judicial e a adequaçãoregrada

2.3.1 Aspectos processuais

2.3.l.1 Considerações prévias: atividade legislativa e prestação jurisdicional

Ao princípio da irretroatividade da lei corresponde o da retroatividade da sentença.[237]

Na decisão judicial, diversamente da tomada de decisões políticas, o foco é deslocado para outro momento (posterior) da engrenagem democrática. Volta-se para o julgamento de determinada questão pelo Judiciário – e, em última e extraordinária instância, pelo STF na jurisdição constitucional – que efetivamente envolve um ou mais dispositivos de lei ou ato normativo que geralmente foi inquinado de inconstitucionalidade. Tal exame empreendido pelo STF sobre certa questão jurídica tem algumas peculiaridades em relação àquelas que são debatidas no âmbito próprio dos ramos políticos do governo (Legislativo e Executivo).[238]

---

[237] No original: "Al principio della irretroatività della legge corrisponde quello della retroattività della sentenza" (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Milão: Padova, vol. IV: La funzione del processo di cognizione (parte III), 1930, p. 441).

[238] De fato, cabe assinalar que: "A função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, que consiste na aplicação da lei ao caso concreto que lhe é submetido, resultante de um conflito de interesses" (OLIVEIRA, Bruno Patrício. O Judiciário e a Economia: Bom funcionamento do Judiciário contribui com a economia. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo,

Como decorrência disso, a função jurisdicional distancia-se das funções legislativa e administrativa. É que as lógicas inerentes ao funcionamento de cada uma são distintas.

"O ato legislativo, em princípio, produz efeitos apenas para o futuro".[239] Em contraposição, verifica-se que: "Diversamente do legislativo, o ato jurisdicional, em princípio, só produz efeitos para o passado. A atividade jurisdicional pressupõe prévia incidência da norma. Pressupõe, assim, ocorrência do fato, e todo fato é algo do passado".[240]

De um lado, os ramos políticos são responsáveis pelos primeiros passos na adoção de um programa ou política pública, a correção dos rumos inicialmente planejados e a observância das decisões judiciais que surgirem ao longo deste percurso. De outro, o Judiciário detém a última palavra no pronunciamento definitivo sobre as questões (debatidas, criadas e elaboradas nos ramos políticos do governo, compreendido na acepção ampla) que lhe são submetidas.[241]

01.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/bom-funcionamento-judiciario-contribui-desenvolvimento-economico>. Acesso em: 02.05.2009).

[239] No âmbito legislativo, a regra é que o efeito do ato normativo ocorra de modo irretroativo. Todavia, admite algumas exceções. Nesse sentido: "Pode, é certo, o legislador, excepcionalmente, determinar que uma norma produza efeitos retroativos. Algumas normas, aliás, somente existem para projetar efeitos sobre fatos do passado, como são, por exemplo, as normas que concedem anistia. Esse efeito retroativo, em qualquer caso, é limitado pelas garantias constitucionais que impedem sejam atingidos o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". De modo resumido, importa assinalar que: "Em outras palavras, a irretroatividade é o princípio. A retroatividade, que é excepcional, somente se admite quando favorável ao cidadão. Quando não seja destinada a expandir os poderes do Estado, agredindo os direitos individuais" (MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 57, jun 2000, p. 73-74).

[240] De modo reverso, o ato jurisdicional geralmente produz efeitos para o passado. Contudo, admite algumas exceções. Nesse sentido: "É certo que, excepcionalmente, um ato jurisdicional pode produzir efeitos para o futuro. Nas ações declaratórias da existência e do modo de ser das relações jurídicas ditas *continuativas* o ato jurisdicional produz efeitos para o futuro, vale dizer, efeito relativamente a fatos ainda inexistentes na data em que é produzida a decisão, mas certamente fatos do mesmo tipo, do mesmo modelo, daquele que se prestou para o surgimento da relação jurídica apreciada" (MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 57, jun 2000, p. 74). Outra situação excepcional de decisões judiciais que podem produzir efeitos prospectivos são objeto de análise neste estudo (é a modulação temporal dos efeitos da decisões do Supremo Tribunal Federal). A Professora Misabel Abreu Machado Derzi explica que: "Quando, em 1926, F. CARNELUTTI afirmou que '*à irretroatividade das leis corresponde a retroatividade da sentença*', referia-se ao fato de que o juiz decide no presente sobre fatos já ocorridos anteriormente. Como a sentença é superveniente ao caso, em certo sentido pode-se afirmar que a sua decisão retroage para atingir o caso pretérito. Mas a discussão sobre o caráter retroativo da sentença prende-se a uma questão mais profunda, à própria natureza da sentença em si. CARNELUTTI estará correto se, e somente se, a sentença for considerada um ato jurídico criativo, inovador do mundo jurídico, ainda que vinculado à lei. Nesse último caso, pondo um ato jurídico novo, no mundo do Direito, haverá efetiva retroatividade da sentença, que se aplicará a um caso anterior, pensado e reconstruído a partir do passado" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 60). No mesmo sentido: "A natureza *declaratória* das decisões que proclamam a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, assim como as que têm caráter *interpretativo* da Constituição e das leis, faz com que a eficácia dessas mesmas decisões judiciais, como regra, projetem seus efeitos para o passado – eficácia *ex tunc* –, sendo possível, entretanto, que essa eficácia seja considerada somente a partir do momento do trânsito em julgado da mesma decisão – eficácia *ex nunc*" (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 77).

[241] Para abordagem diversa que não abordamos, distinguindo as expectativas normativas judiciais das legislativas à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, ver: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no**

Cabe um brevíssimo parêntese neste ponto. Trata-se da mudança de jurisprudência e sua necessária aplicação com obediência à irretroatividade, vez que tal mutação de entendimento pelo Poder Judiciário, mantidas as circunstâncias fáticas e legais que motivaram o precedente anterior (agora superado), como decorrência da concretização dos princípios constitucionais da segurança jurídica (e de seus consectários), como a proteção da confiança e a boa-fé.[242]

O interesse prático de tal colocação evidencia-se pela práxis jurisprudencial recente do Supremo Tribunal Federal que, em matéria tributária, passou a cogitar e examinar a viabilidade e aplicação da modulação temporal dos efeitos de suas decisões, como veremos na Quarta Parte, quando procedermos ao estudo dos casos selecionados.

A respeito, cabe transcrever alguns trechos de substanciosa obra de Misabel Abreu Machado Derzi, na qual ela relata com precisão a importância do tema em foco:

> Fatos recentes despertaram o interesse da Dogmática jurídica, em especial em questões tributárias. Em junho de 2007, o Supremo Tribunal Federal enfrentou importante questão de ordem, levantada pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, no RE n. 370.682-SC, sobre a possibilidade de se concederem efeitos prospectivos à decisão que, em 15 de fevereiro de 2007, denegara o direito de crédito 'presumido' no IPI, relativo às entradas de produtos sujeitos à alíquota zero, por maior de um voto apenas. É que tal decisão, sem ter havido qualquer mudança no Texto da Constituição ou da lei, alterou entendimento anterior da mesma Corte que, no RE 350.446-PR também do Plenário, concedera o direito ao creditamento do IPI, relativo às aquisições de insumos sujeitos à alíquota zero, em idênticas circunstâncias.[243]

Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 285-295.

[242] Cabe registrar que: "Ora, se a retroação decorre da natureza da sentença, tomada como ato normativo de criação do Direito, concretamente concebido (pelo menos em relação ao caso líder de um grupo de casos), a Dogmática não tem problematizado as sentenças à luz do princípio da irretroatividade. Mas, deixando de lado, por ora, tal questão, o problema pode se agravar inteiramente quando, inexistindo alteração da lei em que se fundou a **norma judicial anterior** como **precedente**, igualmente inexistindo alteração na ordem dos fatos, dentro do mesmo grupo de casos similares, que permanece *sub judice*, poderá haver nova interpretação judicial, criando-se **nova norma judicial**, com rejeição do precedente. Estaremos em face, assim, de **duas normas judiciais contrastantes**, a segunda reformando a primeira. Em relação à última norma judicial, nascida da pura mutação de entendimento do Poder Judiciário, é da mais alta relevância examinar-lhe os efeitos e esses efeitos não estão contidos nas afirmações de CARNELUTTI, que somente se referiu à primeira. Deverá a segunda dessas normas judiciais retroagir para alcançar os fatos anteriores e os contribuintes daquele mesmo grupo, que obedeceram às decisões dos tribunais superiores à época de sua ocorrência, e nelas confiaram? Importantes princípios constitucionais, como segurança jurídica, irretroatividade, proteção da confiança, boa-fé e, sobretudo, a igualdade de todos perante a lei estão em jogo" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 204-205).

[243] Em seguida, a autora esclarece que: "Não interessa discutir a decisão em seu mérito. Interessa, apenas, que, quase cinco anos depois, a mudança de entendimento da Corte suscita a questão de ordem, que envolve princípios de alta relevância como segurança jurídica, irretroatividade, proteção da confiança e boa-fé. Pela primeira vez, foi posta a indagação em matéria tributária. Sabemos que, durante o período em que vigorou o entendimento anterior, favorável aos contribuintes e, agora, superado pelo Tribunal, cerca de sessenta recursos extraordinários encaminhados àquela Corte Constitucional, por causa dele e nele assentados, foram julgados monocraticamente por vários ministros do próprio Tribunal, então convencidos de sua definitividade. Convém esclarecer que muitos contribuintes, confiantes na posição aparentemente pacificada pelo Supremo Tribunal, em especial aqueles que obtiveram tais decisões monocráticas em seu favor, efetivamente se creditaram do imposto, registrando os créditos em seu balanço, na forma autorizada por aquela jurisprudência que viria a ser modificada posteriormente. Entretanto, ao apreciar a questão de ordem, levantada pelo

Segundo o entendimento tradicional a respeito da teoria da separação dos poderes, ao Poder Judiciário compete primordialmente a função judiciária, consistente na solução de casos submetidos a sua apreciação em razão de conflitos e atritos surgidos no seio social, cabendo-lhe prestar a jurisdição devida. A título ilustrativo, destaca-se a competência do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário interposto quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (CF, art. 102, III, a).[244]

Neste trabalho, a função judicial típica da prestação jurisdicional tem sido freqüentemente contraposta às demais funções tipicamente políticas (administrativa para o Poder Executivo e legislativa para o Legislativo). Além disso, a prestação jurisdicional contrapõe-se também àquelas funções atípicas dos demais ramos políticos do governo (legislativa para o Executivo; administrativa para o Legislativo; e judicial para ambos); bem como àquelas suas próprias funções atípicas (administrativa e legislativa para o Judiciário).[245]

Nessas funções (administrativa e legislativa), o Judiciário certamente lança mão dos argumentos pragmáticos e conseqüencialistas, como se fosse – ele próprio – um daqueles

---

Ministro LEWANDOWSKI, a Corte não reconheceu, no caso em tela, confiança a ser protegida, nem direito à segurança ou à irretroatividade da nova decisão, ao argumento de que nenhuma sentença anterior, relativa à alíquota zero, chegara a transitar em julgado, embora quase cinco anos tivessem transcorrido. Isso significa que, ao negar efeitos *ex nunc*, meramente prospectivos à nova decisão, a Corte consentiu com os efeitos retroativos, *ex tunc*, da nova decisão, que deverá alcançar os fatos geradores ocorridos nos últimos cinco anos, cobrando-se o tributo devido com elevados acréscimos, inclusive multas e penalidades pecuniárias". A Professora acrescenta ainda que: "Se o exemplo apontado, no RE n. 370.682-SC, configurou mudança de entendimento em benefício da União, em relação a outros casos de mutação jurisprudencial poderá ocorrer situação inversa. De fato, no RE n. 240.785-MG, sendo Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, a Corte Suprema, sem ter havido alteração no texto da Constituição, adotará entendimento inovador, desta vez em prejuízo aos cofres da União, por força do qual o ICMS, imposto dos Estados, cujo valor se encontra incluído no preço das mercadorias e serviços que sofrem sua incidência (transportes e comunicação), deverá ser extraído da base de cálculo das contribuições federais para o PIS e a COFINS. Tais contribuições federais, durante décadas, vêm sendo cobradas sobre o valor bruto do faturamento ou da receita das empresas, cumulando-se com o ICMS ali incluído nos preços das mercadorias e serviços vendidos. Embora inexistente alteração relevante das normas constitucionais, e embora a cobrança venha sendo feita depois de longa discussão judicial, em que a tese dos contribuintes para se autorizar a dedução fora vencida, a União já pode vislumbrar graves prejuízos financeiros – até então não previsíveis – se, efetivamente, o novo entendimento vier a vingar" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 204-207).

[244] Além desta, destacam-se as seguintes competências: do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial interposto quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (CF, art. 105, III, a); do juiz federal no julgamento das causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (CF, art. 109, I); à Justiça do Trabalho o julgamento das ações oriundas da relação de trabalho (CF, art. 114, I); da Justiça Eleitoral quando cuidar desta matéria ou seja a ela conexa; da Justiça Militar o julgamento dos crimes militares (CF, art. 124).

[245] Para uma explanação completa entre os pontos comuns e, a partir deles, as diferenciações entre as funções do Poder Executivo e aquelas do Poder Judiciário, confira: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 499-505.

órgãos essencialmente políticos do governo (em sentido amplo). E como tal, atua da mesma maneira que aqueles órgãos, na forma que já explicitamos anteriormente.[246]

Essa interface entre as três funções do Poder da República sempre ocorreu em variadas oportunidades e permitiu o exercício de um controle recíproco no desempenho das principais competências constitucionalmente atribuídas às funções legislativa, administrativa e judiciária. Essa técnica é conhecida como freios e contrapesos (*checks and balances*).[247] Cada vez mais podemos considerar a maior fluidez e flexibilidade entre a distribuição das funções pelos três principais ramos.[248]

Com o advento das modificações verificadas no constitucionalismo ocidental, iniciado no contexto do pós-guerra europeu e ainda em curso, constata-se atualmente que o cenário tradicional descrito anteriormente não é mais o mesmo e já se alterou significativamente. De fato, independentemente da corrente de pensamento que se adote hoje, parece certo que a rigidez da tripartição descrita sucumbiu em favor de alguns fatores.[249]

Dentre tais fatores, destaca-se sobremaneira a importância exercida pelo Poder Judiciário que, num primeiro momento, cresceu exageradamente apenas para conter e servir como contrapeso dos demais ramos políticos que se hipertrofiaram em sistemas democráticos traumatizados pela concentração do poder político.[250]

---

[246] Para aprofundamento das principais relações entre os Poderes do Estado no cenário tradicional, confira: SÁ FILHO, Francisco. **Relações entre os Poderes do Estado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959.

[247] No magistério de José Afonso da Silva: "São esses apenas alguns exemplos do mecanismo dos *freios e contrapesos* que caracterizam a harmonia entre os Poderes. Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que significa não o domínio de um pelo outro, nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que entre eles há de haver consciente colaboração e controle recíproco, para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro" (SILVA, José Afonso da. Harmonia entre os Poderes e Governabilidade. BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **Revista de direito do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 1, jan-mar 2006, p. 31).

[248] É relevante assinalar na atual quadra que: "O Princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma destas espécies classificatórias" (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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 21-37, 2001, p. 29).

[249] A título meramente exemplificativo, cabe registrar que: "O outro conceito que reclama releitura é o longevo princípio da separação dos Poderes, que pasas a conviver com realidades novas e inexoráveis, às quais precisa adaptar-se. Dentre elas, a de que a interpretação judicial – inclusive e sobretudo a interpretação da Constituição – freqüentemente envolverá, além de um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do intérprete. Tal vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público" (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. 59).

[250] Releva assinalar que: "O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser um departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da soceidade com as instituições judiciais.

Precisamente neste esforço de reorganização da ordem é que o Judiciário logrou experimentar crescente e reconhecido espaço junto ao arcabouço organizacional do Estado e maior proximidade com relevantes aspectos da cidadania e da democracia.[251] Isso ocorreu devido à expansão da jurisdição constitucional num primeiro momento.[252] Recentemente, com a virada do século, vivenciamos a crescente politização da justiça ou jurisdicionalização da política, assunto que ainda não alcançou consenso definitivo entre os doutrinadores, como assinalamos anteriormente.

No Brasil, este influxo oriundo do pós-guerra no continente europeu chegou com força total na redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição de 1988 que, inegavelmente, prestigiou como nenhuma outra a função do Poder Judiciário e, principalmente, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal.[253]

De fato, neste atual cenário, o papel do STF se destaca como guardião da Constituição de modo cada vez mais corriqueiro e natural, na medida em que busca coibir os abusos e os arbítrios perpetrados pelos governantes (em sentido estrito) ou pelos legisladores em violação frontal e direta aos preceitos e ditames da Constituição da República.[254]

É certo que os métodos de atuação e de argumentação empregados por juízes e tribunais são *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político" (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. 60).

[251] Mauro Cappelletti explica que: "Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de '*checks and balances*', à paralela expansão dos 'ramos políticos' do estado moderno" (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 19). No mesmo sentido, focando especificamente o problema da responsabilidade judicial, confira: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 18-19. Sobre a relação entre o Poder Judiciário e o bloco composto pelo Executivo/Legislativo, confira a explicação que inaugura o seguinte artigo: CAGGIANO, Monica Herman. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo. MORAES, Alexandre (Coord.). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 99-123. No mesmo sentido: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007, especialmente o capítulo 29 ("O Judiciário diante da divisão dos poderes: um princípio em decadência?" - p. 398-409.

[252] O Professor Luís Roberto Barroso, com a clareza e didática que lhe é peculiar, descreve as transformações do direito constitucional contemporâneo a partir dos marcos histórico, filosófico e teórico. No ponto que nos interessa, ele se refere à mudança de paradigma a respeito da expansão da jurisdição constitucional. Para conferir: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, especialmente p. 243-266.

[253] Sobre o papel de protagonismo que vem sendo recentemente assumido cada vez mais pelo STF: "Ao alcançar áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, o Supremo altera seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes" (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 16).

[254] É que: "A Corte Constitucional seria, destarte, a maneira mais eficaz de proteger a normatividade da Constituição, eis que Governo e Parlamento tenderiam sempre a interpretá-la de forma parcial e consentânea com seus interesses. Somente um órgão isento da disputa política, composto de membros independentes, poderia exercer tão relevante função, mantendo o

Além disso, é relevante assinalar a importância das peculiaridades institucionais em jogo, ou seja, as potencialidades e limitações próprias da instituição em foco no processo interpretativo. Neste estudo, destacamos a distinção entre a tomada da decisão judicial e a tomada da decisão política. Contudo, caso o viés examinado fosse de índole institucional, aí algumas considerações deveriam ser feitas a partir de qual instituição fosse levada em conta na explicação.[255]

Um aspecto positivo de tal esforço interpretativo, especialmente se comparado a alguns outros, como por exemplo, aqueles empreendidos por Posner e Dworkin, é que busca

---

equilíbrio entre os Poderes" (BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 139-165, 2001, p. 147). Em texto sobre o Poder Legislativo que fez parte da Retrospectiva 2008, Antônio Augusto Queiroz registrou que: "A produção legislativa em 2008, entendida como a transformação em leis ordinárias de proposições no período situado entre 1º de janeiro a 22 de dezembro, teve quatro características: grande quantidade, baixa qualidade, aumento da autoria de parlamentares e pouca participação dos plenários das casas em sua aprovação". Em conclusão, arrematou que: "A produção legislativa em 2008, apesar do empenho dos presidentes das duas casas, ficou a desejar em termos de qualidade" (QUEIROZ, Antônio Augusto. Retrospectiva 2008: Legislativo produziu leis demais com qualidade de menos. **Revista Consultor Jurídico**, 27.12.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-27/legislativo_produziu_leis_demais_qualidade>. Acesso em:29.12.2008). Concluindo igualmente no sentido da baixa produtividade: "São quase 10 projetos para cada um dos 513 deputados e 81 senadores. Disso tudo, Câmara e Senado conseguiram criar apenas 149 normas jurídicas, o que dá uma taxa de produtividade de pouco menos de 3%" (COUTINHO, Filipe. Congresso aprovou menos de 3% dos projetos de 2008. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 11.04.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-11/chegaram-congresso-55-mil-projetos-2008-149-viram-lei>. Acesso em: 11.04.2009). Além disso, cabe ainda refletir sobre a intervenção legítima ou ativista do Judiciário (e do STF) nas esferas próprias dos ramos políticos sobretudo na omissão de tais órgãos (cf. CARDOSO, Maurício e CRISTO, Alessandro. Herança Constitucional: Judiciário está maduro para usar poder político – Entrevista com o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 03.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-03/entrevista-manoel-goncalves-ferreira-filho-advogado>. Acesso em: 03.05.2009). A necessidade de incrementar a qualidade da decisão legislativa não é exclusividade da realidade parlamentar brasileira. Nesse sentido, cabe registrar que a OCDE lançou programa voltado à busca de melhorias na área legislativa: "A agilidade, via de regra, traduz-se em má qualidade legislativa: conceitos indeterminados, termos obscuros e a pulverização de leis que tratam do mesmo assunto" (MATSUURA, Lilian. Produção Legislativa: Judiciário de Portugal sofre com leis confusas. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 30.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-30/assim-brasil-judiciario-portugal-sofre-leis-confusas>. Acesso em: 30.05.2009).

[255] A respeito, confira: "Nesse sentido, é possível afirmar que o grande equívoco das teorias de interpretação que têm a pretensão de universalidade está no modo relativamente negligente como encaram dois importantes pontos: as *capacidades institucionais* dos competentes tomadores de decisão e os *efeitos dinâmicos* relacionados à adoção de uma determinada decisão de segunda ordem em um dado cenário. É preciso, para levar a sério o primeiro, conhecer as distintas habilidades e limitações de cada instituição e, daí, buscar o método (normativamente) mais apropriado para o seu processo de tomada de decisões. O Senado Federal, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, a Câmara dos Deputados, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e autarquias como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por exemplo, têm restrições, possibilidades de conhecimento técnico, condições de processamento de informações e compromissos políticos diferentes, que não justificariam a adoção de uma única teoria para todos ou a desconsideração *a priori* de um modelo de decisão adotado por um deles" (ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 199-200). Citado neste texto que destacamos, cabe a referência a texto seminal a respeito da interpretação institucional: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series, n. 56 (2d Series), Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28, 48 p. **The Social Science Research Network Electronic Paper Collection**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=320245>. Acesso em: 09.01.2008.

deslocar a centralidade atribuída (quase de modo místico) à figura do juiz e a coloca na instituição.[256]

2.3.1.2 Abstração e generalidade da lei *versus* decisão judicial em ações diretas

> *Se alguém disser que conhece perfeitamente a legislação tributária brasileira, podendo assegurar, com precisão, a interpretação do direito vigente, ou é um gênio ou um mentiroso. Nos meus 50 anos de exercício profissional, principalmente na área fiscal, não encontrei nenhum gênio, embora tenha convivido com muitos talentos.*[257]

A complexidade da tarefa confiada ao legislador é evidenciada pelas características próprias que marcam a sua atividade típica, como a generalidade, a abstração e o efeito vinculante inerente à "força de lei". Em razão disso, vimos que diversos cuidados são tomados na elaboração da lei, com acréscimo de informações e dados a partir de viés multidisciplinar e da maneira mais completa possível. Todavia, é importante salientar que a experiência (e o controle de resultados) exerce relevante papel no exame posterior sobre o acerto ou não da lei editada.[258]

No sistema jurisdicional do controle de constitucionalidade das leis pode parecer, ao menos sob uma visão preliminar acerca do modelo abstrato ou concentrado, que se aproxima da abstração e da generalidade que são próprias da lei. Cuidando-se do principal efeito decorrente da declaração de inconstitucionalidade, qual seja, expurgar da ordem jurídica certa

---

[256] No mesmo sentido: "É preciso afastar, em certa medida, a pressuposição ideal assente em teorias como as de Dworkin, Posner e tantos outros de um juiz detentor de capacidades heróicas e, como corolário, uma visão enviesada das capacidades de outros intérpretes e orgãos com competência normativa" (ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 200).

[257] MARTINS. Ives Gandra da Silva. Emaranhado Tributário: Legislação existente é confusa, complexa e mal elaborada. **Revista Consultor Jurídico**, 23.07.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/legislacao_existente_confusa_complexa_mal_elaborada>. Acesso em: 24.07.2008.

[258] No mesmo sentido: "Nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a grandeza, mas também a problemática que marcam a atividade legislativa. A despeito dos cuidados tomados na feitura da lei (os estudos minudentes, os prognósticos realizados com base em levantamentos cuidadosos, etc.), não há como deixar de caracterizar o seu afazer como uma experiência" (BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 77).

lei ou ato normativo, pode sim assemelhar-se a alguma espécie de atividade legislativa, já que tem efeito normativo no tempo.[259]

No passado, a decisão judicial tomada em ação direta perante a Corte Suprema era proveniente de sua atuação única e exclusivamente como "legislador negativo", não lhe competindo, por conseguinte, praticar atos que eventualmente importassem em qualquer inovação de cunho legislativo.[260] Mais recentemente, a enorme complexidade das situações da vida que se têm apresentado ao Supremo Tribunal Federal e sua competência para refrear os abusos e arbítrios perpetrados pelos ramos políticos do governo, conduz, por vezes, a uma paulatina e firme atuação além daquela função como mero legislador negativo.[261]

Diferente dos ramos políticos, contudo, o STF, no processamento e julgamento de ações diretas, não deve subordinar-se exclusiva ou predominantemente aos estudos técnicos, e muito menos, aos exercícios econômicos (que são dados e informações próprias do processo legislativo e sua execução muitas vezes de caráter meramente especulativo). Ao contrário, a Corte Suprema deve submeter-se ao estrito parâmetro jurídico que lhe compete julgar (a Constituição da República) e verificar no ato normativo questionado a sua adequação e conformidade jurídica com o referido parâmetro.

Constata-se que os focos de atuação são diversos, motivo pelo qual no controle de constitucionalidade não pode ser utilizado de maneira legítima o argumento conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária, sozinho ou superdimensionado.[262]

---

[259] Hugo de Brito Machado explica que: "É induvidoso, portanto, que no controle concentrado de constitucionalidade, o que se tem é uma atividade legislativa, enquanto no controle difuso, tem-se uma atividade de natureza jurisdicional". Registra, no entanto, que: "Aqui estamos cuidando apenas do efeito, no tempo, da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou outro ato normativo, no controle concentrado, vale dizer, no âmbito das ações de controle de constitucionalidade. E não há dúvida de que essa decisão tem efeito normativo. Ela retira da ordem jurídica uma norma, e repõe em seu lugar a norma anterior, que havia sido afastada pela norma declarada inconstitucional". Acrescenta, por fim, que: "Também a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade, incidentalmente, no controle difuso, tem a natureza de ato legislativo, embora incompleto, posto que não retira desde logo a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, ficando essa retirada a depender de decisão do Senado Federal" (MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 57, jun 2000, p. 74-75).

[260] Colhem-se, a título meramente ilustrativo, os seguintes julgados: STF – Pleno, ADI 779-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08.10.1992, DJU 11.03.1994; STF – Pleno, ADI 1.755, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 15.10.1998, DJU 18.05.2001.

[261] Exemplo de tal atuação, que deixamos como provocação, diz respeito ao caráter normativo ou não da modulação (temporal ou de outras espécies, como veremos) dos efeitos das decisões judiciais tomadas no âmbito das ações diretas pela Corte Suprema.

[262] O STF funciona como o último bastião de proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, incluindo-se aí, por óbvio, o viés específico e que merece especial atenção, qual seja, os direitos fundamentais dos contribuintes, como, aliás, já reconhecido pelo próprio STF. Essa função de proteção justifica-se na medida em que, transcorridas as etapas legislativa e executiva de atuação estatal, na prática somente resta à função jurisdicional corrigir as distorções ou violações constitucionais porventura remanescentes.

Enquanto os ramos políticos trabalham com o elevado grau de abstração e generalidade na pretensão (inalcançável) de abarcar todas as situações possíveis, o Poder Judiciário atua sempre de acordo com determinadas colocações que são postas na causa que lhe é submetida à apreciação. Cuidando-se do exame de ações diretas, examina a adequação da legislação impugnada à luz do texto constitucional.[263]

No que interessa ao presente trabalho, embora os argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas possam ser levados em conta em certas ocasiões não devem ser computados sozinhos na decisão judicial do STF, especialmente quando cuide de matéria tributária. É que essas ponderações já foram – ou deveriam ter sido feitas – quando da elaboração de dita legislação, que ocupa um momento anterior na engrenagem democrática.[264]

Com efeito, o argumento pragmático ou conseqüencialista há de ser colocado no seu devido lugar na tomada de decisão judicial em matéria tributária, reconhecendo-se seu caráter supletivo, a corroborar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais em torno dos quais gira o debate. Diante disso, reiteramos que o calibre do seu peso é inferior e posterior (em relação

---

[263] De fato, cabe lembrar que: "Assim como as leis, a decisão do STF em ADIn ou ADC precisa ser *interpretada* para poder ser aplicada. A decisão do STF em ADIn ou ADC possui o *mesmo grau de generalidade e de abstração* da lei ou do ato normativo declarado constitucional/inconstitucional. Por conseguinte, a decisão do STF em ADIn ou ADC – incluindo-se o próprio texto que a exprime em vernáculo –, necessita de *interpretação* tanto quanto as leis, interpretação esta que deve ser feita por meio de *métodos e critérios hermenêuticos* semelhantes". Em seguida, o autor acrescenta que: "Portanto, *tal qual sucede com as leis*, tanto os critérios hermenêuticos tradicionais (literal, teleológico, sistemático, histórico-evolutivo, etc.) como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser utilizados para *evitar aplicações injustas, irrazoáveis, desproporcionais, não-equitativas*, de decisões do STF em ADIn e ADC". Cabe assinalar os seguintes casos nos quais o STF expressa ou tacitamente excepcionou (ou relativizou o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* de tais decisões. Nesse sentido, confira a título ilustrativo: "O Plenário deste Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a decisão prolatada no julgamento liminar da ADC n. 4-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, referente à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não se aplica aos casos que tenham por objeto matéria de natureza previdenciária" (STF – Pleno, Rcl. 1.067, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 05.09.2002, DJU 14.02.2003); "Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicial, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta à plenitude da jurisdição ao Poder Judiciário". "Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar" (STF – Pleno, ADI 223, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05.04.1990, DJU 29.06.1990); "I – Esta Corte Superior vem entendendo, em regra, pela impossibilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, conforme a decisão do Pretório Excelso acerca de liminar na ADC n. 4; admitindo-a apenas em casos excepcionais, em que a necessidade premente do requerente tornaria imperiosa a concessão antecipada de tutela. II – A vedação não tem cabimento em situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo imperiosa a antecipação da tutela como condição de sobrevivência do requerente" (STJ – 1ª Turma, Resp. 397.275-Ag.R., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.11.2002, DJU 02.12.2002). Para aprofundamento destes casos, ver: FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 265-281).

[264] Essa é precisamente uma relevante distinção na forma de atuação do Poder Judiciário em relação aos demais ramos políticos do governo. Enquanto eles têm preocupações como a oportunidade e conveniência política, as conseqüências eleitorais (e muitas vezes eleitoreiras) e práticas de sua adoção e também a sua adequação em relação ao texto constitucional, o Judiciário deve preocupar-se exclusivamente com esta última relação, isto é, se a norma inquinada viola realmente ou não a Constituição.

aos argumentos jurídicos). Dada a peculiaridade da ação direta, que deve envolver sempre uma violação frontal à Constituição e é ajuizada junto ao STF, o parâmetro de análise de sua decisão gira em torno da adequação do texto legal e o enunciado normativo constitucional.[265]

Essas colocações se aplicam também quando tratamos da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais. A modulação assume especial relevo naquelas situações da vida que são fronteiriças (e, por vezes, até mesmo ambíguas) às previsões (e prognósticos) inicialmente imaginadas pelo legislador.

2.3.1.3 A decisão judicial no sistema de controle de constitucionalidade (aproximação dos modelos concentrado e difuso)

> *O distanciamento do juiz das causas políticas, do choque de opiniões, das tendências das facções dá-lhe os atributos necessários para a defesa imparcial das normas constitucionais.*[266]

O sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (*judicial review*) instalou-se positivamente no ordenamento jurídico nacional desde os primeiros momentos da proclamação da República. O sistema concentrado, por seu turno, chegou à ordem jurídica brasileira através da Emenda Constitucional n.16/1965. No período de exceção que antecedeu a promulgação da atual Lei Maior, o convívio misto entre os dois modelos assinalados deu-se sem maiores sobressaltos.[267]

É com a promulgação da Constituição "Cidadã" que o Poder Judiciário nacional foi novamente prestigiado, os direitos e garantias individuais dos cidadãos foram explicitamente

---

[265] Para tanto, a tomada da decisão judicial na ação direta não pode utilizar razões de conveniência e oportunidade política. Além disso, se a decisão lançar mão de um ou mais argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas, então deve demonstrar que eles convergem no sentido dos argumentos jurídicos centrais que fundamentam a decisão prolatada, corroborando-os (e jamais usá-los sozinhos ou atribuindo-lhes maior peso do que realmente têm, sob pena de ilegitimidade da decisão).

[266] SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de Legitimidade da Jurisdição Constitucional e as Mudanças Legais do Regime de Constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 165-218, 2001, p. 189.

[267] Registramos que, naquela época, a atribuição para ajuizar a representação por inconstitucionalidade competia única e exclusivamente ao Procurador-Geral da República, cuja nomeação e demissão era feita *ad nutum* pelo Presidente da República.

consagrados e o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos sofreu notável desenvolvimento.[268]

De fato, a partir desse relevante marco de nossa história política e constitucional, passamos a conviver com o rico e complexo sistema de controle de constitucionalidade das leis, que muito se tem desenvolvido no período subseqüente até que chegamos aos dias atuais. De alguns poucos anos para cá, temos assistido e vivido um movimento que indica a crescente aproximação entre os modelos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.[269]

Essa situação é verificada especialmente pela convergência do modelo difuso em direção ao concentrado, isto é, alguns instrumentos próprios do modelo difuso têm experimentado uma inédita e crescente abstrativização ou abstração ou objetivação.

Exemplo de clara aproximação entre os dois modelos pode ser verificado pela "*função paradigmática* das decisões dos tribunais superiores", que "tem sido apontada pela doutrina como natural tendência dos países do *civil law*", cada vez mais importando menos se oriundas de um recurso interposto no âmbito do modelo difuso. É que "toda decisão tomada pelas cortes superiores em casos individuais projeta o entendimento do tribunal, atuando como que paradigma para casos idênticos futuros".[270]

Além disso, há crescente desenvolvimento do prisma a partir do direito constitucional em relação aos demais ramos do direito, que somente são divididos para finalidades didáticas,

---

[268] Alguns resultados foram assistidos nos últimos vinte anos, quando a ADI, a ADIO e a ADC se tornaram instrumentos corriqueiros na defesa da integridade da ordem legal, o MS se trivializou no sentido mais saudável possível para se tornar efetivamente instrumento acessível na proteção dos direitos líquidos e certos, vimos o nascimento e os primeiros passos da ADPF, dentre tantas outras novidades. Além disso, há ainda muitos outros instrumentos que foram previstos na Lei Maior e que, por diversas razões, ainda não foram integralmente exploradas pela doutrina e pela jurisprudência, tais como o mandado de injunção e a própria ADPF, cujas potencialidades ainda devem ser descobertas e explicadas nos próximos anos. Apesar de estimulante, o aprofundamento do debate sobre o controle de constitucionalidade implicaria na elaboração de dissertação ou tese apropriadamente vocacionada ao tema, razão pela qual não empreenderemos tal estudo no presente estudo, que se limita agora ao ponto específico de demonstrar como os dois modelos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) têm convergido e tendem a experimentar uma crescente aproximação.

[269] No mesmo sentido: "A Lei n. 9.868 promoveu ao mesmo tempo uma *humanização do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade* e uma *concentração e objetivação do controle concreto e difuso de constitucionalidade*, aproximando ambos os modelos que convivem em nosso sistema jurídico" (ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 269-292, 2001, p. 286 e ss.).

[270] Tal tendência parece superar paulatinamente a tradicional lição de que as decisões do STF: de um lado, têm eficácia *erga omnes*, produzindo efeitos para todos desde que publicado o acórdão da ação direta, quando cuidamos do controle abstrato; de outro, têm efeito apenas para as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, na forma do art. 472 do CPC, quando tratamos do modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (cf. NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 78-79).

sendo certo que todos compõem um corpo único que é o Direito, cujo olhar se dá a partir da Constituição em direção aos variados institutos jurídicos.[271]

Algumas transformações do recurso extraordinário, que indicam claramente a tendência de objetivação do controle difuso, podem ser encontradas tanto no âmbito legislativo como também na seara jurisprudencial.[272]

No âmbito legislativo, exemplificamos, dentre outros dispositivos, o art. 21 da Lei n.9.868/1999, que trata do processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.[273] De igual modo, cabe conferir o art. 5º da Lei n.9.882/1999, que cuida do processamento e julgamento das argüições de descumprimento de preceito fundamental.[274]

---

[271] No sentido de um primeiro passo desta imbricação entre a Constituição e o processo: "O direito processual civil tem estreita ligação, nos dias atuais, com o direito constitucional. Impossível estudar o primeiro sem uma pré-compreensão do segundo. São várias as normas constitucionais que pairam sobre a dogmática processual. Dentre estas disposições constitucionais fundamentais está a configuração política atribuída ao Estado brasileiro pelo Constituinte de 1988: trata-se de um Estado Democrático de Direito" (SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista CEJ**. Brasília, ano XII, n. 41, p. 74-84, abr/jun 2008, p. 75; **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 9, n. 89, p. 01-23, fev/mar 2008, p. 2).

[272] No mesmo sentido: "Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional subjetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional" (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 631-632).

[273] O *caput* do art. 21 da Lei n. 9.868/1999 dispõe que: "O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo". Exemplo de aplicação deste dispositivo na prática jurisprudencial do STF pode ser encontrado no seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: "No quadro de evolução da nossa jurisdição constitucional, parece difícil aceitar o efeito vinculante em relação à cautelar na ação declaratória de constitucionalidade e deixar de admiti-lo em relação à liminar na ação direta de inconstitucionalidade. Na primeira hipótese, tal como resulta do art. 21 da Lei n. 9.868, de 1999, tem-se a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação declaratória de constitucionalidade até seu término; na segunda, tem-se a suspensão de vigência da lei questionada na ação direta e, por isso, do julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação da lei discutida. Assim, o sobrestamento dos processos, ou pelo menos das decisões ou julgamentos que envolvam a aplicação da lei que teve a sua vigência suspensa em sede de ação direta de inconstitucionalidade, haverá de ser uma das conseqüências inevitáveis da liminar em ação direta. Em outras palavras, a suspensão cautelar da norma afeta sua vigência provisória, o que impede que os tribunais, a administração e outros órgãos estatais apliquem a disposição que restou suspensa" (STF – Pleno, Rcl 2.256, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2003, DJU 30.04.2004). Cuidando-se de ação declaratória de constitucionalidade, temos o exemplo da ADC 18: "O Tribunal, após rejeitar todas as preliminares suscitadas, deferiu, por maioria, a medida cautelar para determinar que juízos e tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite, aí não incluídos os processos em andamento nesta Corte, que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Reconheceu-se haver uma clara divergência de interpretação quanto ao dispositivo em questão em todo o território nacional, o que recomendaria, por uma questão de segurança jurídica, a paralisação das demandas em curso que tratam do tema" (cf. STF – Pleno, ADC/MC 18, Rel. Min. Menezes Direito, j. 13.08.2008, Informativo STF n. 515). Esta decisão tomada em caráter liminar foi prorrogada por mais cento e oitenta dias, consoante decidiu o Tribunal na solução de questão de ordem levantada pelo Ministro Relator (cf. STF – Pleno, ADC/QO 18, Rel. Min. Menezes Direito, j. 04.02.2009, DJE 16.04.2009), renovado o prazo após o seu falecimento.

[274] O *caput* do art. 5º da Lei n. 9.882/1999 dispõe que: "O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental". Releva assinalar que o § 3º preceitua que: "A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada". Exemplo

Aqui, é o modelo concentrado que influencia o desfecho dos recursos próprios do modelo difuso, pela concessão de medida liminar nas ações diretas e paralisação das demais ações e recursos que tramitam e versam sobre o mesmo tema que será apreciado pela Corte.

Cabe assinalar, na mesma direção, as regras aplicáveis ao recurso extraordinário interposto contra decisão das turmas recursais, consoante dispõem os §§ 4º a 6º do art. 14 da Lei n.10.259/2001, que cuida da instituição dos Juizados Especiais Federais.[275]

Além disso, é relevante assinalar a crescente expansão que tem sido observada quanto ao instrumento suspensivo destacado. Inicialmente, verificamos a sua possibilidade no âmbito peculiar das ações diretas junto ao STF (como visto). Posteriormente, passamos a encontrar tal instrumento também na seara específica do modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos através da repercussão geral das questões constitucionais.[276] Mais recentemente, dispositivos semelhantes espraiaram-se também na

---

de aplicação deste dispositivo legal encontramos no julgamento da medida cautelar da ADPF 130, consoante o seguinte trecho desta ementa: "5. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos [da Lei de Imprensa], por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei n. 9.868/99, por analogia), não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal" (STF – Pleno, ADPF/MC 130, Rel. Min. Carlos Britto, j. 27.02.2008, DJE 06.11.2008). Em seguida, o Tribunal prorrogou por mais 180 dias a liminar então deferida (cf. STF – Pleno, ADPF/QO 130, Rel. Min. Carlos Britto, j. 04.09.2008, DJE 06.11.2008). No julgamento ocorrido em 30.04.2009, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa).

[275] Eis a dicção dos dispositivos assinalados: "**Art. 14**. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. [...]. § 4º - Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência; § 5º - No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida; § 6º - Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça". Embora estes dispositivos não tenham se referido expressamente ao recurso extraordinário, o art. 15 do diploma legal em foco dispõe que: "O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento". Gilmar Ferreira Mendes relata que: "Na MC em Ação Cautelar n. 272, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, *DJ*, 25 fev 2005, o Tribunal concedeu a liminar requerida, nos termos do art. 14, § 6º, da Lei n. 10.259/2001, para conferir efeito suspensivo ao RE 418.918 até o seu julgamento final, e determinar a suspensão na origem, até o pronunciamento da Corte sobre a matéria, de todos os processos em tramitação perante os Juizados Especiais e Turma Recursais da Seção Judiciária Federal do Estado do Rio de Janeiro nos quais se discutisse a desconsideração de acordos firmados em decorrência do termo de adesão previsto na LC n. 110/2001" (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 629-630 e nota de rodapé n. 400).

[276] Tratando-se da repercussão geral, é relevante notar os efeitos da aplicação do § 5º do art. 543-A e do § 2º do art. 543-B, acrescidos ao Código de Processo Civil pela Lei n. 11.418/2006. Estes dispositivos estabelecem, respectivamente, que, no caso de ser negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente (junto ao STF) ou automaticamente não admitidos, quando sobrestados (junto aos tribunais de segunda instância). No mesmo sentido: SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista CEJ**. Brasília, ano XII, n. 41, p. 74-84, abr/jun 2008, p. 79; **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 9, n. 89, p. 01-23, fev/mar 2008, p. 13.

esfera processual relacionada ao exame da legislação infraconstitucional, com o instrumento criado pela Lei dos Recursos Repetitivos. [277]

Ademais, é curioso perceber a crescente atenção que tem sido dedicada à figura do "amigo da Corte" (*amicus curiae*). De igual modo, inicialmente essa figura esteve em foco apenas no âmbito das ações diretas junto ao STF,[278] passando, depois, a abranger também a seara própria do modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.[279] Posteriormente, estendeu-se à esfera processual do STJ.[280]

Paralelo ao crescente espaço que tem sido aberto para a atuação do *amicus curiae* e terceiros interessados,[281] inclusive com a possibilidade do pedido de informações dirigido aos principais órgãos, peritos e especialistas interessados no tema que for objeto de exame pelos Tribunais Superiores quando do julgamento dos recursos de suas competências, também a edição da Súmula Vinculante pode contar com a participação desses agentes externos.[282]

---

[277] A Lei n. 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao Código de Processo Civil estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ, dispõe sobre a suspensão dos demais recursos especiais que aguardarão o pronunciamento definitivo do STJ nos recursos representativos da controvérsia, tanto no âmbito do tribunal de segunda instância como também junto ao próprio STJ (art. 543-C, §§ 1º e 2º). Inicialmente, era a medida liminar das ações diretas que asseguravam a suspensão do julgamento das demais ações e recursos que versassem sobre o mesmo assunto. Em seguida, o efeito suspensivo passou a ser admitido no recurso extraordinário. Posteriormente, os próprios recursos extraordinários paralisavam-se diante do reconhecimento ou da negativa da repercussão geral. Na seqüência, o STJ também criou um mecanismo capaz de sobrestar os demais recursos que ali chegam diariamente. O percurso evolutivo é claramente delineado no sentido de objetivar o modelo difuso de controle de constitucionalidade.

[278] Consoante dispõem os artigos 7º e 18 da Lei n. 9.868/1999, relacionados à ADI e ADC, respectivamente, bem como ao art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/1999, no tocante à ADPF.

[279] Na Lei n. 11.418/2006, merece especial atenção o § 6º do art. 543-A (acrescido ao CPC).

[280] Na Lei n. 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC, registramos o § 4º.

[281] É relevante notar que, quando cuidamos do modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos: "A princípio, do ponto de vista estritamente processual, não haveria nenhuma interferência, sequer reflexa, dessas decisões no sentido de atingirem direito desses terceiros, pois esses direitos não serão atingidos pela autoridade da coisa julgada formada em processo alheio. No entanto, tendo em conta a inevitável formação do paradigma jurisprudencial, de verdadeiras *decisões-quadro* dos tribunais superiores nas matérias de suas competências naqueles recursos entre terceiros, é plenamente justificável o receio dos terceiros e seu conseqüente requerimento para intervir em processos a eles estranhos" (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 79-80).

[282] Cf. o § 2º do art. 3º da Lei n. 11.417/2006. Sem polemizar sobre as possíveis vantagens e desvantagens que o instituto traz ínsito, a própria adoção da súmula vinculante já indica o relevante papel que este instituto pretende desempenhar na ordem jurídica nacional, especialmente no tocante à aproximação entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse sentido: "A Súmula Vinculante cumpre papel fundamental, mormente naqueles processos ditos de massa, em que a tese subjacente aos vários processos é a mesma. Sua criação se configura em um encômio ao princípio da segurança jurídica, vez que, em semelhantes causas, fixada a compreensão de uma norma pelo STF, todos os demais órgãos do poder judiciário, isso inclui o exercício do controle de constitucionalidade *incidenter tantum* por tais órgãos judicantes, ficam obrigados a acatar a orientação expendida pela Excelsa Corte" (SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista CEJ**. Brasília, ano XII, n. 41, p. 74-84, abr/jun 2008, p. 79; **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 9, n. 89, p. 01-23, fev/mar 2008, p. 14).

Quanto ao incidente de inconstitucionalidade perante os tribunais, cabe registrar que a eficácia *intra muros* serve para atribuir à decisão maior estabilidade. Daí porque a cláusula da reserva de plenário do art. 97 da Lei Maior deve ser sempre observada,[283] bem como os seus desdobramentos (como a Súmula Vinculante do STF n.10).[284]

A transcendência dos motivos determinantes, pela qual não só a parte dispositiva da decisão vincula mas também o seu fundamento, é outro ponto que pode conduzir para uma crescente aproximação entre os dois modelos de controle de constitucionalidade das leis (difuso e abstrato). Já tendo sido aceita no modelo abstrato de controle de constitucionalidade,[285] nos últimos tempos tem crescido o número de decisões prolatadas pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de expandi-la também ao modelo difuso de controle de constitucionalidade.[286]

---

[283] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 623 e ss.

[284] Segue o teor da referida súmula: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". Embora muitos outros exemplos de diferentes situações possam ser fornecidos para corroborar a constatação da crescente aproximação entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade dos atos normativos, consignamos que, nos últimos anos, diversas monografias e dissertações têm se dedicado a explorar este tema específico, focando as suas mais variadas vertentes, o que parece assinalar sua crescente importância. A respeito, dentre algumas dissertações sobre o tema, cabe destacar a afirmação de que: "cada vez mais, os modelos/sistemas de controle têm buscado inspiração recíproca e se aproximado uns dos outros". Releva notar que "uma das principais razões para tanto é o fato de que não há substancial diferença entre uma inconstitucionalidade que se reconheça em um processo entre dois particulares ou em uma ação direta em que seja parte um partido político, por exemplo". Desse modo, a decisão tomada no controle difuso, tendente à suspensão geral e à necessidade de reserva de plenário, tem inegável vocação expansiva. É relevante notar que: "Assim, em uma visão mais contemporânea e pragmática dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade, não se poderiam diferenciar os efeitos segundo a espécie de procedimento no qual feito o reconhecimento". Em outras palavras: "Significa dizer que, se há vinculação e eficácia geral na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em sede de processo objetivo, também deve haver tal vinculação e generalidade quando reconhecida – pelo mesmo órgão máximo de controle constitucional – em sede de processo subjetivo" (FAIDIGA, Daniel Bijos. **Abstrativização dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade e estabilidade da jurisdição constitucional a partir do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. Dissertação apresentada à Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP no curso de Mestrado em Função Social do Direito, na linha de pesquisa Acesso à Justiça, sob a orientação do Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira, 2007, p. 204 e ss.).

[285] A respeito, confira o voto da Ministra Cármen Lúcia, bastante claro e didático, inclusive citando vários precedentes e julgados, no seguinte acórdão: STF – Pleno, Rcl 5.703-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16.09.2009, DJE 15.10.2009.

[286] A título meramente ilustrativo: "Creio que tal controvérsia reside não na concessão de efeito vinculante aos motivos determinantes das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, mas na possibilidade de se analisar, em sede de reclamação, a constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante à lei que já foi objeto da fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal" (STF – Rcl 4.987, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 07.03.2007, DJ 13.03.2007). Confira, em sentido complementar: "Esse entendimento é reforçado quando se vislumbra a possibilidade de declaração incidental da inconstitucionalidade de norma de teor idêntico a outra que já foi objeto de controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal" (STF, Rcl 5.470, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 29.02.2008, DJE 07.03.2008). Embora os julgados apontados se refiram ao modelo incidental de controle de constitucionalidade, tem sido cada vez mais aceito sua extrapolação ao modelo difuso, justamente em razão de sua crescente aproximação com o modelo concentrado ou abstrato. Cabe assinalar, ademais, que o instituto da repercussão geral, incluído no ordenamento brasileiro pela EC n. 45/04 e regulado pela Lei n. 11.418/06, veio a fortalecer ainda mais a vinculatividade das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis perante o STF.

É interessante assinalar que o efeito transcendente "rompe, em princípio, com a tradição que preconiza que somente a parte dispositiva do julgado vincula terceiros estranhos ao processo em concreto".[287] A respeito do poder de vincular da transcendência dos motivos determinantes, cabe esclarecer que: "Incorporar a transcendência dos motivos determinantes à própria idéia de vinculatividade significa emancipar os potenciais de concretização da chamada 'dimensão pedagógica da jurisdição constitucional".[288]

A paulatina regulamentação da súmula vinculante tem conduzido à sua necessária adequação e primazia diante do modelo especificadamente difuso de controle de constitucionalidade, que tende a ser o seu objeto mais corriqueiro. Disso deflui a conseqüente indagação a respeito de qual passará a ser o papel que remanescerá ao Senado Federal.[289]

Como salientamos, a suspensão ou o sobrestamento, o efeito suspensivo e a vinculação legal ao paradigma jurisprudencial sobre certo assunto recorrentemente objeto da interposição de recursos e do ajuizamento de ações, apontam no sentido da convergência entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Ademais, a paulatina aceitação da figura do *amicus curiae* (além do modelo concentrado) admitido também no modelo difuso e a aceitação da atuação de terceiros interessados também indicam a referida convergência na mesma direção. Além disso, a cláusula da reserva de plenário (e a observância da Súmula Vinculante do STF n.10), bem como o papel que remanescerá ao

---

[287] De fato, resulta que: "As decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal – especialmente as proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes – têm emprestado efeito vinculante (até então exclusivo do controle concentrado ou abstrato) ao controle difuso (decisões que, em geral, emanam dos recursos extraordinários)" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39).

[288] Em caráter conclusivo, cabe destacar que: "Em paralelo a essa expansão do conceito de vinculatividade, há de se aprofundar na artesania da construção da decisão judicial, o que constitui, efetivamente, fundamento da decisão – revestido, portanto, do signo de vetor determinante das conclusões – e aquilo que tenha vindo à luz nos debates, a título meramente de *dicta*. Outras questões, todavia, já se apresentam à pauta reflexiva, como a interface entre a edição de decisões vinculantes e eventuais limites de aplicação temporal dessa mesma enunciação. Disso tudo, resulta a observação de que particularmente no campo da vinculatividade – na sua relação com as súmulas vinculantes, como instrumento de concretização da decisão judiciária subordinantes, e com a reclamação, como instrumento de retificação da decisáo violadora da súmula vinculante – a teorização mais aprofundada de seus limites e possibilidades apresenta-se como um imperativo, não só à eficácia do sistema, mas também à própria segurança jurídica. Disso resulta a perplexidade da comunidade jurídica com a aceleração pelo STF no uso das figuras de vinculatividade de suas próprias decisões"(VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 82 e 92-93).

[289] Embora esse tema seja atual e instigante, não será aprofundado neste trabalho. Para o aprofundamento necessário, favor consultar o seguinte estudo: VAZ, Deivid Sarmento. A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o papel do Senado Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2.051, 11 fev 2009. Disponível em: <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12318>. Acesso em: 02.06.2009. Além desta relevante questão em torno de qual será o papel que remanescerá ao Senado Federal (na aplicação do inciso X do art. 52 da Constituição da República), sempre houve algumas objeções quanto a esta temática. Parece-nos, contudo, que superada a euforia inicial a respeito do evidente incremento pomovido pela Lei Maior à regulação do modelo abstrato de controle de constitucionalidade, é natural e desejável que a preocupação se volte novamente para o (mais que centenário) modelo difuso.

Senado Federal no modelo difuso (à luz da criação da súmula vinculante) também converge na mesma direção, considerando-se a sua vocação expansiva.

É a superação dos contornos e limites formais pelo aspecto material que efetivamente centraliza o debate, ou seja, pouco importa em que ação direta ou recurso extraordinário foi declarada a inconstitucionalidade. Importa, isto sim, expungir da ordem jurídica o ato contrário à Lei Maior com a urgência cabível, especialmente levando-se em conta o possível efeito multiplicador (que será tão maior quanto maior for o universo de cidadãos e órgãos públicos submetidos ao tema objeto da tomada de decisão judicial). Tal superação do formalismo exacerbado em prol do conteúdo é sintomático no tocante à evolução do positivismo legalista para o neoconstitucionalismo e mostra sua influência de modo claro na temática agora cuidada.

Em outras palavras, Eduardo Appio relata a importância da eficácia *erga omnes* da decisão na seara do controle difuso para a necessária e correta realocação da função do STF como órgão de cúpula (e não mera quarta instância recursal), especialmente no tocante aos interesses de terceiros.[290] Com a expansão da eficácia da decisão tomada no controle concreto para atingir a situação de terceiros, surgiu então o problema da eficácia temporal de tal decisão. Esse é o pano de fundo, na visão do autor, de um movimento que levou a uma lenta e constante aproximação dos modelos abstrato e concreto de controle de constitucionalidade, culminando com o "recente modelo implantado no STF, no qual se advoga a eficácia *erga omnes* e com efeitos retroativos, mesmo no controle difuso".[291]

Cabe, no entanto, assinalar a perplexidade do autor sobre a decisão tomada pelo Pleno do STF nos autos da ADC 18 quando, por maioria, o Tribunal decidiu pela admissão e precedência de tal ação direta sobre recurso extraordinário em adiantada fase de julgamento

---

[290] Em retrospecto, o autor destaca que: "As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal passaram a atingir os terceiros que não participaram do processo que veio a ocasionar a interposição do recurso extraordinário e, via de conseqüência, a deflagração do controle difuso. Estes, por sua vez, quando beneficiados pela (nova) decisão do STF, tinham direto interesse em demandar pela extensão dos efeitos do julgado em relação aos processos nos quais figuram como litigantes em lide idêntica (mas com diferentes partes)". Como decorrência disso, o autor discorre sobre o surgimento de pelo menos três situações distintas: "Ao autorizar a extensão dos efeitos de suas decisões no controle difuso em relação aos terceiros (*erga omnes*), ficou claro que surgiriam, no mínimo, três situações jurídicas distintas, ou seja, (1) a dos litigantes em outros processos judiciais ainda em curso (pendentes), (2) a dos litigantes com decisões judiciais já passadas em julgado (coisa julgada) e (3) a das partes que possuíam um conflito no plano material, mas que não o levaram, até então, ao Poder Judiciário, porque as próprias partes concordavam com a forma pela qual a lei questionada vinha sendo aplicada pelos juízes; mas que, diante de uma nova interpretação, sentem-se impulsionadas a buscar a confirmação judicial (*enforcement*)" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 18 e 20).

[291] Prossegue o autor: "Trata-se de um novo modelo fundado no *stare decisis*, o qual demanda uniformização da jurisprudência nos tribunais. A escolha de um modelo de *stare decisis*, no controle difuso, que confira maior liberdade aos juízes, quando da vinculação ao precedente da Corte, implicará uma clara redução da atividade legislativa do Congresso Nacional" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 22-23).

(contabilizando sete votos). De fato, apesar de todo o movimento acima descrito, no qual os Ministros do STF, capitaneados pelo seu Presidente, têm dedicado especial atenção no sentido de aproximar o controle difuso do concentrado, esse caso é realmente emblemático.[292]

2.3.1.4 Distinção entre a tomada de decisão liminar e de mérito

A decisão de natureza liminar, entendida aqui no sentido amplo, difere daquela sobre o mérito por variadas razões. Exemplificativamente, enquanto a primeira atua no plano da realidade de modo provisório e precário, além de impor também comportamentos que buscam preservar a futura decisão de mérito; a segunda, por seu turno, soluciona o mérito e, na jurisdição constitucional, declara a inconstitucionalidade ou reconhece a constitucionalidade de certa lei ou ato normativo.[293]

Os instrumentos disponíveis no sistema processual brasileiro que são capazes de buscar a tutela emergencial e provisória, em razão do perigo da demora (*periculum in mora*), são variados. Aqui, mencionaremos apenas alguns deles, sem qualquer pretensão de esgotá-los ou mesmo aprofundar o estudo no desenvolvimento de suas diferentes características, limites e possibilidades.

É o caso, por exemplo, da Lei n.12.016/2009, que cuida do mandado de segurança, o qual estabelece no inciso III do art. 7º que: "Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, [...]".[294]

Tratando-se de processo de conhecimento comum, disciplinado pelo Código de Processo Civil, o art. 273 dispõe que: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total

---

[292] O autor sustenta que: "Não se compreende, todavia, a razão pela qual haveria esta mencionada precedência do controle concentrado, já que as mais recentes decisões do STF equiparam, do ponto de vista qualitativo, as decisões proferidas no controle concentrado às proferidas no controle difuso (observada a composição Plenária)" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40). Além de tal perplexidade do autor, que compartilhamos integralmente à época dos acontecimentos, acrescentamos ainda mais duas. A primeira, diz respeito ao fato de que àquela decisão (pela precedência da ADC sobre o RE) foi tomada com base na interpretação de certo dispositivo regimental, e não a partir do olhar constitucional da garantia da razoável duração do processo. A segunda cuida do fato de que, na questão jurídica relacionada à COFINS das sociedades profissionais, que contabilizava com nove votos quando foi ajuizada uma ADI, a solução foi diversa. Com efeito, o RE teve o seu julgamento concluído e a ADI seguiu a sua sorte (com a conseqüente perda de objeto).

[293] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 64 e ss.

[294] Tal dispositivo corresponde ao inciso II do art. 7º da Lei n. 1.533/1951.

ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação [...]".

O Código de Processo Civil disciplina no art. 798 o chamado "poder geral de cautela" do juiz, pelo qual poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.[295]

Todos os dispositivos assinalados têm em comum evidente preocupação com o perigo da demora, no sentido de que a prestação jurisdicional tardia ou intempestiva não seja capaz de proteger o direito pleiteado ou a defesa apresentada em juízo. De fato, algumas situações da vida não podem sujeitar-se ao longo caminho procedimental junto ao Poder Judiciário, motivo pelo qual, nestas situações, é facultado à parte supostamente lesada requerer a tutela antecipada e provisória do direito que busca ver definitivamente protegido com a decisão final ou, pelo menos, vê-lo a salvo do perecimento parcial ou integral. Geralmente, o efeito próprio da medida liminar é o *ex nunc* (isto é, produz efeitos do seu deferimento em diante, até que sobrevenha a decisão de mérito).[296]

Em realidade, a medida cautelar ou liminar (em acepção ampla) é mecanismo engendrado no processo civil com a finalidade de preservar a autoridade necessária da decisão final. É permitida em situações excepcionais em que a demora na prestação jurisdicional sobre o mérito pode trazer graves ou irreparáveis danos ao requerente que se diz lesado.[297]

Nessa etapa inicial do processo é plenamente cabível pensar sobre as conseqüências da decisão pelo Judiciário deferindo ou não a medida liminar pleiteada. É próprio de tal instituto

---

[295] Convém assinalar também o lado oposto da moeda, claramente perceptível na dicção da Lei n. 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, cujo art. 4º estabelece que: "Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". Este mecanismo permite que a medida liminar eventualmente obtida seja neutralizada, nas raras hipóteses de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, ou mesmo para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Trata-se de exceção que se presta a desnaturar a medida liminar anteriormente obtida, nas raras hipóteses que menciona.

[296] No mesmo sentido: "Ou seja, como regra geral, uma medida cautelar suspende *ex nunc* a norma questionada, que, então, não pode ser aplicada para o futuro, isto é, para casos, sob sua área de incidência, que ocorram após a decisão liminar tomada". "Dependendo do caso, pode, por exceção (*salvo se*), suspender também a eficácia para eventos ocorridos no passado. Nesse caso, a relação *regra/exceção* se inverte. Por regra, a cautelar tem efeito *ex nunc*. Assim, o STF, quando toma sua decisão liminar, costuma determinar que a eficácia está suspensa desde o presente (*ex nunc*), ou, a seu critério, que, por exceção, também para o passado (*ex tunc*)" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 16).

[297] No modelo concentrado de controle de constitucionalidade a liminar, apesar de dotada do efeito genérico *ex nunc*, pode ser aplicada de modo *ex tunc*, a critério do STF, como prevê o § 1º do art. 11 da Lei n. 9.868/99.

antecipatório que se leve em conta a conseqüência que o *status quo* ou o futuro reserva ao direito que busca proteção por meio da decisão definitiva que será tomada adiante.[298]

Essas são características imanentes à decisão liminar, que tem caráter precário e geralmente deve ser tomada em momento processual inicial, sujeitando-se, em razão dessas características que lhe são próprias, ao cancelamento sumário em virtude de mera reconsideração em qualquer decisão subseqüente ou através decisão de mérito normalmente tomada no trâmite posterior do caso ou através de recurso interposto. Verifica-se, por conseguinte, que a decisão liminar é, por sua própria natureza, voltada às possíveis conseqüências que poderão dela advir.

Ao contrário, por ocasião da decisão de mérito, o Judiciário reúne as condições suficientes para solucionar a lide instaurada definitivamente. Ainda que o processo não reúna tais condições, mesmo assim o juiz é obrigado por lei a prolatar a sua decisão em virtude do requerimento formulado. Assim, o teor daquela decisão inicial, precária e provisória deve ser superada pela decisão de mérito, que traz em seu corpo fundamentos mais robustos e firmes que aquela decisão tomada em caráter provisório e nos primeiros instantes do processo.[299]

Verifica-se, por conseguinte, que essa é mais uma razão jurídica capaz de rechaçar a utilização prevalecente ou exclusiva do argumento conseqüencialista de cunho econômico na decisão judicial de mérito em matéria tributária, embora seja recomendável considerá-lo quando do exame de medidas liminares (em sentido amplo).[300]

Ademais, Diego Werneck Arguelhes, depois de traçar um breve panorama acerca do mecanismo engendrado pelo *writ of certiorari* no direito norte-americano (que permite à Suprema Corte "decidir não decidir"), reconhece a possibilidade do emprego das

---

[298] *A contrario senso* é próprio também que, nessa etapa do processo, seja imaginada a conseqüência do deferimento da liminar para a parte contrária, que deverá a ela se submeter. Além disso, a medida liminar (em sentido amplo) funciona como o ato legislativo, na medida em que a sua tomada de decisão aplica-se a partir do momento em que foi deferida em diante. Geralmente busca interromper uma situação jurídica desconfortável para o requerente, não mais se submeter a tal situação ou fazê-la cessar. Por vezes, no entanto, busca assegurar o direito pleiteado em caráter precário nas situações de omissão ou inação do Poder Público.

[299] Se for favorável ao pleito da parte que requereu no passado a medida liminar deferida, então a decisão final manterá seus efeitos no tempo de maneira ininterrupta, a contar desde a concessão da referida medida liminar. Se, ao revés, for desfavorável ao pleito da parte que requereu no passado a medida liminar deferida, então ela perde seu efeito e, a partir dali, prevalece apenas a decisão definitiva de mérito.

[300] Em outras palavras, no exame da medida liminar, basta que o argumento pragmático ou conseqüencialista não seja contrário ao direito para que seja levado em consideração juntamente com os argumentos jurídicos, que poderão ser centrais ou até periféricos. Os argumentos jurídicos serão periféricos quando apenas permitirem, sob o ponto de vista jurídico, a adoção da análise conseqüencialista, por exemplo.

conseqüências da decisão na apreciação pelos Tribunais Superiores dos pedidos de concessão de medidas liminares em casos de conflitos de massa.[301]

2.3.1.5 O efeito multiplicador do precedente: rumo à segurança jurídica

> *As inúmeras discussões judiciais sobre a aplicação de artigos do CTN à realidade demonstram, [...], a insegurança jurídica provocada por um código desatualizado e sinalizam a urgência na necessidade de atualização da legislação.*[302]

Embora a expressão "segurança jurídica" seja carregada de diferentes significados, optamos neste tópico em adotá-la de modo amplo, sem qualquer preocupação em defini-la, conceituá-la ou explicá-la. A preocupação aqui é a de focar apenas e tão somente a sua compreensão como potencial fator de estabilidade institucional entre os contribuintes e o Fisco (a partir do respeito ao precedente). Examinaremos com mais amplitude a expressão "segurança jurídica" quando dedicarmos o estudo ao art. 27 da Lei n.9.868/1999 adiante.

O precedente estabelecido no julgamento de determinada questão jurídica é naturalmente vocacionado ao efeito multiplicador decorrente dos pronunciamentos definitivos dos Tribunais Superiores na solução de grandes temas do direito nacional.[303] Além disso, depende também do potencial repetitivo que o tema gera ou já gerou em relação ao ajuizamento de ações ou interposição de recursos perante o Judiciário.[304]

---

[301] Nas suas palavras, assinala que: "No Brasil, tendo em vista os tribunais superiores não possuírem a liberdade de *decidir não decidir* (ao menos não explicitamente), o emprego das conseqüências da decisão como algo *externo* à interpretação das normas envolvidas parece encontrar um espaço explícito – ainda que restrito – na apreciação, por parte dos Tribunais Superiores, de pedidos de concessão de liminares em casos de conflitos de massa. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem cassado dezenas de liminares concedidas para assegurar a entidades prestadoras de serviço na área da saúde o direito de reajustar os valores da tabela do Sistema Único de Saúde" (ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A justificação conseqüencialista de decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, mimeo., p. 29-30).

[302] IGNACIO, Laura. Pesquisa mostra que quase todos os artigos do CTN são contestados. **Valor Econômico**. São Paulo, Legislação & Tributos, 06.01.2009, p. E2. No mesmo sentido: SOUZA, Giselle. Código está ultrapassado. **Jornal do Commercio**. Rio de Janeiro, Direito & Justiça, 27.02.2009.

[303] Embora o precedente, por si só, não detenha força vinculante no direito brasileiro, é recomendável que seja seguido no julgamento de questões semelhantes e nas mesmas condições, vez que o caminho racionalmente motivado que será percorrido pelo magistrado já está pavimentado pela decisão anterior. A força do precedente junto à prática judiciária será tão maior quanto mais bem fundamentado estiver, com tópicos seqüenciados e com os fatos e direitos envolvidos no caso descritos e aplicados de maneira clara e explícita.

[304] A respeito da relevância da decisão do STF, confira: "Sempre deve estar presente a expectativa de que um elevado número de demandas poderão ser propostas em juízo, de maneira que o entendimento do Supremo Tribunal racionalizará o

De fato, terá maior repercussão a solução de relevantes questões nacionais que se estendem para cobrir um sem números de situações a que estão potencial ou efetivamente submetidos um enorme universo de pessoas. Exemplificativamente, basta citar o universo dos contribuintes, dos aposentados ou dos servidores públicos.

As vantagens que decorrem da existência e permanência de precedentes firmados e reconhecidos são evidentes. No campo tributário, permitem que contribuintes e Fisco balizem as suas atividades dentro dos parâmetros estabelecidos pelo paradigma estabelecido. De um lado, os contribuintes passam a ter certeza e maior previsibilidade sobre o direito a que se submete e que será aplicado à sua situação. Isso promove um ambiente de estabilidade jurídica e institucional favorável à captação de maiores investimentos (ao menos em país como o Brasil, que é pródigo de potencialidades em diferentes segmentos da economia).[305]

De outro, o Fisco passa a ter claro quais são os limites de sua atuação fiscalizatória, que é necessária e deve ser realizada de modo competente e preferencialmente direcionada aos casos de maior gravidade jurídica, como na sonegação fiscal pura e simples. Com isso, deixaria de autuar simplesmente por autuar ou recorrer por recorrer, ou seja, apenas para atender às exigências estatísticas ou em decorrência de rígido e ultrapassado dever legal. Afinal, diante da exagerada complexidade do sistema tributário nacional, é certamente desejável que possíveis equívocos sejam evitados na apuração e recolhimento dos tributos devidos pelos contribuintes.[306] Em conseqüência, é possível imaginar o astronômico montante

---

próprio acesso à Justiça" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 120).

[305] A respeito, confira: "Determinado grau de imprevisibilidade das decisões judiciais é inevitável e até certo ponto, compreensível, mas se essa margem se torna extremamente acentuada, coloca-se em xeque a segurança jurídica". "Em suma, o bom funcionamento do Poder Judiciário [tempestivo e imparcial] contribui para impor o ritmo e a forma de desenvolvimento econômico dos países" (OLIVEIRA, Bruno Patrício. O Judiciário e a Economia: Bom funcionamento do Judiciário contribui com a economia. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 01.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/bom-funcionamento-judiciario-contribui-desenvolvimento-economico>. Acesso em: 02.05.2009). No mesmo sentido: STF. Gilmar Mendes fala de reforma do Judiciário como contribuição para o desenvolvimento econômico no Brasil. Sistema Push de Notícias. 18.05.2009. Disponível em: <http:www.stf.jus.br>. Acesso em: 18.05.2009.

[306] No mesmo sentido: "Trabalhar com tributos no Brasil não é tarefa simples. O país tem cinco mil leis – federais, estaduais e municipais – que tratam de matéria fiscal. A cada duas horas, há três mudanças nas regras tributárias". Com base em pesquisa realizada pela IOB com 405 empresas de todo o país, com faturamento entre R$ 3 milhões e R$ 15 bilhões, foram analisadas 3,2 milhões de notas fiscais, emitidas entre agosto de 2007 e agosto de 2008, a conclusão é surpreendente: "O estudo da IOB mostra que os erros têm custado caro. Das empresas analisadas, 82% deixaram de utilizar créditos de ICMS a que tinham direito". Por outro lado, o reverso da moeda também merece destaque: "Das empresas analisadas, 75% utilizaram os créditos de forma indevida, o que representa R$ 33 milhões de créditos indevidos que podem ter de ser devolvidos, ou 4% do total de créditos de ICMS utilizados no período". De fato, constatou-se na referida pesquisa que: "A causa dos erros na utilização dos créditos é explicada: 74% das empresas erraram na composição da base de cálculo do ICMS e 58% erraram no cálculo do valor do imposto" (COSTA, Priscyla. Farra dos Tributos: Em 2007, 83% das empresas cometeram equívoco fiscal. **Revista Consultor Jurídico**, 04.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/ 2008-out-04/2007_83_empresas_cometeram_equivoco_fiscal>. Acesso em: 05.10.2008). Prova inequívoca disso é verificada a partir do próprio texto da Lei Maior: "O capítulo que trata do sistema tributário nacional é composto de 18 artigos (145 a 162) e ainda há mais 19 que tratam disso no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Estes são os de números 34,

que seria poupado com a movimentação indevida da máquina judiciária para assuntos que já estão – ou deveriam estar – superados.

De modo reverso, uma decisão que não preencha certos requisitos pode ser relegada ao segundo plano na prática judiciária ou até esquecida, seja porque não carrega fortes argumentos nas suas razões (limitando-se apenas a alguns pontos ou com argumentos implícitos), seja porque o assunto versado não é de interesse nacional (mas apenas local ou regional, abrangendo número reduzido de pessoas e sem o potencial de repetição).[307]

A despeito da importância e permanência dos verdadeiros precedentes, por vezes eles são superados (pela modificação da situação social ou jurídica subjacente que os embasa, por exemplo). Caso o Tribunal delibere superar o precedente, é recomendável que o faça de maneira explícita e que logre proceder ao necessário reforço do ônus argumentativo no sentido de explicitar por que esta superação se verifica naquele dado momento.

É pelo efeito multiplicador do potencial precedente que cada decisão judicial deve ser tomada de maneira embasada, com a exposição clara dos diferentes trechos da decisão, como o relatório, as razões de decidir (fundamentos ou motivação) e a parte dispositiva. A decisão deve ser sempre explícita, isto é, deve evitar conter argumentos implícitos ou escamoteados, especialmente se tiverem sido determinantes na adoção de certa orientação, ainda mais quando o tema em foco for de interesse nacional ou notadamente polêmico.[308]

35, 36, 40, 41, 55, 56, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 84, 85, 86, 88 e 94. Somando tudo, 37 artigos, ou seja, mais de 10% do texto geral da Constituição, onde vemos 344 artigos (250 da CF e mais 94 do ADCT)" (HAIDAR, Raul. Parabéns sem Festa: Constituição faz vinte anos com insegurança tributária. **Revista Consultor Jurídico**, 15.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-15/constituicao_ faz_vinte_anos_inseguranca_tributaria?pagina=2>. Acesso em: 16.09.2008).

[307] Gustavo Binenbojm explica a missão institucional da jurisdição constitucional atual: "Encontra-se superada a versão positivista da jurisdição constitucional como instância meramente subsuntiva, destinada a fazer atuar, no caso concreto, a vontade pré-constituída do legislador constituinte. É hoje corrente que em toda interpretação constitucional é decisivo o poder criativo do intérprete, cuja missão não é apenas a de aplicar, mas *concretizar* os princípios e regras consagrados na Constituição. A interpretação constitucional lida necessariamente com conceitos abertos e indeterminados, cuja densificação sujeita-se à pré-compreensão e à ideologia dos juízes encarregados do exercício da jurisdição constitucional". Alerta ainda que: "Por outro lado, para que a corte Constitucional não se torne uma instância autoritária de poder – compondo um *governo de juízes* – que dita, de forma monolítica, as interpretações *oficiais* a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição, é mister formentar a idéia de cidadania constitucional, de forma a criar uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Todos têm o direito de participar ativamente do processo de *revelação* e *definição* da interpretação constitucional prevalecente, cabendo ao Tribunal Constitucional funcionar como instância última – mas não única – de tal processo. A maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões" (BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 139-165, 2001, p. 162-163).

[308] Vale registrar que: "A segurança jurídica é garantida por decisões (em controle difuso) que reafirmem a unidade interpretativa da Constituição (supremacia) ou quando preservem as situações já consolidadas no tempo? A certeza de que, ao final, a Constituição será fielmente cumprida, sobrepondo-se à lei federal, confere segurança ao sistema ou, contrariamente, revoga a presunção de constitucionalidade das leis, criando um universo de complexa instabilidade nas relações jurídicas, especialmente para as empresas privadas?" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 121).

A tendência que observamos no âmbito legislativo indica que a prática jurisprudencial experimentará algum grau de aprimoramento na qualidade dos precedentes judiciais firmados pelos Tribunais Superiores.[309] No debate essencialmente jurídico que é travado no âmbito judicial, é necessário que a prevalência dos argumentos lançados à discussão seja jurídica.

Isso pode parecer um truísmo. Os argumentos jurídicos (que centralizam o debate) devem prevalecer sem prejuízo de que sejam colocados (e até adotados) também outros tipos de argumentos, que podem ser baseados na experiência de vida, na experiência profissional, na ideologia do magistrado, nas convicções de que é partidário (em sentido amplo e leigo). Estes, contudo, devem necessariamente se submeter ao modelo arquitetado e sustentado previamente por aquele, como reforços que são, ou seja, complementares. É precisamente aqui que incluímos o argumento pragmático ou conseqüencialista. No pronunciamento definitivo do STF, tais argumentos não podem prevalecer frente aos argumentos jurídicos centrais, sob pena de clara ilegitimidade da decisão tomada.[310]

2.3.1.6 O Poder Judiciário não é a "segunda instância do governo"

Foram incluídos na Constituição todas as reivindicações corporativas, tornando o país ingovernável, com um desbalanço entre seu poder e seu dever.[311]

---

[309] De fato, mecanismos como a repercussão geral e a súmula vinculante junto ao STF; e os recursos repetitivos e a súmula impeditiva de recursos na seara do STJ apontam no sentido de maior vinculação aos precedentes judiciais. Com isso, dedica-se mais tempo à análise da questão jurídica e julga-se com maior qualidade para que o grave problema da quantidade seja superado em seguida.

[310] Dessa maneira, quando o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico for utilizado para corroborar os argumentos jurídicos centrais em matéria tributária, incumbe ao tribunal explicar de modo explícito por que efetivamente lançou mão do(s) referido(s) argumento(s). Como vimos, deve ser apreciado em momento subseqüente e com menor peso, para a finalidade única e exclusiva de corroborar os argumentos jurídicos centrais submetidos à apreciação quando do julgamento da matéria tributária. Esse caráter periférico ou de reforço não basta, por si só, para legitimá-lo. Ele deve ser explícito e devidamente fundamentado.

[311] EDITORIAL. Desequilíbrio de Poderes: Constituição de 88 tornou país ingovernável, diz Sarney – Entrevista com José Sarney. **Revista Consultor Jurídico**, 14.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/ 2008-set-14/constituicao_ 88_tornou_pais_ingovernavel_sarney>. Acesso em: 16.09.2008.

Se admitirmos a prevalência do argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária sobre os argumentos jurídicos centrais que efetivamente devem embasar a decisão judicial, então, sob o ponto de vista da arquitetura institucional, seria verificada a seguinte situação: o Poder Judiciário funcionaria de fato como uma espécie de "segunda instância" do Legislativo ou, no caso brasileiro, principalmente do Executivo. Para chegarmos a essa conclusão, não é sequer necessário que o argumento pragmático ou conseqüencialista prevaleça sobre os argumentos jurídicos (que devem centralizar em torno de si o debate jurídico) na esfera do Poder Judiciário. Basta que seja atribuído àquele argumento igual ou maior peso ou importância em relação a estes.[312]

A subversão criada por tal situação pode ser compreendida sob diferentes vertentes. Cuidando-se da natureza própria da tomada da decisão política em contraposição à jurídica, já acentuamos que são essencialmente diferentes (e que, enquanto na primeira é recomendável o uso do argumento pragmático, na segunda a sua importância é reduzida).

Sob o ponto de vista político, implicaria admitir o agigantamento ainda maior do Poder Executivo no cenário nacional, especialmente sobre o Judiciário, que passaria a adotar uma posição que muitas vezes iria além da autocontenção, podendo mesmo chegar à subserviência em alguns casos. Em decorrência disso, ocorreria uma evidente prevalência do argumento oriundo do ramo político sobre o jurídico.

Sob o viés institucional, o Judiciário, que tradicionalmente tem sido o último bastião dos cidadãos (e da sociedade civil de modo geral) contra os corriqueiros arbítrios e abusos do Poder Público, sucumbiria diante das palavras de ordem que emanam dos ramos políticos com freqüência maior do que a desejada (como o argumento *ad terrorem* de cunho econômico).

Pela ótica da democracia, certamente essa posição conduziria a um passo atrás ao atual estágio em que temos visto o Poder Judiciário, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, atuando em prol dos direitos das minorias, comprometendo-se institucional e politicamente com determinadas questões delicadas que têm julgado, enfim, seria certamente um recuo em relação ao atual estágio de qualidade da prestação jurisdicional que se tem assistido.

Paralelo ao elevado dever judicial de declarar a inconstitucionalidade das leis contrárias à Constituição – e, de igual modo, corolário da sua supremacia – nos primórdios da

---

[312] De fato, já observamos que o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária ocupa um lugar supletivo, de reforço, apto a tão somente corroborar os argumentos jurídicos centrais que giram em torno da questão jurídica sob exame pelo Poder Judiciário. O entendimento contrário, que implica na sobrevalorização do argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico, seja pela sua prevalência pura e simples, seja ainda pelo seu posicionamento lado a lado dos argumentos jurídicos centrais, conduz necessariamente à admissão da situação subversiva (ao Estado Democrático de Direito) de que o Poder Judiciário se limitaria a funcionar como uma "segunda instância" dos ramos políticos do governo.

nossa República, Ruy Barbosa já articulava de maneira clara a adequada compreensão de que o Judiciário não seria (como não é até hoje) um tipo de "segunda instância" do Legislativo.[313]

Atualmente, no entanto, a declaração de inconstitucionalidade se submete ao desenvolvimento das variadas técnicas de decisão conhecidas, quando aplicáveis, como é a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, sem redução do texto e a interpretação conforme a Constituição.

São hipóteses excepcionais que objetivam conferir maior flexibilidade à decisão tomada pela Corte à luz de situações específicas. Por isso, são instrumentos que devem ser utilizados com parcimônia e com maior ônus argumentativo. De fato, juntamente com a maior flexibilidade agrega-se maior responsabilidade. Daí porque não significa pura e simplesmente maior discricionariedade ou até plena liberdade na tomada de decisão.

Cambiando o rumo cento e oitenta graus, chegaremos a uma compreensão semelhante através do percurso de outro caminho. Essa referência ao Poder Judiciário como "segunda instância do governo" pode significar algo colocado no extremo oposto. Trata-se da expectativa de que a atuação judicial busque contribuir de modo intenso e positivo para a solução de inúmeros desafios sócio-econômicos enfrentados pelo país. Essa contribuição seria decorrência do entendimento de que o Legislativo e o Executivo não têm capacidade ou vontade política para resolver os tais problemas de modo adequado.[314]

---

[313] Sobre esse tema, Ruy Barbosa lecionou que: "Reincido, e reinciderei, quantas vezes haja de opor-me, em juízo, à aplicação de atos inconstitucionais; porque o regime americano não converteu a justiça em segunda instância do poder legislativo: consagrou apenas a doutrina da precedência da lei soberana à lei subalterna, uma vez averiguada pelo juiz a divergência entre as duas [...]" (BARBOSA, Ruy. **Commentarios á Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, Vol. I, p. 18. Originário de: Anistia Inversa, 2. ed. Rio, 1896, p. 121-122). Releva registrar que naquela época o Poder Executivo, cujos primeiros chefes foram militares de carreira, se agigantava pela força de fato (das armas), mas ainda não tinha experimentado o crescimento institucional e próprio do cenário político, tal como hoje conhecemos. Embora tenhamos chegado a um patamar de exagerada prevalência do Executivo frente ao Legislativo, essa situação de fato se justifica pela história dos últimos anos. É que o governo tem sido exercido com a prevalência do Executivo, com o apoio da bancada parlamentar aliada do Congresso Nacional. Nos últimos anos, no entanto, temos assistido uma estarrecedora inércia do Congresso Nacional que, atolado em denuncismos dos mais variados graus e escândalos que daí decorrem e se prolongam por diferentes lapsos de tempo, tem experimentado acentuado descrédito junto à população. Prova cabal disso é a inércia na aprovação de leis que cuidem de temas nacionais relevantes. Essa situação favorece o fortalecimento ainda maior do Executivo e reflete diretamente no Judiciário, já que o STF fica abarrotado de ações dos parlamentares que desejam ver seus direitos fundamentais reconhecidos nos procedimentos que sofrem de seus pares ou, em alguns casos, simplesmente buscam a protelação da punição devida. Em suma, é fruto do jogo democrático e a alternância de poder que ocorre com as eleições assegura a legitimidade deste vai-e-vem de forças, propostas e tendências, sendo certo que as vigas-mestras do processo democrático têm sido mantidas nos últimos anos. De fato, essa lição é clara e já vem sendo ensinada há mais de um século no Brasil. À lei cuja constitucionalidade foi questionada e, ao final do trâmite da ação própria, foi provada através dos argumentos jurídicos centrais (bem como daqueles outros que os corroboram, inclusive o pragmático ou conseqüencialista), deve corresponder a declaração de inconstitucionalidade.

[314] Esse risco foi captado e bem explicado em dissertação sobre o assunto: "O risco envolvido é claro: o apelo irrefletido aos argumentos conseqüencialistas pode acabar tornando o Judiciário uma 'segunda instância de governo', já que os pontos de apoio fornecidos pelo ordenamento jurídico – especialmente as decisões do Legislativo e do Executivo – estariam sendo ignorados pelos órgãos jurisdicionais". Em seguida, complementa que: "Os inúmeros desafios sócio-econômicos enfrentados pelo país – e percepção de que o Legislativo e o Executivo não têm capacidade ou *vontade* para resolvê-los de forma palpável – alimentam expectativas em torno de uma atuação judicial que busque contribuir positivamente para a solução desses problemas. Há fortes indícios de que essa tendência não diminuirá" (ARGUELHES, Diego Werneck.

Aqui, diferente da outra situação descrita anteriormente – que se refere à subversão do regime pela prevalência do Executivo sobre o Judiciário –, temos a situação rigorosamente oposta, isto é, o Judiciário iria além de aonde chegaram o Executivo e o Legislativo, com o objetivo de cumprir ou facilitar as metas e programas que eles não lograram alcançar (inclusive pelas dificuldades inerentes aos arranjos políticos). Ou ainda, decisão ainda mais ousada seria no sentido de corrigir o rumo traçado pelos ramos políticos à luz da realidade subjacente ao caso apresentado à apreciação judicial.

Nessas situações, tem-se a solução de inúmeros desafios sócio-econômicos enfrentados pelo país à maneira judicial, que prevaleceria sobre as decisões do Executivo e do Legislativo, que restariam solenemente ignoradas ou rechaçadas, ou ainda, corrigidas. Aqui também o Judiciário atuaria com ampla margem de discricionariedade e até mesmo exagerada liberdade.

Em qualquer caso, vimos que, se o Judiciário funcionar como "segunda instância" do governo, verifica-se uma situação paradoxal, já que experimentaria maior independência e liberdade, de um lado, e se submeteria aos objetivos dos programas e políticas públicas levadas a cabo pelo governo, de outro. Seria como um "governo dos juízes do governo".

Se a mera possibilidade da criação de um "governo dos juízes" já foi tão amplamente discutida e rechaçada no passado, o que dizer atualmente dessa situação que surge quando o Judiciário se limita a atuar como "segunda instância do governo"? Parece que tal "governo dos juízes do governo" pode ser uma preocupação real e palpável, que precisa ser estudada no Brasil em maior profundidade para que logremos não cair na armadilha oriunda de arranjos e ambições políticas e que, muitas vezes, não servem aos propósitos mais republicanos.

2.3.2 Aspectos constitucionais

2.3.2.1 Considerações prévias: a filtragem a partir da Constituição como parâmetro

O apanágio do cidadão-contribuinte, no regime republicano, reside na circunstância de só se submeter a uma obrigação tributária autoconsentida, nos moldes que seus representantes, em seu nome, hajam consagrado formalmente em lei. Em apertada síntese, o dono da coisa

---

Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A justificação conseqüencialista de decisões judiciais. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, mimeo., p. 7 e 8).

pública encontra, na própria vontade externada por intermédio de seus representantes, a fonte única da coercitiva força que o obrigará a pagar determinado tributo, uma vez realizado o respectivo fato imponível abstratamente previsto na regra-matriz de incidência tributária.[315]

Referindo-se ao complexo sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos nacional, Gilmar Mendes e Nestor José Forster Júnior explicam que acima e mais importante que o parâmetro pragmático está o parâmetro constitucional:

> Todo esse complexo *instrumentarium* de controle de constitucionalidade está a recomendar a todos os partícipes do processo de elaboração de leis especial cautela no exame da constitucionalidade das proposições normativas. Mesmo aqueles que se orientam por parâmetros de índole marcadamente pragmática devem estar advertidos de que, já do prisma estritamente prático, eventual ofensa à Constituição não deverá trazer qualquer utilidade, pois é muito provável que se suspenda a eficácia do dispositivo questionado antes mesmo de sua aplicação.[316]

Com efeito, reconhecida a contrariedade do dispositivo questionado à Lei Maior, a inconstitucionalidade deve ser declarada. Desse modo, os argumentos que serviram de base frente ao parâmetro de índole marcadamente pragmática caem por terra e, sob o prisma estritamente prático, não trazem qualquer utilidade.

É que o Estado Democrático de Direito a que se refere a Constituição de 1988 a coloca como parâmetro último do ordenamento jurídico nacional e o STF como órgão jurisdicional precipuamente encarregado de guardá-la. Significa dizer que, embora os Poderes Executivo e Legislativo também estejam submetidos à estrita obediência dos ditames constitucionais, é possível que levem em consideração também questões de outras ordens (como aquelas agrupadas sob a expressão "oportunidade e conveniência política", como vimos antes).[317]

De fato, a supremacia da Constituição é ínsita ao sistema de normas estabelecido a partir da pirâmide de Kelsen, ocupando o seu ápice. Assim, o juízo acerca da

---

[315] TAVARES, Alexandre Macedo. A Responsabilidade Estatal pelo Desempenho Irregular da Função de legislar como Engrenagem do Sistema de Freios e Contrapesos à Possibilidade de o STF atribuir Eficácia Prospectiva às Decisões de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez. 2008, p. 14.

[316] BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 79.

[317] Nessas situações, as questões de "oportunidade e conveniência política" podem predominar na tomada de determinada decisão política, a depender do arranjo alcançado entre os parlamentares, do apoio conquistado pelo Governo, do momento político (eleitoreiro, eleitoral, pós-eleição etc.), dentre outros. O STF, por seu turno, jamais poderia adotar em seus julgados essa mesma lógica de argumentar e decidir. Seu exame deve ser limitado aos aspectos precipuamente jurídicos e seu parâmetro único é a Constituição. No âmbito do STF, a análise jurídica acerca da constitucionalidade deve sempre prevalecer frente a outras possíveis análises que venham a ser realizadas pelo Tribunal para a solução de determinada questão constitucional.

constitucionalidade pode ocorrer sob o aspecto formal e material. Dentre as leis e atos normativos de maior alcance na ordem jurídica nacional, muitos se submetem ao juízo da constitucionalidade, seja no âmbito interno dos ramos políticos (onde freqüentemente prevalecem as razões de "oportunidade e conveniência política"), seja na seara judicial. Aquelas que contrariam a Lei Maior são expurgadas da ordem estabelecida pela via própria.[318]

Embora o nascimento da lei ou ato normativo ocorra – de modo presumido – consoante a Constituição, essa presunção pode cair por terra quando derrubada por argumentos que comprovam a mácula da norma. Esse ônus, por óbvio, incumbe a quem inquina a norma de contrariedade à Lei Maior. Pela gravidade da sanção que é aplicada no caso da constatação de inconstitucionalidade, a preferência pelo Judiciário deve ser, quando e apenas quando for possível, pela deferência à decisão tomada pelos ramos políticos, ou seja, em princípio o ânimo interpretativo do magistrado tende a ser pró-constitucionalidade. A depender dos argumentos trazidos pela parte que se julga prejudicada, no sentido de demonstrar claramente que a inconstitucionalidade pleiteada é manifesta, então essa declaração deve retirá-la do ordenamento para restaurar a harmonia do sistema legal.[319]

---

[318] No mesmo sentido: "A supremacia da Constituição vem a ser o postulado de que a Carta Magna é superior, formal e materialmente, às normas de inferior hierarquia. Direito é sistema, sistema de normas. Tais normas se dispõem hierarquicamente e, segundo a célebre formulação kelseniana, constituem uma pirâmide, em cujo ápice se localiza a Constituição. A Constituição afirma sua superioridade, porém, não apenas por definir o procedimento pelo qual se podem elaborar normas válidas, como também pela sua dimensão material. A Constituição é também um sistema, mas um sistema aberto, sistema aberto de regras e princípios orientados a valores, a decisões políticas fundamentais do constituinte. Por essa razão, impõe-se que as normas infraconstitucionais incompatíveis formal e materialmente com a Constituição sejam expurgadas do ordenamento jurídico" (DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 55, abr. 2000, p. 52).

[319] Em clássica obra, o Professor Elival da Silva Ramos expõe que: "Portanto, a aplicação dos atos legislativos não se subordina à prévia verificação de sua constitucionalidade, que se presume. Trata-se, contudo, de presunção *juris tantum*, passível de ser derrubada por quem logre demonstrar a existência de norma constitucional afrontada pelo ato legislativo". Acrescenta que: "Nota-se, neste ponto, outra conseqüência da presunção de constitucionalidade das leis no plano pragmático: quem pretenda aplicar uma lei não necessita demonstrar a sua adequação à Constituição; ao contrário, quem postule a inaplicabilidade de uma norma legal a um caso concreto, por incompatibilidade com a Constituição, há de comprovar cabalmente a existência do vício". Em outras palavras, assinala que: "Na verdade, o que se quer com a presunção de constitucionalidade é fortalecer o Poder Legislativo, prestigiando os seus atos de legiferação: uma vez editados (existentes), estes se presumem válidos, até prova em contrário consistentemente produzida". De modo resumido, insiste que: "Basta, na verdade, reter que a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição, de modo favorável à harmonia do sistema jurídico, ou, dito de outra maneira, as normas constitucionais configuram critério de interpretação para os textos legais". Assim, assevera que: "Dentre as várias possibilidades de interpretação de uma norma legal deve-se orientar o hermeneuta pela finalidade de produzir a harmonia intra-sistemática, afastando as exegeses que conduzam à inconstitucionalidade". Adverte, no entanto, que: "É evidente que há limites para a utilização do princípio da interpretação pró-constitucionalidade, porquanto não se admite o desvirtuamento semântico do texto legal". Aduz, por fim, que: "Outro corolário da presunção de constitucionalidade das leis é a regra segundo a qual apenas deve ser reconhecida a inconstitucionalidade manifesta, decindindo-se, na dúvida, em favor da higidez do ato legislativo" (RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**: Vício e Sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p.204-207).

É que o parâmetro e o paradigma da ordem jurídica repousam sobre a Constituição. As leis e atos normativos não devem simplesmente estar conforme ela; mais que isso, devem ser lidas, compreendidas e aplicadas a partir de seus mandamentos, no sentido de dar-lhe a maior concretude e efetividade possível.[320]

2.3.2.2 Violação aos princípios fundamentais

> *Ora, nem sempre princípios e direitos fundamentais encontram regulação tão completa e farta, como ocorre na Constituição brasileira que transforma alguns princípios em regras constitucionais [...] ou consagra princípios expressos já lhes ditando os contraprincípios.*[321]

O fim último e primordial de toda a engrenagem estatal (em suas variadas formas e diferentes instrumentos) é o cidadão, como destinatário da coisa pública. Sob tal perspectiva, é inegável compreender que a instituição de certo tributo (ou a majoração de sua alíquota) deve ocorrer, sempre e em qualquer hipótese, de acordo com a lei previamente estabelecida. No regime democrático não há outro meio (ordinário) de estabelecer tais regras. De certo modo, elas são poucas e simples, mas precisam ser respeitadas, sob pena de desmoronamento de toda a construção arquitetada a partir da supremacia constitucional.[322]

Dada a natureza essencialmente *ex lege* da obrigação tributária, na situação de julgamento de questões relacionadas ao tema não deve ser aplicada a modulação temporal dos efeitos de sua decisão em prejuízo dos contribuintes.[323] Pela definição própria do "tributo"

---

[320] A esta altura evidencia-se que o nosso objetivo não foi adentrar o complexo debate em torno das regras, princípios e valores oriundos da Lei Maior, que certamente clamaria por um estudo apartado e aprofundado em grau que aqui se torna despiciendo. Para aprofundamento da distinção doutrinária entre as normas constitucionais entre princípios e regras, a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, especialmente aplicado ao delicado choque entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, inclusive com farta bibliografia especializada a respeito, conferir: ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídi@ e Poder Judiciário**: A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 213-249.

[321] DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 321-322.

[322] Confira: "A Constituição Federal é a norma fundamental, gozando de supremacia, a qual constitui princípio constitucional implícito, que se colhe dos arts. 60, 102, 103, 23, I, 78, 85, 25, 29, 32, 121, § 3º e § 4º, 125, e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os artigos: 1º e 11, todos da Constituição" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 161).

[323] O art. 3º do CTN dispõe que: "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

compreendemos desde logo que é "toda prestação pecuniária compulsória [...] instituída em lei". Dada a compulsoriedade e o ônus que sempre recai sobre o patrimônio (em sentido amplo) das pessoas, o poder tributante, a exemplo do que ocorre com o direito punitivo do Estado na persecução penal, é limitado por certos contornos, os quais não devem extrapolar. Nesse cenário, os princípios da legalidade e da irretroatividade assumem especial relevo.[324]

A partir do momento em que certo tributo (ou a majoração de sua alíquota) é declarado inconstitucional por decisão tomada pelo Judiciário, a mera tentativa de mantê-lo vigente no ordenamento jurídico (seja pela manobra das técnicas de decisão ou pela modulação temporal dos seus efeitos) já é, por si só, contrária ao princípio republicano e também ao democrático.

Nesse sentido, confira a seguinte relação que pode ser facilmente estabelecida entre o povo, o ramo político (como legiferante) e o Poder Judiciário:

> Em suma: se o princípio republicano pressupõe uma obrigação tributária autoconsentida, a lealdade passa a arvorar-se como uma condicionante do lídimo exercício do poder de tributar, pois, se é o povo que tributa a si mesmo, não há como aceitar-se ou convalidar-se – ainda que temporalmente, mediante o temido e acrítico expediente da atribuição de eficácia prospectiva às decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária – qualquer ato representativo de deslealdade, ante a despropositada e inimaginável concepção que alguém seja desleal consigo mesmo.[325]

Desse modo, a subversão que a predominância do argumento pragmático ou conseqüencialista sobre os argumentos jurídicos centrais acarretaria à Constituição da República pode significar inaceitável violação dos valores mais relevantes estabelecidos democraticamente pela nação brasileira.

Esse efeito profundamente negativo e ilegítimo pode ser neutralizado ou revertido, desde que a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial em matéria tributária leve em conta o argumento pragmático ou conseqüencialista para dar maior concretude às normas constitucionais. Assim, oferece meios para o alcance de uma maior efetividade constitucional diante da situação colocada; ou ainda, é o instrumento da eventual diminuição de uma

---

vinculada". Este dispositivo lembra, de certo modo, o art. 1º do Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

[324] Se é verdade que o dogma da tipicidade fechada ou cerrada tende a ceder espaço para uma interpretação que melhor se adéqüe à abertura do texto normativo, é também verdade que ainda assim alguns contornos e limites hão de ser respeitados, sob pena da institucionalização jurídica do subjetivismo e, conseqüentemente, do arbítrio. É que, em última instância, os contribuintes são os legitimadores de seus representantes (parlamentares que elaboraram a lei ou ato normativo) e de seus funcionários (agentes do Fisco e da Fazenda Pública).

[325] TAVARES, Alexandre Macedo. A Responsabilidade Estatal pelo Desempenho Irregular da Função de legislar como Engrenagem do Sistema de Freios e Contrapesos à Possibilidade de o STF atribuir Eficácia Prospectiva às Decisões de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez 2008, p. 14-15.

violação à Lei Maior que, na sua ausência, seria bem maior. Essas idéias são subjacentes à faculdade de restrição dos efeitos da decisão judicial, como veremos na Terceira Parte.

Para a adequada compreensão deste ponto, partimos da premissa de que estamos cuidando de situações na qual a técnica da restrição dos efeitos da decisão não acarreta o maior respeito à Constituição. Nestas situações, além da violação ao princípio republicano e democrático, mencionados anteriormente, verificam-se também, por conseguinte, a violação ao princípio da separação dos poderes, quando o processo de tomada de decisão judicial seja substituído ou subjugado àquele de natureza eminentemente política.[326]

2.3.2.3 Violação aos direitos fundamentais (art. 5º)

A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.[327]

As decisões judiciais devem ser fundamentadas essencialmente sob o ponto de vista jurídico, sem prejuízo de trazer em suas razões outros argumentos de naturezas variadas, inclusive de diferentes áreas do conhecimento. É possível que outros argumentos, como são aqueles pragmáticos ou conseqüencialistas, componham o quadro decisório do magistrado.[328]

Caso a decisão judicial seja baseada exclusiva ou predominantemente nos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas de cunho econômico em matéria tributária, podem ocorrer potenciais violações aos direitos fundamentais prescritos no art. 5º da Constituição da

[326] De acordo com tal baliza, como vimos, as três principais funções do poder estatal dividem-se em competências próprias de cada uma, sendo vedada a usurpação de um sobre o outro, salvo algumas exceções legítimas no âmbito do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que pretende calibrar essa relação entre as três principais funções do poder estatal. Isso explica a lógica de funcionamento de cada função do poder estatal. Na tomada de decisão política, leva-se em elevada consideração a oportunidade e conveniência política, que necessariamente comporta sugestões de caráter subjetivo sobre aspectos conjunturais e circunstanciais da questão em foco, como se o momento é adequado, supre ou reduz em certa medida alguma deficiência no campo social, e, até mesmo, se há apoio suficiente das bancadas parlamentares envolvidas na respectiva aprovação. É possível que a tomada de decisão política leve em consideração essas e outras questões sob a rubrica de "oportunidade e conveniência política". A etapa posterior à edição de atos normativos traz o manto protetor do Judiciário a coibir abusos, excessos e arbítrios eventual ou propositadamente perpetrados pelo Poder Público em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Eventualmente, é perfeitamente possível que o Judiciário leve em consideração, na decisão que toma, a lógica oriunda dos ramos políticos de governo (em sentido lato). O que não pode é atribuir-lhes peso ou importância igual ou maior aos argumentos jurídicos centrais que embasam o pleito ou defesa acerca do juízo de (in)constitucionalidade.

[327] Esse é o teor da Súmula n. 654 do Supremo Tribunal Federal.

[328] Nesse caso, relembramos a sua posição suplementar ou complementar, na medida em que serve como reforço aos argumentos jurídicos centrais esgrimidos em torno da temática sob exame pelo Judiciário, especialmente tratando-se dos argumentos de cunho econômico em matéria tributária.

República, além daquelas possíveis afrontas já descritas anteriormente (ao princípio republicano, democrático e da separação dos poderes). A sua utilização legítima deve ser parcimoniosa e sujeita a um maior ônus argumentativo para corroborar os argumentos jurídicos centrais que o magistrado explicita como fundamento em sua decisão.

Do contrário, a eventual predominância de argumento extra-autos pode conduzir à violação da igualdade, pela qual os iguais devem ser tratados igualmente em seus direitos e obrigações e desigualmente em relação aos desiguais na medida de sua desigualdade.[329]

É que, nessa hipótese, pessoas em situações equivalentes poderão, em alguns casos, ser tratadas de maneira distinta. A partir do argumento pragmático ou conseqüencialista, duas ou mais situações idênticas ou totalmente equivalentes poderiam ter desfecho distinto no âmbito judicial, a depender única e exclusivamente das considerações exógenas (ou não demonstradas) que cada magistrado decidir levar em conta, colocando forte colorido na maior discricionariedade oriunda de suas posições subjetivas. A situação é diversa quando, em virtude das diferenças de argumentação, ainda que formais, pronunciam-se decisões divergentes em decorrência do maior ou menor peso atribuído pelo magistrado diante das variadas circunstâncias específicas do caso concreto.

De igual modo, a eventual predominância do argumento pragmático ou conseqüencialista pode conduzir à violação da legalidade, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.[330]

Se levarmos o raciocínio até um extremo do positivismo jurídico, no qual a prevalência da lei na ordem jurídica é expressada pelo princípio da legalidade estrita, verificamos que nesse seu pilar esbarra de modo incontornável uma visão puramente pragmática ou conseqüencialista.

---

[329] Em caráter preliminar, a necessária observância da igualdade entre as pessoas é visualizada logo no Preâmbulo da Constituição da República: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...] a igualdade, [...], promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". Em seguida, o dispositivo que inaugura o rol dos direitos e garantias individuais fundamentais estabelece que: "**Art. 5º**. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]". Este mandamento é expressamente repetido em caráter geral no inciso I, quando dispõe que: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, [...]". Em caráter específico do tema tributário, o art. 150, inciso II, preceitua que: "**Art. 150**. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]; II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos".

[330] Em caráter geral, esse princípio é consagrado na seguinte fórmula: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (inciso II do art. 5º). Na sua versão específica para resguardar os contribuintes, a Lei Maior dispõe no art. 150, inciso I, que: "**Art. 150**. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça". Com efeito, levando-se em consideração que a exigência da obrigação tributária decorre obrigatória e necessariamente de prescrição legal – até para que o tributo seja caracterizado como tal na sua própria origem, nos termos do art. 3º do CTN –, então na hipótese da declaração de sua inconstitucionalidade, teremos uma NÃO-norma a reger aquela relação jurídica (entre os contribuintes e o Fisco), como veremos adiante.

Nessa ordem de idéias, seria precisamente aqui que o cerco se fecharia de modo mais claro, já que geralmente não seriam suportados por argumentos jurídicos capazes de firmá-los para embasar suficientemente a decisão que seria no final tomada. Lembramos, contudo, que não adotamos aqui tal visão positivista. Ao contrário, em linha com as mudanças operadas nos últimos anos, pretendemos com essa tese trazer uma contribuição que seja capaz de relacionar a decisão judicial de modo geral, e sobre a sua modulação de maneira particular, e o argumento pragmático ou conseqüencialista, especialmente de cunho econômico e cuidando-se de matéria tributária.

Verifica-se, portanto, que o uso do pragmatismo ou conseqüencialismo e a modulação dos efeitos[331] devem ser considerados de modo parcimonioso pelo magistrado, dado o seu caráter excepcional, de reforço (ou complementar ou suplementar) e o maior ônus argumentativo que gravita no seu entorno.

A Lei Maior estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Significa dizer que, quando alguém – pessoa física ou jurídica – se sentir lesado ou ameaçado em qualquer direito seu, então poderá ingressar em juízo visando a reparação cabível ou o término da ameaça a que se submete (inciso XXXV do art. 5º).[332]

O ingresso da questão jurídica no Judiciário já traz ínsito que o caminho legislativo e do contribuinte, que são prévios, já foi devidamente percorrido. Voltar a considerar argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas no momento do julgamento de determinada questão jurídica submetida à apreciação sinaliza no sentido de que o Judiciário está (muito mais que deferente) subordinado às razões políticas que levaram à edição do ato normativo impugnado.

---

[331] Confira: "Com efeito, o dispositivo confere ao Supremo Tribunal Federal um poder sem precedentes no direito brasileiro. É verdade que a mera possibilidade de fixação do termo inicial da produção dos efeitos pode levar à lesão de direitos fundamentais efetivados durante a vigência da lei (ex. atribuição de efeito *ex tunc* no caso de direitos regulamentados apenas para uma categoria de pessoas em afronta à igualdade – *inconstitucionalidade relativa*) ou à perpetuação da lesão que a vigência da lei gerou a direitos fundamentais (ex. atribuição de efeito *ex nunc* no caso de instituição e cobrança inconstitucional de tributo). Porém, ainda mais relevante é o fato de que a possibilidade de determinação dos efeitos tem justificativa em dois conceitos jurídicos indeterminados: *excepcional interesse social* e *razão de segurança jurídica*" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 62).

[332] Se a tomada de decisão judicial é superada por colocações de ordem política (como é a oportunidade e conveniência) no julgamento de questões jurídicas, então certamente viola o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, vez que a proteção se refere exatamente ao modo próprio de racionalidade judiciária na solução de questões controvertidas no seio social. De acordo com o que já explicitamos anteriormente, se a solução de uma causa submetida ao exame do Poder Judiciário levar a um desfecho em razão de argumento pragmático ou consequeencialista, em detrimento daqueles jurídicos que deveriam situar-se de modo central no debate, então nada mais se está a fazer do que pura e simplesmente chancelar o arbítrio ou o abuso de que se reclama junto ao Judiciário com o ajuizamento da ação ou a apresentação da defesa.

Embora ele possa lançar mão de argumentos extra-processuais ou extra-jurídicos, é interessante enfatizar que não é função do Poder Judiciário utilizar argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas na tentativa – algumas vezes verdadeiramente heróica – de "salvar" o ato normativo, como já vimos, especialmente levando em consideração argumento de cunho econômico em matéria tributária.[333]

Não obstante, há quem suscite controvérsia no que concerne à necessidade da aplicação uniforme a todo o universo de contribuintes dos efeitos das decisões do STF em matéria tributária. Seguindo essa visão, a decisão transitada em julgado de um ou poucos contribuintes não deve prevalecer diante da posição contrária harmonizada no âmbito judicial, vez que desconsideraria a "segurança jurídica do Estado" e dos outros contribuintes, que (sendo do mesmo setor econômico) ficariam em situação de desequilíbrio concorrencial.[334]

Apesar de vivamente recomendável a urgente estabilização da relação entre os contribuintes e o Fisco, não parece que a questão posta por esse segmento da doutrina esteja adequadamente justificada de acordo com a realidade dos fatos, ao menos daqueles que vivemos aqui no País. A idéia de harmonização com os precedentes oriundos dos Tribunais Superiores é uma aspiração generalizada, como já explicitamos anteriormente. Mas, isso não significa, em absoluto, dar passos (talvez até) inconseqüentes como a consideração de eventual – e inexistente – "segurança jurídica do Estado", como também não há direito individual e fundamental do Estado (e, por conseguinte, o seu suposto direito de recorrer ao Judiciário no caso de decisões administrativas contrárias).

---

[333] Para que a ordem dos valores em jogo não seja indevidamente subvertida, é relevante notar que: "Demandar judicialmente contra lesão ou ameaça a direito é cristalina garantia constitucional. Desse modo, se o poder judiciário está atolado de ações contra exações tributárias é porque o governo – especialmente o federal – tem sistematicamente desrespeitado os direitos dos contribuintes". Em seguida, a articulista se estende na descrição do papel do advogado tributarista na sociedade: "De fato, o advogado tributarista – como os advogados em geral – têm o dever profissional de defender os direitos garantidos constitucionalmente a todos os entes sociais submetidos a determinada ordem jurídica, sejam tais entes pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras" (GUERREIRO, Rutnéa Navarro. O Papel do Advogado Tributarista na Sociedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 1, out 1995, p. 69-70).

[334] É o que se depreende do seguinte trecho: "Ao reconhecer aprioristicamente a prevalência da decisão transitada em julgado que concede o direito a um contribuinte de não pagar tributos que, segundo decisão do STF, todos devem pagar, está se conferindo caráter absoluto à perspectiva individual da segurança jurídica em detrimento, não apenas do Estado, mas principalmente de todos os outros contribuintes que atuam no mesmo setor econômico e que, por não terem decisões transitadas em julgado, acabarão por ser submetidos a sentenças harmonizadas com a posição da Corte Maior, no sentido da legitimidade do tributo. Assim, num mesmo mercado, teremos uma empresa que está liberada de parcela da carga tributária incidente sobre suas operações, enquanto as demais são obrigadas a suportar a integralidade do peso fiscal. Trata-se de um privilégio odioso por ofender o princípio da isonomia e da livre concorrência, uma vez que tal situação faria com que o contribuinte beneficiado tendesse a abarcar fatias cada vez maiores do mercado, em detrimento dos seus concorrentes. Tal violação de princípios constitucionais tão caros à ordem tributária e à ordem econômica jamais poderia ser perpetrada pelo legislador, quanto mais pelo Poder Judiciário, ou melhor, pela interpretação quanto aos efeitos de suas decisões". "Por outro lado, a prevalência de uma decisão transitada em julgado que condena o contribuinte ao pagamento do tributo, enquanto todos os seus concorrentes são dispensados do seu recolhimento em face de posicionamento do STF, representa uma discriminação odiosa e insuportável, que provavelmente levará ao desaparecimento da empresa discriminada, restando igualmente violados os referidos princípios" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 145, out 2007, p. 110-111).

Com efeito, enquanto perdurarem no País os excessivos arbítrios e abusos que freqüentemente são experimentados pelo Fisco (no sentido amplo, como Estado), então a melhor solução no curto prazo talvez seja no sentido de proibir a violação à paridade de armas, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, todos direitos fundamentais decorrentes do Estado Democrático de Direito, que são estabelecidos no inciso LV do art. 5º da Constituição da República.[335]

O respeito de tais princípios e valores constitucionais assume especial relevo com o uso do argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária pelo Supremo Tribunal Federal. Isso pode ocorrer de maneira intra-autos e expressamente (argumento explícito em petição, memorial ou sustentação oral), intra-autos e implicitamente (o argumento não é colocado de maneira expressa, mas permanece subterrâneo ou latente, seja no pedido, seja na decisão), extra-autos e expressamente (oriundo de notícias e entrevistas com representantes do Fisco) e extra-autos e implicitamente (surge a partir do *lobby* de determinadas autoridades, *e.g.* Ministros de Estado, junto aos Ministros do STF em relação a certa questão tributária).[336]

A consideração aqui posta tem caráter essencialmente eqüitativo e diz respeito, em apertada síntese, à igual oportunidade de manifestação que deve ser dada de modo eqüânime às partes litigantes. Sob esse ponto de vista, é necessário verificar se de alguma maneira são levantadas as questões relacionadas aos impactos econômicos de eventual decisão no âmbito do debate judicial (inclusive perante o Supremo Tribunal Federal), de maneira oficial ou oficiosa pelas procuradorias competentes (ou pelo órgão estatal que lhe faça as vezes).

Se no debate judicial acerca de determinada questão constitucional versando matéria tributária surgir o argumento de cunho econômico em defesa do interesse governamental, especialmente através do modelo *ad terrorem*, então caberá ao contribuinte (como *ex*

---

[335] Tais direitos e princípios fundamentais são assegurados nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República, *verbis*: "**LIV** – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; **LV** – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". O princípio da paridade de armas entre os litigantes deflui daqueles anteriormente assinalados e, atualmente, é compreendido como implícito no texto destacado. Disso deflui a necessária imparcialidade do órgão jurisdicional: "Embora jã não sejam cultivados o mito da objetividade plena ou a ficção da neutralidade do intérprete, o Judiciário deve ser um foro imparcial, onde impere o respeito ao fato e ao valor do pluralismo. Um espaço no qual reine a *razão pública*" (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. 60-61).

[336] A realização de *lobbies* e pressões pelo governo junto ao STF faz parte do jogo democrático. Não é isto que está em foco neste trabalho. Aqui, cuidamos da (im)possibilidade de que estes *lobbies* e pressões tragam ao debate jurídico argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas e de cunho econômico na matéria tributária que pretendam prevalecer ou se sobrepor aos demais ou, ainda, que tais argumentos sejam utilizados de modo implícito, consciente ou não. De fato, os *lobbies* e pressões do governo não devem impressionar e, muito menos, pretender subverter a interpretação constitucional da qual o STF é guardião máximo. O exame sobre a legitimidade, adequação, limites e possibilidades do *lobby* é tema praticamente ignorado pela doutrina brasileira. Pela seriedade e alcance dos resultados que eventualmente alcançam, é necessário o urgente aprofundamento em torno de tal questão que, apesar de instigante, não será aqui abordado.

adversus), no caso submetido à análise, manifestar-se a respeito, expedindo argumentação em prol de seu interesse em jogo, seja contraditando a afirmação da outra parte, seja trazendo outros dados para neutralizá-los.[337]

Em outras palavras, essa situação diz respeito ao surgimento do debate sobre o argumento *ad terrorem* em torno do eventual rombo que determinada decisão judicial da Suprema Corte pode causar aos cofres públicos, ou os prejuízos que ela acarretaria aos segmentos públicos da saúde, da educação e da moradia, dentre outros. Essa ordem de idéias pode surgir no âmbito próprio dos autos que aguardam julgamento, como também por meio de audiências com os Ministros do STF ou, ainda, audiências públicas de Ministros de Estado.

Em qualquer caso, igual oportunidade deveria ser dada ao contribuinte (pessoa física ou jurídica) para manifestar-se sobre o impacto que eventual decisão judicial definitiva contrária teria nas suas contas e qual seria o prejuízo sofrido para o desenvolvimento de suas atividades empresariais e, eventualmente, do setor privado em que atua. A oportunidade para manifestação nos autos seria de solução relativamente simples.

Bastaria introduzir uma ligeira modificação normativa no sentido de que: ou, depois do protocolo de petição levantando argumento de cunho econômico pelo órgão estatal competente, fosse aberto igual prazo para que o contribuinte se manifeste (no sentido oposto contraditando, aduzindo novos dados em sentido contrário ou concordando); ou, depois de audiência com procuradores ou Ministros de Estado que tenham trazido ao debate esses argumentos, fosse facultada a audiência com o contribuinte *ex adversus*; ou ainda que a audiência fosse realizada em conjunto, ou seja, tanto o procurador da entidade correspondente como o advogado habilitado nos autos teriam audiência conjunta com o Ministro do STF responsável pela prolação da decisão judicial em jogo, como veremos adiante.

Nessa perspectiva, ainda se verificaria iniqüidade na situação em que Ministro de Estado da Fazenda ou do Desenvolvimento ou da Previdência Social ou qualquer outro funcionário do governo se manifestasse trazendo ao debate posto o argumento de cunho econômico por meio de entrevista, individual ou coletiva.[338] Caso os Ministros optem em

---

[337] Confira: "A modulação dos efeitos também depende de expresso pedido da parte interessada e, por via de conseqüência, a parte que poderia ser prejudicada pela modulação no caso deveria ser previamente ouvida, em nome da ampla defesa. Como se trata de eficácia *erga omnes*, seria impossível, na prática, ouvir todos os interessados, mas nada impede que se colha a manifestação da parte litigante no processo concreto, a qual também será, por óbvio, atingida pela modulação" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119).

[338] Questão interessante que até agora permanece negligenciada pela doutrina nacional se refere à possível (e desejável) responsabilidade dos agentes políticos do País por suas declarações públicas, como lembrou a Professora Misabel Abreu Machado Derzi quando defendemos essa tese. De fato, nesse cenário como fica a (auto)vinculação de autoridades públicas e juízes por declarações prestadas através da Mídia, por exemplo? E mais, tal entendimento eventualmente manifestado

utilizá-lo na fundamentação dos seus votos, então devem motivar-se a partir dos argumentos jurídicos centrais e, apenas de modo supletivo ou complementar, trazer ao debate tais ponderações.[339]

2.3.2.4 Violação aos demais princípios constitucionais e tributários

> *Na vigência da Constituição Federal de 1988 vimos os governantes priorizarem a elevação da carga tributária sem, contudo, promover a contraprestação dos serviços necessários à promoção da cidadania, garantida pelo texto constitucional.*[340]

Impende destacar, também, a par das violações a princípios e direitos fundamentais as possíveis violações a outros preceitos que estão igualmente inseridos no texto constitucional.

Sob o ponto de vista administrativo, o Estado-Administração assume a responsabilidade quando o Estado-Juiz prolata decisões desfavoráveis à sua pretensão, inclusive na seara tributária. Além disso, o princípio da moralidade insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição da República é de obediência compulsória, sobretudo, pela Administração Pública.[341] Como pugnar que ela não tire proveito de atos viciados emanados dela própria? "O Estado não pode se locupletar à custa do cidadão, sob pena da configuração de enriquecimento sem causa, um princípio geral do Direito que tem sido em diversas oportunidades, amparado pelo próprio STF".[342]

---

deve ser capaz de sujeitá-lo à responsabilidade? Em outras palavras, ele é responsabilizável por suas palavras em que medida? Concordamos que essas e outras questões relacionadas ao tema certamente merecem aprofundado exame.

[339] A atribuição de menor peso ou importância de tais argumentos econômicos *ad terrorem* não representaria nenhum prejuízo ao debate posto sob exame perante o Tribunal, seja porque cuida de argumento extra-jurídico e extra-autos (de caráter supletivo ou complementar), seja porque o ponto nodal do debate gira em torno do argumento essencialmente jurídico acerca da questão constitucional que versa sobre matéria tributária, vale dizer, qual dispositivo de que lei ou ato normativo viola ou não qual ou quais dispositivos constitucionais.

[340] MORAIS, Roberto Rodrigues de. Carga tributária hoje é maior que no Brasil colônia. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 21.04.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-21/carga-tributaria-pais-alta-brasil-colonia>. Acesso em: 21.04.2009.

[341] Eis a dicção do dispositivo constitucional: "**Art. 37**. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e [...]".

[342] De fato, cabe assinalar que: "Se, após decisão judicial, a Fazenda Pública passou da condição de credora para a de devedora, que arque com isso. Nem mais, nem menos. O que não cabe é a presença de argumentos apocalípticos indicando a impossibilidade de pagar o que deve por isso gerar uma bancarrota nacional. O Supremo não tem dado guarida a esse tipo de argumentação" (LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a Adoção da Doutrina Prospectiva negando Direitos aos Contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 158, nov 2008, p. 83-85;

Permanecendo na interseção entre a seara administrativa e a tributária, é possível até vislumbrar a responsabilidade objetiva do Estado pela edição de atos legislativos "lesivos ao patrimônio jurídico e econômico dos contribuintes":

> Portanto, sempre que uma lei tributária instituidora e/ou majoradora de uma exação vier a ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, o imediato direito à compensação ou restituição dos valores indevidamente pagos será fruto da proclamada *responsabilidade objetiva do Estado* pela edição de atos legislativos lesivos ao patrimônio jurídico e econômico dos contribuintes, resguardados constitucionalmente através de uma série de limitações ao poder de tributar.[343]

Tal indignação, e a conseqüente busca pelas vias adequadas de reparação, não é tema novo no direito brasileiro. Pode-se dizer que, desde sempre – e também depois de promulgada a Constituição de 1988 –, o governo agiu e continua agindo em afronta aos elevados ditames constitucionais. Por isso, tem deflagrado incessante luta dos advogados pelo respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes e às limitações ao poder de tributar.[344]

A despeito de alguns eventuais deslizes ou desatenções que possam ocorrer vez ou outra, a realidade é que, muitas vezes, a infração ao texto constitucional é planejada, pelas

---

LEAL, Saul Tourinho; PISANI, José Roberto. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 36, nov/dez 2008, p. 119). Verifica-se, assim, que o Estado-Administração deve ser encarado como parte da máquina pública quando o Estado-Juiz prolata uma decisão que lhe seja desfavorável. Ambos sujeitam-se aos princípios do *caput* do art. 37 da Lei Maior. É vedado ao Poder Público locupletar-se à custa do cidadão. Donde, não é possível que o argumento pragmático ou conseqüencialista seja exclusiva ou predominantemente utilizado em proveito dessas situações, sob pena de afronta direta à moralidade imposta pela Lei Maior.

[343] O articulista destaca que: "Em outras palavras, sempre que o legislador agir *ultra vires*, isto é, sempre que andar na contramão da *mens constitutionis*, a respectiva pessoa política que foi beneficiária da lei írrita não poderá, jamais, beneficiar-se de sua própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)". Resume ainda que: "Em síntese: o reconhecimento – *difuso ou concentrado* – da inconstitucionalidade de uma norma jurídica tributária, embora não esteja catalogada explicitamente pelo Código Tributário Nacional como um pressuposto do exercício à compensação ou restituição do indébito tributário, a toda evidência, põe a nu esse *direito subjetivo* dos contribuintes pátrios, à medida que exterioriza com acuidade o demandado nexo de causalidade entre o ato legislativo inválido e o dano provocado aos sujeitos passivos, dando azo ao nascimento da responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos ocasionados por força da coercitiva e ilegítima expropriação patrimonial, a título da exigência de tributo em desconformidade com a *Lex Mater*" (TAVARES, Alexandre Macedo. A Responsabilidade Estatal pelo Desempenho Irregular da Função de legislar como Engrenagem do Sistema de Freios e Contrapesos à Possibilidade de o STF atribuir Eficácia Prospectiva às Decisões de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez 2008, p. 12-13).

[344] Em 1995, aguerrida causídica já apontava essa deformação que era – e lamentavelmente ainda é – constatada com maior freqüência do que a desejada: "E o que tem ocorrido no Brasil, especialmente no campo tributário, é um total desrespeito do governo aos direitos assegurados aos contribuintes pela Constituição de 1988. O governo tem ignorado – até parece que propositalmente – as limitações constitucionais ao poder de tributar, forçando a intensa atuação desses profissionais [advogados tributaristas]". É que: "Obviamente, as atitudes governamentais desrespeitosas às garantias constitucionais também têm uma causa muito séria. São elas tentativas desesperadas de aumentar a arrecadação federal para atender as inúmeras obrigações que o constituinte impôs à União sem a suficiente atribuição de fontes de recursos" (GUERREIRO, Rutnéa Navarro. O Papel do Advogado Tributarista na Sociedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 1, out 1995, p. 69).

razões mais variadas possíveis. "É cediço que o legislador brasileiro muitas vezes, de forma consciente e planejada, institui ou majora tributos de forma inconstitucional".[345]

No atual estado de coisas, é absolutamente temerário e contrário a qualquer lógica razoável permitir que um ou mais argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas de cunho econômico prevaleçam ou sejam dados como suficientes para determinar o rumo da decisão final que deve ser prolatada. Caso contrário, teríamos a violação frontal aos princípios da moralidade, da responsabilidade objetiva do Estado e do locupletamento ilícito, agravado ainda mais pelo prejuízo causado sobre os contribuintes, que são protegidos de modo claro pelo estatuto previsto na Constituição.

Contraposto ao Estatuto do Contribuinte – e, portanto, aos direitos e garantias que lhe são assegurados –, existe o dever fundamental de pagar o tributo, que abrange todas as pessoas submetidas ao sistema tributário, mas que jamais deveria sobrepor-se a ele na hipótese da declaração de inconstitucionalidade.[346]

O poder do ente tributante deve respeitar, na medida do possível, a liberdade e a propriedade dos contribuintes. Afinal, nas condições normais, é pelo desenvolvimento das atividades empresariais que a riqueza circula e a arrecadação tributária pode aumentar, contemplando mais contribuintes e áreas até então não alcançadas, além de onerá-los

---

[345] "Esse consciente agir em excesso de poder é decorrência da confiança na morosidade do Poder Judiciário, na inacessibilidade desse mesmo Poder a muitos contribuintes e na enorme dificuldade de interpretação das regras fiscais, que faz com que os contribuintes muitas vezes sequer se dêem conta de que estão recolhendo aos cofres públicos tributos inconstitucionais"."Assim sendo, não há dúvidas de que, tendo em vista esse quadro fático, não há como, no Direito nacional, conferir-se efeitos *ex nunc* à decisão proferida no âmbito do controle de constitucio-nalidade das leis tributárias, o que, como dito, só teria o significado de legitimar a ação inconstitucional dos entes tributantes, negando vigência a disposições constitucionais que garantem os direitos fundamentais do homem enquanto contribuinte"."Não se diga, objetando ao que foi até o momento asseverado, que também na seara tributária seriam benéficos os efeitos *ex nunc* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de atos normativos, isso por facilitar a missão da Suprema Corte, que não teria, ao proferir sua decisão, que atentar para eventuais efeitos econômicos negativos que a mesma possa ter para a Fazenda Pública"."Com efeito, 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" (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**. São Paulo: Dialética, n. 83, ago 2002, p. 162-163).

[346] Grosso modo, sabemos que: "O Poder-Dever de tributar consiste numa limitação *legítima* à liberdade e à propriedade dos indivíduos reunidos sob um Estado. Por seu turno, a obrigação jurídica de pagar tributos, que se impõe a todos quantos pratiquem as hipóteses previstas no tipo tributário, pode ser incluída dentre os 'deveres fundamentais' dos cidadãos. O Poder Tributário é algo indissociável do Estado de Direito, o qual necessita de recursos para alcançar as finalidades a que se destina". Cabe a advertência: "Contudo, quando verificamos a ocorrência de uma violação às normas constitucionais referentes à tributação, já não estamos lidando com limitações *toleradas* à liberdade e à propriedade dos cidadãos, mas sim com autênticas transgressões – ou mesmo um amesquinhamento – dos direitos fundamentais 'liberdade' e 'propriedade', o que de forma nenhuma seria permitido pelo Direito, ainda mais havendo norma-garantia expressa na Constituição cujo fim imanente é garantir não somente a eficácia jurídica, mas a efetividade – ou eficácia social – dos Direitos Fundamentais". Em suma: "Daí é razoável concluirmos que a declaração de inconstitucionalidade de um tributo deverá produzir efeitos retrooperantes, em face da especialidade da violação a um Direito Fundamental, o que não poderia ser admitido pelo Sistema Jurídico" (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei n. 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 59, ago 2000, p. 120).

proporcionalmente. Esta lição é prevista expressamente na Constituição por meio do princípio da capacidade contributiva.[347]

A respeito da vedação à tributação confiscatória, confira o seguinte trecho de ementa sobre relevante questão tributária/previdenciária resolvida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da contribuição dos inativos:

> A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
> - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (o Relator ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende da apreciação individual de cada caso concreto).
> - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo).
> A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público.
> Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte.
> - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.[348]

Verifica-se, portanto, que a noção da medida ou grau de tributação sobre o patrimônio e/ou rendimentos dos contribuintes gravita em torno da razoabilidade, tal como acentuado. Assim, a utilização de modo exclusivo ou prevalecente dos argumentos pragmáticos ou

---

[347] O § 1º do art. 145 dispõe que: "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

[348] STF – Pleno, ADI 2.010, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.09.1999, DJU 12.04.2002. Nessa ementa, e sem qualquer pretensão de aprofundamento sobre o tema específico, temos diversas assertivas reafirmadas ou estabelecidas pela Suprema Corte acerca de matéria tributária. Dentre elas, destaca-se que: é possível o exame de afronta ao princípio da vedação do confisco estabelecido na Lei Maior; é vedado ao governo apropriar-se, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes de maneira irrazoável; tal apropriação será irrazoável quando o efeito cumulativo afetar, substancialmente, o patrimônio e/ou os rendimentos dos contribuintes; ou ainda, quando o patrimônio e/ou os rendimentos sejam onerados de modo a comprometer o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou a regular satisfação de suas necessidades vitais, dentre elas a educação, a saúde, e a habitação.

conseqüencialistas de cunho econômico, nas matérias tributárias, podem conduzir à ilegitimidade da exação ou do aumento de sua alíquota.[349]

Extrapolando para adiantar algumas considerações que serão colocadas adiante, também a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial se limita vigorosamente em matéria tributária, sob pena de sua aplicação conduzir a violações constitucionais mais graves do que a sua inação, o que – por óbvio – é absolutamente inaceitável.

Veremos que, nesse cenário, exercem relevante papel os princípios da proteção da confiança legítima, da boa-fé e da segurança jurídica, que giram em torno do respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes, e não em favor do Fisco, sobretudo de modo acrítico ou com base primordialmente nos tais argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas.[350]

Por fim, no que tange às questões relacionadas ao financiamento da Seguridade Social, pode haver subversão à universalidade das contribuições quando as fazendas públicas se utilizarem desse argumento, na tentativa de justificar a instituição ou majoração de tais tributos com fulcro na possível falência da rede de proteção social. Tal universalidade deve

---

[349] A respeito, cabe conferir: "O princípio do não-confisco é corolário do direito de propriedade, e se acha expresso no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal. Trata-se de imunidade tributária vinculada à idéia de liberdade. A tributação excessiva, que venha a consumir integralmente a propriedade, viola o princípio do não-confisco. Da mesma forma, *qualquer exigência de um tributo que não respeite as normas constitucionais definidoras da competência tributária é confiscatória*, pois invade a esfera privada dos cidadãos sem a autorização constitucional". "Neste diapasão, novamente por imposição do princípio constitucional da proporcionalidade, podemos concluir que *nunca* o interesse do Estado de arrecadação oriunda de um ato de *abuso de 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 artigo 27 da Lei 9.868/99 no controle de constitucionalidade de leis tributárias". "Assim o exige o interesse público primário, que não se confunde com o interesse da administração em encher as suas burras às custas do esbulho da propriedade dos contribuintes" (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei n. 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 59, ago 2000, p. 122).

[350] Confira ainda o seguinte trecho destacado de artigo doutrinário que se dedica ao tema em tela: "Nada obstante, é de assinalar que, se a aplicação de tal doutrina [revisionista em relação ao entendimento tradicional de aplicação do efeito *ex tunc*], em algumas situações, de fato presta-se à valorização da boa-fé e da segurança jurídica, significando a realização da justiça material no âmbito das relações sociais, sua aplicação em sede tributária pode representar uma violação a alguns dos direitos fundamentais conquistados pelos contribuintes, como aqueles consubstanciados nos princípios da capacidade contributiva, legalidade da tributação, da isonomia, da anterioridade, da irretroatividade da lei tributária e da vedação ao confisco". "Por outro lado, é certo que a tributação, se exercida 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". "Nessa linha de entendimentos, impõe-se aduzir que, se, em outras searas do direito, a relativização casuística dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das normas tem, como já mencionado, efeitos positivos, no âmbito do Direito Tributário os efeitos dessa doutrina são dos 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" (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**. São Paulo: Dialética, n. 83, ago 2002, p. 152 e 160-161).

ser compreendida à luz da ordem constitucional, e não à sua margem.[351] Ela não embasa qualquer argumento jurídico e tampouco é suficiente para, por si só, fundamentar uma decisão judicial contrária aos contribuintes, quando levantadas questões jurídicas ainda mais graves e que giram em torno de regras e princípios constitucionais de maior valor axiológico.[352]

Assim compreendida a questão, não deve ser acolhida a sustentação da eventual quebra do sistema previdenciário, do prejuízo que seria causado pelo agravamento do rombo previdenciário e da pioria na perspectiva dos cidadãos que se aposentarão nos próximos anos.

Considerar tais argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas de cunho econômico em matéria tributária levaria a uma subversão que certamente ofenderia princípios e regras constitucionais de maior peso axiológico. De igual modo, a aplicação da modulação dos efeitos de tal decisão seria capaz de perpetrar a mesma injustiça anteriormente explicitada.[353]

Admitir o entendimento contrário poderia significar pura e simplesmente o sepultamento de toda e qualquer oportunidade de ver declarada a inconstitucionalidade (sem a restrição dos efeitos da decisão) de atos legais e normativos abusivos e arbitrários em questão tributária de relevo nacional, vez que, subjacente a ela, sempre estarão presentes relevantes valores envolvidos de parte a parte (contribuintes e Fisco). Levando o argumento ao extremo,

---

[351] A Constituição da República é suficientemente clara no reconhecimento desse princípio. No *caput* do art. 194 prescreve que: "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social". No parágrafo único, lê-se que: "Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento; [...]; V – equidade na forma de participação no custeio; [...]". O *caput* do art. 195 dispõe que: "A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]".

[352] Cabe notar que: "As normas constitucionais, ao contrário do que pode parecer ao primeiro súbito de vista, não possuem a mesma importância, já que, algumas, veiculam simples *regras*, ao passo que, outras, verdadeiros *princípios*". Verifica-se que: "Cravadas estas premissas, sentimo-nos confortáveis para proclamar que as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais, hão de receber a interpretação que maior efetividade lhes empreste. Daí falar-se em princípio da interpretação efetiva das normas constitucionais, máxime daquelas que consagram direitos fundamentais" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 39 e 42).

[353] A respeito, acresça-se que: "Na hipótese de declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de dado tributo, pode-se defender a atribuição de eficácia *ex nunc*, sem a devolução dos valores recolhidos anteriormente à decisão, sob o argumento de o produto de sua arrecadação ter sido empregado em prol da coletividade. Convém ressaltar, no entanto, pelo menos no caso do Brasil, que seria necessário demonstrar de forma efetiva a aplicação de tais valores em benefício da sociedade. Além disso, tal entendimento poderá vir a incentivar o legislador e sobretudo o Executivo, que detém a possibilidade de criar tributos através de medidas provisórias, a instituírem exações inconstitucionais, confiantes de que eventual decisão que reconhecesse tal vício somente produziria efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento posterior. Tal conduta, lesiva ao princípio constitucional da moralidade administrativa, merece ser rechaçada. Infelizmente, a prática das autoridades brasileiras nem sempre corresponde a tal cânone consagrado pela Lei Maior, sendo conhecida a afirmação atribuída a um ex-Ministro de Estado, que reconheceu o vício de inconstitucionalidade de uma dada exação, mas justificou sua instituição diante do reduzido número de questionamentos judiciais e do grande número de contribuintes que a pagariam sem discutir" (DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 55, abr 2000, p. 61).

aplicar a modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei tributária em razão deste tipo de argumento pragmático ou conseqüencialista pode implicar o reconhecimento de que possivelmente jamais seria novamente aplicado o tradicional efeito *ex tunc* nessas questões. Daí exsurge uma série crescente de distorções e arbítrios pelos ramos políticos do governo (em sentido amplo), convencidos de que, na pior das hipóteses, será aplicado o efeito prospectivo à decisão que declara a inconstitucionalidade de certo ato legal ou normativo por eles emanados. O sentido da mensagem pedagógica que temos com isso é realmente caminhar para trás no processo evolutivo e civilizatório já alcançado.

2.3.2.5 Efeito limitador: a motivação da decisão judicial

> *Depois da reforma [Projeto da Reforma Tributária] vem a legislação infra-constitucional e temos que verificar se esta combina com a Constituição. É uma confusão imensa. A primeira vez que alguém entra aqui no tribunal diz que vem buscar Justiça. Não. Vem aqui para defender o seu interesse. E qual é o interesse? A Fazenda quer receber e o contribuinte não quer pagar.*[354]

Entendemos que o complemento necessário ao trecho grifado (levando-se em conta a realidade brasileira atual) seria antes "A Fazenda quer receber o máximo possível (a qualquer custo) e o contribuinte não aceita mais pagar aquilo que não deve" do que "A Fazenda quer receber de modo legítimo e o contribuinte não quer pagar qualquer tributo".[355]

O inciso IX do art. 93 da Constituição da República estabelece a regra pela qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário terão suas respectivas decisões devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade. Implica dizer que, na tomada da decisão judicial, deverá ela sempre explicitar, de preferência de maneira clara e objetiva, o raciocínio

---

[354] BASILE, Juliano e JAYME, Thiago Vitale. Judiciário favorece aumento de juros, diz Jobim – Entrevista com o Ministro Nelson Jobim. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, 13.12.2004, grifo nosso. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 12.04.2008.

[355] Embora o recolhimento do tributo seja compulsório e imposto por lei, verificamos em boa parte do empresariado a preocupação com o correto cumprimento de suas obrigações tributárias. Todavia, até como decorrência dos reflexos na concorrência e na maior competitividade, tem-se buscado minimizar o impacto da extravagante carga tributária no âmbito de suas atividades operacionais. De outro lado, os auditores fiscais e os agentes fazendários estão vivendo interessante (e desejável) especialização nos últimos anos, tanto na seara do desenvolvimento tecnológico como também no campo dos profissionais dos órgãos ligados à arrecadação e sua defesa. Enquanto a pacificação social entre contribuintes e Fisco não puder ocorrer diretamente entre ambos, o fiel da balança continua a ser o Poder Judiciário, onde o Fisco busca o adimplemento de recolhimentos que entende devido e os contribuintes pleiteiam a compensação ou restituição do que recolheram indevidamente.

desenvolvido – com os argumentos – que motivou o magistrado naquela direção percorrida.[356]

Com a publicidade do caminho percorrido pelo juiz, logra-se torná-lo transparente e, conseqüentemente, sujeito à fiscalização e controle, que podem assumir diferentes feições, como a interposição de recursos (no âmbito interno do processo), a crítica doutrinária (na seara acadêmica) e o comentário da sociedade (junto à Mídia). A idéia que é subjacente à regra constitucional relaciona-se com a própria natureza do Estado Democrático de Direito. Cuida-se da exigência de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas ou racionalmente motivadas,[357] sob pena de flagrante ilegitimidade (e até mesmo nulidade).[358]

Em sentido figurado, propomos a seguinte simplificação teórica: quanto mais difícil o caso submetido à solução, maior a interdisciplinariedade a que recorre o julgador; ao contrário, quanto mais fácil o caso a ser solucionado, mais significativo e breve é o seu percurso essencialmente jurídico. Nesse sentido, para facilitar a compreensão, elaboramos o seguinte quadro esquemático:

---

[356] De igual modo, a Lei n. 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece que os atos administrativos deverão ser motivados. Além disso, preceitua que: "A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato" (cf. § 1º do art. 50). A título exemplificativo, na seara estadual, a Lei n. 5.427, de 01.04.2009, que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tendo por objetivo, em especial, a proteção dos direitos dos administrados, também preceitua que: "A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato e deverão compor a instrução do processo" (cf. § 1º do art. 48).

[357] Nas palavras do Professor Luís Roberto Barroso: "A idéia de controle *judicial* implica a observância de regras de racionalidade e motivação, sendo esta uma importantíssima singularidade dos pronunciamentos judiciais. As decisões proferidas pelo Judiciário, relativas a qualquer tema, necessitam de motivação – uma das principais garantias do cidadão e do jurisdicionado. O juiz pode decidir o que melhor lhe aprouver, mas deve ser capaz de indicar o itinerário racional que o conduziu àquela conclusão" (BARROSO, Luís Roberto. Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 233-268, 2001, p. 242).

[358] Se assim não fosse, bastaria qualquer tipo de "motivação" para que a livre convicção do juiz no exame do caso logo se tornasse subjetivismo discricionário ou puro arbítrio. Levado o argumento ao extremo, apenas para melhor esclarecer o ponto, bastaria que o magistrado "fundamentasse" a sua decisão com o registro de que foi conduzido em tal sentido em razão de cálculos estapafúrdios ou simplesmente por que "achou melhor" certa solução em detrimento das demais. Decisão judicial dessa natureza certamente seria passível de ser prontamente nulificada ou, ainda, sujeitar-se-ia à interposição do recurso cabível, vez que não descreve satisfatoriamente a seqüência lógica do raciocínio empreendido pelo magistrado para a tomada de sua decisão. Demonstrado que a regra constitucional clama por fundamentação racional como motivação da decisão judicial, resta verificar o espectro possível de análise do julgador. Cuidando-se da tradicional instituição do Tribunal do Júri, certamente pode-se dizer que o leque de opções possíveis de escolha da melhor decisão diante da matriz decisória que se abre em cada caso concreto é o mais amplo possível. Para tanto, basta que a decisão final esteja em consonância com as provas dos autos, já que as votações são sigilosas e os veredictos soberanos. Tratando-se do magistrado togado, contudo, o espectro de possibilidades que cabe dentro de sua livre convicção não é tão amplo.

SOLUÇÃO DO CASO

Fácil — Difícil

Essencialmente jurídico ⟷ Interdisciplinar

A linha apresentada representa uma espécie de gradiente. É claro que a pedra de toque subjacente ao gradiente é a razoabilidade. Com efeito, não se afigura possível a aplicação pura, simples e cega do instrumental jurídico se não houver um fim a ser alcançado. O entendimento contrário seria como dar vida própria ao processo que, como em Kafka, seria um fim em si mesmo. Por outro lado, por mais difícil que seja a solução do caso posto ao escrutínio do Judiciário, não é possível que ele seja resolvido única e exclusivamente com base em outras áreas do conhecimento humano (que representaria a maior interdisciplinariedade possível). Entendimento contrário levaria à compreensão do Judiciário de modo sobremaneira amesquinhado e possivelmente significaria, ao fim e ao cabo, uma negativa de prestação jurisdicional (em clara afronta à sua missão constitucional).

De fato, o magistrado submete-se ao exame dos argumentos estritamente jurídicos, vez que o processo judicial é precisamente a arena própria de tal embate na solução de conflitos sociais. Embora não lhe seja vedado utilizar outros argumentos, inclusive os pragmáticos ou conseqüencialistas, para corroborar a fundamentação jurídica da sua decisão, recomenda-se que essa utilização seja feita com parcimônia, e ela certamente exige um ônus argumentativo ainda mais explícito, claro e lógico, enfim, reforçado.[359]

Adiantando um adensamento que ainda será mais bem explorado, quando entra em jogo o "processo de preenchimento ou aproximação" entre o conceito jurídico indeterminado (do qual "razão de segurança jurídica" e "excepcional interesse social" são exemplos) e a realidade dos fatos apresentada no plano concreto submetido à apreciação, torna-se necessário enxergar a justificação racional da decisão, que será fundamentada pelo emprego da ponderação e da argumentação jurídica.[360]Afinal, Humberto Ávila já lecionou que: "O

[359] Vimos que os argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas não podem *de per se* fundamentar a decisão judicial. Dentre tais argumentos, incluem-se aqueles de cunho econômico em matéria tributária. Nessa hipótese, as peculiaridades próprias da decisão judicial seriam subvertidas em decisão política, vez que o argumento pragmático ou conseqüencialista não seria reconduzido a qualquer direito individual ou fundamental previsto em sede constitucional capaz de lhe dar supedâneo. Daí porque as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas sob o ponto de vista jurídico. Isso é o que permite certo grau de controle, seja pela possibilidade de interposição de recurso, seja pela crítica doutrinária, seja ainda pelo comentário da opinião pública.

[360]Neste sentido, Ana Paula Ávila explica que: "Entra em questão a própria estrutura lógica da argumentação como forma de possibilitar a fundamentação e justificação dos juízos de atribuição de peso e de valor. Nada nos estudos acerca da interpretação jurídica sugere que uma decisão jurídica possa se alicerçar, exclusivamente, em fundamentos extra-sistemáticos ou meramente pragmáticos, ou possa resultar do sentimento de justiça do intérprete" (ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação

esforço do intérprete, e a função mesma da argumentação jurídica, é intersubjetivar o subjetivo”.[361]

para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 92-93).

[361] O Professor explica: “O que deve ficar claro é que não se pode tolerar, num Estado Democrático de Direito, uma ‘justificação’ que, a prestexto de fundamentar uma interpretação, termine por encobri-la. Ora, fundamentar é justamente proporcionar acesso interpessoal às razões que motivaram determinada decisão de interpretação. Esse esclarecimento é possível de ser feito; e deve ser levado a cabo não só pelo Poder Judiciário, mas também pela doutrina. Fundamentar é, pois, como levar alguém para um passeio informando-lhe o ponto de partida e o de chegada, o veículo de transporte e as razões da viagem” (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003, p. 152-153; **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008).

2.4 Manual para o uso do argumento pragmático ou conseqüencialista

Qual seria o perfil ideal do Supremo?
Um tribunal encarregado da preservação da Constituição Federal. O Supremo transformado em corte constitucional.[362]

Diante do exposto nos tópicos e capítulos precedentes, é possível formular as regras que sistematizamos como segue:

- **Regra A**: O argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico não deve ser computado sozinho na decisão judicial em matéria tributária, sob pena de sua manifesta ilegitimidade.

- **Regra B**: O argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico pode ser legitimamente computado na decisão judicial em matéria tributária, desde que seja considerado de modo explícito, seja capaz de corroborar os argumentos jurídicos que a sustentam e seja fundamentado em sede constitucional de maneira clara.

- **Regra C**: Em nenhuma hipótese deve ser admitido na decisão judicial o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária sustentado de maneira implícita, camuflada ou de modo que não seja fundamentado em sede constitucional, sob pena de sua flagrante ilegitimidade.

Como justificativa, alinhavamos algumas considerações necessárias para a correta compreensão das três regras enunciadas. De acordo com a **regra A**, admite-se o cômputo do argumento pragmático ou conseqüencialista, inclusive de cunho econômico, na decisão judicial de mérito em torno de matéria tributária. Para esclarecer de modo didático uma pequena diferença que tem sido observada na prática jurisprudencial, dividiremos de maneira proposital a decisão judicial naquela relacionada ao exame e julgamento em torno do mérito, de um lado, e a decisão judicial que trata da (eventual) modulação dos efeitos, de outro.

[362] NOGUEIRA, Rui. Visão de Mundo: Respeito à toga – Entrevista com o Ministro Marco Aurélio Mello. **Vencedor e Vencido (Seleção de notas e pronunciamentos no Supremo Tribunal Federal)**. Rio de Janeiro: Forense, p. 251-256, 2006, p. 255.

Embora o pronunciamento definitivo do tribunal seja uno e indivisível, promoveremos esta divisão apenas para facilitar a compreensão.

Na linha da prática jurisprudencial acerca da modulação temporal dos efeitos, ela tem vindo à tona na decisão em etapa subseqüente à solução do mérito (e deve vir também somente em situações excepcionais). Daí porque entendemos que o conseqüencialismo pode ser um possível exaurimento da decisão judicial. Nessa condição, compõe a decisão judicial na parte relativa à modulação, em momento posterior à definição sobre o mérito da causa.

É como se pudéssemos representar graficamente a decisão judicial na forma que segue:

Decisão judicial

Mérito	**Modulação**

Diante desta representação gráfica, podemos dizer que o argumento conseqüencialista pode ser considerado na decisão judicial em dois momentos distintos: na solução do mérito ou quando do debate em torno da modulação dos efeitos. Agora estamos focando o exame e o julgamento da questão de mérito propriamente dita, isto é, a procedência ou improcedência da ação direta e o provimento ou não do recurso manejado.

A regra sob análise permite expressamente que o argumento pragmático ou conseqüencialista seja computado na decisão judicial, particularmente aquele de cunho econômico na matéria tributária. A cautela que a regra A coloca é a seguinte: tal argumento não deve ser computado sozinho.

De fato, se assim não fosse, correríamos o grave risco de transformar a atividade jurisdicional em uma espécie de máquina calculadora que, pura e simplesmente, privilegiaria o argumento conseqüencialista e, única e exclusivamente diante de sua consideração, chegaríamos à conclusão necessária para a solução do mérito cotejando os números apresentados.

Para facilitar a compreensão, teríamos a seguinte situação absurda. Cuidando-se de matéria tributária, na qual estivesse em jogo a legitimidade constitucional (e, portanto, democrática) de determinada exação, a mera possibilidade da repetição do indébito dos últimos cinco anos e a interrupção “repentina” desta fonte de receita tributária para o ente estatal legitimado a cobrá-lo (e contemplado pela sua repartição) seriam motivos suficientes, por si só, para que o julgamento do mérito da causa fosse favorável ao Fisco.

Em um primeiro momento, esse raciocínio torto seria aplicado apenas e tão somente àqueles debates das questões mais significativas em valores monetários, ou seja, quanto maior fosse o rombo de X bilhões de reais, mais certo seria de que o julgamento do mérito dessa causa seria favorável ao Fisco. Em seguida, seria utilizado também para as causas que discutiriam questões cada vez menos importantes.

É que uma causa tributária traz, invariavelmente ínsita no âmbito de sua peculiar discussão, o pano de fundo relacionado ao olho no cofre público, de um lado (e na governabilidade), contraposto ao grau da possível violação da Lei Maior. Em princípio, seria interessante segregar os dois tipos de argumentos que mencionamos, ou seja: o argumento pragmático ou conseqüencialista, que geralmente leva em conta de modo prevalecente o rombo no cofre público (interesse governamental) em oposição ao dano causado aos contribuintes; e o argumento jurídico, consistente no exame da adequação entre o ato legislativo e a Constituição da República. Contudo, como já vimos que os argumentos são, de acordo com a lição de Humberto Ávila, multidirecionais e multidimensionais, então é perfeitamente possível que, ao menos em tese, o argumento pragmático ou conseqüencialista (do rombo no cofre público) seja levado em consideração à luz do argumento jurídico (exame de constitucionalidade, por exemplo). Relembramos que este nunca e jamais cede espaço pura e simplesmente àquele. Contudo, caso ambos sejam convergentes para a mesma direção, então o argumento pragmático pode ser acrescido aos argumentos jurídicos, que terão a função de corroborar-lhes o sentido e a direção.

Parece relativamente fácil vislumbrar que, com o acolhimento indiscriminado de argumentos do tipo pragmático ou conseqüencialista, teríamos um retrocesso lamentável em relação ao atual estágio alcançado no processo civilizatório brasileiro. De fato, aos contribuintes, já massacrados com a exagerada carga tributária do País, seria subtraído o socorro do Poder Judiciário. A tendência natural que observaríamos seria a crescente sanha arrecadatória do Fisco levando a situações extremadas e crescentemente arbitrárias.

Voltando à regra A, vimos porque o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico não deve ser computado sozinho na decisão judicial em matéria tributária. Caso isso ocorra, a decisão certamente será ilegítima e poderá ser guerreada pelo recurso cabível pela parte prejudicada.

É importante registrar que, quando do julgamento do mérito de certa matéria tributária perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, os possíveis recursos que dali podem ser

manejados são limitados (e ainda mais limitadas as suas chances de êxito).[363] Além disso, outro ponto que merece destaque é o papel pedagógico que a instituição política da Suprema Corte assume quando prolata decisões judiciais sobre assuntos de relevante interesse nacional, como são os tributos. É que, nessa condição, ela freqüentemente dialoga com a sociedade civil organizada e com os demais órgãos (eminentemente) políticos do governo.

É até intuitivo perceber que a mensagem pedagógica estabelecida pela Corte em um julgamento de mérito sobre matéria tributária no qual – por hipótese – privilegia única e exclusivamente o argumento conseqüencialista de cunho econômico é a pior possível. De fato, a mensagem deixaria o governo (em sentido amplo) com a confortável sensação de que, mesmo quando suas leis tributárias fossem impugnadas em sede judicial, ao fim e ao cabo o argumento conseqüencialista de cunho econômico prevaleceria. Significa dizer que o apelo orçamentário e a necessidade daquela maioria transitória estabelecida na esfera governamental que ele representa deveriam prevalecer a qualquer custo.

Exatamente para que esse excesso não se concretize, a adoção do argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico, quando computado na decisão judicial em matéria tributária, deve contemplar, no mínimo, as cautelas seguintes.

De acordo com a **regra B**, o argumento pragmático ou conseqüencialista preencher cumulativamente as seguintes condições: ser considerado na decisão judicial de modo explícito, ser capaz de corroborar os argumentos jurídicos que a sustentam e fundamentar-se em sede constitucional de maneira clara.

A consideração na decisão judicial de modo explícito do argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária não oferece maior problema, já que objetiva apenas e tão somente que a motivação da conclusão a que chegou o magistrado no voto que prolatou seja explícita. Como decorrência do mandamento constitucional expresso no inciso IX do art. 93, isso fornece maior transparência à decisão judicial (e aos argumentos utilizados nos seus fundamentos) e permite o seu maior controle, pelo recurso da parte irresignada na esfera processual e pela crítica da sociedade no âmbito institucional.

Além disso, o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária deve ser capaz de corroborar os argumentos jurídicos que sustentam a decisão judicial. Articula-se com a determinação da regra A, pela qual o argumento conseqüencialista não deve ser computado sozinho na decisão judicial em matéria tributária.

---

[363] Daí porque é mais próprio falar em "ilegitimidade", e não em "nulidade". É que dificilmente seria exitoso o pleito de declaração da nulidade de julgamento realizado pelo próprio tribunal que julgará, em última e definitiva instância, o recurso interposto (como ocorre perante o Supremo Tribunal Federal). Diversa é a situação da interposição de recursos em face de variadas decisões prolatadas pelos diferentes tribunais do País.

Acresce a isso a relevante circunstância de que deve corroborar os argumentos jurídicos que gravitam em torno da causa submetida à apreciação judicial.

É que os argumentos jurídicos devem ser considerados centrais na motivação da decisão judicial, especialmente quando tomada em última instância (perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, a depender do caso). Os argumentos conseqüencialistas devem ser considerados periféricos na motivação e se prestam a corroborar aqueles primeiros, isto é, têm caráter suplementar.

É neste sentido o ensinamento de Humberto Ávila, que, no âmbito da teoria da argumentação que propõe, coloca aquele que chama de "argumento não-institucional" como de menor peso e o último a ser considerado na tomada de decisão judicial. Seguindo essa linha de raciocínio, Ana Paula Ávila defende que o papel do argumento conseqüencialista é de mero reforço (àqueles institucionais que o precedem na motivação da decisão judicial). Embora a teoria da argumentação elaborada pelo Professor Ávila vá além dos argumentos jurídicos, abordando aqueles transcendentes ao sistema jurídico, interessamo-nos na sua formulação específica a respeito do que chama de "argumento não-institucional", que identificamos com o argumento pragmático ou conseqüencialista e o contrapomos ao argumento jurídico, que deve centralizar o debate em torno de certo litígio.

Por fim, o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária deve ser fundamentado de maneira clara em enunciado normativo constitucional. Ele deve ser reconduzido de maneira clara aos princípios e regras de estatura constitucionais. É possível que o princípio constitucional seja, por vezes, implícito. Aqui, o importante é que a recondução entre o argumento pragmático e a Constituição ocorra de modo claro, ou seja, não basta mero exercício ou contorcionismo interpretativo para reconduzi-lo a um princípio mais genérico que não tenha, em verdade, qualquer relação crível.

Uma vez que o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico seja reconduzido ao âmbito constitucional, isto é, se vincule a um princípio ou a uma regra de estatura constitucional, então, no plano constitucional, deve haver um sopesamento do magistrado entre esses enunciados e os demais que estejam em jogo na solução de determinada causa submetida à apreciação em matéria tributária.

Assim, diante dos argumentos jurídicos esgrimidos em torno da causa submetida, todos de cunho constitucional (no julgamento perante a Suprema Corte), o argumento pragmático ou conseqüencialista terá um papel suplementar na solução do mérito da questão tributária.

Pode servir para corroborar, suplementar ou reforçar o argumento jurídico (um ou mais): no mesmo sentido, quando eles (argumentos jurídico e conseqüencialista) convergem para o mesmo ponto; ou ainda, no sentido contrário, quando os argumentos jurídicos convergem para um ponto, mas não são fortes o suficiente para lograr uma decisão judicial favorável, ocasião em que o argumento conseqüencialista reforça esta situação (que já era desfavorável pela improcedência dos argumentos jurídicos).[364]

Desse modo, verificamos que o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária limita-se a corroborar, reforçar ou suplementar os argumentos jurídicos centrais submetidos ao exame dos julgadores. Escolhida a perspectiva dos contribuintes, a título meramente ilustrativo, quando os argumentos jurídicos centrais que apontam no sentido da manifesta inconstitucionalidade de determinado tributo (ou o aumento de sua alíquota) são acolhidos pelo tribunal, em reforço à sua decisão judicial ele (tribunal) pode também considerar um ou mais argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas, de cunho econômico, social, jurídico-institucional, dentre outros.[365]

---

[364] Para ilustrar essas duas situações colocadas, explicitaremos os seguintes exemplos. Imaginemos a instituição de um tributo (ou a majoração de sua alíquota) de modo manifestamente inconstitucional. A par das possíveis violações aos princípios e regras constitucionais (gerais e tributários), é possível que sejam vislumbradas algumas conseqüências, dentre as quais: a jurídica-institucional, que aponta para a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes consagrados no chamado "Estatuto (Constitucional) dos Contribuintes" como a mensagem pedagógica preferida pela Corte; a econômica, a qual indica que o retorno ou acréscimo de tais valores para as empresas e empresários que a discutiram (em um primeiro momento, e para todos em seguida) representa a maior circulação de riqueza e serviços, que ocorrerá através do possível reinvestimento e expansão das atividades empresariais; a social, consistente na possibilidade de que a empresa contrate novos empregados e funcionários, dentre tantas outras. Verifica-se que, nessas situações, as possíveis conseqüências jurídico-institucionais, econômicas e sociais estão a serviço do reforço aos argumentos jurídicos centrais (princípios e regras constitucionais) que fundamentaram a declaração de inconstitucionalidade. De fato, todo este grupo de argumentos converge para a procedência da ADI ou para o provimento do recurso interposto pelo contribuinte, por exemplo. Por outro lado, as conseqüências vislumbradas podem indicar o sentido oposto àqueles argumentos jurídicos centrais. Seria o caso, por exemplo, de argumentos jurídicos que foram levantados para comprovar a ilegitimidade da instituição de um tributo (ou a majoração de sua alíquota) e não foram acolhidos pelo tribunal, eis que eram frágeis e foram derrubados. Além da fragilidade que levou ao inacolhimento da pretensão do contribuinte, por exemplo, no caso da improcedência da ADI ou improvimento de recurso que manejou, podem-se somar argumentos conseqüencialistas, agora que pendem em favor do Fisco, tais como: o jurídico-institucional, pelo qual consigna a mensagem pedagógica de que a inconstitucionalidade deve ser manifesta para que seja efetivamente declarada, bem como a preferência da Corte em manter-se deferente à vontade da maioria expressada na dicção da lei impugnada; o econômico, que leva em consideração o famigerado (porque tem sido superdimensionado) rombo de X bilhões de reais para os cofres públicos no caso da decisão contrária ao Fisco; o social, consistente na preocupação – que é eminentemente política e, por conseguinte, dos ramos políticos do governo (em sentido amplo) – com a já combalida situação da Previdência Social e do custeio dos aposentados, quando o tributo em questão for de caráter previdenciário, por exemplo. Verifica-se que, nessas situações, as possíveis conseqüências jurídico-institucionais, econômicas e sociais indicam o sentido oposto àquele dos argumentos jurídicos centrais (princípios e regras constitucionais) que inicialmente pretenderam fundamentar a declaração de inconstitucionalidade e que não foram acolhidos, superados que foram pelos seus contrapontos, estes sim suplementados ou reforçados pelos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas.

[365] Nesse cenário, teremos as seguintes situações freqüentemente fornecidas com o resultado do julgamento do mérito da questão tributária submetida: provimento da ADI, improvimento da ADC, provimento do recurso manejado pelo contribuinte ou desprovimento do recurso manejado pelo Fisco. Ao contrário, ainda sob a perspectiva dos contribuintes, quando os argumentos jurídicos centrais que apontam no sentido da inconstitucionalidade de determinado tributo (ou o aumento de sua alíquota) não são acolhidos pelo tribunal, em reforço à sua decisão judicial, ele (tribunal) pode também considerar um ou mais argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas, de cunho econômico, social, jurídico-institucional, dentre outros. Nesse cenário, teremos as seguintes situações freqüentemente fornecidas com o resultado do julgamento do

Compreendido que o argumento pragmático ou conseqüencialista em estudo deve ser considerado de modo explícito, capaz de corroborar os argumentos jurídicos centrais que sustentam a decisão judicial e fundamentado em sede constitucional de maneira clara, temos que o fato de qualquer uma dessas condições não ser preenchida, vez que são cumulativas, leva à ilegitimidade da decisão judicial, passível de ser impugnada pela via recursal própria. Já consignamos que isso certamente fornece maior transparência à decisão judicial (e aos argumentos utilizados nos seus fundamentos) e permite o seu maior controle, pelo recurso da parte irresignada na esfera processual e pela crítica da sociedade no âmbito institucional.

Com efeito, a **regra C** estabelece que, se o argumento pragmático ou conseqüencialista for sustentado de maneira implícita, camuflada, ou não for considerado de modo explícito pela decisão, então estaremos diante de uma decisão judicial ilegítima, como afirmamos anteriormente.

De igual modo, a regra C estabelece também que, se o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária não se fundamentar em sede constitucional, estaremos novamente diante de uma decisão judicial ilegítima. Isso ocorrerá quando não houver qualquer liame claro entre o argumento pragmático ou conseqüencialista e os princípios e regras estabelecidos, de modo explícito ou implícito, no texto constitucional, evidenciando-se a violação ao inciso IX do art. 93 da Lei Maior.

Igualmente, se o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária não for capaz de corroborar, suplementar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais, então a decisão judicial que se fundamentar naquele argumento será ilegítima, como defendemos, anteriormente, quando discorremos sobre a regra A. Nessa situação o argumento pragmático ou conseqüencialista será computado sozinho na decisão judicial, levando, portanto, à sua ilegitimidade, como apontamos antes.

Pensamos que essas três regras são suficientes para, neste estágio da nossa evolução jurisprudencial (sobretudo do STF) em torno da crescente consideração dos argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas, especialmente de cunho econômico quando em julgamento matéria tributária, definir de maneira clara as principais cautelas na sua utilização.

É necessário que o argumento pragmático ou conseqüencialista atenda de modo cumulativo as três condições colocadas, ou seja, deve ser: considerado de modo explicito, capaz de corroborar ou suplementar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais que sustentam a decisão judicial e fundamentado em sede constitucional de maneira clara.

---

mérito da questão tributária submetida: desprovimento da ADI, provimento da ADC, provimento do recurso manejado pelo Fisco ou desprovimento do recurso manejado pelo contribuinte.

Ao reverso, a decisão judicial será flagrantemente ilegítima se o argumento pragmático ou conseqüencialista em tela NÃO for: considerado de modo explícito, mas apenas de maneira implícita ou camuflada; capaz de corroborar ou suplementar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais que sustentam a decisão judicial, isto é, tenha sido computado sozinho na referida decisão; e fundamentado em sede constitucional de maneira clara.[366]

Com isso, apresentamos uma singela contribuição que se presta a um possível ponto de partida para que a ampla liberdade – e até mesmo discricionariedade – com a qual o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, venha a ser pensada, debatida e balizada, em benefício do seu maior amadurecimento institucional.

Afinal, o tema é relativamente novo, tanto para a jurisprudência como também para a doutrina. Daí porque cresce sobremaneira a importância deste atual debate, principalmente a partir dos bancos acadêmicos. O exame do argumento conseqüencialista atrelado ao trecho específico da decisão judicial que cuida da modulação dos seus efeitos será visto adiante.

---

[366] No sentido contrário: "A modulação dos efeitos das decisões do Supremo, no controle difuso, é plenamente possível, a partir da técnica do balanceamento, a qual é complementar ao modelo de regulação legal (LF 9.868/99, art. 27). Através do uso da técnica do balanceamento, também se revela possível proteger a segurança jurídica e a previsibilidade das regulações judiciais, dando ênfase aos efeitos econômicos da decisão (*Law and Economics*), sempre que esteja em jogo uma decisão que possa representar retrocesso econômico em desfavor da classe ou categoria que o legislador tencionava proteger. A modulação dos efeitos das decisões no controle difuso deve ter em mira, entre outros fatores, a maximização da previsibilidade das decisões judiciais, evitando-se eficácia retroativa sempre que a nova decisão acabe por frustrar as expectativas legítimas" (APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade**: Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 138).

3 A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

3.1 Considerações iniciais

A modulação de efeitos possibilita que o Supremo Tribunal Federal possa fazer uma análise de cada caso específico, verificando quais as conseqüências da determinação de efeitos ex tunc.[367]

A Terceira Parte do presente estudo aborda relevante tema enfrentado cada vez mais pelo constitucionalismo brasileiro e aplicável aos diversos campos do Direito. O seu interesse prático é extraordinário e atualíssimo, especialmente para o Direito Tributário, que conheceu a primeira decisão no âmbito da Suprema Corte que efetivamente aplicou o instituto em precedente firmado em junho de 2008. Trata-se da modulação temporal dos efeitos das decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional. Embora o instituto tenha sido admitido – e efetivamente aplicado – em variados casos submetidos à apreciação da Suprema Corte sobre diferentes matérias, na seara tributária permanece uma verdadeira incógnita quanto à extensão da possibilidade e principalmente no que tange aos limites de sua aplicação.

Tendo em vista que o primeiro caso do tipo concluído pelo STF e no qual referido instituto jurídico foi aplicado é de junho de 2008, evidencia-se que a sua jurisprudência a respeito ainda é sobremaneira embrionária, carecendo, por conseguinte, das balizas suficientes para delimitar os principais contornos permitidos e limitações reconhecidas.

Para traçar o arcabouço legislativo pertinente, partimos da evolução histórica do instituto no cenário brasileiro. Desse modo, destacamos os três momentos em que esse debate esteve em voga na esfera parlamentar (na Assembléia Nacional Constituinte, na Revisão Constitucional de 1994 e no debate em torno do Projeto de Lei n.2.960, que foi posteriormente convertido na Lei n.9.868/99). Atualmente, o arcabouço legislativo básico consiste no exame do art. 27 da Lei n.9.868/99 que, de maneira explícita, estabelece a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões do STF no caso da procedência

[367] AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008, p. 65.

de ação direta de inconstitucionalidade. Registre-se que dispositivo semelhante está previsto na Lei n.9.882/99, que cuida da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Em seguida, explicitamos breve panorama doutrinário com vistas a compreender as principais noções sobre o tema. Na seqüência, os delineamentos são esgrimidos para destacar os variados aspectos necessários à adequada compreensão do dispositivo. Objetivamos, com isso, dissecar o teor de cada um dos elementos que integram o art. 27 nesta parte do estudo.

Em relação a tal dispositivo, insta salientar que há relevantes questões que pendem de melhor definição. Preliminarmente, cuidamos da possibilidade de outras modulações dos efeitos da decisão (diferentes da espécie temporal). Na seqüência, tratamos dos principais aspectos em torno da sua eventual inconstitucionalidade, vez que a par de tal entendimento em sede doutrinária, enfrenta questionamento sobre a sua adequação ao texto da Lei Maior em ações diretas que pendem do pronunciamento definitivo pelo Pleno da Suprema Corte.

Em seguida, destacamos arcabouço doutrinário capaz de justificar a doutrina prospectiva tanto tendente ao lado da proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes como também a serviço do Fisco. Tratamos, por fim, de questões relacionadas à ação de repetição do indébito tributário, dos embargos à execução e da ação rescisória em matéria tributária. Como fecho, trazemos a nossa posição sobre os temas mais relevantes e específicos que levantamos.

Como vimos anteriormente, a tomada de decisão na esfera política é certamente distinta daquela na seara judicial. Uma vez que esta se exterioriza a partir da própria convicção do magistrado submetido à Constituição e às leis, sua discricionariedade deve ser temperada necessariamente com o maior controle e fiscalização, além da permanente transparência.

Tercio Sampaio Ferraz Junior explica que é preciso que a motivação do juiz decorra das chamadas "expectativas jurídicas *stricto sensu*" ou condições institucionais, as quais devem prevalecer à luz das demais expectativas, como as sociais, políticas, econômicas e outras.[368]

---

[368] Temos a clara dimensão de cada argumento, a exemplo da que destacamos de Humberto Ávila, mas sob fundamentos diversos: "Isto, por sua vez, não torna as decisões jurisdicionais um exercício de discricionariedade tão amplo como acontece com decisões legislativas e, em menor escala, decisões administrativas. Conquanto, na valorização do caso, da prova, da situação circunstancial, o senso de conveniência e oportunidade esteja obviamente presente, um juiz sempre coloca as razões estritamente jurídicas sempre acima de quaisquer outras (como as de ordem política, de estrita funcionalidade etc.). No processo de tomada de decisão jurídica, são levadas em conta as expectativas sociais, políticas, econômicas, referentes a expectativas grupais da comunidade, mas são as expectativas jurídicas *stricto sensu*, que se referem às condições institucionais (normativas, legais e legitimantes), isto é, garantidoras daquelas expectativas, que acabam por prevalecer. Nesse sentido, decisões jurídicas e, em último grau, decisões jurisdicionais não resolvem conflitos porque lhes dão uma solução, mas porque lhes põem um ponto final" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio.

3.2 Direito estrangeiro, evolução histórica, arcabouço legislativo e panorama doutrinário

3.2.1 Direito estrangeiro

O principal objetivo deste tópico é traçar um panorama da experiência no direito estrangeiro a respeito do instituto jurídico da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais. Com isso, buscamos tratar notadamente da modulação temporal de tais efeitos e, ainda mais especificamente, quando possível, que cuida de matéria tributária.

Levando-se em consideração que a aplicação do instituto tem assumido especial relevo no cenário jurídico brasileiro, a idéia central é que seja possível vislumbrar de maneira comparativa a experiência dos principais sistemas jurídicos propositadamente escolhidos para tal finalidade. Passamos, portanto, ao relato da experiência no direito estrangeiro de aplicação da modulação dos efeitos das decisões judiciais.[369]

3.2.1.1 Alemanha

Logo depois de instalado o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), em decisão tomada em 23.10.1951, sobre controle abstrato de lei que redefinia fronteiras entre os Estados da República Federal da Alemanha, inclusive com a criação de novos Estados, firmou o entendimento de que tal lei era inconstitucional. Em conseqüência disso, o Tribunal declarou a sua nulidade. No ponto específico que interessa ao presente trabalho, cabe destacar dois aspectos que constaram expressamente da referida

---

Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 4-5).

[369] Para aprofundamento, consultar: PODER EXECUTIVO. Mensagem n. 396, Exposição de Motivos n. 189, 07.04.1997; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 492-526; 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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 55-84; SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 14-21; MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 674-687, dentre tantos outros.

decisão. O primeiro relaciona-se com a sua vinculação, ou seja, tem força de lei e vincula todos os órgãos constitucionais da União, "de tal sorte que uma lei federal de mesmo teor não possa ser promulgada novamente". O segundo e último aspecto relevante desta decisão é o reconhecimento (então quase automático) de que tal declaração de nulidade não teria eficácia jurídica desde o início (*ex tunc*).[370]

Alguns anos mais tarde, o Tribunal recebeu reclamações constitucionais diretas contra lei tributária que fixava uma alíquota sobre o faturamento final e decisões judiciais que prejudicavam pequenas empresas "de uma fase de produção" em relação aos grupos empresariais "de várias fases" (porque os efeitos econômicos sobre aquelas seriam mais intensos, quiçá até ameaçadores da existência, do que sobre estes). Apesar de sensibilizar-se com os argumentos levantados, em 20.12.1966 a Corte decidiu julgar improcedentes tais reclamações, "por entender que a declaração de nulidade causaria dano muito maior ao interesse público e, em última instância, aos próprios contribuintes".[371]

Embora a "injustiça tributária" fosse reconhecida pelo Tribunal naquela situação então sob escrutínio, decidiu que a falta de neutralidade em face de condições de igual concorrência daquela lei do imposto sobre vendas e incidente sobre o faturamento final de igual modo tanto para as pequenas empresas "de uma fase de produção" como também para aqueles grupos empresariais "de várias fases de produção" deveria ser tolerada até o término da reforma do imposto sobre vendas, já iniciada e que deveria ser anunciada em tempo hábil pelo legislador. Disso decorre que: "Se a lei do imposto sobre vendas mantiver sua atual forma incompleta, estando o faturamento externo de empresas de uma faixa e de várias faixas equiparado de forma inflexível, sua validade deve ser limitada no tempo".[372]

---

[370] BVERFGE 1, 14 (MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevidéo: Konrad Adenauer, 2005, p. 152; HUBER, Rudolf. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. México: Konrad Adenauer, 2009, p. 44-45).

[371] Cabe assinalar que: "Porém, nota-se que o TCF verificou certa 'injustiça tributária' que o legislador deve sanar no âmbito de uma reforma que já estava à época em curso. Tal 'injustiça', porém, deveria ser 'tolerada' por certo tempo, ou seja, o TCF negou que a lei teria já atualmente violado um dos direitos fundamentais argüidos pelos reclamantes. O imposto sobre a venda (circulação) de mercadorias e serviços (*Umsatzsteuer*) deveria continuar valendo igualmente independentemente do número de fases de produção e/ou comércio, ou seja, um **imposto sobre vendas válidos para todas as fases** (*Allphasenumsatzsteuer*)" (BVERFGE 21,12, cf. MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevidéo: Konrad Adenauer, 2005, p. 153; HUBER, Rudolf. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. México: Konrad Adenauer, 2009, p. 45).

[372] Como parte da fundamentação de tal decisão (*Urteil*) constou expressamente que: "A grande importância que a lei do imposto sobre vendas tem para a receita da União, mas também para os custos das empresas e a formação geral de preços, não permite no momento, porém, que toda a lei seja declarada nula, porque (somente) grupos especiais, mesmo que não insignificantes, são tratados desigualmente em relação a outros grupos muito mais numerosos. A declaração de nulidade da lei seria possível, talvez, em casos simples. No caso em pauta, chegar-se-ia a um resultado insuportável, vez em que a validade da lei seria negada em âmbito desproporcionalmente maior àquele atingido pela questão a ser decidida aqui. As

3.2.1.2 Estados Unidos da América do Norte

Em 1988, Laurence H. Tribe já explicava que o constitucionalismo tradicional norte-americano compreendia o controle de constitucionalidade (*judicial review*) no duplo aspecto firmado pelo *Chief Justice* John Marshall, ou seja, tanto pela suposição como também pela estrutura interna. De fato, Marshall supôs que a Constituição era a lei fundamental do País, e não meramente uma declaração sobre a estrutura política ideal a ser aspirada pelo governo ou uma distribuição preliminar de direitos e responsabilidades. Além disso, supôs que a Constituição era o tipo de lei que os tribunais identificariam e aplicariam. As implicações práticas da distinção entre a Constituição e o cumprimento (*enforcement*) dos seus comandos podem ser ilustradas levando em consideração uma questão associada com o exercício do controle de constitucionalidade. Trata-se do efeito de um julgamento de inconstitucionalidade.[373]

O consagrado autor norte-americano explicava então que historicamente a abordagem dos tribunais com respeito a tal questão tem refletido a interação de dois pontos de vista distintos. O primeiro de cunho mais conservador, que compreendia o termo "lei inconstitucional" como uma contradição em si, vez que um ato inconstitucional jamais poderia ser lei. O segundo ponto de vista não atribui tanta importância ao pronunciamento judicial de inconstitucionalidade, limitando os seus efeitos apenas e tão somente às partes envolvidas, excluídas as demais (a quem tal decisão não vincularia). Cabe assinalar que os dois pontos de vista se relacionam com as duas abordagens inicialmente colocadas: o primeiro enfatiza que a Constituição opera por sua própria força; o segundo enfoca o fato de que a descoberta da inconstitucionalidade surge no contexto do ato de julgar.[374]

Tratando-se do efeito de um julgamento em torno da inconstitucionalidade, a distinção colocada anteriormente assume especial relevo. De fato, se um ato inconstitucional efetivamente nunca existiu como justificativa legal para certa ação estatal, então tal declaração deve ter efeito amplamente retroativo. Ao contrário, se um julgamento em torno da

---

reclamantes também não requereram a declaração da nulidade de toda a lei" (BVERFGE 21,12, cf. MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevidéo: Konrad Adenauer, 2005, p.153-154; HUBER, Rudolf. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. México: Konrad Adenauer, 2009, p. 45-46).

[373] TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2a ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 26-27.

[374] Cf. *Linkletter v. Walker*, 381 US 618 (1965). TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2a ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 27-28.

inconstitucionalidade afeta somente o caso em questão, a legalidade do ato junto às demais situações (não amparadas judicialmente) não está em questão.[375]

Neste cenário que sobressai a importância do caso Linkletter v. Walker, quando a Suprema Corte decidiu que a Constituição não proíbe e tampouco determina o efeito retroativo e em cada caso deve ser decidido se a aplicação apropriada é no sentido do efeito retroativo ou prospectivo.[376]

Com efeito, depois de julgar alguns casos com tal problemática,[377] a Suprema Corte logrou estabelecer o princípio de que, em questões criminais que discutam direito constitucional, ela pode, no interesse da justiça, atribuir à decisão o efeito prospectivo (quando as exigências da situação assim indicarem). No mesmo sentido, Laurence H. Tribe explicou que a Suprema Corte codificou a abordagem criada em *Linkletter v. Walker* no caso *Stovall v. Denno*, quando ficou consignado sinteticamente que:

> Os critérios que orientam a solução da questão implicam (a) o objetivo a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da confiança por parte das autoridades na aplicação da lei submetida aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões.[378]

Traçado esse panorama inicial, cabe deslocarmos a problemática referente ao efeito prospectivo do tema criminal para a temática tributária. Reconhecido naquele tema em benefício do réu ou condenado, nesta temática enfrentou maior resistência, prevalecendo como regra a plena retroatividade.[379]

---

[375] No campo criminal, o autor exemplifica. De acordo com a primeira visão, aqueles que foram condenados com a aplicação do ato posteriormente declarado inconstitucional deveriam ganhar a liberdade através do remédio do *habeas corpus*. Consoante a segunda visão, a legalidade das demais condenações previamente decretadas não são afetadas (cf. TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2a ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 29-30).

[376] A respeito, cabe assinalar que: "Em *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou os dois extremos: 'a Constituição nem proibe nem determina o efeito retroativo'. (...) a Corte *Linkletter* tratou a questão da retroatividade como puramente uma matéria de política, a ser decidida novamente em cada caso" (TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2a ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 30).

[377] *Tehan v. Shott*, 382 US 406 (1966), *Johnson v. New Jersey*, 382 US 719 (1966), *Stovall v. Denno*, 388 US 293 (1967).

[378] Nas palavras do autor: "The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards" (TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2a ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 30).

[379] No mesmo sentido, confira: "Os autores noticiam que a Suprema Corte aceitou, em alguns casos, a retroatividade das leis, como por exemplo em matéria tributária para beneficiar o contribuinte, casos de legislação de emergência, as chamadas leis curativas, ou seja, aquelas que vêm a confirmar e ratificar decisões administrativas já executadas. As leis *ex post facto*, obviamente, estão focadas para os casos da legislação penal. Para os demais casos, inclusive em matéria tributária, a lei poderá retroagir para o passado, desde que, em linhas gerais, afete um remédio (e não um direito) ou, ainda, quando estiver diretamente relacionada com um propósito governamental. Em matéria tributária, basta que o contribuinte tenha a possibilidade de prever que a lei será aplicada, em determinados casos, de forma retroativa" (APPIO, Eduardo. **Controle**

Esta é a indicação claramente assinalada no julgamento do caso *Harper v. Virginia Department of Taxation*, o qual expressamente reconhece na ementa, dentre outras regras e princípios, que: "Quando o Tribunal aplica uma regra de lei federal para as partes, tal regra é o controle da interpretação do direito federal, o qual deve ser atribuído efeito retroativo pleno em todos os casos ainda pendentes e em todos os eventos, independentemente de serem anteriores ou posteriores a tal decisão"; "(...) a natureza da revisão judicial atribui ao Tribunal a prerrogativa essencialmente legislativa de estabelecer regras de direito retroativas ou prospectivas, como permite verificar que a aplicação seletiva de regras novas viola o princípio de tratamento semelhante para partes em situações semelhantes"; "a Corte proíbe a construção de barreiras de seleção temporal para a aplicação do direito federal nos casos não-criminais".[380]

3.2.1.3 Espanha

A Sentencia 45, prolatada em 20 de fevereiro e publicada em 02 de março de 1989, decidiu no sentido da inconstitucionalidade do sistema de recolhimento conjunto do Imposto sobre a Renda da "unidade familiar" matrimonial e se aplicou com eficácia *pro futuro*, vez

---

difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 76, nota de rodapé n. 71).

[380] Ainda na ementa: "2. A decisão abaixo não repousa nos motivos independentes e adequados de direito estadual. Ao decidir que a doutrina da retroatividade do direito estadual permitiu a aplicação exclusivamente prospectiva da decisão, a Suprema Corte do Estado simplesmente incorporou para o direito estadual a análise de caso *Chevron Oil* e os casos de retroatividade criminal superadas por Griffith" (*Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 US 86 (1993)). No mesmo sentido, Eduardo Appio esclarece que: "Em matéria tributária, após diversas discussões acerca da chamada eficácia prospectiva seletiva das decisões em controle difuso, a Suprema Corte se inclinou em favor da plena retroatividade (*Harper v. Virginia Department of Taxation* – 1993) sob o argumento de que deveria conceder igual tratamento aos contribuintes. Em matéria tributária a concessão de efeitos prospectivos sempre sofreu uma dura resistência na Suprema Corte, tendo prevalecido a tese da plena retroatividade". Cabe registrar ainda que: "Em data recente, a Suprema Corte foi chamada a decidir acerca da constitucionalidade de um tributo criado na Flórida. Tendo declarado a inconstitucionalidade da lei na qual se amparava a cobrança do tributo, conferiu efeitos retroativos ao julgamento (*McKesson v. Florida* – 1990). Afirmou que o Estado-membro responsável pela criação do tributo (inconstitucional) tinha o dever de conceder algum tipo de reparação em favor dos contribuintes que pagaram o tributo de modo indevido, por força da interpretação da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), rejeitando o argumento do estado da Flórida de que a negativa de conceder a devolução do que já havia sido pago era uma medida equitativa, pois o autor da ação já havia repassado aos seus clientes o custo do tributo cobrado (indevidamente). Aplicou-se o entendimento de que é válida a lei vigente quando do julgamento da causa e não quando da prática do ato (recolhimento dos tributos)" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 78 e 79-80).

que não permitiu reabrir as execuções administrativas ou os recolhimentos dos próprios contribuintes anteriores.[381]

No tocante ao trecho deste precedente que interessa ao presente trabalho, cabe assinalar que, inicialmente, foi lembrado que os dispositivos considerados inconstitucionais são declarados nulos e produzem seus efeitos gerais a partir de sua publicação em órgão oficial. Dava-se, em linha geral, a sua imediata e definitiva expulsão do ordenamento jurídico, não cabendo, portanto, eventualmente diferir o momento de efetividade de tal nulidade, consoante dispunha a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.[382]

Após este intróito aparentemente proibitivo, a decisão estabeleceu que não é necessário o vínculo entre a inconstitucionalidade e a nulidade, bem como os efeitos de tal nulidade no tocante ao passado também não são definidos por lei, "que deixa a este Tribunal a tarefa de precisar seu alcance em cada caso, dado que a categoria da nulidade não tem o mesmo conteúdo nos diferentes setores do ordenamento".[383]

A decisão incumbiu ao legislador levar a cabo as modificações ou adaptações pertinentes ao regime legal do imposto, servindo-se de sua própria liberdade de configuração normativa que não pode ser desconhecida e tampouco substituída pelo Tribunal Constitucional.[384]

Cabe trazer a crítica elaborada logo depois desse precedente por Eduardo García de Enterría, para quem: "A Sentença tenta suprir, sem embargo, esta ausência de apoio

---

[381] Segundo artigo clássico de Eduardo García de Enterría, que explica de modo breve a questão de fundo então sob julgamento, a importância de tal decisão é evidente: "A leitura detida desse fundamento acredita que se trata da primeira Sentença do nosso Tribunal Constitucional que acolhe com plena consciência a doutrina da chamada pelo Tribunal Supremo norte-americano 'prospectividade' do precedente (efeitos a partir da data deste), frente à tradição da 'retroatividade' dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei (a sentença descobre um vício originário na lei que é tida por nula ou inexistente desde a sua origem, o que permite revisar todas as suas aplicações passadas)". Antecipando a sua conclusão a respeito de tal precedente, o autor festeja a iniciativa da Corte, a despeito das críticas a que já vislumbrava se submeteria (cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, out/dez 1989, p. 06).

[382] De fato, o art. 38(1) da Lei Orgânica preceituava que a decisão tomada em procedimentos de inconstitucionalidade teriam o valor de coisa julgada, vinculariam todos os poderes públicos e produziriam efeitos gerais desde o dia de sua publicação em órgão oficial. O art. 39(1) estabelecia que, além da declaração de inconstitucionalidade, a decisão declararia também a nulidade dos preceitos impugnados.

[383] Em seguida, a Corte decidiu que a conexão entre a inconstitucionalidade e a nulidade quebra, entre outros casos, naqueles nos quais a razão da inconstitucionalidade do preceito reside na omissão, e não em alguma determinação textual (cf. Sentencia 45/1989, j. 20.02.89, BOE 52, 02.03.89).

[384] Eduardo García de Enterría explicou, contemporaneamente ao julgado, que a decisão adotou a fórmula norte-americana da declaração prospectiva da nulidade, a qual aplica de modo uniforme tanto os preceitos declarados nulos como também aqueles declarados somente inconstitucionais. A exortação ao legislador para que preenche o vazio que a decisão deixou aberto é a conclusão da técnica por ela inaugurada (cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, out/dez 1989, p. 10 e 13).

normativo explícito com uma explicação um tanto abstrata de por que uma nulidade plena, com efeitos invalidatórios retroativos, não seria procedente aqui”.[385]

Eduardo García de Enterría foi enfático quando afirmou que:

> Passando já ao nosso país, se vê claro que o Tribunal Constitucional se sentiu verdadeiramente alarmado pela real catástrofe financeira que havia ocasionado uma nulidade retroativa dos preceitos impugnados. É, justamente, a relação estreita entre ambos conceitos (nulidade = catástrofe) a que levou a buscar no ordenamento constitucional outra solução e que acreditou ter encontrado na adoção do critério da inconstitucionalidade prospectiva, hoje estabelecido e admitido pelos mais importantes sistemas de justiça constitucional e internacional do mundo inteiro.[386]

3.2.1.4 Portugal

Em Portugal, a Constituição prevê de modo explícito no n.4 do art. 282º os efeitos da inconstitucionalidade ou de ilegalidade, que: “4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2”.[387]

Em linhas gerais, Canotilho discorre que: “Trata-se de uma norma de particular importância, pois, ao permitir-se ao TC a ‘manipulação’ dos efeitos das sentenças de

---

[385] O Professor espanhol explica que a tentativa empreendida na decisão foi no sentido de construir uma doutrina abstrata dos efeitos da nulidade em tema de controle de constitucionalidade, e não pura e simplesmente contentar-se com uma argumentação pragmática. Tal decisão sofreu crítica, já que o deslocamento entre a doutrina prospectiva e os efeitos anulatórios representa uma incongruência pura e simples com o próprio conceito de inconstitucionalidade. Além disso, na situação concreta, criou de certa forma uma discriminação nova: aqueles que cumpriram fielmente a legislação anulada e aqueles que a descumpriram, seja pelo inadimplemento seja pela via litigiosa. Enquanto este grupo de inadimplentes se beneficia com a declaração de inconstitucionalidade e nulidade do ato, aqueles não podem recuperar os valores indevidamente pagos (cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, out/dez 1989, p. 10-12).

[386] Em seguida, o renomado autor esclarece que: “São certas, no plano dogmático, as razões aduzidas no compendioso Fundamento 11º: a nulidade absoluta (ou retroativa) não é o remédio adequado e suficiente para corrigir a imperfeição do sistema legal que a partir do parâmetro da Constituição foi declarado inconstitucional; essa nulidade não produz mais do que efeitos eliminatórios, mas não substitui por critérios novos (e já plenamente constitucionais) o enorme impacto [socavón] que se produz no sistema fiscal, dado o lugar central que no mesmo tem o Imposto de Renda das Pessoas Físicas. Mas, a argumentação não pode levar (que é ao que teria sido levado se se houvesse partido de considerar inseparáveis os conceitos de nulidade absoluta e de inconstitucionalidade) que se declare conforme à Constituição o sistema tão claramente (e já indiscutível) contrário às suas regras e valores” (ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, out/dez 1989, p. 14).

[387] Eis o teor dos dispositivos mencionados: “1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”; “2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última”.

declaração de inconstitucionalidade, abre-se-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente *normativos*".[388]

Enquanto no Brasil o debate em torno da restrição atinge a declaração do STF sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em Portugal o objetivo é o efeito da própria inconstitucionalidade.[389]

Discorrendo sobre a eficácia temporal das decisões do Tribunal Constitucional, o (então) juiz daquela Corte Luís Nunes de Almeida explicava, em 1987, que a questão "apenas é relevante nas decisões de inconstitucionalidade proferidas em fiscalização abstrata sucessiva".[390]

Cuidando-se da fiscalização abstrata sucessiva, atribui-se à declaração de inconstitucionalidade a força obrigatória geral, que pode sofrer ampliação ou restrição nos seus efeitos de um lado, ou possuir os efeitos gerais normais.[391]

---

[388] Em seguida, o autor relata que: "O Tribunal Constitucional tem aproveitado (de forma excessiva) esta possibilidade expressamente conferida pela constituição, restringindo os efeitos normais da inconstitucionalidade" (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1.017).

[389] No mesmo sentido: "Com efeito, o que o art. 27 da Lei n. 9.868-99 autoriza é a restrição dos efeitos da DECLARAÇÃO do STF sobre a inconstitucionalidade da norma, e não a restrição dos efeitos DA INCONSTITUCIONALIDADE MESMA". Em comparação, releva notar que: "Em Portugal, a situação é diversa, em virtude do disposto no art. 282.4 da Constituição portuguesa: (...). Observe-se que o art. 282.4 da Constituição portuguesa autoriza expressamente a restrição dos efeitos da própria INCONSTITUCIONALIDADE, ao passo que o art. 27 da Lei 9.868-99 autoriza apenas e tão-somente a restrição dos efeitos da própria DECLARAÇÃO de inconstitucionalidade, isto é, da DECISÃO do STF". "Se o art. 27 da Lei 9.868-99 inspirou-se diretamente no art. 282.4 da Constituição portuguesa, incorporando-se quase literalmente, tendo, porém, feito essa modificação redacional, é de presumir que essa alteração seja intencional e tenha um significado e conseqüências práticas e reais". "Assim, o TC português, ao restringir – como efetivamente tem restringido – os efeitos da inconstitucionalidade mesma, tem atuado no âmbito da competência que lhe foi consstitucionalmente deferida. Todavia, o STF não foi agraciado com tal competência (constitucional ou infraconstitucionalmente), razão pela qual só pode restringir os efeitos da própria DECLARAÇÃO de inconstitucionalidade, isto é, da sua DECISÃO, nos exatos termos do art. 27 da Lei 9.868-99" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 107, nota de rodapé n. 26).

[390] Em seguida, o magistrado expõe que: "É que, por definição, o problema não se levanta nem na fiscalização preventiva nem na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Quanto à fiscalização concreta, o juízo de inconstitucionalidade repercute-se somente no caso dos autos e, nos termos da Constituição e da lei, o Tribunal não dispõe aí de competência para restringir os efeitos submetidos a julgamento, nenhum tribunal possa aplicar normas inconstitucionais, pelo que se compreende que, uma vez julgada a norma inconstitucional, a sua não aplicação ao caso concreto constitua uma conseqüência automática e directa daquele juízo" (ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**: A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Lisboa, 27 a 30.04.1987). No mesmo sentido: "Esta competência do Tribunal Constitucional está expressamente prevista para a fiscalização abstracta sucessiva, sendo inquestionável que ela possa exercer-se nos processos de fiscalização concreta" (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1.017).

[391] É curioso destacar os seguintes dados expostos em 1987 pelo magistrado: "Até o momento, o Tribunal proferi trinta e cinco acórdáos de declaração de inconstituconalidade com força obrigatória geral, sendo um em 1983, oito em 1984, sete em 1985 e dezenove em 1986. Deste total de trinta e cinco acórdáos, o Tribunal procedeu à restrição de efeitos em nove – um em 1983, dois em 1984, três em 1985 e três em 1986; (...), pode-se concluir-se que acabaram por ter efeitos restritos quase um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral" (ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**: A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Lisboa, 27 a 30.04.1987).

Ao caráter declarativo da declaração de inconstitucionalidade, os efeitos gerais normais que lhes são atribuídos correspondem à sua aplicação retroativa, ou seja, valendo desde a origem da inconstitucionalidade (*ex tunc*), seja ela originária ou superveniente.[392]

O dispositivo constitucional assinalado anteriormente, no entanto, permite ao Tribunal Constitucional ressalvar as situações jurídicas consolidadas e os casos julgados, que podem ser afastadas em situações específicas e bem delimitadas em matéria infracional. A faculdade de restrição de efeitos gerais normais ocorre para "protelar o início da produção de todos ou de parte dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como afastar total ou parcialmente a repristinação, ainda que *ratione temporis*". Neste sentido, cabe pontuar que: "Em várias decisões, o Tribunal limitou materialmente a restrição da eficácia temporal da decisão, de forma a salvaguardar apenas certas situações entretanto constituídas".[393]

No concernente ao protelamento do início da produção de efeitos, "a doutrina maioritária inclina-se no sentido de o Tribunal poder protrair esse início ao ponto de determinar a mera eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, mas de já não poder, em contrapartida, determinar a manutenção provisória em vigor da norma declarada inconstitucional, fixando um prazo para a sua cessação de vigência".[394]

Neste contexto recortado, cabe assinalar que a justificativa predominante para a restrição da declaração da inconstitucionalidade então predominante fundamentava-se na

---

[392] Na ocasião, o Tribunal entendeu que: "A repristinação só ocorre quando a inconstitucionalidade seja originária, e obviamente apenas na medida em que a norma declarada inconstitucional tiver revogado alguma norma anterior". Assinalou ainda que: "O Tribunal já se pronunciou inequivocamente no sentido de que pode restringir os efeitos da repristinação" (ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**: A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Lisboa, 27 a 30.04.1987).

[393] A título ilustrativo, o magistrado palestrou que: "No acórdáo n. 56/84, o Tribunal restringiu os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionaliidade de certas normas que qualificavam e puniam determinados actos ilícitos de forma mais favorável aos arguidos, de forma a evitar que pudessem ser punidos pela legislação menos favorável aqueles que tivessem praticados os actos entre a data da entrada em vigor da legislação mais favorável e a data da sua eficácia repristinatória da declaração de inconstitucionalidade, em obediência ao princípio do tratamento mais favorável ao argüido" (ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**: A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Lisboa, 27 a 30.04.1987). No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1.013-1.017.

[394] Em seguida, o magistrado aduziu que: "E o Tribunal, na verdade, nunca ousou ir tão longe, muito embora já tenha, mais de uma vez, declarado 'a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* ou, mais precisamente, com efeitos a partir da publicação do acórdão". A título exemplificativo, ele mencionou que: "No acórdão n. 272/86, sintetizando-se anterior jurisprudência do Tribunal, reconheceu-se que 'a restrição dos efeitos é susceptível de comportar uma mera referência temporal (durante o período de tempo ressalvado, é mantido o influxo da norma inconstitucionalizada sobre *todas* as situações jurídicas com ela conexionadas) ou envolver ainda uma indicação categorizada (a cristalização do influxo da norma, em tal período, abarcará só *algumas* dessas situações)" (ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**: A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Lisboa, 27 a 30.04.1987).

segurança jurídica (seis acórdãos). Apenas dois acórdãos invocaram o interesse público de excepcional relevo e somente um fez apelo à razão de eqüidade.[395]

Àquela época, interessante questão que se mostrava problemática dizia respeito a:

> se a restrição de efeitos tem natureza manifestamente excepcional e, por isso, as razões que a justificam não são susceptíveis de qualquer interpretação extensiva; e se, pelos mesmos motivos, não é admissível a restrição dos efeitos quando a inconstitucionalidade seja *flagrante*.[396]

Objetivando distingüir de modo claro o efeito normal da declaração de inconstitucionalidade daquele de alcance mais restrito (fixado pelo Tribunal Constitucional), Canotilho expõe em quadro esquemático que: o primeiro cuida dos efeitos retroativos (*ex tunc*) previstos nos nºs 1 e 2 do art. 281, da nulidade total e dos efeitos repristinatórios; em oposição, o segundo trata dos efeitos *pro futuro*, entendidos como sinônimo dos efeitos *ex nunc*, da nulidade parcial e dos efeitos não-repristinatórios.[397]

De fato, Rui Medeiros, em substanciosa obra acerca da decisão de inconstitucionalidade, relata que grande parte dos autores portugueses sustenta que o Tribunal Constitucional não pode diferir para o futuro a produção das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade (limitação de efeitos *in futuro*). Dentre tais autores, destaca Jorge Miranda, Marcelo Rebelo de Sousa, Gomes Canotilho e Vital Moreira. De igual modo, tanto

---

[395] Como exemplo, confira o seguinte relato: "A propósito da restrição de efeitos com fundamento em razões de segurança jurídica, o acórdão 272/86 salienta que 'ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma com força obrigatória geral, o Tribunal Constitucional contribui para o reequilíbrio do sistema jurídico. Mas, ao mesmo tempo, e quase paradoxalmente, há que reconhecê-lo, o exercício dessa mesma competência constitui um factor de incerteza e insegurança do direito', pelos reflexos que provoca sobre as relações jurídicas que nasceram, evoluíram ou se extinguiram à sombra da norma declarada inconstitucional. Nessa ordem de ideias, a limitação de efeitos surgiria como um meio de atenuar os riscos de incerteza e insegurança consequentes à declaração de inconstitucionalidade, muito embora não devesse ser tanto na perspectiva da 'segurança do direito em si mesmo', mas antes da 'segurança através do direito' que haveria de se interpretar no art. 282º, n. 4, pelo que não bastaria para justificar a limitação de efeitos que a declaração de inconstitucionalidade envolvesse uma certa incerteza para o mundo do direito e para a vida social dele dependente, sendo necessário, pelo contrário, que existisse uma investida de grau elevado contra a segurança jurídica". "Assinale-se que sempre que a restrição de efeitos se funda em interesse público de excepcional relevo – o que pressupõe, necessariamente, a formação de um juízo político e já não estritamente jurídico – tem o Tribunal de fundamentar essa sua decisão" (ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**: A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Lisboa, 27 a 30.04.1987).

[396] ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**: A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Lisboa, 27 a 30.04.1987.

[397] Em seguida, o Mestre português discorre sobre as diferentes categorias de sentenças de conteúdo intermédio (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1.018-1.020).

doutrina como a jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional também rejeitou a hipótese de restrição dos efeitos temporais em sede de fiscalização concreta.[398]

Tomando a aplicação do princípio da proporcionalidade como ponto de partida na "margem de escolha" da fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, Rui Medeiros dá um passo adiante e busca traçar os contornos próprios de tal aplicação, isto é, submeter-se ao crivo da proibição do excesso. "Tudo depende da existência ou não de uma ligação umbilical do princípio da proporcionalidade à proteção dos direitos fundamentais e da admissibilidade ou não da extensão deste princípio à actividade jurisdicional", razão pela qual a decisão tomada nos termos do dispositivo constitucional comentado também está sujeita ao crivo da proporcionalidade.[399]

Pela clareza do entendimento esposado por Rui Medeiros a respeito de tão relevante questão, permitimo-nos transcrever o trecho abaixo:

> Já se disse que, segundo uma concepção muito em voga entre nós, as razões justificativas da ponderação dos efeitos incluem, além de fundamentos estritamente jurídicos – a segurança e a equidade –, uma **razão de carácter político** – o interesse público de excepcional relevo. Daí que o poder de limitação de efeitos apareça como um poder do Tribunal Constitucional concorrente do poder legislativo. Ou seja, nesta perspectiva, o n.4 do artigo 282º da Constituição parece colocar o Tribunal Constitucional entre a *razão da lei* e a *razão de Estado* ou, o mesmo é dizer, entre o interesse do respeito da Constituição e o interesse contrário, da garantia da liberdade de acção dos órgãos políticos. Substitui-se assim uma *constitucionalidade estrita* por uma *constitucionalidade política*: o órgão fiscalizador – de preferência um órgão especial (quase judicial) particularmente sensível às determinações políticas – deve velar pelo cumprimento das normas constitucionais até ao ponto em que razões políticas consideradas suficientemente forte a isso não se oponham.
> Não podemos, pela nossa parte, concordar com semelhante ponto de vista.[400]

---

[398] Depois de apresentar em linhas gerais tais orientações doutrinárias, Rui Medeiros indica o caminho que seguirá no seu estudo, ao afirmar que: "Temos para nós que as grandes linhas de fundo acabadas de referir não correspondem ao verdadeiro significado do n. 4 do artigo 282º da Constituição. A chave para **uma leitura renovada** deste preceito assenta no princípio da proporcionalidade. Mas não se esgota nele" (MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 690-695). Os dois aspectos principais mencionados (limitação de efeitos *in futuro* e na fiscalização concreta) são retomados pelo autor de modo mais minucioso adiante em sua obra: cf. p. 724-753.

[399] Além da necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade "sempre que haja um qualquer conflito de bens jurídicos" protegidos pela Constituição, o autor aduz ainda que no exercício de sua atividade jurisdicional o Tribunal Constitucional subordina-se ao princípio da proporcionalidade. "Sem dúvida que os tribunais não dispõem da liberdade de que goza o poder legislativo ou a Administração" (MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 696-702).

[400] Em seguida, o autor elenca diversos motivos pelos quais aquele entendimento não deve ter guarida, como a posição e relevo político que a Consstituição deve gozar junto ao ordenamento, o grau de liberdade que se pretende atribuir ao Tribunal Constitucional, a margem possível da interpretação constitucional e a necessária predominância dos argumentos jurídicos (e não políticos) às decisões em torno da inconstitucionalidade. De fato, a partir de tal orientação, o autor especifica a sua proposta: "o n. 4 do artigo 282º da Constituição, com a referência ao interesse público de excepcional relevo, adopta um conceito indeterminado para abarcar todos os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade". Donde que: "O afastamento da eficácia retroactiva e repristinatória só é admissível quando se demonstre, com base numa ponderação concreta, que a adopção de uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples envolveria o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de outro interesse público de excepcional relevo" (MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 705-710 e 716).

Cuidando-se de matéria tributária e fiscal, é curioso assinalar que pelo raciocínio lusitano o autor expõe entendimento paradoxal a respeito do temperamento na aplicação da modulação temporal dos efeitos de decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis tributárias. Inaugura o trecho pertinente de sua obra afirmando que "regra geral e indiscriminadamente, se restringem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade".[401] Na página seguinte, no entanto, conclui advertindo que "a restrição de efeitos apresenta, mesmo neste domínio, carácter excepcional".[402]

Por fim, tratando especificamente da jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal destaca-se a obra de J. J. Almeida Lopes, que traz a compilação de variados acórdãos ali julgados, dentre os quais merece breve menção os seguintes trechos:

> VII – Tendo sido praticados, desde a data da sua entrada em vigor, muitos actos administrativos em execução do Estatuto aprovado pela norma em apreço, de cuja declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* resultaria a invalidade de todos esses actos, afinal praticados sem base legal, o que suscitaria uma situação de indesejável insegurança jurídica e eventualmente multiplicaria os casos de iniqüidade, justifica-se que, por razões de equidade e de segurança jurídica, o Tribunal Constitucional ressalve os efeitos produzidos pela norma ora declarada inconstitucional até à data da publicação do presente acórdão – Acórdão 451/87.
> XIV – Razões de segurança jurídica e de interesse público que têm a ver, nomeadamente, com eventuais arranjos técnicos, previstos no acordo cujas normas se declaram inconstitucionais, e que já hajam sido negociados ou estejam em curso de negociação, aconselham a que o Tribunal Constitucional faça uso da faculdade de fixar os efeitos da inconstitucionalidade de modo a que se produzam tão-somente a partir da data da publicação do acórdão no jornal oficial – Acórdão 168/88.
> VI – Por razões de segurança jurídica, limitam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade – com ressalva, porém, das situações litigiosas – por forma a que não seja posto em causa o direito a salários, pensões por acidentes de trabalho, indemnizações ou contribuições de qualquer natureza que, na base daquelas Resoluções, se tenha constituído até à data da publicação deste acórdão – Acórdão 170/90.
> XIII – Com efeito, declarada a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, sem mais, da norma do n.2 do artigo 4º do Decreto-Lei n.282/76, ela operaria *ex tunc*, nos termos do n.1 do artigo 282º da Constituição, o que poderia querer dizer que os actos praticados ao abrigo de tal norma ficariam sem base legal e cairiam os efeitos por ela entretanto produzidos, com excepção daqueles a que se aplicasse a ressalva do n.3 do mesmo preceito constitucional; ora, facto é que, durante os catorze anos em que esteve em vigor a norma aprecianda, foram ao abrigo dela constituídas decerto situações de natureza disciplinar e jurisdicional cuja reparação, enquanto tais, se afigura de assinalável dificuldade, senão

[401] A justificativa para a aplicação de tal regra geral é colocada em seguida: "O Tribunal Constitucional mostra-se, com efeito, particularmente sensível à circunstância de estarem em causa receitas públicas em grande parte já recebidas nos cofres do Estado ou que, quando previsíveis, integram as suas expectativas orçamentais" (MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 721).

[402] Eis o contexto todo: "Ora, se é indiscutível – e já o dissemos atrás – que a necessidade de evitar uma total ruptura financeira do Estado constitui fundamento jurídico-constitucional bastante para limitar os efeitos da decalração de inconstitucionalidade de uma norma tributária, não é menos verdade que a restrição de efeitos apresenta, mesmo neste domínio, carácter excepcional. Logo, o Tribunal Constitucional não deve, *por princípio*, restringir os efeitos das declarações de inconstitucionalidade de leis tributárias inconstitucionais, não podendo subestimar as especiais cautelas com que o legislador constitucional rodeou a obrigação de imposto e os direitos fundamentais conferidos constitucionalmente aos contribuintes" (MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 722). Muito mais poderia ser dito sobre a riquíssima obra do autor. Mas, optou-se em trazer os principais aspectos relacionados ao tema do presente trabalho.

> mesmo de todo impossível, pelo que se entende dever limitar os efeitos da inconstitucionalidade de modo a ressalvar os casos já definitivamente resolvidos, bem como os seus efeitos – Acórdão 308/90.
> III – Implicando a retroactividade na declaração de inconstitucionalidade a invalidação de contratos celebrados durante a vigência da norma impugnada, eventualmente já executada e em que intervieram particulares, aos quais não era exigível o conhecimento de possível inconstitucionalidade da norma que dispensava o visto prévio do Tribunal de Contas, justifica-se, com fundamento em razões de equidade e segurança jurídica, a extinção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade autorizada pelo n.4 do artigo 282º da Constituição da República Portuguesa – Acórdão 308/93.
> VI – A fim de evitar que tenha de haver reposição por terceiros de prestações remuneratórias percebidas de boa-fé, considera-se que a segurança jurídica exige que os efeitos de inconstitucionalidade sejam, limitados, produzindo-se apenas a partir da publicação do presente acórdão no Diário da República – Acórdão 637/95.[403]

3.2.1.5 Panorama de alguns países

A título ilustrativo, confira ainda alguns dispositivos constitucionais que regulamentam expressamente a (im)possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões das Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais.

É interessante assinalar que no **Peru** o artigo 204, inserido no Título V de sua Constituição Política (que trata da garantias fundamentais), é específico a respeito da sentença oriunda do Tribunal Constitucional. Estabelece que:

> A sentença do Tribunal que declara a inconstitucionalidade de uma norma se publica no diário oficial. No dia seguinte da publicação, dita norma se torna sem efeito.
> Não tem efeito retroativo a sentença do Tribunal que declara inconstitucional, no todo ou em parte, uma norma legal.[404]

---

[403] Além do arcabouço jurisprudencial anterior, destacamos especificamente em matéria tributária: "XI – Nos termos do n. 4 do artigo 282º da Constituição, a declaração da inconstitucionalidade do despacho referido em IV só produz efeitos a partir da publicação deste acórdão (para evitar uma espécie de enriquecimento sem causa por parte dos subsistemas de saúde), e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do despacho referido em VIII são restringidos por forma que não haja lugar à restituição das taxas pagas até à mesma publicação (pela conveniência de evitar qualquer perturbação financeira ou no bom funcionamento dos serviço)" (Acórdão 92/85); "XVI – Por razões de interesse público – e considerando muito em particular a perturbação que adviria para os serviços autárquicos se estes tivessem de restituir toda a 'tarifa de saneamento' entretanto cobrada dos contribuintes -, entende o Tribunal Constitucional deve fazer uso da faculdade contida no n. 4 do artigo 282º da Constituição, especificando que os efeitos derivados da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas da Deliberação n. 17/CM/85, com ressalva, no entanto, dos contribuintes que ainda não houverem pago a tarifa, só haverão de produzir-se, e com valência *ex nunc*, a partir da data da publicação do presente aresto no jornal oficial" (Acórdão 76/88); "XLII – Tendo a maior parte das normas consideradas inconstitucionais directa incidência financeira ou orçamental, razões de segurança jurídica aconselham a que o Tribunal Constitucional proceda, ao abrigo do disposto no artigo 282º, n. 4, da Constituição, a uma limitação, de ordem categorial, dos efeitos de tal declaração, de modo a evitar que as operações financeiras ou orçamentais entretanto levadas a cabo, no quadro dos preceitos inconstitucionalizados, venham subitamente a deixar de ter suporte legal" (Acórdão 267/88). Além de tais acórdãos, o autor ainda coleciona vários outros: LOPES, J. J. Almeida. **Constituição da República Portuguesa**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 931-936.

[404] No original: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

O art. 140(5) da Constituição da **Áustria**, inserido no capítulo próprio do Tribunal Constitucional, prevê que:

> O julgamento pelo Tribunal Constitucional que rescinde uma lei inconstitucional impõe ao Chanceler Federal ou ao Governador competente a obrigação de publicá-la brevemente. Isto se aplica analogamente no caso de um pronunciamento nos termos do parágrafo 4 acima. A rescisão entra em vigor no termo do dia da publicação, se o Tribunal não fixa um prazo para tal rescisão, que não pode exceder dezoito meses.[405]

O art. 190(3) da Constituição da **Polônia** estabelece que:

> Um julgamento do Tribunal Constitucional terá efeito a partir da data de sua publicação. Contudo, o Tribunal Constitucional pode especificar uma outra data para o fim da força vinculativa de um ato normativo. Tal período de tempo não pode exceder 18 meses em relação a um diploma legal ou 12 meses em relação a qualquer outro ato normativo. Sempre que uma decisão tiver conseqüências financeiras não previstas no Orçamento, o Tribunal Constitucional deve especificar a data para o fim do efeito vinculativo do ato normativo em causa, depois de solicitar o parecer do Conselho dos Ministros.[406]

Na Constituição da **Eslovenia**, a Parte VIII cuida do Tribunal Constitucional. Dentre os principais artigos que tratam deste relevante tema, destaca-se o art. 161, que estabelece os efeitos da revogação de uma lei. A respeito, confira:

> (1) Se o Tribunal Constitucional estabelece que uma lei é inconstitucional, tal decisão a revoga no todo ou em parte. Essa revogação tem efeito imediato ou dentro de um período de tempo determinado pelo próprio Tribunal Constitucional. Tal período de tempo não pode ultrapassar um ano. O Tribunal Constitucional anula ou revoga outra regulamentação geral ou atos que são inconstitucionais ou contrários à lei. Nas condições previtas pela lei, o Tribunal Constitucional pode, até uma decisão final, suspender, no todo ou em parte, a execução de um ato cuja constitucionalidade ou legalidade esteja sendo questionada.
>
> (2) Se, para decidir sobre uma reclamação constitucional o Tribunal Constitucional estabelece a inconstitucionalidade de um ato geral ou regulamentar que pode, em conformidade com os dispositivos do primeiro parágrafo deste artigo anular ou revogar tal regulamentação ou ato.
>
> (3) As conseqüências jurídicas das decisões do Tribuunal Constitucional devem ser regulamentadas por lei.[407]

---

[405] No original: "The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without dealy. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para. 4 above. The rescission enters into force upon expiry of the day of publication if the Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months".

[406] No original: "A judgment of the Constitutional Tribunal shall take effect from the day of its publication, however, the Constitutional Tribunal may specify another date for the end of the binding force of a normative act. Such time period time may not exceed 18 months in relation to a statute or 12 months in relation to any other normative act. Where a judgment has financial consequences not provided for in the Budget, the Constitutional Tribunal shall specify date for the end of the binding force of the normative act concerned, after seeking the opinion of the Council of Ministers".

[407] No original: "**Article 161 (Abrogation of a Law).** (1) If the Constitutional Court establishes that a law is unconstitutional, it abrogates such in whole or in part. Such abrogation takes effect immediately or within a period of time determined by the Constitutional Court. This period of time may not exceed one year. The Constitutional Court annuls or abrogates other regulations or general acts that are unconstitutional or contrary to law. Under conditions provided by law, the Constitutional Court may, up until a final decision, suspend in whole or in part the implementation of an act whose constitutionality or legality is being reviewed. (2) If in deciding on a constitutional complaint the Constitutional Court

O art. 153 da Constituição da **Turquia** trata das decisões da Corte Constitucional e prescreve que:

> ARTIGO 153. As decisões do Tribunal Constitucional são finais. As decisões de anulação não podem ser tornadas públicas sem uma declaração escrita de suas razões.
> No decurso do processo de anulação da totalidade ou de um dispositivo de leis ou decretos com força de lei, o Tribunal Constitucional não deve agir como legislador e julgar conduzindo a novas implementações
> Leis, decretos com força de lei ou o Regulamento de Procedimentos da Grande Assembléia Nacional turca ou seus respectivos dispositivos, deixarão de ter efeito a partir da data da publicação no Diário Oficial da decisão de anulação. Sempre que necessário, o Tribunal Constitucional pode também decidir sobre a data em que a decisão de anulação deve entrar em vigor. Essa data não deve ser superior a um ano, a contar da data da publicação da decisão no Diário Oficial.
> Em caso de postergação da data em que uma decisão de anulação entrar em vigor, a Grande Assembléia Nacional turca deve debater e decidir com prioridade sobre o projeto de lei ou proposição legislativa, destinada a preencher o vazio legal decorrente da decisão de anulação.
> A decisão de anulação não pode ser aplicada retroativamente.[408]

3.2.2 Evolução histórico-legislativa do instituto

A modulação temporal dos efeitos da decisão de Corte Suprema não é inédita e tampouco é original do direito brasileiro. No direito estrangeiro, alguns países já dispuseram sobre a possibilidade de aplicação da modulação dos efeitos temporais da decisão de suas respectivas Cortes Supremas ou Constitucionais, previstas em sede constitucional, na seara legal ou reconhecidas pela jurisprudência. No Brasil, "mesmo antes da Lei 9.868, alguns temperamentos, em hipóteses excepcionais, já vinham sendo admitidos".[409]

---

establishes the unconstitutionality of a regulation or general act, it may in accordance with the provisions of the first paragraph of this article annul or abrogate such regulation or act. (3) The legal consequences of Constitutional Court decisions shall be regulated by law".

[408] No original: "**ARTICLE 153**. The decisions of the Constitutional Court are final. Decisions of annulment cannot be made public without a written statement of reasons. – In the course of annulling the whole, or a provision, of laws or decrees having the force of law, the Constitutional Court shall not act as a law-maker and pass judgment leading to new implementation. – Laws, decrees having the force of law, or the Rules of Procedures of the Turkish Grand National Assembly or provisions thereof, shall cease to have effect from the date of publication in the Official Gazette of the annulment decision. Where necessary, the Constitutional Court may also decide on the date on which the annulment decision shall come into effect. That date shall not be more than one year from the date of publication of the decision in the Official Gazette. – In the event of the postponement of the date on which an annulment decision is to come into effect, the Turkissh Grand National Assembly shall debate and decide with priority on the draft bill or law proposal, designed to fill the legal void arising the annulment decision. – Annulment decisions cannot be applied retroactively". No mesmo sentido: 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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 83-84.

[409] Para uma exposição sistemática dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no direito comparado e exemplos concretos de temperamentos ao dogma da nulidade da lei inconstitucional na jurisprudência nacional anterior à Lei n. 9.868/99, consultar: SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*:

Daniel Sarmento lembra que a proposta de introdução de dispositivo que permitisse à Suprema Corte restringir a eficácia temporal de suas decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade resultou derrotada na Assembléia Nacional Constituinte e na Revisão Constitucional ocorrida em 1994.[410]

3.2.2.1 Assembléia Nacional Constituinte (1987/88)

Durante os debates parlamentares que culminaram com a edição da Constituição da República vigente, o Ofício n.P-086-87, de 28.10.1987, que circulou junto à Comissão de Sistematização, trazia, no § 3º do art. 122 (este artigo corresponderia ao art. 103 vigente), a seguinte dicção:

> Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor ou a partir da publicação da decisão declaratória, e comunicará o teor desta ao Senado da República para cumprimento do disposto no artigo 61, inciso X.[411]

Prevaleceu, contudo, a opinião de que o referido parágrafo ficaria melhor apenas com o trecho final, que cuidava da tradicional comunicação do teor da decisão do STF para o Senado Federal com a finalidade de suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional (consoante dispõe o atual inciso X do art. 52 da Constituição vigente).[412]

SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 14-24. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Parecer: 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**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 265-266. A respeito da evolução histórica de tal modulação no direito norte-americano (berço que consagrou a nulidade), confira: MENDES, Gilmar. O controle incidental e a aplicação do artigo 27 da lei n. 9.868/99. **Síntese Jornal.** Porto Alegre, ano 9, n. 99, maio 2005, p. 14-15; STF – Pleno, Pet-MC-segunda 2859/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.02.2005, DJU 20.05.2005; STF – Pleno, RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 28.11.2008.

[410] SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29-30.

[411] BRASIL, Assembléia Nacional Constituinte. Anais: Atas da 153º à 161º Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 9, 02 set./28 out. 1987, p. 5.592-5.593, grifamos. Depois de debatido pelos parlamentares, não logrou permanecer no texto definitivo da Lei Maior.

[412] É o que depreendemos da nova redação então proposta do § 3º do art. 125, que se limitava à declaração de inconstitucionalidade em tese: "Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, comunicará o teor desta ao Senado Federal no art. 63, inciso X"(BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Anais: Atas da 237º à 247º Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 16, 04 abr./13 abr. 1988, p. 8.970). Em palestra proferida no dia 11.08.1988 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o ex-Ministro do STF Sydney Sanches manifestou-se no sentido de que fosse suprimido o

A respeito de tal debate é interessante destacar a Emenda n.393, de autoria do então parlamentar Maurício Corrêa, que trouxe a seguinte proposta de modificação do Projeto: "Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória" (§ 3º do art. 127).[413]

Como justificativa, o parlamentar sustentou, inicialmente, a distinção entre o modelo difuso e o concentrado do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos para, em seguida, esclarecer que a perda de eficácia da decisão que declararia a inconstitucionalidade apenas e tão somente condicionada à resolução do Senado Federal seria contraproducente ao sistema jurídico. A lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF permaneceria vigente e produzindo efeitos indesejáveis. Nesse sentido, convém assinalar que advertiu ao final de sua manifestação: "Quero suplicar a esta douta Casa não permita que a votação de uma lei tributária, por exemplo, injusta, iníqüa, vá produzir efeitos para tirar do mapa legal aquele imposto indevido só depois que o Senado Federal se pronunciar".[414]

Manifestou-se no sentido contrário o parlamentar Gerson Peres, que impugnou a proposta colocada por entender que se trataria de uma possível anulação do papel do Senado Federal, que, tradicionalmente (desde a Constituição de 1934), teve a prerrogativa de suspender a eficácia da lei que o STF declarasse inconstitucional. Ademais, compreendeu que seria também um superdimensionamento do poder do STF.[415]

Em seguida, o então Constituinte Nelson Jobim explicou aos seus pares que a referida emenda deveria ser aprovada. De fato, iniciou com um breve percurso histórico da sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil e concluiu que "é fundamental que adotemos

---

parágrafo em questão, "para que não ocorram futuros conflitos entre o Judiciário e o Legislativo". O documento com a transcrição da palestra sobre "O Poder Judiciário na futura Constituição" foi encaminhada à Mesa pelo parlamentar Adolfo Oliveira (BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Anais: Atas da 322º à 330º Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 23, 23 ago./27 ago. 1988, p. 12.879). Em razão de um acordo entre os Líderes aquele dispositivo foi suprimido do texto e os trabalhos continuaram apenas com a idéia da comunicação pelo STF ao Senado da declaração de inconstitucionalidade em tese para a finalidade de suspensão da execução da lei (BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Anais: Atas da 322º à 330º Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 23, 23 ago./27 ago. 1988, p. 12.953).

[413] BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Diário: Atas da Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 2, n. 218, p. 200-205, abr. 1988, p. 200, grifamos.

[414] BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Diário: Atas da Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 2, n. 218, p. 200-205, abr. 1988, p. 201.

[415] Nesse sentido, concluiu a sua manifestação com a seguinte exortação aos seus pares: "Vamos votar NÃO e conservar a nossa tradição constitucional" (BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Diário: Atas da Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 2, n. 218, p. 200-205, abr. 1988, p. 201).

esse mecanismo que está na Constituição portuguesa moderna, que é a solução que se adota no sistema, para fixar o momento da eficácia".[416]

No sentido contrário, ou seja, contra a referida proposta de emenda, o parlamentar Bonifácio de Andrada manifestou-se com veemência, razão pela qual nos permitimos destacar alguns trechos, que seguem abaixo:

> No entanto, Sr. Presidente, a emenda de S. Exa. é uma proposta que vai destruir, deturpar, subverter, não só a tradição do Direito Constitucional brasileiro, mas, até mesmo, os princípios basilares da democracia política. A emenda de S. Exa., trocada em miúdos, a grosso modo, significa o seguinte: dar ao Supremo Tribunal Federal a competência de revogar a lei, fruto do Poder Legislativo e, mais do que isto, revogar a norma legal com efeito retroativo. O que se pretende, no caso da inconstitucionalidade, em tese, é poder atingir direitos adquiridos de um ano atrás, de dois anos, de três anos, de cinco, de dez, de vinte, de trinta anos.
> Não creio, Sr. Presidente, que a aprovação desta emenda venha aperfeiçoar a vida constitucional brasileira. Não, de forma alguma. [...]. É dar ao Supremo Tribunal Federal uma tonalidade política desconhecida, é jogar o Supremo Tribunal Federal nos embates políticos, nas discussões a respeito de matéria legislativa, com manifestações típicas das bases políticas. No dia em que o Supremo Tribunal Federal puder revogar leis, o que na prática a emenda autoriza, sofrerá esse órgão variadas espécies de pressões que irão perturbar a tranqüilidade e o recato judicial.[417]

Em esclarecimento solicitado na seqüência dos trabalhos, o parlamentar Bernardo Cabral buscou retirar o debate da "conotação ideológica" e registrou que a proposta girava em torno de uma tormentosa questão, tanto no âmbito doutrinário como também na seara jurisprudencial. Tratava-se da eficácia temporal da declaração da inconstitucionalidade, em tese. Depois dos esclarecimentos que prestou como relator, deu o seu voto pela aprovação da referida emenda. Ao final, a Emenda n.343, de autoria do parlamentar Maurício Corrêa foi rejeitada por 249 votos contra 182 (que a aprovava), tendo 13 abstenções.[418]

Portanto, verifica-se que a proposta de restrição dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal foi rejeitada no âmbito da Assembléia Nacional Constituinte. A idéia, contudo, permaneceu.

---

[416] BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Diário: Atas da Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 2, n. 218, p. 200-205, abr. 1988, p. 202.

[417] Concluiu a sua manifestação lembrando do velho aforismo de que deve caber ao órgão que faz a lei, e só ele, revogá-lo. Assim, pugnou pela manutenção da tradicional suspensão da eficácia pelo Senado Federal: "Sr. Presidente, vamos votar, e votar contra esta emenda, para manter, entre nós, o equilíbrio dos Poderes, na função política, a hegemonia do Poder Legislativo, e em nosso Direito uma tradição que, nascida em 1934, continua em 1946, em 1965 e em 1977" (BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Diário: Atas da Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 2, n. 218, p. 200-205, abr. 1988, p. 202).

[418] BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Diário: Atas da Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 2, n. 218, p. 200-205, abr. 1988, p. 204.

3.2.2.2 Revisão Constitucional (1994)

No âmbito dos debates que precederam a Revisão Constitucional de 1994, o Parecer n.27 do Primeiro Substitutivo do Relator (Deputado Federal Nelson Jobim) da Proposta de Emenda Constitucional de Revisão acerca do funcionamento e competência do Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o acréscimo do § 5º do art. 103, que foi sugerido com a seguinte redação: "Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão".[419]

No referido parecer, inicialmente, Nelson Jobim reconheceu a importância do tema referente à restrição dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, inclusive mencionando algumas experiências oriundas do direito estrangeiro.[420]

Em seguida, o congressista explicou as variadas técnicas decisórias que surgiram no direito alemão, como a figura do "apelo ao legislador" e a "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade". Foi no desenvolvimento inicial da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade que surgiu a necessidade de se temperar, em alguns casos excepcionais e à luz das razões de segurança jurídica, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade.[421]

---

[419] A redação originária, anterior ao Substitutivo que constava na proposta, era a seguinte: "Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão".

[420] Nesse sentido, o parlamentar citou a célebre conferência proferida por Hans Kelsen na Associação Alemã de Professores de Direito Público, na qual sustentou a necessidade de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade fossem restringidos, especialmente à luz das razões de segurança jurídica. Na ocasião, Kelsen defendeu também a competência da Corte Constitucional para estabelecer a entrada em vigor da decisão declaratória da inconstitucionalidade. "As idéias básicas de Kelsen foram positivadas na Constituição austríaca de 1920-29, que, na sua versão de 1975, dispõe que a decisão declaratória da inconstitucionalidade de uma norma será eficaz após a sua publicação, salvo se a Corte Constitucional fixar prazo diverso para sua entrada em vigor, que, de qualquer forma, não poderá ser superior a um ano". Também a Corte Constitucional espanhola passou a admitir tal flexibilização. Até mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, após a Grande Depressão, passou-se a admitir o estabelecimento de limites à declaração de inconstitucionalidade, em razão da preocupação com as relevantes conseqüências jurídicas que decorreriam de algumas decisões proferidas pela Suprema Corte. Em Portugal, a Constituição prevê expressamente a possibilidade no art. 281(4).

[421] De fato, a intenção era de evitar que houvesse um "vácuo legislativo": "O *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a legitimidade da aplicação da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente". E arrematou que: "Dessarte, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que a aplicação da lei declarada inconstitucional – mas que não teve a sua nulidade declarada – é legítima, quando exigida pela própria Constituição. Inexiste princípio geral sobre aplicação subseqüente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame concreto de cada caso".

No cenário brasileiro, Jobim procedeu à retrospectiva histórica e lembrou os principais momentos relacionados ao tema, consoante assinalamos neste trabalho. Para chegar até a quadra (então) atual, ele destacou que:

> A declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa de leis aplicadas há muitos anos pode acarretar problema de difícil solução. Daí por que, não raras vezes, os tribunais se vêem impossibilitados de declarar a inconstitucionalidade, para evitar situações de autêntica comoção social ou de grande instabilidade.
> Não só o desfazimento de situações jurídicas consolidadas mas também a necessidade de desembolso de recursos para pagamento ou eventual repetição daquilo que se recebeu indevidamente ocasionam instabilidades sérias ou traumas de proporções incomensuráveis.
> A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. [...].
> Todas essas razões recomendam que se introduza, entre nós, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, alternativa normativa que permita ao Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.[422]

Na forma do Substitutivo objeto do parecer de sua relatoria, Nelson Jobim acolheu a proposta de emenda constitucional de revisão que concederia ao STF a faculdade de atribuir, pelo voto de dois terços de seus membros, eficácia *ex nunc* a decisão que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. De novo essa proposta não subsistiu diante da maioria dos parlamentares que participaram daquela revisão do texto constitucional.

3.2.2.3 Projeto de Lei n.2.960 (1997/99)

Em 1997, o Projeto de Lei n.2.960, encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, continha na Exposição de Motivos as justificativas que fundamentariam a adoção da possível restrição temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal quando declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.[423]

Dentre elas, releva assinalar que, em grande parte, foram repetidos os principais argumentos mencionados no Parecer n.27 do Primeiro Substitutivo do Relator da Proposta de Emenda Constitucional de Revisão acerca do funcionamento e competência do STF.

---

[422] Quando da apresentação do referido parecer, o relator consignou que os congressistas Sigmaringa Seixas, Nilson Gibson, Jesus Tajra e Eduardo Mascarenhas acompanhavam o entendimento ali expressado.

[423] PODER EXECUTIVO. Mensagem n. 396, Exposição de Motivos n. 189, 07.04.1997.

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei foi encaminhada à Presidência da República pelo mesmo Nelson Jobim, desta vez na qualidade de Ministro de Estado da Justiça. Incorporou no seu texto a vivência do STF, que já apontaria "as insuficiências existentes no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade".[424]

Pela clareza do intuito que motivou a inovação, cabe transcrever o seguinte trecho da Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei n.2.960:

> Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado 'in concreto' se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.
> Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), 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 (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) 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.[425]

Verifica-se, pelos trechos sublinhados, que a maior preocupação que motivou o ingresso do instituto da restrição temporal dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é justamente evitar que a eventual lacuna dela decorrente (ou o "vácuo legislativo") conduza a uma situação peculiarmente mais afastada da "vontade constitucional" do que a sua tolerância provisória. Com efeito, tal afastamento ainda maior deve ser evitado pela tolerância da vigência temporária do dispositivo legal ou normativo declarado inconstitucional durante uma fase intermediária capaz de minimizar (ou restringir) o efeito temporal dessa decisão.

É que a vigência temporária busca permitir um "mal menor" do que o reconhecimento pleno da nulidade *ab initio* do dispositivo legal ou normativo (que é a situação tradicional). Essa é a razão de ser da proposta de restrição dos efeitos temporais da decisão do STF que

---

[424] De fato, dentre tais insuficiências, a exposição relatou que: "Os casos de omissão parcial mostram-se extremamente difíceis de serem superados no âmbito do controle de normas em razão da insuficiência das técnicas de controle disponíveis". Depois de arrolar alguns poucos casos então julgados pelo STF, a exposição deixou consignado que: "Tais decisões demonstram que a criação de nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitucional, especialmente do complexo processo de controle de constitucionalidade das leis adotaado entre nós" (PODER EXECUTIVO. Mensagem n. 396, Exposição de Motivos n. 189, 07.04.1997).

[425] PODER EXECUTIVO. Mensagem n. 396, Exposição de Motivos n. 189, 07.04.1997, grifos nossos.

declara a inconstitucionalidade e que abre a possibilidade do reconhecimento do efeito: *ex tunc* restrito, *ex nunc* ou *pro futuro*, como veremos adiante.[426]

O Professor Luís Roberto Barroso, que na ocasião participou da comissão constituída pelo Ministro da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na lei em foco, registra que se manifestou contra a inovação, mas foi vencido na votação.[427]

Em artigo doutrinário, Walter Claudius Rothenburg expressa dado conjuntural sobre a inovação legislativa que, juntamente com tantas outras que elenca e foram patrocinadas pelo Governo Federal, possui "suspeitos propósitos".[428]

3.2.3 Arcabouço legislativo e panorama doutrinário

> *A prudência que deve pautar a atuação dos juízes constitucionais não significa uma prevalência a priori do interesse público e/ou dos interesses do Estado, inclusive dos de natureza econômica e tributária.*[429]

Cabe um esclarecimento terminológico preliminar. O termo efeito "é empregado para significar o *resultado* ou a *eficácia* de uma *causa*, ou seja, um ato praticado por uma ou mais

---

[426] Depois de tramitar nas comissões da Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado em 19.01.1999, por 315 votos favoráveis contra 105 desfavoráveis e apenas 02 abstenções. Em seguida foi enviado ao Senado Federal, onde foi votado no dia 20.10.1999 e aprovado. Durante a votação no Plenário do Senado Federal, interessa apontar que a Senadora Marina Silva solicitou destaque para votação em separado das expressões "[...] restringir os efeitos daquela declaração ou [...]" e "[...] ou de outro momento que venha a ser fixado", constantes no art. 27. O Requerimento n. 640 da Senadora foi lido e rejeitado.

[427] O Professor explica que: "Três argumentos fundamentaram meu ponto de vista. O primeiro era este que venho de expor: parecia-me que a providência desejada exigia uma emenda à Constituição. O segundo: o STF já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais. Em terceiro lugar, o temor, que no Brasil não é infundado, de que as exceções virem regra, manipuladas pelas 'razões de Estado' ou pelo lastimável varejo político que ainda é a marca de um país em busca de amadurecimento" (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. 24, nota de rodapé 61).

[428] Depois de enumerar as inovações legislativas da EC 3/93, da Lei 8.437/92, da MP 1.984, da Lei 9.494/97 e da Lei 9.882/99, o articulista explica que: "Essa concentração de jurisdição revela por si a inclinação do controle abstrato de constitucionalidade desenhado pela Lei n. 9.868 no sentido da 'governabilidade' antes que no dos direitos fundamentais: o que mais interessa ao Governo é a previsibilidade e o eventual direcionamento das decisões judiciais" (ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 269-292, 2001, p. 271).

[429] 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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 21-37, 2001, p. 37.

pessoas". Em outras palavras: "O efeito pode ser a conseqüência ou resultado que se queria obter ou pode ser conseqüência, mesmo imprevista".[430]

O impacto das decisões judiciais pode (e, por vezes, deve) ser levado em conta. Isso ocorre com a especulação a respeito do efeito, eficácia ou resultado. É possível dizer, em princípio, que a consideração em torno do impacto jurídico está – ou deveria estar – presente em todas as decisões judiciais, sob pena de sua flagrante ilegitimidade. Nesta tese, contudo, pretendemos limitar esse amplo olhar para o foco específico do impacto "econômico" (decorrente do uso do argumento conseqüencialista de cunho econômico que cuidamos aqui) das decisões judiciais em matéria tributária.

Em um primeiro momento, é relevante explicitar e compreender quais são os principais dispositivos normativos disponíveis no direito brasileiro que tratam e se relacionam com a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial. O texto nuclear funda-se no art. 27 da Lei n.9.868/99. Registre-se, desde logo, que esse dispositivo é repetido na Lei n.9.882/99, que cuida da ADPF. Essa mesma idéia se repete na Lei n.11.417/06, que trata da edição das súmulas vinculantes. De maneira complementar, são mencionados outros dispositivos que, de algum modo relevante, se relacionam com o referido art. 27.

A Lei n.9.868, de 11.11.1999, "Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal". É a regulamentação legal desses dois tipos de ações diretas que compõem o sistema jurisdicional concentrado de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (ADI e ADC).

O § 1º do art. 11 desta lei, que trata da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, prevê que: "A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa".[431] Evidencia-se, desse modo, a possibilidade de o STF, nas ações diretas de

---

[430] Por sua vez, em distinção temos que EFICÁCIA "compreende-se como a *força* ou *poder* que possa ter um *ato* ou um *fato*, para produzir os desejados efeitos". Significa dizer que: "A *eficácia jurídica*, deste modo, advém da força jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico, em virtude da qual deve ser o mesmo cumprido ou respeitado, segundo as determinações, que nele se contêm". "Da eficácia decorre, pois, a produção dos *efeitos* com validade jurídica" (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 507 e 509). Para distinguir efeito de eficácia no sentido técnico-jurídico, confira: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 16-19.

[431] Tratando-se da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, a abrangência material é previamente delimitada no *caput* do art. 21, *verbis*: "O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo". O parágrafo único, por sua vez, delimita o efeito temporal de tal decisão: "Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a

inconstitucionalidade, modular os efeitos temporais da decisão de caráter cautelar. Nesta hipótese, "passou a Corte a ter a possibilidade de fixar para a cautelar até eficácia retroativa!" Para isso, não foi estabelecido qualquer parâmetro ou baliza, admitido o lapso temporal que compreende o período entre o dia da promulgação da lei e o dia de tal decisão.[432]

O art. 24 desta lei estabelece que: "Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente a eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória".[433] Trata-se da natureza dúplice ou ambivalente dessas ações diretas que as caracterizam como espécies antagônicas e de "sinal trocado" de um mesmo gênero, isto é, o que for decidido em uma tem efeito necessariamente antagônico na outra.[434]

---

parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia". Em sede doutrinária, pode-se dizer que: "O estabelecimento de prazo e a conseqüente perda da eficácia da liminar são uma necessidade, coadunando-se com o princípio da segurança jurídica" (BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: Processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, p. 49). Na prática da Suprema Corte, no entanto, tal prazo de cento e oitenta dias já se mostrou passível de prorrogação mediante levantamento de questão de ordem. Foi o que ocorreu na ADPF 130, que culminou com a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa. Inicialmente, o Ministro Carlos Britto deferiu a medida liminar em 21.02.2008, referendada em 27.02.2008. Posteriormente, tal medida liminar foi prorrogada em 04.09.2008 e em 18.02.2009. Igualmente, nos autos da ADC 18, que discutia a legitimidade da exclusão da parcela do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS, teve sua medida cautelar deferida em 13.08.2008, posteriormente prorrogada em 04.02.2009.

[432] No mesmo sentido: "Ao STF não foi imposto nenhum parâmetro quanto a essa retroatividade, ficando o Tribunal sem qualquer 'peia ou amarra' no que diz com a concessão do efeito retroativo, o que veio dar-lhe a posição de legislador positivo, descaracterizando-o de sua função jurisdicional, que é de legislador negativo". "A liberdade do Supremo é tanta que ele pode escolher o momento em que deve fixar a retroatividade, sendo que a escala pela qual pode dirigir-se vai desde o dia da promulgação da lei até a data do julgamento" (BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: Processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, p. 35-36).

[433] Regra semelhante já havia no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF, conjugando os arts. 173 e 174. O *caput* do art. 173 dispõe que: "Efetuado o julgamento [...], proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros". O art. 174 estabelece que: "Proclamada a constitucionalidade na forma do artigo anterior, julgar-se-á improcedente a representação". Se antes já se afirmava a possibilidade de uma "representação de inconstitucionalidade" ensejar uma decisão declaratória de constitucionalidade, desde que julgada improcedente, então com o advento da lei consagrou-se definitivamente a natureza antinômica ou antagônica destas ações.

[434] De fato, o Relatório da Comissão que elaborou o projeto que se transformou na Lei n. 9.868/99 (e que foi exxpressamente encampado na sua Exposição de Motivos) já consignava que: "Tendo em vista o caráter 'dúplice' ou 'ambivalente' das referidas ações, as regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à ação direta são, na sua essência, extensivas à ação declaratória". Adiante, estabelecia que: "O art. 24 acentua o caráter 'dúplice' ou 'ambivalente' da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, estabelecendo que, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória" (cf. PODER EXECUTIVO. Mensagem n. 396, Exposição de Motivos n. 189, 07.04.1997). O Ministro Gilmar Mendes explica que a ação "tem natureza dúplice ou ambivalente", vale dizer, destina-se não só a eliminar a lei reconhecida como inconstitucional (quando o pedido for na ADI), mas também a elidir controvérsias que se instaurem sobre a legitimidade de determinada norma (quando o pleito for veiculado por meio da ADC). Assim, "não parece subsistir dúvida de que a ADC tem a mesma natureza da ADIn, podendo-se afirmar até que aquela nada mais é do que uma ADIn com sinal trocado" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 346-347). No mesmo sentido: DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 55, abr 2000, p. 62.

Pontuadas as colocações preliminares, o principal dispositivo legal que interessa ao presente estudo dispõe que:

> **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.

Por meio de uma singela interpretação gramatical ou literal do dispositivo legal transcrito, pertinente como mero ponto de partida no esforço interpretativo, é possível verificar em um primeiro olhar que: a referência limita-se à declaração de inconstitucionalidade, embora a lei regulamente tanto a ADI como também a ADC; e são estabelecidas duas restrições materiais alternativas que, se se revelarem conjugadas, robustecerão a admissão da modulação temporal, quais sejam, "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social". Em qualquer caso, trata-se de faculdade conferida à Corte ("poderá"), e jamais de dever. Cuida-se de competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal, descabendo aplicar a modulação temporal dos efeitos às decisões de seus órgãos fracionários e de outros tribunais do País. Outra restrição, agora de índole procedimental, diz respeito à exigência da convergência de dois terços (oito) de votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em muitas ocasiões, no entanto, a mera interpretação gramatical ou literal não prevalece à luz das demais potencialidades interpretativas de maior alcance exigidas pelo dispositivo em foco, como veremos adiante.

Verifica-se, por conseguinte, que somente depois daquele elenco de delimitações e restrições materiais e de cunho procedimental é que o art. 27 da Lei n.9.868/99 trata da modulação temporal dos efeitos da decisão. E aí sim, depois de superadas tais restrições, regula o instituto de maneira ampla.[435]

A título ilustrativo, é curioso notar que a Lei n.5.427, de 01.04.2009, que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tendo por objetivo, em especial, a proteção dos direitos dos administrados, dispõe no § 3º do art. 53:

> Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato normativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.

---

[435] No mesmo sentido: FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 86-87.

Voltando ao teor da Lei n.9.868/99, o parágrafo único do art. 28 dispõe sobre a declaração ao final dos processos objetivos, a interpretação conforme a Constituição[436] e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.[437] Essas são apenas algumas, dentre as possíveis, técnicas de decisão conhecidas do constitucionalismo.

Nesse sentido, Guilherme Peña de Moraes assinala que:

> Por todo o exposto, com o escopo de mitigar a eficácia retroativa da decisão de procedência na ação direta de inconstitucionalidade, o Direito Constitucional Comparado consagra algumas **técnicas de decisão**, pelas quais os órgãos judiciais exercentes do controle de constitucionalidade concentrado dispõem de poderes tendencialmente normativos, desde que satisfeitos determinados pressupostos objetivos, tais como: i) restrição temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, ii) afastamento do efeito repristinatório, iii) interpretação conforme à Constituição, iv) declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, v) apelo ao legislador, vi) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, vii) declaração de norma ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.[438]

---

[436] Gilmar Mendes assinala que: "oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 222). Nesse caso, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis determinará a preservação da interpretação que respeite a Constituição, em detrimento daquela que a contraria. No mesmo sentido, Zeno Veloso expõe de maneira objetiva que, "a verificação da compatibilidade da norma infraconstitucional com a Lei Fundamental envolve, necessariamente, a interpretação da norma impugnada e a interpretação da Constituição, especialmente na parte que teria sido violada". "Pode ocorrer, entretanto, de existirem interpretações distintas com relação à mesma norma, e a interpretação conforme a Constituição significa a escolha de um sentido normativo que se concilie com a Lei Maior, rechaçando as demais hipóteses interpretativas que pelejam com a Constituição", complementa o autor (cf. VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 169). É importante ressaltar que nesta técnica de decisão o texto normativo original mantém-se íntegro e inalterado. Não se discute a eventual mácula do texto expresso no enunciado normativo. Admite-se que a redação contida no dispositivo legal é constitucional, e, por conseguinte, conforme os superiores ditames da Lei Magna. Todavia, por vezes, verificam-se situações em que um único texto enseja a possibilidade de duas ou mais interpretações cabíveis. Nesse caso, indaga-se: qual das normas aplicar? Caso nenhuma delas entre em conflito com a Constituição, então não há problema a resolver. Mas, caso pelo menos uma delas entre em choque com a Carta Magna, então a interpretação que deve ser prestigiada e reconhecida como constitucional é aquela que com ela se harmoniza. Em contrapartida, as demais interpretações possíveis não serão aceitáveis, sendo então reconhecidas como inconstitucionais, em razão da incompatibilidade verificada entre a lei e a Lei Maior, à qual devia consonância.

[437] Zeno Veloso explica que: "A declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto significa reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sob algum aspecto, em dada situação, debaixo de determinada variante. A norma impugnada continua vigendo, na forma originária. O texto continua o mesmo, mas o Tribunal limita ou restringe a sua aplicação, não permitindo que ela incida nas situações determinadas, porque, nestas, há a inconstitucionalidade. Nas outras, não" (VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 165). Gilmar Mendes anota que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto "refere-se, normalmente, a casos não mencionados expressamente no texto, que, por estar formulado de forma ampla ou geral, contém, em verdade, um complexo de normas" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 196-197).

[438] MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 247, seguida da explicação de cada uma destas técnicas, p. 248-253. Cabe assinalar que: "Aceitando-se que não existe norma jurídica, senão norma jurídica *interpretada*; que o direito, em sua concreta existência, é aquele 'declarado' pelos juízes e tribunais; que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da sua interpretação; e que a interpretação constitucional é uma hermenêutica de princípios, uma atividade que opera com *fórmulas lapidares* ou com enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos; se isso tudo for admitido, então poderemos dizer – na linha do pensamento de Kelsen – que não existe inconstitucionalidade *em si*, mas apenas inconstitucionalidade *declarada*; que só *ocorrem* conflitos entre lei e Constituição onde algum ordenamento jurídico atribua competência a determinado órgão para *provocar* essa ocorrência; que, por isso mesmo, toda decisão pela inconstitucionalidade de uma lei, embora aparentemente declaratória, será necessariamente *constitutiva* dessa inconstitucionalidade; que, finalmente, à luz das modernas construções hermenêuticas da jurisdição constitucional – do tipo *interpretação conforme*, *apelo ao legislador*, *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* e, especialmente, a *declaração total de inconstitucionalidade com gradação dos efeitos* –, as decisões sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis assumiram a feição de juízos

Em qualquer uma destas hipóteses, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, tanto em ADI como também ADC, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de atuação do Governo, consoante dispõe o § 2º do art. 102 da Constituição da República.[439]

O art. 26 estabelece que a decisão (de natureza declaratória)[440] é irrecorrível e não pode ser objeto de ação rescisória. Contudo, abre-se a possibilidade de oposição dos embargos declaratórios naquelas hipóteses permitidas pelo Código de Processo Civil. Na situação de eventual desrespeito à decisão, é cabível a reclamação, que terá como base os seguintes dispositivos normativos: o art. 102, inciso I, alínea *l*, da Constituição da República, o art. 13 da Lei n.8.038/90 e o art. 156 do RISTF.[441]

O Professor Luís Roberto Barroso expõe que:

> A decisão do Supremo Tribunal que pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos imediatos no plano normativo: atuando como legislador negativo, o Tribunal priva a lei de eficácia e aplicabilidade. Distinto é o plano das situações concretas já constituídas em decorrência de atos jurídicos individuais, tanto entre partes privadas como os que envolvem o Poder Público. É certo que também essas relações deverão sofrer os reflexos da decisão, mas se impõem certas cautelas e temperamentos.[442]

De maneira semelhante ao que ocorre com a hipótese de procedência da ADI, na argüição de descumprimento de preceito fundamental-ADPF também existe a possibilidade

---

de conveniência e de oportunidade, para cuja formulação as cortes que os emitem parecem haver trocado a lógica do racional pela lógica do razoável, e o império das regras pela soberania dos princípios" (COELHO, Inocêncio Mártires. *Constitucionalidade/ inconstitucionalidade: uma questão política?* **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, ano 2, nº. 13, jun 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/ques_politica.htm>. Acesso em: 28.09.2004).

[439] Hugo de Brito Machado lembra que: "Em se tratando de declaração de inconstitucionalidade na via direta, se a autoridade administrativa insistir na exigência poderá estar cometendo o crime de excesso de exação, previsto no art. 316, § 1º, do Código Penal" (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 352). Além disso, acresça-se que: "a não-observância da decisão caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado (cf., também, CPC, art. 133, I)" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 451).

[440] A jurisprudência do STF já havia pacificado o seu entendimento no sentido de que a natureza da decisão de mérito seria sempre declaratória, com efeito *ex tunc* (do ponto de vista temporal) e *erga omnes* (sob o aspecto subjetivo) (cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 231).

[441] Insta salientar que: "Em relação aos órgãos do Poder Judiciário, convém observar que eventual desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal legitima a propositura de reclamação, pois estará caracterizada, nesse caso, inequívoca lesão à autoridade de seu julgado" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 451). A jurisprudência da Corte Maior cristalizou-se no sentido de que somente os legitimados para provocar o controle concentrado podem interpor reclamação. Significa dizer que, na ADI só aqueles órgãos legitimados no art. 103, *caput*, da Constituição da República e no art. 2º da Lei nº. 9.868/99, é que poderiam ingressar com a reclamação em Juízo.

[442] É importante destacar que: "Em múltiplas hipóteses, os efeitos da decisão abstrata sobre o plano concreto deverão produzir-se por mero ato de ofício da autoridade administrativa". Registre-se, por oportuno, que: "Pode haver casos, no entanto, em que o desfazimento de situações constituídas com base no ato considerado inválido exija um devido processo legal, administrativo ou judicial" (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166).

expressa de restringir os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal. Ela foi prevista no texto original da Constituição de 1988, no parágrafo único do art. 102. Com o advento da EC n.3, de 17.03.1993, no entanto, o dispositivo constitucional foi renumerado para o parágrafo primeiro, sem sofrer qualquer modificação na sua redação.[443] Posteriormente, a Lei n.9.882, de 03.12.1999, dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição da República.

O art. 11 da Lei n.9.882/99 dispõe que:

> **Art. 11.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 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.[444]

Dada a semelhança na redação desse dispositivo com o art. 27 da Lei n.9.868/99, que constitui o objeto central deste estudo, remete-se, neste momento, aos comentários especificamente destacados para ele.[445]

Seguindo esta mesma linha de maior flexibilização do marco temporal das decisões do STF, o art. 4º da Lei n.11.417/06, que regulamenta a súmula com efeito vinculante, dispõe:

> **Art. 4º**. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Quando da decisão acerca da edição, revisão ou cancelamento do enunciado de súmula com efeito vinculante, o Plenário do STF poderá decidir também a partir de que momento passará a ter eficácia, isto é, no presente ou futuro determinado. Ademais, o Pleno decidirá também sobre o efeito vinculante que atribui a certo enunciado, ou seja, pleno ou restrito, a

---

[443] Eis a redação: "A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". Verifica-se que o dispositivo não era auto-aplicável (de eficácia plena e imediata). Ao revés, cuidava de norma de eficácia contida, dependente, portanto, de lei capaz de regulamentar o procedimento que seria usado para que o STF viesse a processar e julgar a ADPF. Para aprofundamento destas noções, ver: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 103-116.

[444] Contemporaneamente às Leis n. 9.868 e n. 9.882, ambas de 1999, a Lei n. 9.874, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, preceitua que: "**Art. 2º**. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

[445] O mesmo se diga em relação à irrecorribilidade das decisões em ADPF e da possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional no caso do descumprimento de decisões proferidas pelo STF em sede de ADPF, como preceituam, respectivamente, os arts. 12 e 13 da Lei n. 9.882/99.

depender do objeto e do teor do enunciado. Em qualquer caso, as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público deverão necessariamente estar presentes.[446]

Registre-se, por fim, interessante trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski, que aduziu ao debate, sobre a possibilidade de o STF adotar efeito prospectivo à decisão do IPI-Alíquota zero em questão de ordem que suscitou, a necessária correlação quanto à modulação dos efeitos de súmula vinculante:

> Percebe-se que o novo diploma legal [art. 4º da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006] apenas positivou uma lógica decisória inerente à própria função político-jurídica da Suprema Corte, tal qual o fez a Lei 9.868/1999, conforme procurei demonstrar. A modulação dos efeitos vinculantes das súmulas, pois, seja quanto à sua abrangência, seja quanto aos seus efeitos temporais, tendo em mira a salvaguarda de valores ou princípios constitucionais relevantes, sobre decorrer da própria sistemática de controle de constitucionalidade adotada pela Carta Magna, encontra amparo explícito na lei ordinária que lhe delineou os contornos.[447]

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, vencido na questão de ordem suscitada no julgamento apontado, parece reconhecer que o art. 4º da Lei n.11.417/06 promoveu a extensão da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões do STF também para aquelas tomadas no âmbito do modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis, vez que serão estas que fundamentarão – em regra – a adoção das súmulas vinculantes.[448]

3.3 A interpretação em torno do art. 27 da Lei n.9.868/99

---

[446] Cabe assinalar que, no art. 4º o dispositivo fala em "interesse público", e não em "interesse social" (como ocorre no art. 27 da Lei n. 9.868/99). "Note-se que a possível limitação pode se dar também contra o Poder Público, até porque não se pode confundir 'interesse público' com 'interesse da Administração ou da Fazenda Pública', cujo interesse muitas vezes é inclusive contra o 'interesse público" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 21). Para aprofundamento de algumas questões relacionadas à possível modulação dos efeitos da súmula vinculante, confira: APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 93-98.

[447] Acrescentou em seguida: "Como o enunciado das súmulas vinculantes poderá ser – e, em regra será – deduzido a partir de decisões reiteradamente prolatadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, não há negar que, por via de conseqüência, mostra-se também perfeitamente possível a modulação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de índole subjetiva, mormente quando resultantes de julgamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal" (STF – RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[448] Para aprofundamento da regulamentação da súmula com efeito vinculante e algumas questões que ela levanta, confira: ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC n. 45/2004 e Lei n. 11.417, de 19.12.2006). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 44, n. 174, abr/jun 2007, p. 49-72.

***Art. 27**. Ao declarar a inconstitucionalidade **(1)][(2)** de lei ou ato normativo, **][(3)** e tendo em vista razões de segurança jurídica **][(4)** ou de excepcional interesse social, **][(5)** poderá o Supremo Tribunal Federal, **][(6)** por maioria de dois terços de seus membros,**][(7)** restringir **][(8)** os efeitos daquela declaração **][(9)** ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado **][(10)** ou de outro momento que venha a ser fixado.*[449]

3.3.1 A natureza jurídica da inconstitucionalidade e seus efeitos

Constitui parâmetro único do controle (concentrado ou difuso) de constitucionalidade a Constituição.[450]

Inicialmente, releva destacar algumas considerações elementares acerca da natureza jurídica da inconstitucionalidade e seus efeitos, que foram recorrentemente utilizadas por Ruy Barbosa.[451] No auge de sua maturidade profissional, formulou de maneira clara as principais premissas envolvidas no antagonismo entre a lei ou ato normativo e a Constituição, chegando

---

[449] Cada número destacado da dicção do dispositivo legal corresponde a um tópico que será dedicado ao exame dos termos ou expressões cabíveis. Como exemplo, o (1) referente à expressão "Ao declarar a inconstitucionalidade (...)" constante no trecho inicial do art. 27 corresponde ao primeiro tópico de nosso exame, no qual cuidamos da natureza jurídica da inconstitucionalidade e seus efeitos, e assim por diante. Ao fiinal, o último tópico nnão guarda correspondência com o teor expresso do art. 27, mas propõe uma síntese das possibilidades de modulação temporal dos efeitos da decisão judicial.

[450] FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 48.

[451] Como lhe era habitual, lastreava-se geralmente no direito constitucional comparado. Apesar de sua expressiva ênfase na experiência do direito norte-americano, o autor cita a clássica obra do britânico Dicey a respeito da qualificação de inconstitucionalidade: "Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante os vários sistemas de Constituições, escreve Dicey, o insigne constitucionalista inglês: 'A expressão '*inconstitucional*', aplicada a uma lei, tem, pelo menos três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir: (1) Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo; (2) Aplicada a uma lei das Câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os Tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura; (3) Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo '*inconstitucional*' quer dizer que esse ato excede os poderes do Congresso *e é, por conseqüência, nulo*. Neste caso, a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por *inconstitucional*, isto é, *ultra vires*, isto é, *nulo*" (BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 41-42; BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 39; BARBOSA, Ruy. **Commentarios á Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, Vol. I, p. 7-8; todos *apud* DICEY, **Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution**. Londres, 1885, p. 165-166). Esse trecho destaca as diferentes maneiras como os três principais ordenamentos constitucionais tratavam a questão da declaração de inconstitucionalidade e seus principais efeitos. Evidencia-se claramente a inclinação da primeira Constituição republicana brasileira para a vertente norte-americana na qual se inspirou.

de modo inexoravelmente lógico à assertiva de que, no dever de decidir (de modo motivado), incumbiria ao magistrado aplicar a Lei Maior, ainda que com isso ele estivesse descumprindo a lei (infraconstitucional). Pela riqueza do trecho dessa sua peça processual, transcrevemos:

> Mas, contrapostas uma a outra a Constituição e a lei, a qual das duas cabe a preponderância, e a qual a submissão?
> A Constituição é ato da nação em atitude soberana de se constituir em si mesma. A lei é ato do legislador em atitude secundária de executar a Constituição. A Constituição demarca os seus próprios poderes. A lei tem os seus poderes confinados pela Constituição. A Constituição é criatura do povo no exercício do poder constituinte. A lei, criatura do legislador como órgão da Constituição. A Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. A lei, o uso do mandato constitucional por um dos poderes instituídos na Constituição.
> Logo, em contravindo à Constituição, o ato legislativo não é lei; porque, transpondo a Constituição o legislador exorbita do seu mandato, destrói a origem do seu poder, falseia a delegação da sua autoridade.
> Assim, entre um ato legislativo ilegítimo de nascença e a Constituição, cuja legitimidade nenhuma lei pode contestar, entre o ato nulo da legislatura e o ato supremo da soberania nacional, o juiz, para executar o segundo, nega execução ao primeiro.
> A conclusão é elementar, matemática, inelutável.
> Aqui, o que seria dado objetar (estudado o assunto ante a Constituição dos Estados Unidos), é que, se, em saindo acaso da Constituição o legislador, é nulo o ato legislativo (pois nenhum poder tem poderes, senão os que lhe atribui a Constituição), da mesma sorte nulo será o ato judicial, que declare nula uma lei (pois nenhum texto ali autoriza os juízes a não executar as leis).
> Mas o sofisma é aparente, *evidente*; porque as duas situações não têm coisa nenhuma, que as assemelhe. São entre si essencial e absolutamente diversas.
> Quebrantando normas constitucionais, as Câmaras legislativas procedem voluntária e livremente. Poderiam observar a Constituição; mas antes quiseram não a observar. É um ato de arbítrio culposo, que, em Governos livres e organizados, não poderia deixar de ter seu corretivo, sob pena de anarquia.
> Mas, quando um magistrado tem de optar entre a Constituição e uma lei contraveniente a ela, não lhe resta liberdade nenhuma, senão de praticar formal denegação de justiça, abstendo-se de julgar, ou eleger entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade. Isto é: ou inclinar-se à soberania indiscutível da Constituição, cumprindo-a, ou à lei contraventora daquela, contravindo, com essa lei, à Constituição.
> As pontas do dilema são inexoráveis. É entre o cumprimento da Constituição e o seu descumprimento que o juiz vai eleger. Se cumpre a lei, descumpre a Constituição. Se cumpre a Constituição, descumpre a lei. Como se pronunciará o julgador, a não ser, descumprindo a lei, para cumprir a Constituição?[452]

Na hipótese de confronto entre norma constitucional e norma legal, haveria sempre de prevalecer, na interpretação do caso concreto, a primeira em detrimento da segunda. Esse seria o resultado lógico e natural da escolha a que incumbiria o magistrado no seu elevado mister de julgar. Nesse sentido, tratar-se-ia, em realidade, de verdadeiro dever a que

---

[452] BARBOSA, Ruy. **Commentarios á Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, Vol. I, p. 19-21. Originário de: Conflito de Jurisdição n. 481. Embargos. S. 1; 1921, p. 27-29; Revista do Supremo Tribunal Federal, n. XXIX, Junho 1921, p. 205-206. Cabe registrar que: "Na mesma linha seguiram os autores de textos clássicos sobre o tema – como Francisco Campos, Alfredo Buzaid, Castro Nunes e Lúcio Bittencourt –, em substancial reprodução da doutrina americana na matéria. Esse é o entendimento que prevalece ainda hoje, mas que já não é absoluto" (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. 18).

obedeceria sempre que verificasse a situação de conflito descrita. Assim agindo, reconheceria a supremacia da Constituição que se buscava assegurar.[453]

Por sua vez, originária da Áustria na década de vinte do século passado e, tendo como principal defensor Hans Kelsen, a tese da anulabilidade da lei inconstitucional veio encontrando eco no ordenamento constitucional (sobretudo com o advento da EC n.16/65) e culminou com a Constituição de 1988, quando o modelo concentrado do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos foi sobremaneira desenvolvido.[454]

No Brasil dos últimos vinte anos são variadas as possíveis restrições dos efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, bem como os efeitos que emanam da própria natureza jurídica do ato ilegítimo e a caracterização da sanção a ser aplicada em cada situação.[455]

Com a finalidade de facilitar a compreensão das diferenças extrínsecas que gravitam em torno das sanções de nulidade e de anulabilidade da lei ou ato normativo inconstitucional, destaca-se o seguinte quadro comparativo:

	Nulidade	**Anulabilidade**
Sistema de origem	Norte-americano	Austríaco
Sistema de controle	Difuso	Concentrado
Natureza da decisão	Declaratória	(Des)constitutiva negativa
Efeitos da decisão no tempo	*Ex tunc* (retroage *ab initio*)	*Ex nunc* (vale dali pra frente)
Planos dos atos jurídicos	Validade	Eficácia
Momento da invalidação	*Ab initio*	*A posteriori*
Principais expoentes	Ruy Barbosa	Pontes de Miranda

[453] É notável perceber a atualidade dos ensinamentos daquele grande advogado e orador. Levando-se em consideração a sua permanente preocupação com a centralidade e prevalência da Constituição em relação ao sistema jurídico, talvez seja até possível identificá-lo como "precursor remoto" de todo o rico movimento de renovação e oxigenação do constitucionalismo que vivenciamos em tempos recentes (a partir da Constituição de 1988). As passagens acima sobressaem em razão da síntese que promovem em relação ao entendimento tradicional acerca do dogma da nulidade da lei inconstitucional e que, depois de positivado desde os primeiros momentos da República, se manteve vigente e aplicável por mais de um século entre nós.

[454] Pela clareza da relação entre esses elementos da inconstitucionalidade (vício, sanção e controle), confira: "Como se percebe, a sanção de inconstitucionalidade está a meio caminho em relação ao vício e ao controle. O vício é a desconformidade entre a lei e a Constituição; a sanção é o desdobramento previsto pelo sistema para o vício de inconstitucionalidade; o controle é o conjunto de instrumentos predispostos a assegurar a efetividade da sanção. Se o vício constitui a doença, a sanção é a sua evolução rumo à saúde constitucional. Já os instrumentos de controle podem ser vistos como os remédios que auxiliam o curso dessa evolução. Daí falar-se no controle como garantia da saúde constitucional, ou seja, da efetiva vigência do princípio da superioridade das normas constitucionais" (RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**: Vício e Sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87).

[455] Para uma exposição didática e sistemática da doutrina a respeito do tema, inclusive com orientações jurisprudenciais, confira: 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. 15-25.

De um lado, a teoria da nulidade do ato inconstitucional encontra sua origem no sistema norte-americano e teve como marco inicial a célebre decisão do *Chief Justice* John Marshall no célebre caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803. Consagrou-se, naquele momento, o modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, cujo efeito produzido alcança as partes envolvidas no litígio submetido ao julgamento (*inter partes*).[456]

De outro lado, a teoria da anulabilidade dos atos inconstitucionais origina-se no sistema austríaco, com o advento da Constituição austríaca de 1920, reformulada pela revisão ocorrida em 1929. Naquele país, teve como principal artífice o jurista Hans Kelsen, que, em oposição ao sistema norte-americano, consagrou o modelo concentrado de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, cujo efeito produzido alcança a todos de maneira indistinta (*erga omnes*).[457]

Elival da Silva Ramos destaca que: "As características básicas da sanção de nulidade consistem na ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional e na desnecessidade de um ato subseqüente de invalidação, com o que se pretende dizer que a sanção opera de pleno direito". "Por seu turno, as características essenciais da sanção de anulabilidade consistem na invalidação *a posteriori* da lei inconstitucional, que é tolerada como provisoriamente válida, e na necessidade de um ato sancionatório", contrapõe o autor.[458]

---

[456] A decisão que declara a inconstitucionalidade tem natureza declaratória e produz efeitos *ex tunc*, isto é, retroage *ab initio* para invalidar a lei ou ato normativo declarado inconstitucional desde o seu nascedouro. Tal sistema foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro já nos primeiros momentos de instalação da República. Dentre os seus diversos expoentes no constitucionalismo nacional, destaca-se Ruy Barbosa. A doutrina majoritária reconhece, até pela dicção dos principais dispositivos constitucionais pertinentes (como o art. 97, 102 e inciso III e 103, § 2º), que: "Quanto à adoção da sanção nulidade pelo ordenamento pátrio, não se pode olvidar, que a própria Constituição Federal dispõe que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória, o que reforça a tese da nulidade da lei inconstitucional". De fato, cabe salientar que: "Discordamos dos doutrinadores que afirmam que a lei inconstitucional é apenas anulável. A nulidade constitui princípio implícito, decorrente das normas que consagram a supremacia, e do modelo de controle de constitucionalidade adotado" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 28-29 e 31). No mesmo sentido: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 236-239.

[457] A decisão que declara a inconstitucionalidade tem natureza (des)constitutiva negativa e (geralmente) produz efeitos *ex nunc*, ou seja, vale dali em diante. Foi introduzido no ordenamento brasileiro com o advento da EC n. 16/65. Dentre os seus renomados defensores no constitucionalismo nacional, destaca-se Pontes de Miranda.

[458] O autor prossegue: "O vício de inconstitucionalidade legislativa corresponde à desconformidade estática (de conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida sempre em favor desta. Não se confunde com a sanção de inconstitucionalidade que é a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, podendo atuar espontaneamente ou na dependência de instrumentos garantidores, que integram o controle de constitucionalidade" (RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**: Vício e Sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87, 90 e 243).

Sob outra ótica, cabe trazer também a contribuição de uma nova safra de juristas.[459] De um ponto de vista material e, por conseguinte, levando-se em conta a natureza jurídica decorrente da inconstitucionalidade, o ato viciado pode ser nulo, anulável e "ainda válido".[460]

Em obra sobre o art. 27 da Lei n.9.868/99, Ana Paula Ávila sustenta de modo claro que "nulidade e anulabilidade são, intrinsecamente, muito mais parecidas do que diferentes":

> Em breve conclusão, reitera-se que nulidade e anulabilidade não apresentam diferença intrínseca: são defeitos com maior ou menor potencialidade para desconstituir os efeitos do ato jurídico existente. É o legislador quem atribui a condição de nulidade ou anulabilidade para os defeitos que ele próprio descreve. O mesmo se diga em relação ao regime dos efeitos da invalidação do ato: é facultado ao legislador fixá-lo.[461]

Por serem intrinsicamente parecidas, nulidade e anulabilidade contam com "maior ou menor potencialidade para desconstituir os efeitos do ato jurídico inexistente". Incumbirá ao legislador, no exercício de sua liberdade de conformação, atribuir o regime jurídico pertinente, ou seja, a condição que julga adequada ao defeito que descreve (nulidade ou anulabilidade) e os efeitos decorrentes de seu reconhecimento.[462]

---

[459] As divergências sobre as modalidades de inconstitucionalidade perduram na doutrina: "Há certa divergência na doutrina quanto ao enquadramento da inconstitucionalidade por infringência às normas constitucionais *delimitadoras de competência legiferante*: para uns, seria espécie de inconstitucionalidade material; para outros, constituiria um *tertium genus* (inconstitucionalidade *orgânica*). Para o STF, configura modalidade de inconstitucionalidade *formal*" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 31).

[460] ÁVILA, Ana Paula. **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. 22. Confira a distinção entre a carga declaratória da decisão e a sua eficácia constitutiva: "Não se pode confundir a carga declaratória da decisão que pronuncia a nulidade – inerente a todas as decisões judiciais – com a eficácia preponderante desta mesma decisão (no caso, constitutiva). A declaração de que, ao tempo de sua edição, a lei federal já era incompatível com a Constituição Federal, faz parte do mérito da decisão em matéria constitucional, mas não implica dizer que o pedido da parte seja meramente declaratório. Não se pode confundir *causa petendi* com pedido. O acórdão do STF declara a constitucionalidade, mas constitui o estado de inconstitucionalidade. Bem por isso se diz que o Judiciário atua como *legislador negativo*, sempre que pronuncia a inconstitucionalidade. Esta não é, todavia, a posição do STF sobre o tema no Brasil, pois se reconhece a eficácia preponderantemente declaratória de todas as decisões acerca da (in)constitucionalidade das leis ou atos normativos no país" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 50).

[461] De fato, diversas classificações existentes gravitam em torno de aspectos extrínsecos da invalidade do ato, quando, em realidade, intrinsecamente nulidade e anulabilidade são muito parecidas, dependendo o regime jurídico do "carimbo" de cada um e seus efeitos de faculdade atribuída ao legislador. (ÁVILA, Ana Paula. **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. 32-33).

[462] No âmbito do direito privado, alguns exemplos podem ser colhidos. No Código Civil de 1916 a simulação recebeu o tratamento de anulabilidade (art. 147, inciso II); no Novo Código Civil foi previsto como causa de nulidade (art. 167). Exemplo de atribuição de efeito *ex nunc* é visto na previsão do art. 1.516 do Novo Código Civil, ao dispor que "embora anulável *ou mesmo nulo*, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória". Na mesma linha, o art. 1.573 preceitua que "a sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data de sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem resultante de sentença transitada em julgado". Diante destes exemplos colhidos, verifica-se que: "Mais uma vez, a conclusão é de que 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". "Em face

A regra da nulidade da lei inconstitucional não é absoluta. Em realidade, é uma regra de preferência. Excepcionalmente, esse dogma pode ser afastado à luz de situações concretas apresentadas. Nesse sentido:

> Diante disso, o que se percebe é que, em relação ao regime de efeitos no aspecto temporal, há uma *interpenetração* dos dois modelos, ou seja, entre as teses da nulidade e da anulabilidade do ato inconstitucional, que se revela na adoção de técnicas alternativas, normativas ou jurisprudenciais, em relação à técnica da nulidade. Por tal razão é que, para que a matéria seja adequadamente regulada, deve-se abrir mão de uma regra geral, exclusiva e absoluta, para adotar uma regra de preferência que admita exceções, tal como se procedeu no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, através da edição do art. 27.[463]

Encampamos que a técnica da nulidade/anulabilidade presta-se a embasar uma regra de preferência, pouco importando, para a finalidade de escolher a sua aplicação mais adequada, a adoção pura e simples de alguma daquelas técnicas. Em realidade, cuida-se de optar pela melhor solução para cada situação submetida à apreciação através da ponderação comparativa entre as normas constitucionais afetadas pela norma inconstitucional e por seus efeitos.

Daniel Sarmento destaca duas categorias heterogêneas sob o rótulo comum da inconstitucionalidade superveniente:

> (a) a decorrente da não-recepção de uma norma infraconstitucional, pela sua incompatibilidade material com nova constituição, ou com reforma constitucional posterior, e (b) a resultante de mudanças substanciais nas relações fáticas subjacentes à norma, ou da interpretação evolutiva da Constituição.[464]

---

do exposto, o que interessa, realmente, para a fixação das nulidades e anulabilidades é o regime jurídico, cujo único limite é sua compatibilidade em face da Constituição" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 32-36).

[463] Em seguida, a autora conclui que: "Essas razões, somadas à ausência de uma distinção intrínseca entre nulo e anulável que sirva de suporte para, obrigatoriamente, distinguir o regime de determinação de efeitos dos atos inválidos, justifica o abandono da dicotomia *ex tunc/ ex nunc* em favor de uma ponderação que leve em consideração as normas constitucionais afetadas pela norma inconstitucional e as normas constitucionais afetadas pelos efeitos por ela produzidos" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 38-39 e 46).

[464] Em seguida, o autor explica que: "a primeira destas categorias não é admitida pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que trata da não recepção como hipótese de simples revogação. Para o STF, o conflito entre o direito infraconstitucional pretérito e a nova Constituição deve ser equacionado através do critério cronológico de resolução de antinomias, e não pelo critério hierárquico". A respeito da segunda destas categorias, o autor assinala que: "a doutrina pátria admite, sem maiores discrepâncias, a inconstitucionalidade superveniente, quando decorrente da mudança dos pressupostos fáticos da norma legal, ou de interpretação evolutiva da Constituição, em razão de mudanças nos valores e costumes vigentes na sociedade" (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 25-26).

Em explicação dos possíveis desdobramentos das "mudanças substanciais nas relações fáticas subjacentes à norma", o autor aduz que:

> Em relação à primeira hipótese citada acima, cumpre frisar que as leis muitas vezes repousam sobre certas premissas fáticas, cuja alteração pode convertê-las em normas inconstitucionais. Enquanto transcorrem estas mudanças no plano fático, ocorre um processo que a doutrina denomina de inconstitucionalização da norma. A lei, que nasceu constitucional, vai migrando para a esfera da inconstitucionalidade, até tornar-se írrita. Porém, é muitas vezes difícil estabelecer, sem uma certa dose de arbitrariedade, em que momento o ato normativo atingiu as raias da ilegitimidade constitucional.[465]

E prossegue, em relação à interpretação evolutiva:

> A inconstitucionalidade superveniente pode também eclodir em razão de mudança na exegese da norma constitucional que é parâmetro para aferição da validade de determinada regra legal. Pela especial plasticidade de suas normas e pela tensão dialética que tende a se estabelecer entre as mesmas e o fato social, a Constituição é especialmente vocacionada para a interpretação evolutiva. É nesse sentido que os norte-americanos falam de uma *living Constitution*, que deve ser constantemente atualizada pelo labor hermenêutico dos operadores do direito, em sintonia com as novas realidades e desafios gerados por uma sociedade em constante evolução. Assim, não é incomum que mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais desencadeiem mutações constitucionais – alterações no sentido da Constituição que não decorrem de mudança no seu texto.[466]

Em trecho de voto proferido quando do julgamento de relevante questão constitucional-tributária, o Ministro Marco Aurélio decidiu que a declaração de

---

[465] Como exemplo, o autor pontua que: "Um caso interessante, apreciado pelo STF, relacionou-se à constitucionalidade da norma que atribuía ao Ministério Público a legitimidade para promover, no juízo, cível, a ação de reparação de dano *ex delicto* em favor do hipossuficiente". Nesta decisão, o STF decidiu que: "[...] 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 do Código de Processo Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para este fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada estado considerado – se implemente esta condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo Penal será considerado ainda vigente" (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 26-27).

[466] A título ilustrativo, o autor assevera que: "Recentemente, o STF nos forneceu um exemplo interessante deste fenômeno, no julgamento proferido no Inquérito n. 687-SP, que resultou na revogação da Súmula 394, segundo a qual 'cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". Melhor explicando, o autor destaca que: "Naquele aresto, o STF decidiu que o término do mandato parlamentar importava na perda do foro por prerrogativa de função no STF, mas, ressalvou que 'continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394'. Houve uma mudança na exegese da Constituição, que só operou efeitos futuros, evitando-se que a alteração na interpretação da Lei Maior desencadeasse a anulação, por inconstitucionalidade, de um sem-número de processos, cujo julgamento pautara-se pelo entendimento cristalizado na Súmula 394". Em síntese conclusiva sobre este tema, releva notar que: "Destarte, a inconstitucionalidade superveniente, pela sua própria natureza, representa uma necessária exceção ao postulado da retroatividade plena da decisão no controle de constitucionalidade" (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 28-29).

inconstitucionalidade é pressuposto necessário para que se cogite acerca de eventual aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal.[467]

No mesmo sentido, André Dias Fernandes explica que o art. 27 da Lei n.9.868/99 "não permite a restrição dos efeitos da declaração de ***constitucionalidade*** em ADIn ou em ADC, mas apenas da de **inconstitucionalidade**".[468]

3.3.2 O alcance da expressão "lei ou ato normativo"

Se o Executivo pretende adotar métodos arbitrários, visando maior arrecadação, através do direito da força que exercia no Congresso, e não da força do direito que promana da Constituição, a cidadania enfrentará sério risco.[469]

Em comentário à primeira Constituição republicana do Brasil, Carlos Maximiliano explicou que o termo "lei" referido no dispositivo próprio de então compreendia tanto a federal como também a estadual e a municipal, desde que fossem incompatíveis com a

---

[467] Nas palavras do Ministro: "Busquem a razão de ser do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Outra não é senão a presunção de legitimidade constitucional do ato normativo, a gerar a confiança dos cidadãos em geral no que nele previsto. Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e presentes, como pedagogicamente está no preceito, motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, aí sim pode o Supremo fixar a eficácia do que decidido, mantidas as situações jurídicas que teriam sido estabelecidas a partir da lei ou do ato normativo – na espécie, iniludivemente, inexistente – proclamado inconstitucional. O preceito que se quer aplicar por analogia, mesmo ausente a lacuna quanto ao direito questionado e objeto de decisão, pressupõe, sempre e sempre, pronunciamento no sentido da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, reconhecimento do conflito do que disciplinado com a Constituição Federal [...]" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJE 07.03.2008).

[468] Em explicação, o autor argumenta que: "De feito, se fosse permitido ao STF restringir os efeitos da declaraçãod e ***constitucionalidade*** em ADIn e em ADC, **inverter-se-ia a presunção de *constitucionalidade* de que desfrutam as normas**, pois apesar de reconhecer a constitucionalidade da norma *ab origine*, que é presumida até declaração judicial em contrário, o STF estaria autorizando o seu *descumprimento* até a data por ele prefixada para que a norma pudesse ser *considerada* como *constitucional*, gerando uma enorme insegurança jurídica". Com efeito, ele acrescenta que: "A *ratio* justificativa da restrição dos efeitos da declaração de *inconstitucionalidade* é exatamente preservar os efeitos concretos produzidos pela norma até o momento da declaração de inconstitucionalidade em virtude da sua presunção de constitucionalidade. Ora, esse motivo não está presente na restrição dos efeitos da declaração de ***constitucionalidade***, uma vez que esta apenas confirma a presunção de constitucionalidade da norma, não se justificando, em princípio, a preservação de efeitos concretos produzidos em virtude do *desrespeito* à presunção de constitucionalidade da norma" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 244-245).

[469] ATHENIENSE, Aristóteles. Democracia em Risco: Ao usar arbitrariedade fiscal, Executivo ameaça cidadania. **Revista Consultor Jurídico**, 15.03.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-15/usar_arbitrariedade_fiscal_executivo_ameaca_cidadania>. Acesso em: 15.03.2007.

Constituição da República.[470] Na situação de incompatibilidade com a Constituição de Estado, então a jurisdição seria exclusiva e soberanamente exercida pela Justiça Estadual.[471]

Hoje, o elenco abrangido pelas expressões é constitucionalmente composto por: emenda à Constituição (cf. arts. 59, I e 60); lei complementar (cf. arts. 59, II e 69); lei ordinária (art. 59, III, 64 *usque* 67); lei delegada (arts. 59, IV e 68); medida provisória (arts. 59, V e 62); decreto legislativo (arts. 59, VI e 49); e resolução (arts. 59, VII, 51 e 52).[472]

Além disso, o controle abstrato de constitucionalidade é também cabível contra: as normas inseridas nos regimentos internos dos tribunais, "pertinentes ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos", "os pareceres da Consultoria Geral, aprovados pelo Presidente da República, tendo adquirido caráter normativo [...]",[473] "os decretos autônomos; e as resoluções dos tribunais que concedem aumento remuneratório".[474]

Ao contrário, o controle abstrato não é cabível em face de: normas constitucionais originárias, decreto, sujeito que é do controle de legalidade; atos administrativos; as convenções e acordos coletivos de trabalho;[475] os enunciados de súmula de jurisprudência

---

[470] Carlos Maximiliano explicou que: "Compreendem-se nos atos e leis do § 1º, letra *b*, os que emanam das autoridades municipais e infringem a Constituição ou os decretos do Governo da República; e não os que apenas se opõem ao estatuto estadual" (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Ed. Fac-similar (1918). Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005, p. 617).

[471] O Grande Jurista João Barbalho apontou que: "E, com efeito, nada tão conforme ao regime federativo como decidirem os próprios Estados, pelo órgão competente, as controvérsias que neles ocorram por motivo de conflito entre as leis pelas quais se constituíram e as suas leis ordinárias. Do contrário, dependendo até nisso do governo central, eles mais seriam províncias do que Estados" (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira (1891)**. Ed. Fac-similar (1902). Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 246). Tal entendimento conferindo maior amplitude ao vocábulo "lei" prevalece também nos dias que correm. Nesse sentido: "A inconstitucionalidade normativa compreende não só as leis, mas toda e qualquer *norma jurídica* (constitucional ou infraconstitucional), nacional (federal, estadual, distrital, municipal) ou internacional" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 29).

[472] Cf. MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 2.ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 192-203.

[473] MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 2.ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 206 e 208.

[474] FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 46-47.

[475] Guilherme Peña de Moraes explica que: "Entretanto, anomalamente, a jurisprudência prevalecente do Supremo Tribunal Federal é pacificada no sentido do cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra decreto autônomo, naquilo que houver invalidamente inovado a ordem normativa, com o fim de coibir ofensa ao princípio da legalidade". Prossegue advertindo que: "excepcionalmente, a jurisprudência preponderante do Supremo Tribunal Federal é firmada no sentido do cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra resolução e deliberação administrativas de tribunais, em decorrência da extensão dos efeitos das normas administrativas [...]". Acresce ainda que: "Por conseqüência, as sentenças normativas podem funcionar como objeto do controle concentrado, por via da ação direta de inconstitucionalidade [...], eis que as normas jurídicas por elas introduzidas são caracterizadas como autônomas" (MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 2.ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 205, 206 e 208).

predominante, a lei ou o ato normativo municipal,[476] os regimentos internos do Poder Legislativo, as propostas de emenda constitucional e os projetos de lei e as sentenças coletivas, dentre outros.[477]

O principal aspecto nesse tema refere-se à verificação de que a afronta entre a "lei ou ato normativo" tenha ocorrido de modo frontal e direto em relação à Constituição da República, e não que a referida ofensa tenha sido "reflexa ou indireta".[478]

A respeito do art. 27 da Lei n.9.868/99, o jurista Roque Antonio Carrazza explica que: "quando exercita o controle *concentrado* de constitucionalidade das leis ou atos normativos, o Supremo Tribunal Federal recebeu, de modo expresso, competência para estabelecer a partir de quando e em que intensidade terá eficácia sua decisão".[479]

É perfeitamente possível que a modulação temporal dos efeitos da decisão do STF seja aplicada também no âmbito do sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.[480] Ademais, é importante assinalar que a referência expressa aos requisitos

---

[476] Assim, "[...] a jurisprudência preponderante do Supremo Tribunal Federal é assentada no sentido do cabimento da representação de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal, perante o Tribunal de Justiça, em face de preceito da Constituição estadual, ainda que obrigatoriamente reproduzido, porque é investigada a origem, e não o conteúdo normativo, do parâmetro do controle concentrado [...]" (MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 2.ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 209-210).

[477] FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 47-48.

[478] De fato, as duas modalidades distinguem-se: "A inconstitucionalidade pode ser *direta* (imediata, frontal) ou *indireta* (mediata, reflexa). Dá-se a inconstitucionalidade *direta* quando *não há necessidade* de confrontar a norma com uma norma interposta para concluir pela sua inconstitucionalidade. Dá-se a inconstitucionalidade *indireta* quando *há necessidade* de confrontar a norma acoimada de inconstitucionalidade com uma norma interposta para concluir pela inconstitucionalidade. Em ambos os casos, há *inconstitucionalidade*, mas no último caso ocorre também *ilegalidade*". A importância prática de tal distinção é evidente: "É que o STF firmou o entendimento de que a inconstitucionalidade *meramente indireta* (reflexa, mediata) não enseja sequer o *conhecimento* de ADIn ou de Recurso Extraordinário (RE). Destarte, a inconstitucionalidade *meramente indireta, segundo a jurisprudência do STF, não é passível de controle de constitucionalidade, quer concentrado, quer difuso*" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 42-43). No mesmo sentido: "a jurisprudência do STF exige para o cabimento do recurso extraordinário que a ofensa à Constituição tenha sido direta e frontal (*RTJ* 107/661), não o admitindo nas hipóteses de ofensa reflexa, ou seja, quando para comprovar a contrariedade à Constituição, houver necessidade de, antes, demonstrar a ofensa à lei ordinária (*RTJ* 105/704; *RTJ* 135/837)" (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo, Atlas, 2002, p. 1397).

[479] Acrescenta ainda que: "Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do *princípio da segurança jurídica*. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27, da Lei n. 9.868/99, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja no Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 67).

[480] CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 67.

materiais estabelecidos nas chamadas "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" conduz ao caminho de dois conceitos jurídicos indeterminados, o que, conseqüentemente, "torna indeterminado o próprio alcance daquele dispositivo".[481]

3.3.3 Principais aspectos das "razões de segurança jurídica"

3.3.3.1 O conceito jurídico indeterminado

> *A modulação legal, nos termos atuais, não resolve o problema. Muito pelo contrário, ao estabelecer critérios fundados em conceitos jurídicos indeterminados e vagos – a segurança jurídica e excepcional interesse público – fica clara a opção em favor da discricionariedade da Corte (motivada).*[482]

Antes de cuidar dos principais aspectos sobre a segurança jurídica e – na seqüência do tópico seguinte – da possível definição do (excepcional) interesse social, é relevante estabelecer algumas premissas em torno dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados".

Com a superação do uso (quase) exclusivo do método subsuntivo, muito em voga nos tempos áureos da corrente de pensamento positivista, alguns dogmas também foram fortemente abalados (e hoje estão ultrapassados), como aqueles da completude e fechamento (ou auto-suficiência exclusiva) do sistema jurídico. Desse modo, verificou-se que, no plano normativo, são necessários mecanismos que permitam "a adaptação da norma às circunstâncias especiais dos casos concretos que, devido à sua particularidade, não contam com previsão específica nas normas gerais".[483]

---

[481] Importa assinalar que: "É que, deixando ao Supremo grande margem de interpretação quanto à definição daquilo que, no caso concreto, atenda às razões de segurança jurídica ou a excepcional interesse social, teme-se que o art. 27 venha a permitir o abuso e o autoritarismo, terminando por amesquinhar a segurança do indivíduo e do ordenamento jurídico" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 61).

[482] APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 121.

[483] É que, na visão de Ana Paula Ávila: "A idéia de sistema, aplicada ao Direito, oferece um problema bastante complexo, que é o de saber se o que consta no sistema, aplicado à realidade social que lhe serve de modelo, está ou não completo. Ou seja, é possível que qualquer conduta no plano fático encontre norma primária ou secundária em que possa se alojar? Pode ser o sistema suficiente frente a qualquer possibilidade fática de conduta?" (ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos**

De fato, Ana Paula Ávila destaca que:

> Nesse contexto, ou seja, diante da necessidade de se operar em um sistema aberto que, não prevendo a solução para todos os casos concretos, remete o aplicador – mediante técnicas próprias – a outros mecanismos internos e externos, lança-se mão de novas técnicas legislativas, por meio da introdução de *princípios gerais de direito*, *cláusulas gerais* e *conceitos jurídicos indeterminados*.[484]

As expressões "razões de segurança jurídica" e "excepcional interesse social", que constam como restrições materiais do art. 27, "carecem de definição à luz das possibilidades fáticas de cada caso". A partir de tamanha indeterminação, o aplicador pode operar "com uma margem de valoração".[485]

Diante da margem de valoração permitida, sobressai o relevo da "seleção do material argumentativo a ser empregado na decisão do caso". Com efeito, diante do art. 27 certamente não se trata de uma "*razão qualquer* que, sabe-se lá por que, caiu do céu sobre a mesa do intérprete". Na situação em tela, o processo de preenchimento dos conceitos abertos requer uma ponderação que atenda certas condições.[486]

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. 75). Para aprofundamento da idéia de sistema aplicada ao direito – e suas possíveis sinergias e limitações – confira: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, especialmente os capítulos iniciais.

[484] Em seguida, a autora aduz que: "Para a presente investigação acerca do art. 27 da Lei n. 9.868/99, vão interessar, especialmente, os princípios jurídicos, devido ao conceito de *razões de segurança jurídica*, e os conceitos jurídicos indeterminados, em razão do conceito de *excepcional interesse social*". Os conceitos jurídicos indeterminados são imprecisos e "insertos na norma – em geral, nas regras –, apelando ao aplicador para que lhes agregue sentido, que até pode advir de outras normas. Em geral, são conceitos amplos, que carecem de preenchimento valorativo e permitem a transposição, para o ordenamento jurídico, de elementos extrajurídicos, possibilitando ao aplicador a busca da solução mais adequada ao caso, de acordo com os valores, os padrões ético-sociais, os usos e costumes do momento" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 76-77). Sobre breve explanação dos princípios jurídicos, confira: ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídi@ e Poder Judiciário**: A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 213 e ss.

[485] Importa assinalar que: "Nesse contexto, uma teoria da argumentação jurídica afigura-se fundamental para integrar o raciocínio tópico ao pensamento jurídico. A aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, a pretexto de resguardar a Constituição, implica que esta integração se faça de forma controlável e congruente com a hierarquia das fontes normativas" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 77-78).

[486] Insta salientar que: "Porque tem-se a Constituição envolvida e também uma situação de hierarquia (externa, em relação ao direito infraconstitucional, e também interna na Constituição, pois aquilo que, segundo ela própria, é *fundamental*, está acima daquilo que não é fundamental), o processo de preenchimento dos conceitos de *razões de segurança jurídica* e *excepcional interesse social* resulta de uma ponderação a exigir que: (1) todas as razões, fáticas e jurídicas, sejam identificadas e qualificadas; (2) essas razões sejam qualificadas quanto à origem, que pode ser normativa, institucional, jurisprudencial, pragmática ou conseqüencialista, etc.; (3) essas razões sejam hierarquizadas, segundo o peso de cada argumento e com recurso à proporcionalidade (v. *Infra*), e agrupadas pelo critério da coerência, a fim de que, desse procedimento, se chegue à solução mais consentânea em face da Constituição" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 78-79).

Desse modo, Ana Paula Ávila assinala que: "A abertura normativa dos tipos indeterminados introduz, no pensamento jurídico, uma forma de *raciocínio indutivo*, técnica que parte da análise de casos particulares, individuais, em direção à generalização, ou seja, à criação de uma norma geral, aplicável a casos futuros". Nesse sentido, a autora registra que:

> Tradicionalmente, a indução é utilizada na fase de produção normativa, dado que, ao legislador, incumbe a observação dos fatos no meio social e a decisão sobre quais deles são relevantes a ponto de sofrerem um processo tipificador, o qual regulará sua hipótese em uma norma geral e abstrata. Instituída a norma e integrada ao sistema jurídico, faz-se, então, a interpretação e aplicação do direito com o *raciocínio dedutivo*, que parte de princípios gerais, de premissas e suposições básicas, para daí retirar proposições novas e particulares, operando-se assim a concretização das normas que, antes, eram abstratas.[487]

A autora explica que a apreciação das expressões deve obedecer aos limites constitucionalmente estabelecidos. Este é o grau de liberdade de conformação que o intérprete pode lançar mão: "a Constituição é o limite preciso da atividade judicial no momento em que aprecia *razões de segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, de modo que não há por que falar em liberdade interpretativa propriamente dita para este processo de valoração".[488]

Além de tal liberdade de conformação interpretativa, é necessário ter presente que os conceitos jurídicos indeterminados dependem necessariamente dos contornos traçados pela situação concreta apresentada. Em vista disso, não é possível "emitir opinião segura *in abstracto* ou pronunciar-se aprioristicamente de maneira definitiva" sobre o que seja o

---

[487] Em seguida, a autora explica que: "Na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, a necessidade de preenchimento valorativo induz à participação do intérprete na construção do sentido da norma, a partir do caso concreto; daí a percepção de outra forma indutiva de raciocínio no pensamento jurídico". Nestas situações, "deve o intérprete operar com muita parcimônia". "É que esses tipos normativos *abertos* exigem preenchimentos valorativos, que, se não operados com bastante rigor técnico, podem dar margem ao subjetivismo e à arbitrariedade que tanto se deseja evitar. Afinal, é o aplicador quem decide quais argumentos deseja utilizar. Uma questão importante é verificar se essa escolha é livremente exercida ou se está sujeita a limites materiais e formais", acrescenta. Aduz, por fim, que: "Se a decisão em torno de uma questão jurídica exige que se realize um juízo de valoração – ou uma ponderação entre distintos valores, interesses ou bens –, é necessário se examinarem os *critérios* pelos quais o intérprete pode orientar a sua decisão. Do contrário, ele será inevitavelmente inspirado pelo seu sentimento subjetivo ou pela sua opinião. Esses critérios são, de há muito, objeto de investigação pelos estudiosos de metodologia jurídica e são várias as propostas de racionalidade a esse respeito" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 79-80).

[488] Em verdade, cabe assinalar que: "É a Constituição quem filtra os tópicos para a discussão. Assim, todos os possíveis elementos de valoração devem ser examinados pelo prisma da Constituição, a fim de que todo fundamento invocado na decisão possa encontrar respaldo em uma norma constitucional. Essa é uma particularidade, em relação ao art. 27, que não pode passar despercebida, sob pena de ruptura com o postulado da supremacia e com todo o sistema constitucional. Isso limita, ao menos qualitativamente, o leque de argumentos de que se podem lançar mão. Ficam excluídos do processo decisório quaisquer interesses estatais ou individuais não prestigiados pela Constituição, e assume primazia tudo aquilo que, segundo o texto constitucional, seja fundamental" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 86-87).

conteúdo seguro da "razão de segurança jurídica" à luz da necessidade ou não de preservar os efeitos de um ato declarado inconstitucional.[489]

Há aí um "processo de preenchimento ou aproximação" entre o conceito e a realidade dos fatos apresentada no plano concreto submetido à apreciação. Esse "processo de preenchimento ou aproximação" articula-se com a necessidade de justificação racional da decisão e é por ela desenvolvido com o emprego da ponderação e da argumentação jurídica como meio de fundamentá-la.[490]

Quando do exercício de ponderação que se emprega, é necessário verificar ("auditar") a correção dos valores constitucionais em aparente conflito e da atribuição do peso de cada um dentre os envolvidos e a identificação de qual deve prevalecer na situação apresentada. Não basta simplesmente ponderar, é necessário que o processo de justificação seja percorrido e capaz de fundamentar a decisão judicial tomada.[491]

Desse modo, em um primeiro momento, identificam-se quais são os princípios aplicáveis ao caso sob exame. Em seguida, atribui-se peso a cada um deles e, por fim, determina-se qual prevalece sobre os demais. Esse caminho deve ser percorrido com as correspondentes fundamentações embasadas na argumentação jurídica.

Cuidando-se da delicada e complexa relação entre os contribuintes e o Fisco, releva enfocar os direitos fundamentais estabelecidos em sede constitucional, que se aplicam como os princípios no que têm de melhor. Ainda que não sejam absolutos e sejam relativizados

---

[489] Nesse sentido: "Ainda que, para a situação de segurança jurídica, se possa afirmar um núcleo conceitual, a verdade é que não é possível emitir opinião segura *in abstracto* ou pronunciar-se aprioristicamente de maneira definitiva sobre o que seja uma razão de segurança jurídica, para fins de preservação ou não dos efeitos de um ato declarado inconstitucional. A dependência, em relação à situação concreta, para a composição do sentido da norma, aliás, é própria dos conceitos jurídicos indeterminados. E é desse processo de preenchimento ou aproximação do conceito que resulta a preservação dos efeitos concretos gerados pela norma declarada inconstitucional durante sua vigência inquestionada, segundo as possibilidades do art. 27" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 88-89).

[490] A esse respeito, confira: "Uma decisão, pois, somente estará devidamente justificada por meio de um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu respectivo lugar e afira o seu respectivo peso, de forma a conduzir a uma determinada inferência silogística. Essa necessidade de justificação racional da decisão constitui o pano de fundo para que adquiram relevo os problemas referentes à ponderação e à argumentação jurídica" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 90-91).

[491] Cabe explicar que: "O processo de justificação é, pois, tão relevante, que não basta que o intérprete tenha realizado a ponderação; é necessário que a ponderação realizada tenha efetuado uma *correta* valoração e definição constitucional dos direitos presentes na questão. Os estudos mais recentes deslocam o eixo do direito constitucional da teoria do discurso para a teoria da fundamentação, sendo esta a tônica do que hoje se denomina *constitucionalismo discursivo*. Aqui se acrescenta, basicamente, o ideal discursivo de *correção* ao positivismo valorativo, correção esta consubstanciada no *processo de justificação*, tendo no seu núcleo a proteção dos direitos fundamentais" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 93).

quando em colisão, o processo ponderativo ao qual se submetem obriga à observância de certos parâmetros necessários.[492]

Ana Paula Ávila disserta que:

> O processo de justificação da decisão de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos exige que sejam fixadas, de um lado, quais as normas constitucionais violadas pela lei declarada inconstitucional e, de outro lado, quais as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos por essa norma durante a sua vigência.[493]

Seguindo linha de raciocínio diversa, Ricardo Lodi Ribeiro distingue os conceitos indeterminados dos conceitos discricionários na seara administrativa e,[494] em seguida, particulariza as suas conclusões ao Direito Tributário.[495]

---

[492] Com efeito, importa destacar que: "No que concerne aos direitos, é afirmação corrente, inclusive na doutrina brasileira, que os direitos fundamentais devem ser aplicados como princípios, refletindo a circunstância de que os direitos fundamentais não são absolutos e podem, assim como os princípios, ser relativizados quando em colisão. A construção que eleva os direitos fundamentais à condição de princípios fundamentais transcende à clássica noção de que os direitos fundamentais consolidam posições que o cidadão exerce contra o Estado. Para além disso, essa construção alarga o papel dos direitos fundamentais ao considerar que: (a) a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se exaure apenas em uma proteção dos direitos do cidadão, abstratamente contra o Estado, pois os direitos fundamentais personificam um sistema jurídico de valores objetivos; (b) os valores ou princípios jurídicos fundamentais irradiam-se a todos os campos do direito, e não apenas à relação entre o Estado e o cidadão; (c) os princípios, assim como os valores, tendem a colidir, e somente através da ponderação pode-se chegar a uma solução sobre qual deve prevalecer". "Evidentemente, só interessam à ponderação em questão os bens protegidos por normas constitucionais, ainda que essas tenham natureza principiológica, pois a consideração, para fins de prevalência, de bens não protegidos pela Constituição, introduz na discussão elemento que pode levar à ruptura do postulado da supremacia" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 94-95).

[493] Adiante, a autora explicita que: "Há que se atribuir um peso a cada um dos bens jurídicos conflitantes: de um lado, àqueles protegidos pela norma constitucional violada, que justificam a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade; de outro, àqueles protegidos pelas normas constitucionais que justificam a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99". É importante perceber que as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia, razão pela qual a Constituição precisa ser enxergada "como um todo" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 95 e 111-112).

[494] Inicialmente, o Professor esclarece que: "Em relação aos conceitos indeterminados, a lei se reporta a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados em seu enunciado, uma vez que este não comporta uma quantificação ou determinação rigorosa. Porém, tal norma refere-se a um contexto de realidade que será precisado no momento de sua aplicação a partir de conceitos de experiência ou de valor contidos em seu próprio texto. Tais conceitos vinculam-se a pressupostos concretos e não a definições vagas, imprecisas ou contraditórias, demandando durante a sua aplicação um processo de preenchimento semântico, ou seja, de densificação, por meio de uma valoração". Em distinção, explica ainda que: "No poder discricionário, a lei deixa a cargo da autoridade administrativa a escolha entre as conseqüências jurídicas diferentes, mas igualmente aceitáveis do ponto de vista da regulação. É essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, entre indiferentes jurídicos, uma vez que a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os Conceitos Indeterminados no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 149, fev 2008, p. 64 e 65-66).

[495] Nesse sentido o autor assevera que: "Se a questão da distinção entre os conceitos indeterminados e os conceitos discricionários talvez não apresente mais tanta importância no Direito Administrativo, em razão da amplitude de atribuição de poder admitida pelo princípio da legalidade contido no art. 5º, II, da CF, a ponto de vários autores, como se viu, negarem a diferença no plano conceitual, o tema é de capital relevância para o Direito Tributário, submetido aos ditames da legalidade mais rigorosa do art. 150, I, da CF" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os Conceitos Indeterminados no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 149, fev 2008, p. 67).

Verdadeiro entusiasta das compreensões e conseqüências da chamada "sociedade de risco", o Professor adverte que:

> No entanto, cumpre destacar que, com o aumento da incerteza característica da *sociedade de risco*, as normas que se vinculavam a explicações causais oferecidas pelo passado mostram-se inócuas para enfrentar os novos e inesperados desafios. Nesse contexto, a generalidade e a abstração da norma, ainda que regulamentar, não são mais capazes de apreender todos os dados empíricos extraídos do âmbito da norma, o que, não raras vezes, obriga o legislador a abrir espaço à tipificação casuística pelo legislador.[496]

Na esteira de Eduardo Appio, acolhemos como adequada a percepção de que a possível modulação dos efeitos de decisões pelo STF "representa um imenso poder político, o qual exige a fixação de critérios (judiciais) para sua futura aplicação".[497]

De fato, há imensa instabilidade e insegurança gerada pela abertura dos conceitos jurídicos indeterminados sob exame. Tal abertura, longe de assegurar qualquer liberdade ao STF na jurisdição constitucional, exige a fixação de critérios para a sua adequada aplicação.

De um lado, há que se cogitar da possibilidade de que seja computado na tomada da decisão judicial o argumento pragmático ou conseqüencialista, desde que observados os limites que traçamos na Primeira Parte quanto ao seu peso (diminuído em relação aos argumentos jurídicos centrais, os quais se prestam a corroborar).

De outro lado, há de se reconhecer a ampla margem de manipulação dos efeitos da decisão judicial que deflui da Constituição e é regulada pela lei, desde que verdadeiramente atenda a "vontade constitucional" enquadrável nas razões de segurança jurídica. Tanto no conseqüencialismo como na modulação cabe perceber, por conseguinte, que há balizas necessárias que devem ser estabelecidas, sob pena da ilegitimidade de tal decisão judicial por flagrante arbitrariedade.

---

[496] A título ilustrativo, o autor exemplifica que: "É o que ocorre, por exemplo, com o conceito de *despesas necessárias*, utilizado pela legislação do imposto de renda para autorizar a dedução dessas no lucro líquido para a apuração do lucro real tributável. Tanto o art. 47, parágrafo 1º da Lei n. 4.506/64 quanto o art. 299, parágrafo 1º do Regulamento do IR, embora estabeleçam que podem ser deduzidas as despesas que sejam usuais ou normais, de acordo com a atividade da empresa, não elencam quais seriam estas. E nem mais poderiam fazê-lo, diante da variedade de atividades econômicas, financiadas pelas mais diversas formas. Nesse exemplo, a tipificação no caso concreto é a única hipótese capaz de não violar a realidade econômica e impedir que a lei ordinária tributasse algo que não se coaduna com o conceito constitucional de renda. E assim ocorre na maioria dos casos. Como se vê, a tipificação casuística, longe de afastar a segurança jurídica, muitas vezes é a sua única garantia" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os Conceitos Indeterminados no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 149, fev 2008, p. 76).

[497] Justificativa: "Os critérios definidos pela Lei Federal 9.868/99, contudo, pouco contribuem com o debate, pois expressam conceitos indeterminados" (APPIO, Eduardo. Linha do Tempo: Modulação dos efeitos de decisão é poder político do STF. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 25.07.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-25/modulacao_efeitos_decisao_poder_politico_stf>. Acesso em: 25.07.2008).

3.3.3.2 Alguns contornos traçados pela doutrina

Quando a reiteração de comportamentos do Poder Público cria uma expectativa de confiança legítima de que, diante de uma dada situação, ele se conduzirá de um certo modo, não lhe é dado alterar, com efeitos retroativos, sua orientação, para obter vantagens sobre as pessoas, burlando-lhes, assim, a boa-fé.[498]

Ao longo da última década, a doutrina negligenciou o estudo aprofundado em torno do art. 27, suas possibilidades e limitações, especialmente tratando-se de matéria tributária. Como decorrência disso, constatamos que as noções de "segurança jurídica" e "excepcional interesse social" ali previstas permanecem conceitos jurídicos vagos e ambíguos. Nesse sentido, a doutrina tardou em se debruçar sobre o alcance deste dispositivo legal e fornecer parâmetros possíveis para que a experiência jurisprudencial pudesse evoluir e consolidar-se na direção de balizas claras a respeito de sua aplicação.[499]

A noção de "segurança jurídica" é um conceito jurídico indeterminado e que, por isso mesmo, não conta com definição clara e incontroversa. Mesmo permanecendo um conceito vago e ambíguo, a doutrina já logrou identificar o que pode ser chamado de seu "núcleo conceitual", cuja palavra-chave é previsibilidade.[500]

---

[498] Em seguida, acrescenta que: "Portanto, o atraso desmedido do Estado em tomar uma decisão a seu cargo ou em rever uma posição que, por largo tempo abonou, levando as pessoas a, confiantemente, realizarem atos de disposição, não pode prejudicá-las se, a final, mudar sua orientação. A guinada somente pode alcançar fatos futuros" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 46).

[499] Não obstante, pouco tempo depois da publicação da Lei n. 9.868/99, houve quem apontasse que: "Resta saber qual o alcance dessa prescrição legislativa, posto que a referência a *razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social* na verdade não o definem. Embora tenha o indiscutível mérito de abrir caminho para o Supremo Tribunal Federal construir, como se espera, uma jurisprudência que a final preserve a supremacia constitucional, garantindo o direito fundamental à segurança jurídica, enseja também, o que se espera não venha a ocorrer, a prestação de eventuais homenagens ao autoritarismo, com o indesejável amesquinhamento da segurança jurídica". "Tanto a doutrina quanto a jurisprudência manifestam-se sobre o efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, sem estabelecer qualquer distinção entre efeitos favoráveis, e efeitos desfavoráveis aos cidadãos. Mesmo os que preconizam que o efeito retroativo da decisão deve ser expressamente determinado pela Corte Maior, o que é absolutamente correto, não avançam na motivação dessa tese, nem apontam o critério a ser seguido na determinação desse efeito retroativo". "Por isto, embora a Lei n. 9.868/99, seguindo o entendimento predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, implicitamente atribua efeitos retroativos à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou outros atos normativos, é de se esperar que a Corte Maior, valendo-se da ressalva feita pelo art. 27 da referida lei, negue esse efeito retroativo sempre que o mesmo signifique a criação ou a majoração de tributo, ou ainda, de um modo geral, imponha gravames ao cidadão" (MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 57, jun 2000, p. 79, 85 e 87).

[500] De fato, nesse sentido cabe assinalar que: "A expressão *segurança jurídica* possui um núcleo conceitual já suficientemente constituído, forte na necessidade de um sistema jurídico que reconheça a importância da previsibilidade". "Isso é a previsibilidade, saber de antemão como se deve agir, saber o que esperar dos outros, e é este valor que o princípio da segurança jurídica pretende assegurar através de diversos expedientes jurídicos [...]" (ÁVILA, Ana Paula. **A**

A previsibilidade – que é o "núcleo conceitual" da noção de segurança jurídica –, por sua vez, desdobra-se em duas dimensões distintas, quais sejam: a certeza quanto à norma aplicável às relações sociais que se estabelecem (certeza jurídica ou estabilidade) e a expectativa ou confiança quanto à situação de cada um nas relações sociais de que participa (proteção da confiança).[501]

Ricardo Lodi Ribeiro, dedicado ao estudo da proteção da confiança legítima dos contribuintes, assinala que ela decorre da ponderação entre dois pressupostos antagônicos, que se tencionam entre a flexibilidade e a estabilidade, servindo o valor da segurança jurídica como parâmetro necessário para a solução de tal conflito. Nesse sentido:

> A proteção da confiança quanto à certeza e ao sentido das normas jurídicas surge em meio à tensão entre flexibilidade e estabilidade, sendo resultado da ponderação entre dois pressupostos antagônicos: a necessidade de garantir a conservação de estados de posse uma vez obtidos em face de modificações jurídicas posteriores (segurança jurídica subjetiva como proteção da confiança) e o dever de o Estado eliminar as posições antijurídicas (segurança jurídica objetiva como legalidade). Tratando-se de um conflito interno entre dois princípios inspirados no valor da segurança jurídica, este irá presidir os critérios de decisão sobre qual deles deve prevalecer no caso concreto, juntamente com os outros interesses tutelados pela norma violada pelo ato ilegal.[502]

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).

[501] Cabe registrar que: "Para a adequada aplicabilidade do art. 27, há que se definir, tanto quanto possível, o sentido de segurança jurídica. Importante aspecto desse princípio consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas ter *previsibilidade*, isto é, o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. A segurança jurídica é vivenciada pelo indivíduo quando lhe são proporcionadas condições para saber, ou poder saber, quais são as normas vigentes, assim como condições de ter fundadas expectativas de que elas se cumpram. O valor representado pela segurança jurídica envolve, pelo menos, duas dimensões: de um lado, a *certeza quanto à norma que regula os atos sociais*; e, de outro, a *expectativa ou confiança quanto à situação do indivíduo na sociedade*" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 147-148). De fato, o princípio da segurança jurídica sustenta-se tanto na proteção da confiança como também no princípio da boa-fé. No mesmo sentido, de um lado temos que: "Portanto, o princípio da segurança jurídica, com seu corolário de proteção da confiança, submete o exercício do poder ao Direito, fazendo com que as pessoas possam prever, com relativa certeza, as conseqüências que advirão das situações jurídicas a que derem causa". De outro, é importante assinalar que: "Não podemos deixar de mencionar, ainda, o princípio da boa-fé, que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, exigindo que tanto o Poder Público, quanto o cidadão, respeitem as conveniências e interesses do outro e não incorram em contradição com sua própria conduta, na qual a outra parte confia (proibição de *venire contra factum proprio*)" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 45).

[502] Em seguida, o autor explica que: "A negação da tutela da proteção à confiança legítima aos casos de evidente ilegitimidade do direito concedido ao particular é fruto da sua natureza de princípio, a ser ponderado, de acordo com a realidade imanente, tendo como outro pólo da balança o grau de contrariedade ao ordenamento jurídico que a situação concreta apresenta. Do contrário, a considerar como absoluta a confiança do cidadão em relação a qualquer ato emanado do Estado, não estaríamos diante de um juízo de ponderação, mas com o puro e simples afastamento da legalidade, abrindo as portas para todo o tipo de manipulação do interesse público por meio das quase sempre invisíveis teias de relações de grupos de interesse econômico com agentes públicos. Trata-se, portanto, da tutela da boa-fé subjetiva do cidadão que confiou em uma situação gerada pelo Poder Público, que seja digna de confiança". De fato, nesse sentido releva observar que: "A manutenção das situações contrárias ao ordenamento em nome da segurança jurídica deriva da ação do tempo em relação às posições constituídas, fazendo com que, muitas vezes, o que era contrário à justiça por ocasião do nascimento do direito subjetivo consolide-se a partir da sua adequação à realidade fática, que a ela se conforma. Nesses casos, ainda

Quanto à certeza da situação jurídica assegurada ao cidadão, decompõe-se de duas formas de segurança jurídica (*ex ante* e *ex post*). A segurança jurídica como proteção da confiança "é o sentido mais importante para a interpretação do art. 27 da Lei n.9.868/99, uma vez que se está no âmbito dos efeitos produzidos pelas normas – segurança *ex post*".[503]

Misabel Abreu Machado Derzi expõe a íntima relação existente entre o princípio da irretroatividade, a proteção da confiança e a boa-fé objetiva, nas hipóteses restritas que menciona, destacando os pressupostos presentes quando são focados os atos do Judiciário.[504]

É importante ter presente que, originária do Tribunal Administrativo Federal alemão, "a proteção da confiança tem por fim a proteção dos direitos e expectativas dos indivíduos em

---

que injusto na origem, o direito deve ser mantido como medida que melhor atende a justiça material no presente". Aduz que: "Cumpre observar ainda que, nesse juízo de ponderação, o passar do tempo caminha em direção à manutenção do ato ilegal. Assim, quanto mais se consolida a situação jurídica ilegal, mais se fortalece a confiança do cidadão quanto à sua legalidade. Esse movimento do pêndulo em direção à proteção da confiança vai até a decadência do direito de anular o ato, que encerrando a ponderação, consolida definitivamente a validade do ato" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 145, out 2007, p. 99-102). Aplicando tais princípios e valores à modificação de jurisprudência, confira: "Logo, para que não reste comprometida a segurança jurídica, a alteração jurisprudencial, após longo período de prevalecimento, deve produzir apenas efeitos prospectivos e, em alguns casos, até diferidos, permitindo a sobrevivência da interpretação a final invalidada". "Os Tribunais Superiores têm plena competência para dar tais efeitos às decisões que *quebram* jurisprudências consolidadas, mormente nos casos em que as pessoas, com base nelas, tinham a certeza de que estavam a agir de acordo com o bom direito" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 66).

[503] Cabe salientar que: "Pela segurança jurídica, busca-se assegurar ao cidadão a certeza de sua situação jurídica, o que se faz de duas formas: (a) segurança jurídica *ex ante*, relativa aos mecanismos que tornam possível o conhecimento e interpretação do direito (legalidade, certeza do direito: publicidade, clareza, etc.); (b) segurança jurídica *ex post*, concernente aos mecanismos de garantia da estabilidade dos mecanismos anteriores, com o reconhecimento de uma pauta de comportamentos do cidadão diante do caso concreto" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 148-149).

[504] São elas: "**1. em relação às contribuições sociais de período**, se o balanço não se encerrou e a conjugação com o princípio da espera nonagesimal não for suficiente para procrastinar a vigência da lei inovadora para o exercício financeiro seguinte; **2. em relação aos direitos expectados que, não tendo ainda se tornado 'adquiridos'**, pela ausência de todos os requisitos exigíveis, são especialmente fortes, em razão do tempo de duração decorrido para a sua formação". Em complemento, a autora acrescenta ainda que: "Então, enfocando os atos do Poder Judiciário, se fizermos uma conjugação entre o princípio da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, teremos a presença dos seguintes pressupostos: **(a)** o fato comissivo ou omissivo do Estado, realizado no passado, que desencadeará a confiança do cidadão, ou ato a fazê-lo. [...]; **(b)** a configuração da confiança percebida e justificada, que alguns juristas denominam de base da confiança. [...]; **(c)** do ponto de vista temporal, o princípio da proteção da confiança envolve sobretudo o passado (ato gerador estatal da confiança, situado antes da vigência da jurisprudência modificativa), se ele está vinculado à irretroatividade. [...]; **(d)** nas situações em que as modificações jurisprudenciais atingem fatos jurídicos não completos, em que parte de sua formação está no passado e outra parte no presente e futuro, o princípio da proteção da confiança ganha o contorno completo de **justiça prospectiva**. [...]; **(e)** confirmação da confiança, que incorpore o futuro, por meio de decisões, ações e comportamentos do contribuinte, decorrentes da jurisprudência superada, ou seja, disposições e investimento da confiança por parte do cidadão, [...]; **(f)** avaliação do interesse público predominante, em relação à mudança da jurisprudência, que o cidadão caracteriza como violação da confiança. O justo balanço desse interesse é que poderá decidir se **(f.1)** se as conseqüências para a manutenção da confiança serão positivas [...]; **(f.2)** se as conseqüências serão parcialmente positivas, mantendo-se a jurisprudência anterior, indutora da confiança, apenas em relação aos fatos jurídicos pretéritos, sem estender a garantia aos pendentes; **(g)** a conjugação do princípio da irretroatividade e da proteção da confiança à boa-fé objeetiva será adequada para tratar os casos concretos, em que os contribuintes, efetivamente, estejam em juízo" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 555-557).

face das manifestações estatais, especialmente quando ocorrem modificações nessas manifestações, seja porque exaradas de forma ilegal, seja porque necessárias do ponto de vista da utilidade pública".[505]

Verifica-se, portanto, que, na aplicação do art. 27 da Lei n.9.868/99, a proteção da confiança exerce papel relevante no exame da eventual modulação temporal dos efeitos da decisão quanto à limitação material relacionada às "razões de segurança jurídica".[506]

Quando em jogo o princípio da proteção da confiança, dada a sua importância axiológica e densidade constitucional na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, ele deve prevalecer sobre outros que não sejam "fundamentais" e, dentre estes, pode prevalecer se estiver qualitativamente ligado a outro fundamento constitucional igualmente fundamental.[507]

Ana Paula Ávila explica que:

> A fundamentação constitucional do princípio da proteção da confiança se faz prioritária na medida em que as garantias do cidadão em face do Poder Público somente cumprem adequadamente o seu papel se estiverem expressa ou implicitamente admitidas na Constituição. Do contrário, privar-se-ia o princípio da proteção da confiança de sua operatividade normativa, atribuindo-lhe um valor de caráter meramente interpretativo ou integrativo. Ante a ausência de previsão expressa, considerar o princípio de proteção da confiança como um princípio constitucional é, no entanto, uma questão de interpretação constitucional.[508]

---

[505] Releva assinalar que: "O princípio da proteção da confiança exige, assim, que se tenha em conta a confiança dos beneficiários na estabilidade dos atos emitidos pelo Estado, representando uma espécie de contrapartida à presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos, e à presunção de constitucionalidade de que gozam os atos normativos do Poder Legislativo" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 149-150).

[506] A esse respeito, cabe explicar que: "É que, muitas vezes, a norma, mesmo sendo inconstitucional, gera a presunção de que seu comando será cumprido e de que seus efeitos serão regularmente produzidos, sendo tudo isso reforçado pelo princípio da presunção da constitucionalidade dos atos normativos". "A declaração de inconstitucionalidade da norma, com efeito retroativo, implicaria o retorno ao *stato quo ante* em relação a tais benefícios, mas a proteção da confiança, por ter assento constitucional, pode ser ponderada com a norma que justifica a declaração de inconstitucionalidade e obrigar o reconhecimento da permanência dos seus efeitos" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 151).

[507] Nesse sentido, cabe registrar que: "Quando em jogo a proteção da confiança, é bem possível que essa venha a prevalecer quando em conflito com outra norma constitucional. Evidentemente, isso depende da qualidade da norma violada que enseja a declaração de inconstitucionalidade da norma inferior, já que também essa pode ser uma norma que a Constituição qualifica como fundamental. No entanto, na ponderação que leva em conta a proteção da confiança, não se pode perder de vista que este princípio encerra uma série de outras normas constitucionais que lhe servem igualmente de fundamento" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 153).

[508] Dentre as variadas normas constitucionais que servem como fundamento para o princípio da proteção da confiança, destacam-se: (a) a boa-fé objetiva (como "modelo de conduta"); (b) a máxima de que *non venire contra factum proprium* (proibição de conduta contraditória); (c) a idéia de coerência integrada ao princípio do Estado de Direito; (d) a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana (consoante entende a doutrina alemã); (e) o direito de liberdade; e (f) a cláusula do *tu quoque* ("o art. 27 não pode ser invocado em benefício do Estado, mas tão só do indivíduo ou da sociedade"). "Assim, seria incongruente com os ditames da boa-fé (objetiva, saliente-se), a mais não poder, a solução que

A autora relaciona em sua tese uma série de decisões que selecionou com o intuito de enumerar alguns argumentos que já foram rechaçados e outros que terminaram adotados pelo STF na sua construção jurisprudencial do conceito de "razões de segurança jurídica".[509]

Além disso, a autora vai além e enumera alguns precedentes dos Tribunais Superiores em torno do subprincípio da proteção da confiança do cidadão, registrando que são "sempre em favor do indivíduo".[510]

3.3.3.3 Arcabouço constitucional

---

permitisse ao Estado usar (no caso, abusar) do poder de legislar em desrespeito à Constituição – ou seja, *inconstitucionalissimamente* –, e , como prêmio, ainda dispor da possibilidade de ver mantido o proveito que tenha logrado em virtude da lei inconstitucional, muito especialmente se esse proveito se dá em detrimento dos direitos individuais. Este importante aspecto do princípio da boa-fé reside, muito mais que numa proposição juridicamente fundada na segurança jurídica, na própria virtude e na ética das comunidades juridicamente organizadas, e há que ser considerado, portanto, na interpretação do art. 27 da Lei n. 9.868/99". "No entanto, como foi dito anteriormente, a corrente que, entre nós, conta com maior adesão, tanto em nível doutrinário quanto jurisprudencial, fundamenta a boa-fé no princípio da segurança jurídica, alegando que segurança jurídica e boa-fé são duas faces de uma mesma moeda" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 154-156).

[509] Dentre os argumentos que já foram rechaçados no âmbito da Suprema Corte, merecem destaque os seguintes: a) o direito à igualdade em questão administrativa relacionada a concurso público e a aplicação do princípio da razoabilidade (ADI 3.522); e b) o direito de propriedade voltado ao problema da repetição de indébito em matéria tributária e o argumento pragmático ou conseqüencialista (cf. MS 17.976, ADI 513, ADI 1.102, RE 153.771, RE 179.273, RE 175, 535, dentre vários outros). De outro lado, alguns argumentos já foram adotados pelo Tribunal e efetivamente conduzem à construção jurisprudencial da noção de "segurança jurídica", dentre os quais se destacam: a) a "acefalia" do ente estatal e o caos institucional (caso do Município de Mira Estrela – RE 197.917); b) a proteção do acesso à jurisdição e a assistência judiciária aos necessitados quando há *déficit* de organização da Defensoria Pública (ADI 3.022); e c) a proteção da confiança e dos terceiros de boa-fé cuidando-se de edificações e loteamentos (caso do Município de Capão da Canoa – ADI 70005449053 no TJERS). Nestes três últimos casos, tem-se que atende à razão de segurança jurídica, respectivamente: a) "*assegurar o Estado de Direito e a representatividade dos cidadãos através da manutenção do Poder Legislativo municipal* [direitos políticos], até o final do mandato parlamentar, ainda que os vereadores tenham sido eleitos com suporte em norma declarada inconstitucional"; b) "*a permanência dos atos de promoção do acesso à jurisdição para uma categoria de indivíduos* [exercício do contraditório e da ampla defesa], ainda que esses atos tenham tido por suporte uma norma declarada inconstitucional"; e c) "*a estabilização dos atos que geraram expectativas legítimas quanto a sua permanência para uma categoria de indivíduos* [direito à propriedade e à proteção do ato jurídico perfeito articulados à boa-fé e proteção das expectativas], ainda que esses atos tenham tido por suporte uma norma declarada inconstitucional" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 95- 111).

[510] Dentre as decisões destacadas na obra da autora, elas abordam os seguintes temas: a) a observância do devido processo legal e seus consectários lógicos (STF – RMS 10.140 e RE 158.543); b) a manutenção de ato formalmente irregular mas do qual não restou prejuízo material (RE 78.533); c) a estabilização e consolidação no tempo de situações oriundas do ato que se pretende inválido (RE 85.179); d) o respeito ao direito adquirido (STJ – MS 4.288 e STF – RE 93.752 e RE 92.757); e e) a legalidade (STJ – Resp. 6.518), dentre outros. Em conclusão, a autora assinala de modo expresso que: "É importante perceber que, em todas essas decisões, apresenta-se um elemento comum: a utilização da segurança jurídica em favor da proteção do cidadão. Isso favorece, em boa medida, a densificação conceitual da expressão *razões de segurança jurídica*, presente no art. 27, através de uma generalização, no sentido de que *essas razões somente podem ser invocadas para conferir prevalência aos direitos fundamentais dos indivíduos e, jamais, para perpetuar a lesão, a esses mesmos direitos, em decorrência de norma declarada inconstitucional*" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 157-163).

Em suma, a decisão do Tribunal que implicar quebra de orientação jurisprudencial consolidada deve produzir efeitos 'ex nunc'.[511]

O arcabouço normativo constitucional que se relaciona de modo implícito com a "segurança jurídica" se compõe, como ponto de partida, do desdobramento lógico da "segurança" referida no *caput* do art. 5º e do princípio do Estado Democrático de Direito previsto no *caput* do art. 1º. Dada a centralidade da idéia de "segurança jurídica" no ordenamento constitucional brasileiro, é até desnecessário que seja explícito.[512]

Roque Antonio Carrazza explica que: "É certo que o *princípio da segurança jurídica* é implícito. Mas é igualmente certo que todo o ordenamento jurídico milita no sentido de fazê-lo valer". De fato, embora seja implícito, deve ter sua aplicação no ordenamento jurídico otimizada e goza de eficácia plena e aplicabilidade imediata, razão pela qual deve ser aplicado diretamente e vincula tanto as entidades públicas como as privadas.[513]

A corroborar tal entendimento, destaca-se a dicção do § 1º do art. 5º da Constituição, pelo qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Além disso, a irretroatividade das normas jurídicas estabelecida no inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior também exerce relevante papel na proteção da segurança jurídica das pessoas, na medida em que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito são invioláveis.[514] O princípio da legalidade, insculpido no inciso II do art. 5º, contém a vedação à

---

[511] CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 65.

[512] ÁVILA, Ana Paula. **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. 146-147. No mesmo sentido: "O princípio da segurança jurídica hospeda-se nas dobras do Estado Democrático de Direito, consagrado já no art. 1º da Constituição Federal, e visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais, capazes de frustrar a confiança que as pessoas depositam nas normas jurídicas em vigor" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 43).

[513] O autor explica que: "São, pois, de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*, independendo, para produzirem seus regulares efeitos, da edição de normas inferiores, que lhes explicitem o conteúdo. Seus comandos endereçam-se tanto ao legislador (que editará normas de alcance geral e, neste sentido, dará consecução aos mandamentos da Lei Maior), como ao juiz e ao administrador público (que aplicarão estas normas de caráter geral, se e enquanto estiverem conformes à Constituição Federal)" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 47).

[514] Insta salientar que: "Por força do dispositivo constitucional que manda respeitar o *direito adquirido* e o *ato jurídico perfeito*, a lei antiga, o ato administrativo antigo e a jurisprudência antiga, posto revogados, *sobrevivem*, continuando a disciplinar as situações que se consolidaram enquanto vigorantes. A lei nova, o ato administrativo novo e a jurisprudência

retroatividade de modo implícito.[515] De igual modo, o princípio (implícito) da proteção da confiança legítima do contribuinte, como jurisdicionado ou administrado, contém a referida vedação à retroatividade (também implícita).[516]

Tais dispositivos dirigem-se não somente ao juiz, ao administrador público e ao legislador ordinário. Dirigem-se também ao poder constituinte derivado, vez que constituem cláusulas pétreas, protegidas pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República.[517]

Depois de aprofundado exame acerca da proteção da confiança, da boa-fé objetiva e da irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar, contando com sólidas fundamentações a partir das lições de Niklas Luhmann e Claus Wilheim Canaris, Misabel Abreu Machado Derzi estabelece o seguinte panorama (que muito bem demonstra a complexidade do tema e as variadas relações estabelecidas entre a Constituição da República e o Código Tributário Nacional no tema em foco):

---

nova absolutamente não podem prejudicar tais situações pré-constituídas" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 51).

[515] De fato, em linhas gerais, podemos afirmar que: "A segurança jurídica, um dos pilares do nosso Direito, exige que as leis, os atos administrativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí falarmos em *irretroatividade do Direito* e não, apenas, *das leis*". Como decorrência disso, tem-se que: "Vai daí que os atos normativos que eventualmente contrariarem tais diretrizes podem ser anulados, com base em sua inconstitucionalidade" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 47-48). Confira ainda: NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 86 e ss. No mesmo sentido: "De feito, a vedação contida no art. 5º, XXXVI, da CF-88, segundo o qual '*a lei* não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada', tem sido interpretada pelo STF como compreensiva das *decisões judiciais*, por terem '*força de lei* nos limites da lide e das questões decididas' (CPC, art. 468). Destarte, não só as leis, mas, igualmente, as *decisões judiciais* não poderão prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. De maneira que o *regime jurídico* é o mesmo tanto para as leis como para as decisões judiciais: se determinada lei não pode retroagir para alcançar dado ato jurídico perfeito, nenhuma decisão judicial poderá retroagir para alcançá-lo, e vice-versa" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 146).

[516] Segundo o Professor Ricardo Lodi Ribeiro, "o princípio da proteção da confiança tutela o cidadão não só em relação à alteração de posicionamento do Poder Executivo, mas também quanto à alteração da jurisprudência, notadamente dos Tribunais Superiores". "É que a declaração de que um tributo é devido, após longo tempo em que a jurisprudência dos tribunais superiores indicou em sentido contrário, causa grave violação à confiança legítima do contribuinte, que, acreditando no posicionamento dos Tribunais Superiores, planejou os seus negócios, calculou seus custos e preços, realizou investimentos, na lídima crença da inexistência da obrigação de pagar o tributo" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A COFINS, a Súmula n. 276 do STJ e o princípio da proteção da confiança legítima. **Fiscosoft**. São Paulo, 04.01.2008. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?pid=162983>. Acesso em: 02.08.2009).

[517] Cabe assinalar desde logo que, se ao poder constituinte derivado é obrigatória a observância de tais dispositivos e preceitos, então com muito mais razão cabe ao legislador ordinário, ao administrador público e ao juiz igualmente obedecê-los (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 51).

> No Brasil, ao contrário do que sucede no continente europeu, a segurança jurídica e a proteção da confiança são amplamente reforçadas no campo do Direito Tributário. Assentam-se na legalidade formal e material (especificidade conceitual determinante), consagradas nos arts. 5º, e 150, I, da Constituição Federal; reforçadas pela exclusividade da lei que concede subsídio, isenção ou outro benefício fiscal (art. 150, § 6º, da CF/88); são minuciosamente explicitadas pelo art. 97 do Código Tributário Nacional; confirmadas e reconfirmadas pela proibição da analogia (art. 108, § 1º, do CTN) e, conseqüentemente, das presunções; pela rejeição da interpretação econômica (art. 110) e da cláusula geral antielisiva (art. 109); pelo caráter estritamente vinculado dos atos administrativos de cobrança do tributo (arts. 3º e 142 do CTN); pelo direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos administrativos e judiciais (art. 5º, LV); desenvolvem-se, ainda, na proibição da surpresa e da imprevisibilidade, por meio da vedação constitucional da irretroatividade do direito em geral (art. 5º, XXXVI), do Direito Penal (art. 5º, XL) e do Direito Tributário em especial (art. 150, III, 'a'); no princípio da anterioridade e da espera nonagesimal (art. 150, III, 'b', 'c'). Finalmente, complementa-se a proteção da confiança com a vedação do confisco e a observância da capacidade econômica, art. 150, IV, e § 1º do art. 145 da Constituição da República.[518]

Com efeito, parece clara a relação estabelecida entre o vigor na proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes e a necessidade de reforço dos princípios e valores que se prestam a assegurá-los. No Brasil, onde infelizmente ainda não logramos alcançar um meio-termo entre o dever fundamental de pagar os tributos pelos contribuintes, de um lado, e a sanha arrecadatória da Fazenda Pública, de outro, estes e outros princípios e valores protetivos estabelecidos em sede constitucional e legal assumem papel de especial relevo.

3.3.3.4 O art. 146 do Código Tributário Nacional

Como vemos, a mudança de orientação jurisprudencial há de ser feita com o mesmo cuidado que o legislador deve ter, quando inova a ordem jurídica.[519]

O art. 146 do Código Tributário Nacional prescreve a irretroatividade (ou efeito *ex nunc*) às modificações nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no

---

[518] DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 469.

[519] "Evidentemente, não estamos, neste passo, censurando as mudanças jurisprudenciais. Pelo contrário, louvamos a evolução do pensamento dos Tribunais, sempre que isto vem resolver melhor os problemas que afligem o Brasil. O que questionamos, sim, são os efeitos pretéritos destas alterações, quando prejudicam pessoas que, acreditando no Poder Judiciário, praticaram atos e negócios jurídicos com respaldo na antiga jurisprudência" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 58-59).

exercício do lançamento, seja quando ocorra de ofício, seja em conseqüência de decisão administrativa ou judicial.[520]

Misabel Abreu Machado Derzi, discorrendo sobre tal dispositivo legal, explicita as três situações, em relação ao Poder Executivo, que clamam pela observância dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé, com vistas a resguardar o administrado-contribuinte da mudança das normas editadas, quando mais gravosas, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.[521]

Ademais, assevera que "o próprio Código Tributário Nacional veda a eficácia *ex tunc* das modificações judiciais em matéria tributária, sob a condição de que o precedente consolidado tenha sido incorporado em lançamento".[522]

Em matéria tributária, os argumentos que se prestam a suportar os interesses estatais momentâneos, representados pelos fazendários, não devem subverter a ordem constitucional e priorizar argumentos pragmáticos, sob pena de que esta violência à supremacia constitucional conduza ao estímulo da infidelidade em relação à Lei Maior.[523]

---

[520] Eis o teor do dispositivo legal referido: "**Art. 146**. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução".

[521] É que: "Em relação ao Poder Executivo, podemos sintetizar que tais situações configuram: **1. as mudanças de normas regulamentares e outras complementares, agravadoras dos deveres dos contribuintes e restritivas do exercício de seus direitos**, sem que tenha ocorrido, para isso, alteração prévia da lei em que se fundam; **2. as mudanças de atos administrativos individuais, de concreção e aplicação das leis, nos lançamentos, autuações e cobranças de tributos, que onerem de forma mais intensa os contribuintes**; **3. as respostas às consultas, as informações fornecidas e as declarações feitas pela Administração tributária, capazes de guiar a conduta dos cidadãos contribuintes**" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 497-498).

[522] Em seguida, a Professora adverte, no entanto, que: "Essa primeira solução legal, nem sempre observada, confere alguma estabilidade ao Direito Tributário, mas não pacifica o tema de que estamos tratando. Dá-se que, em várias circunstâncias, os problemas se cumulam quando: **(a)** embora existindo uma jurisprudência consolidada, a Fazenda Pública resiste, autuando e lançamento com base em critérios novos mais severos, que acabam prevalecendo nos tribunais superiores; **(b)** inexiste lançamento ou pagamento porque o contribuinte simplesmente ignora as novas tendências de interpretação; **(c)** também o contribuinte discute a questão em juízo; **(d)** finalmente o contribuinte pode ter pago o tributo cobrado com base em novos critérios, sem oferecer resistência, o que poderia ser objeto de repetição do indébito". Adiante em sua substanciosa obra, a autora tece relevantes considerações resgatando o escorço histórico da aplicação da proteção da confiança em um primeiro momento, seguida pela própria possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão judicial (cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 488 e 505 e ss.).

[523] No mesmo sentido: "Transpondo essa clássica lição para a seara tributária, resulta fácil ver que os interesses fazendários jamais podem justificar lesões à Constituição, mesmo que mascarados de interesses econômicos e sociais. Se todos os cidadãos devem ter uma vontade de realizar plenamente a Constituição, o Supremo Tribunal Federal, criado para tutelá-la, está institucionalmente obrigado a garantir a sua primazia perante todas as ameaças estatais. E, como bem recorda Hesse, a relevância de tal dever se agiganta naquelas hipóteses em que ao Estado é 'incômodo' respeitar a Lei Maior ou suportar os efeitos do seu desrespeito, tal qual sucede na edição de leis inconstitucionais que geram expressivas entradas para os cofres públicos – e que, por conseqüência, hão de render ensejo a vultosas repetições de indébito". "Porém, a realização de um Estado de Direito não pressupõe só a vontade de concretizar plenamente a Constituição contra interesses estatais momentâneos. Pressupõe também que, quando se repute possível priorizar argumentos pragmáticos em detrimento da supremacia constitucional, se considerem todas as implicações práticas da decisão, dentre as quais sobressai o estímulo à

Em outras palavras, é possível sustentar com sólidos argumentos jurídicos que, em princípio, a modulação dos efeitos da decisão judicial em detrimento dos interesses dos contribuintes não se coaduna com os ditames da Lei Maior, isto é, "a doutrina da 'modulação' dos efeitos das pronúncias de inconstitucionalidade mostra-se não só incompatível com as singularidades do Direito Tributário, senão também flagrantemente atentatória à supremacia da Constituição".[524]

Em realidade, pelo arcabouço principiológico que emana da Constituição da República e do próprio Código Tributário Nacional, essa situação extrema "deve ser reservada a casos absolutamente excepcionais" e, como regra geral, em favor dos contribuintes. É o que ocorre, por exemplo, quando há mudança de jurisprudência consolidada.[525]

Importa salientar que, seja na esfera jurisdicional ou no âmbito administrativo, não é crível que o Estado – sob qualquer um de seus tentáculos – beneficie-se com a mudança de entendimento acerca de determinada matéria tributária, sob pena de flagrante violação de relevantes princípios constitucionais, como da segurança jurídica, da boa-fé e da moralidade administrativa. Neste sentido:

> Não há como pretender, por conseguinte, a Fazenda Nacional, que constitui outra expressão do mesmo Poder Estatal, penalizar quem se conduziu em conformidade com o texto antes de declarado inconstitucional ou com a decisão antes de desconstituída. É que se este comportamento fosse possível, dele decorreria flagrante violação aos princípios da boa-fé, da segurança jurídica, e da moralidade administrativa, já que quem teria dado causa ao comportamento supostamente ilícito do cidadão seria o próprio Poder Estatal, gerando para aquele um direito subjetivo à indenização pela penalidade que lhe viesse a ser por este imposta.[526]

---

infidelidade para com a Lei Maior que tal *práxis* gera" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 12-13).

[524] VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p.13.

[525] Neste sentido: "No Direito Tributário, a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal que julga um tributo inconstitucional deve ser reservada a casos absolutamente excepcionais, coibindo-se a sua utilização para tentar impedir a restituição de tributos criados sem fundamento constitucional. A aplicação da restrição dos efeitos da decisão, naquelas hipóteses em que a decisão de inconstitucionalidade resultar em obrigação do contribuinte a arcar com novas exigências tributárias ou exigências majoradas (em decorrência da lei inconstitucional ser mais benéfica), estará vedada ante o óbice do art. 146 do CTN, amparado pelos princípios da segurança jurídica e da boa-fé". "A modulação dos efeitos da decisão se justifica naquelas hipóteses em que a jurisprudência dos Tribunais pacificada pela inconstitucionalidade de determinado tributo é abalada por manifestação do Supremo Tribunal dando novo posicionamento sobre a matéria, reconhecendo a sua constitucionalidade. [...]. A boa-fé, nessa situação, atua como limite ao Fisco de exigir o tributo não pago" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 25-26). Para aprofundamento, consultar: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

[526] ANDRADE, André Martins de. A Perigosa Extensão ao Direito Tributário da Teoria Geral das Nulidades. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 5, fev 1996, p. 10. No mesmo sentido: "A aplicação em favor da Fazenda Pública, naquelas hipóteses em que uma decisão de inconstitucionalidade pode implicar no direito da exigência de

Ao art. 146 do Código Tributário Nacional somamos, para corroborar-lhe o sentido, o teor do inciso XIII do art. 2º da Lei n.9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), que prevê a obediência ao princípio da segurança jurídica de modo expresso. [527]

Nelson Nery Junior é categórico na afirmação de que:

> Quando houver superveniência de decisão do tribunal superior sobre determinado assunto, alterando jurisprudência anterior do mesmo tribunal, já extratificada em sentido diverso, os efeitos dessa nova decisão terão de ser necessariamente *ex nunc*, isto é, para o futuro. Somente assim será preservado o respeito à Constituição Federal, porque se estará dando guarida aos princípios da *segurança jurídica* e da *boa-fé objetiva*.[528]

As leis tributárias benéficas aos contribuintes podem retroagir, desde que tal retroação esteja estabelecida expressamente nelas. [529] A regra geral da irretroatividade aplica-se

---

diferenças que não foram pagas, em vista da lei inválida ser mais benéfica, não é possível, eis que vedado pelo art. 146, do CTN. É o conforto aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé". Acresça-se ainda que: "Há que se ter em mente ainda, a preservação constitucional da irretroatividade nas hipóteses de atos de boa-fé praticados no período de vigência do dispositivo declarado inconstitucional" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 23-24).

[527] Confira o teor dos dispositivos: "**Art. 2º**. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência; **XIII** – interpretação da norma administrativa de forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação". Cabe lembrar, ademais, o teor da Súmula n. 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 94-95.

[528] O autor explica ainda que: "Mesmo depois de adotado novo posicionamento do tribunal sobre determinado assunto, o tribunal deve aplicar sua jurisprudência anterior aos casos futuros que lhe sejam apresentados, mas respeitantes a fatos ocorridos na vigência da jurisprudência anterior" (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 97-98). Antes de explicitar diferentes situações que ensejaram variadas decisões do STJ, Eduardo Borges explica que: "Age de boa-fé o contribuinte que, cercado das cautelas de praxe, tem razões suficientes para acreditar que está praticando um ato em conformidade com o Direito, mesmo que ignore o fato de seu ato estar em descompasso com a legislação. Em tais casos, os tribunais têm assegurado a devida proteção jurídica aos contribuintes de boa-fé" (BORGES, Eduardo. Intenção Salvadora: Justiça protege contribuintes que agem de boa-fé. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 16.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-16/justica-protege-contribuintes-mesmo-errando-agem-boa-fe>. Acesso em: 16.05.2009).

[529] Roque Antonio Carrazza distingue de modo claro as seguintes situações: "Não ignoramos que, por razões ideológicas que nosso direito positivo encampou, admite-se que algumas leis tributárias retroajam: as *leis tributárias benéficas*, como as isentivas, as remissivas, as anistiantes, as que parcelam débitos tributários, as que garantem o aproveitamento de novos créditos, as que diminuem encargos fiscais etc. Aliás, as leis que concedem remissões e anistias necessariamente retroagem. Já, as demais leis tributárias benéficas retroagirão, ou não, de acordo com o que nelas próprias estiver estatuído". Em apertada síntese: "Se silenciarem a respeito deste assunto, seguirão a regra geral: *a regra da irretroatividade*". Em nota de rodapé, o Professor compara esta sistemática própria da seara tributária àquela existente na esfera penal: "As leis penais benéficas sempre retroagem, em virtude, se por mais não fosse, do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal: '*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*'. Logo, *a contrario sensu*, a lei penal retroagirá, sempre que beneficiar o réu. À míngua, porém, de disposição constitucional semelhante, relativa às leis tributárias benéficas, estas somente retroagirão se contiverem cláusula expressa de retroação. Do contrário, seguirão a

também no âmbito administrativo. Assim, de um lado, "a Administração Fazendária não pode tratar eventos pretéritos"; e, de outro, "os novos *critérios jurídicos* adotados pela Administração Fazendária não podem retroagir para prejudicar os contribuintes". [530]

E a jurisprudência, submete-se ao princípio da irretroatividade? Em voto proferido quando do julgamento de relevante questão constitucional-tributária, que será analisada adiante, o Ministro Joaquim Barbosa enfatizou que:

> Ademais, conquanto seja firme e necessária a tradição da Corte de honrar seus precedentes e a orientação deles projetada, é certo que não há vedação legal à modificação de entendimento jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal não viola a autoridade de seus precedentes. Quando muito, ajusta e evolui em sua compreensão sobre a matéria discutida.[531]

A afirmação do Ministro Joaquim Barbosa está correta, no sentido de que não há rigorosamente nenhuma amarra capaz de engessar a possível modificação de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. De fato, algumas vezes é até salutar e recomendável que tal oxigenação ocorra no seio da Corte, com o ajuste e a evolução na compreensão da temática discutida, agora sob algum aspecto diferente, à luz de mudanças fáticas ou legislativas, ou ainda, diante de novos argumentos trazidos ao seu conhecimento.

Todavia, torna-se necessário destacar alguns parâmetros e critérios que o Tribunal deve adotar na solução de certos casos quando modifica a sua jurisprudência até então pacificada. Dentre as variadas motivações que se prestam a justificar tal preocupação,

---

regra geral: a regra da *irretroatividade*" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 53).

[530] Com efeito, releva notar que: "O art. 146 do CTN permite, em última análise, que o contribuinte desenvolva naturalmente suas atividades, não se sujeitando retroativamente a alterações normativas que possam prejudicá-lo, em seus contactos com o Fisco". Cabe acrescentar, ademais, que: "De fato, o art. 146, do CTN, mais do que garantir a imutabilidade do lançamento regularmente efetuado, veda que a alteração dos critérios jurídicos adotados pelo Fisco, repercuta negativamente sobre *fatos imponíveis* ocorridos em período anterior ao novo entendimento fazendário" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 55-56).

[531] STF – RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJE 07.03.2008. No mesmo sentido: "Dessarte, não havendo uma autovinculação do STF no que respeita ao efeito vinculante de suas decisões, é-lhe facultado, no julgamento de norma de ***conteúdo*** *idêntico ou semelhante* ao de norma por ele mesmo declarada (in)constitucional, decidir de forma diferente, bem como decidir contrariamente à súmula vinculante (ainda que esta não tenha sido cancelada ou revisada)" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 217). Confira: "Por exemplo, o Supremo reconheceu a constitucionalidade de uma norma que impedia que fosse negada liminar para obrigar a Fazenda Pública a pagar vantagens a servidores. Aí começaram a surgir algumas hipóteses em que era justificável deferir a antecipação de tutela, por exemplo, quando cortavam os vencimentos do servidor ou uma pensionista com 90 anos que não ia viver nem para ver o fim da demanda e dependia do valor para comprar remédios. Mas não adianta todas as causas serem examinadas de acordo com as suas peculiaridades se para isso forem necessários 10 anos. Justiça tardia é Justiça não feita" (ITO, Marina. Furos na Lei – Entrevista: Patrícia Perrone Campos Mello. **Revista Consultor Jurídico**, 07.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar>. Acesso em: 16.09.2008).

destaca-se o respeito ao princípio da segurança jurídica, sustentado nos seus pilares da proteção da confiança legítima, da boa-fé objetiva e da irretroatividade. De fato, Roque Antonio Carrazza sustenta que se o princípio da irretroatividade incide sobre todo o Direito, então submete também a jurisprudência.[532] Ademais, chega a salientar, também, que "é mais importante a irretroatividade da jurisprudência, que das próprias leis". [533]

3.3.4 Possível definição do "(excepcional) interesse social"

A expressão "interesse social" é ainda mais ambígua e a doutrina não tem se dedicado a densificar o seu conceito de modo a esclarecê-lo. "Percebe-se, entre aqueles que enfrentaram o tema, uma preocupação em se fixar a idéia de que interesse social não é interesse da Administração e nem do Estado, mas sim dos administrados, da sociedade". [534]

Ana Paula Ávila defende que o trecho final do art. 27, que se refere ao "excepcional interesse social", peca por inconstitucionalidade, na medida em que fere os princípios

---

[532] O autor explica que: "Assim, quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo Tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticaram atos, certas de que procediam sob o amparo do direito objetivo". Adiante, o Professor esclarece ainda que: "São dois valores que precisam ser igualmente preservados. De um lado, a segurança que decorre de uma firme orientação jurisprudencial e, de outro, o direito que os tribunais têm de reverem suas próprias decisões". "Ora, para se obter este louvável temperamento, preservando assim a segurança jurídica, a modificação jurisprudencial, quando afeta segmentos expressivos da sociedade, deve produzir *efeitos prospectivos* e, em alguns casos, até *diferidos*, de modo a permitir a sobrevivência, por algum tempo mais, da antiga interpretação do Poder Judiciário, que, afinal, por longo tempo, orientou a conduta das pessoas" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 56-57 e 60-61).

[533] Em seguida, o autor explicita que: "Com efeito, é a jurisprudência que, ao dizer reiteradamente o direito (de '*ius dicere*'), faz chegar, às pessoas, o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das normas jurídicas constitucionais, legais ou infralegais. A observação cresce de ponto quando se está diante de jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores, já que eles demarcam, em definitivo e com força institucional, o caminho que o Direito espera seja palmilhado pelas pessoas" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 64). Voltamos a este ponto específico em outras oportunidades no âmbito deste trabalho.

[534] Nesse sentido, releva assinalar que: "É interessante observar que o legislador pátrio preferiu o termo *excepcional interesse social* a *excepcional interesse público*. De plano é de se inferir que, se esta parte do dispositivo for considerada válida, através do seu uso deverá ter prevalência o interesse da sociedade – por suposto: a soma dos interesses individuais –, quando contraposto aos interesses do próprio Estado". Deste modo, vale repisar que "a modulação de efeitos somente estará autorizada na medida em que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais que, após justificada ponderação, se sobreporiam àquela que foi violada pela lei declarada inconstitucional. Aliás, existentes os fundamentos naquelas normas, o termo torna-se até mesmo dispensável, pois assegurar a supremacia da Constituição já implicaria, naturalmente, a proteção dos efeitos" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 164-166).

fundamentais da Constituição da segurança jurídica e, conseqüentemente, do Estado de Direito. De fato, nesse sentido, a autora sustenta que:

> Há, no entanto, um problema ainda mais grave naquela expressão. Conforme já foi anunciado no início desta segunda parte, a absoluta indeterminação deste conceito contrasta com o próprio princípio constitucional da segurança jurídica, à medida que dele decorre a exigência de mecanismos que assegurem previsibilidade e certeza à ordem jurídica. Ora, a utilização de expressão com tamanha fluidez e ambigüidade no significado torna o preenchimento do conceito um processo cujo resultado é 'imprevisível', impedindo que se assegure a previsibilidade necessária à manutenção da ordem jurídica como um todo. E, se essa expressão contrasta com a segurança jurídica, contrasta também com o próprio princípio do Estado de Direito, ao qual a segurança serve de suporte. A conclusão parece lógica e insofismável, razão por que há que levar a sério o argumento no sentido de que a utilização do art. 27, esteada no excepcional interesse social, é inconstitucional por desconformidade aos princípios fundamentais da Constituição.[535]

As advertências assinaladas pela autora são relevantes e merecem atenção. Realmente, a fluidez e ambigüidade no significado da expressão "excepcional interesse social" parecem tornar o preenchimento do conceito um processo cujo resultado parece ser imprevisível, como quer a autora. A situação agrava-se ainda mais diante da negligência da doutrina em dissecar tal conceito jurídico indeterminado estabelecendo balizas claras. Todavia, levando-se em consideração que, ao lado das razões de segurança jurídica, o excepcional interesse social também se presta a estabelecer parâmetros para a aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão, resta à doutrina e ao meio acadêmico densificar suficientemente essa noção para vedar a sua utilização arbitrária e abusiva.

Retomando o ponto de partida nesse aspecto, Gilmar Ferreira Mendes delineia os principais contornos do art. 27 em tela nos seguintes termos, agora repisados:

> Tal como observado, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-

[535] A autora adverte que: "Ainda que se refute o argumento, não se pode descurar da advertência, já feita em precedente jurisprudencial citado nesta pesquisa, de que o afastamento do efeito *ex tunc* somente ocorre após severo juízo de ponderação que, fundado no princípio da proporcionalidade e nas regras argumentativas anteriormente sugeridas, faça prevalecer a segurança jurídica ou *outro princípio constitucionalmente relevante* que venha a assumir a forma de excepcional interesse social" (como conclui o Ministro Gilmar Mendes em alguns de seus votos, que serão vistos adiante). "A premissa fundamental a ser registrada é que, em todo caso, a proteção dos efeitos de norma inconstitucional deve-se apresentar como a melhor alternativa para assegurar a normatividade da Constituição como um todo, preservando-se, assim, a integridade da ordem jurídica. Em razão disso, a interpretação, com base no expecional interesse social, subordina-se ao mesmo tipo de exame anteriormente sugerido e às mesmas regras de prevalência lógico-formal e material propostas neste trabalho" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 166-167).

> aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.[536]

Embora o princípio da nulidade permaneça como regra geral no ordenamento brasileiro, excepcionalmente a sua incidência é passível de afastamento mediante severo juízo de ponderação fundado no exame do princípio da proporcionalidade quando prevaleça outro princípio constitucionalmente importante que se manifeste sob a rubrica do excepcional interesse social. Aqui, parece que verificamos a um só tempo tanto a excepcionalidade da medida como também a sua necessária recondução ao texto constitucional. Quando se afasta do fundamento próprio de estatura constitucional, certamente esvazia-se a aplicação de tal conceito jurídico indeterminado, fazendo-o sucumbir por ilegítimo.[537]

Verifica-se, portanto, que a atenuação do princípio da nulidade, tradicional no direito brasileiro, deve submeter-se a severo juízo de ponderação, no qual se verifica a prevalência da idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. A sua mitigação justifica-se por fundamento constitucional próprio, cuja dignidade é suficiente para fazê-lo ceder espaço na situação

---

[536] Em seguida, o autor disserta que: "O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1204, grifamos). Em outra obra, o autor já assinalara que: "Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), 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 possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional" (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 323-324). No mesmo sentido: JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 20.

[537] No mesmo sentido, e com base na Exposição de Motivos da Lei n. 9.868/99, Daniel Sarmento expõe que: "Ora, a questão dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade envolve uma típica ponderação de interesses. De um lado da balança, coloca-se o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional, e do outro, eventuais interesses de estatura constitucional, que poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão, e que estão compreendidos dentro da genérica alusão a 'razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social' estampada no art. 27 da Lei 9.868". Em conclusão ao seu estudo, o Professor assinala que: "Uma Constituição dirigente e compromissória como a Carta de 1988, regendo uma produção legislativa anárquica e inflacionada como a brasileira, suscita, naturalmente, problemas de alta complexidade no controle de constitucionalidade. O equacionamento satisfatório destes problemas nem sempre se compadece com o dogma da eficácia retroativa das decisões de inconstitucionalidade. É preciso, por isso, flexibilizar este dogma, reconhecendo a faculdade do Judiciário de temperá-lo, sempre que as circunstâncias da vida e os valores constitucionais o exigirem" (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 41 e 43). No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Parecer: 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**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 269.

submetida à apreciação. Não se trata de justificar a mitigação do princípio da nulidade por razões de conveniência ou oportunidade, ou ainda, considerações de política judiciária.[538]

O exercício do processo da ponderação que se coloca quando cuidamos do art. 27 pressupõe um câmbio no exame unidirecional do agrupamento das normas que geralmente são cotejadas para que a análise seja capaz de contemplar também de modo multidirecional aquelas comparações decorrentes dos correspondentes efeitos de cada norma cotejada.[539]

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, o senso de justiça social é que deve guiar o juízo sobre o tal interesse social. Aquele senso deve ser compreendido como "a percepção de um desequilíbrio desporporcional nos interesses sociais em questão, a provocar mais prejuízos do que resultados positivos". Em seguida, o autor contrapõe os dois lados da mesma moeda:

> A isso conduz a questão do interesse social relevante. Por exemplo, no caso de vigência de norma tributária, de um lado, o interesse do contribuinte num quadro de possível crise de larga escala. De outro, o interesse da coletividade em evitar um prejuízo ao erário, levando-se em conta o efeito altamente negativo da nova jurisprudência para o mercado nacional, na certeza de que o prejuízo para as finanças públicas pudesse encontrar outras soluções.[540]

Em matéria tributária, como temos salientado, o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico não deve (im)pressionar. De fato, sendo possível cogitá-lo no extremo das pontas contrapostas (sob a perspectiva dos contribuintes e do Fisco),

---

[538] Questão que certamente surge neste ponto diz respeito à eventual precedência *prima facie* de certos princípios constitucionais, como o da segurança jurídica ou outros que buscam proteger os direitos e garantias dos indivíduos, em detrimento do princípio da nulidade ora examinado. Inicialmente, parece ser possível imaginar alguns princípios constitucionais que assumiriam posições de precedência em relação ao princípio da nulidade, consideradas as suas maiores estaturas axiológicas. Mais do que isso. Em algumas hipóteses, poderá ser recomendável lançar mão de tal precedência, justamente como forma de se evitar as mazelas que decorreriam de razões de conveniência ou oportunidade, ou ainda, considerações de política judiciária (subjetivismo).

[539] Melhor explicado: "A preservação do postulado da supremacia da Constituição exige uma mudança no objeto da interpretação das normas em face da Constituição: exige que se ultrapasse a análise unidirecional entre norma legal inferior e norma constitucional superior violada em favor de uma análise multidirecional entre a norma legal inferior, os efeitos por ela produzidos, e várias normas constitucionais superiores. Parte-se, assim, da análise da *norma* isolada para contemplar também a análise de seus *efeitos*, que são protegidos por outras normas. O processo de ponderação resulta do agrupamento de todas essas normas e razões de decidir, para, obedecendo ao critério da *coerência*, orientar o intérprete sobre a direção a ser tomada na decisão" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 70).

[540] Na seqüência, explica que: "Na ponderação das razões, diante de uma situação de reversão possível dos atos pregressos, mas que comprometa, sem culpa dos interessados na mesma situação, a confiança na Justiça e o sentido de razoabilidade de suas decisões, faz sentido que o Tribunal opte por providência menos gravosa ao sistema jurídico" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 27-28). Precisamos contextualizar os trechos que destacamos. Tercio Sampaio Ferraz Junior escreveu o estudo do qual pinçamos alguns trechos para defender a idéia de que é possível e recomendável a aplicação do efeito *ex nunc* nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Veremos adiante que, a exemplo da competência do STF na proteção da Lei Maior, o autor estende esta idéia também para a competência do STJ na proteção do ordenamento federal. Concordamos com suas colocações apenas e tão somente se esta função puder reconduzir à maior efetividade do texto constitucional. Caso isto não ocorra, e a decisão do STJ (ou qualquer outro tribunal) se restrinja aos aspectos infraconstitucionais da questão, então discordamos, como veremos no próximo tópico.

chegamos à conclusão de que é levado em consideração – de modo legítimo – nas providências prévias ao litígio (que será solucionado com a tomada da decisão judicial).

3.3.5 O Supremo Tribunal Federal (e os outros tribunais)

Inicialmente, insta salientar que, para a modulação dos efeitos no âmbito tributário, há de constar prévio pedido da parte interessada no modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.[541]

Cabe registrar que a possível restrição dos efeitos da decisão nas situações excepcionais e delimitadas pelo art. 27 é faculdade ("poderá"), e jamais obrigação ("deverá").[542] É relevante assinalar, ademais, que tal faculdade ("poderá") permite aos órgãos jurisdicionais colegiados que apliquem a restrição excepcional dos efeitos de suas respectivas decisões. Trata-se de hipóteses excepcionais e específicas que buscam o atendimento mais eficaz da própria vontade constitucional, inclusive com a recondução dos argumentos envolvidos no debate aos elevados parâmetros constitucionais.

Todavia, caso não haja qualquer relação direta entre o ato legislativo impugnado e o juízo de constitucionalidade, ou seja, se a questão se limitar única e exclusivamente aos aspectos infraconstitucionais (e sem maior concretização de norma constitucional), esse

---

[541] Esta pode não ser a orientação necessária para a generalidade das áreas do Direito, mas deve prevalecer na seara tributária. É que, aqui, os direitos em jogo são sempre disponíveis. Além disso, há uma relevante distinção entre os modelos abstrato (pela via da ação direta) e concreto (pela via dos recursos) de controle de constitucionalidade. No primeiro, a interpretação em torno da compatibilidade e aplicação da lei com a Lei Maior é ampla, permitindo, em tese, que a Corte levante o tema da modulação de ofício. Cuidando-se do modelo difuso, contudo, para atender aos elevados princípios constitucionais referentes ao processo judicial deveria ser ouvida a outra parte da lide.

[542] No mesmo sentido: "A lei diz expressamente que o STF 'poderá' restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e não que 'deverá' fazê-lo, o que deixa claro a natureza não vinculativa da determinação. Assim, compete à Corte avaliar juridicamente o caso concreto e, presentes os demais requisitos autorizadores, determinar ou não a restrição dos efeitos da decisão" (CIMINELLI, Selma. Contribuições Previdenciárias – Prescrição e Decadência – o Entendimento do STF – uma Questão de Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez 2008, p. 116). No sentido contrário: "O Tribunal Superior, ao alterar sua jurisprudência consolidada, mais do que a faculdade, tem o inafastável dever de limitar os efeitos temporais da nova orientação, preservando fatos ou situações ocorridos sob a égide da orientação anterior, bastando, para tanto, estejam presentes '*razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social*' (art. 27, *in fine*, da Lei n. 9.868/1999), sopesáveis caso a caso" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 72-73).

esgotamento abaixo do patamar da Lei Maior não deve permitir a aplicação da restrição dos efeitos da decisão do órgão jurisdicional colegiado (STF, STJ, TRFs e TJs, dentre outros).[543]

Releva notar que a competência do STF para aplicar a modulação temporal dos efeitos de suas decisões evidencia-se pela finalidade peculiar do instituto jurídico. Objetiva alcançar maior efetividade ou concretude ao texto constitucional em situações excepcionais, nas quais o reconhecimento do "vácuo legislativo" decorrente da declaração de inconstitucionalidade de certo ato normativo seria mais danoso do que o convívio de tal ato provisoriamente.

Levando-se em conta que o fiel cumprimento da Constituição amplia-se muito além da competência do STF, abarcando vários outros tribunais do País, então os demais órgãos jurisdicionais colegiados também podem lançar mão do mecanismo da modulação quando indicar uma otimização na leitura constitucional do tema que lhe foi submetido à apreciação.

Tercio Sampaio Ferraz Junior defende a atribuição do efeito *ex nunc* a decisões do STJ, quando elas, em última instância, cuidem da legalidade e da guarda da legislação federal. Em síntese, os principais argumentos que o autor sustenta em favor da referida atribuição do efeito *ex nunc* a decisões do STJ são os seguintes: a sujeição pela Administração Pública ao princípio da não-surpresa; a aplicação do princípio da irretroatividade que abrange também as próprias decisões judiciais; vez que, na forma de precedentes, depois de transcorrido um prazo razoável, a jurisprudência reiterada pode ser considerada uma espécie de direito vigente; e, por fim, mediante a "indução amplificadora" pretende invocar um princípio ínsito ao exercício da competência judicativa para estender os critérios previstos no art. 27 da Lei n.9.868/99 e no art. 11 da Lei n.9.882/99 com base no princípio da razoabilidade.[544]

---

[543] Entendemos que a opinião manifestada a seguir pode confluir no mesmo sentido: "Pareceu aos autores que esse voto [do Ministro Gilmar Mendes, na ADI 2.240, que cuidou da criação ilegítima de município na Bahia] levantara, assim, significativos argumentos para a concessão de efeito *ex nunc*, não só às decisões sobre inconstitucionalidade proferidas pelo STF em última instância, mas também a decisões de tribunal superior, como o STJ, quando, no âmbito de sua competência, decidem, em instância definitiva, sobre *legalidade*, mais propriamente, sobre *vigência de lei federal*" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. XXX). Compreendemos que o núcleo agudo da questão jurídica possa situar-se no campo da legalidade, mas entendemos que a sua relação com o texto normativo é necessária, sob pena de se limitar única e exclusivamente ao campo da legalidade (e sem qualquer projeção na seara constitucional). Caso essa opinião expressada na apresentação da obra citada se distancie do entendimento que explicitamos, então discordamos pela falta do liame necessário entre a restrição do efeito das decisões dos órgãos jurisdicionais colegiados e o mais adequado cumprimento da vontade constitucional, como já explicamos antes.

[544] A respeito da irretroatividade, confira o seguinte trecho que a coloca em posição de destaque na doutrina do Professor: "Ora, é nesse contexto que a não-retroatividade ganha sentido. Trata-se de respeitar o passado, precavendo-se de tornar ilusórias, retrospectivamente, as expectativas então legítimas. Pela proibição da retroatividade, uma ocorrência no passado supõe-se como tendo uma consistência duradoura, que merece respeito: coisas foram ditas e feitas, promessas foram trocadas, normas editadas e, no seu momento, isto teve um peso e uma importância inclusive para o futuro. O princípio da irretroatividade resgata e sustém esse passado em face do futuro, sendo acolhido no presente. E é assim que, ao fazê-lo, *confere sentido vinculante às promessas* em um sentido amplo: o que ocorreu *compromete*" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 1-2 e 8, *apud* OST, François. Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme. **Journal des Tribunaux**, 1999, p. 99-2).

O princípio da não-surpresa está consubstanciado tanto na jurisprudência[545] como também na legislação.[546] A sedimentação da jurisprudência pode contar com "certa presunção de correção", e não implica necessariamente ofensa do princípio da independência e da livre convicção do juiz.[547]

Na ótica do autor, a situação da atribuição do efeito *ex nunc* no âmbito do STF equivale à competência do STJ de preservar a autoridade da lei federal e uniformizar o seu entendimento. Tal aproximação não cuida de uma aplicação analógica. Com efeito, o procedimento é o da "indução amplificadora", no qual a razoabilidade assume papel de destaque. Em outras palavras, o autor defende que: "Ora, em nome da razoabilidade, é possível entender a extensão *abdutiva*, para o STJ, da competência legal do STF referente à possibilidade de conferir efeito *ex nunc* às suas decisões".[548]

---

[545] De fato, destaca-se o seguinte trecho de ementa do STJ neste sentido: "II – Não se nega ao Executivo o direito, e até o dever, por motivos conjunturais, de alterar a alíquota do imposto de exportação (CF, art. 153, II, § 1º). No caso concreto, porém, a impetrante já havia obtido autorização para exportar 400.000 toneladas métricas de açúcar para o exterior pelos períodos de 95/96 e 96/97. Assim, dentro das condições da época (alíquota de 2%), firmou contratos para atingir seu objetivo. A nova alíquota (40%), ainda que legalmente alterada, se mostrou desarrazoada e altamente ruinosa para a empresa. Violação do devido processo, em seu aspecto substantivo. III – Segurança concedida" (STJ – 1ª Seção, MS 4.772, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 12.11.1997, DJU 08.04.1998). No mesmo sentido: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 8-9.

[546] No plano legal, basta citar que o inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99, que estabelece a Lei do Processo Administrativo, dispõe que: "[...] interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação". O autor exemplifica que: "Consoante esse princípio, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por exemplo, em sua atividade judicante, quando, ao decidir, inaugura entendimento novo em face de reiterada jurisprudência anterior, o proclama só para casos futuros e deixa de aplicá-lo para casos anteriormente ocorridos, isto é, cuja ocorrência é anterior ao novo entendimento, inclusive o caso em julgamento". Em realidade, este princípio já era positivado pelo art. 146 do CTN, o qual permite a expansão da segurança, da irretroatividade para alcançar também a lei como a sua inteligência no tocante à certeza e à confiança. Pode ser usado também nas decisões do contencioso administrativo e das próprias decisões judiciais prolatadas reiteradamente por tribunal superior (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 8-13).

[547] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 13-14. No mesmo sentido: "A jurisprudência, consolidada em norma judicial, não perde seu caráter de sentença e configura, como vimos, a diretriz, a *ratio decidendi*, a resposta idêntica que se dá à mesma questão geral comum – que pode unir os mesmos casos em um mesmo grupo – mas não pode se estender a outra casuística não examinada pelos Tribunais, não pode ser aplicada como solução para outras questões gerais, estranhas e não examinadas pelo Poder Judiciário. Essa perspectiva, que diferencia as normas judiciais, não poderemos perder de vista. É ela que justifica o uso cauteloso do princípio da irretroatividade das leis às modificações jurisprudenciais (e não uma equiparação, sem mais)" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 533-534).

[548] O autor pontua algumas relevantes distinções sobre o tema: "Não se trata, com efeito, propriamente, de uma aplicação analógica (analogia), mas da invocação de um princípio ínsito ao exercício de uma competência judicativa: a razoabilidade, cuja repercussão no plano dos fatos, por se tratar de um pronunciamento em última instância (legalidade: vigência de lei, Decreto-lei, medida provisória), pode trazer grave ameaça ao interesse público". "Tratando-se de um raciocínio ampliativo em particular, é também conhecido na lógica jurídica como *raciocínio abdutivo* ou *abdução*, o qual não se limita à preservação da verdade das premissas na conclusão (dedução), mas que busca novas informações a partir das premissas, com base em certos parâmetros de coerência" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e

"Com fundamento na razoabilidade, a questão, portanto, está nos *critérios* que devem ser respeitados ao conferir-se o efeito *ex nunc à decisão judicial* do Tribunal, para se lhe configurar a certeza e a segurança do direito justo", explica Tercio Sampaio Ferraz Junior. É a partir da leitura do art. 105 da Lei Maior, que consagra o STJ como o "guardião do ordenamento jurídico federal", com as competências primordiais de resguardar a vigência de lei federal e a harmonização de sua respectiva jurisprudência, que o autor propõe os seguintes critérios para a atribuição do efeito *ex nunc*:

> - *situação não desejada pela vontade do legislador racional* (coerência) à luz do princípio da razoabilidade;
> - *manifesto conflito entre valores da mesma hierarquia*;
> - *desequilíbrio desproporcional nos interesses sociais* à luz de um princípio de justiça (*justeza* das relações em termos de igualdade proporcional);
> - *senso do justo* em termos percepção de um interesse social que, nas circunstâncias, se destaca dos demais interesses em jogo.[549]

Acolhemos a restrição dos efeitos da decisão acerca da legalidade (ou vigência de lei federal) se houver uma aproximação com a Lei Maior, no sentido de torná-la mais efetiva e dotá-la com maior concretude a partir da restrição pretendida. Caso contrário, se a situação esgotar-se na esfera infraconstitucional (sem qualquer relação direta com os elevados ditames constitucionais), então entendemos que a restrição dos efeitos de tal decisão é ilegítima.

Roque Antonio Carrazza, através da aplicação analógica (interpretação extensiva) do art. 27 da Lei n.9.868/99 e do auto-aplicável princípio constitucional da segurança jurídica, amplia aos demais Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE) a prerrogativa expressamente atribuída ao STF.[550] Em síntese, assevera que: "Todos os Tribunais Superiores

---

jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 23-25).

[549] O autor acrescenta que: "Assim, ao aplicar-se um novo entendimento jurisdicional (cuja consistência não é discutida), afastando-se a jurisprudência até então mansa e pacífica, entram em contraste dois valores importantes: um, a regra do efeito *ex nunc* da sentença declaratória, outro, a segurança jurídica em termos de sérios comprometimento da confiança na estabilidade legislativa". Por fim, arremata que: "Assim, nada obsta que, na hipótese de uma nova jurisprudência vir a alcançar determinadas situações de fato, objeto de casos propostos na confiança do precedente antigo, ofender o dogma da isonomia, o tribunal percaba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito *ex tunc*), cria uma situação *não-desejada pela vontade do legislador racional*. Com base em critérios de *razoabilidade*, essa consideração é possível e, de certo modo, até impositiva, em nome da justiça e da segurança jurídica" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 25-28).

[550] O entendimento do Professor de que a mera ilegalidade é suficiente para a aplicação do instituto jurídico da modulação é claramente explicitada na seguinte passagem: "Deveras, proscrever a analogia que ora se preconiza, quando a mudança da orientação jurisprudencial de um Tribunal Superior possa causar comoção, implicaria deixar os jurisdicionados, nos casos de controle difuso da constitucionalidade ou da legalidade, à mercê da insegurança jurídica. Nestas situações, também uma declaração incidente de inconstitucionalidade ou de ilegalidade poderá ter sua eficácia temporal prudentemente dimensionada pelo Poder Judiciário" (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**.

têm competência para dar tais efeitos às decisões que quebram jurisprudências consolidadas, por força de uma interpretação analógica (extensiva) do art. 27, da Lei n.9.868/99”.[551]

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior formula a seguinte indagação a respeito do ponto: “Será que outros tribunais poderiam, também, pronunciar a inconstitucionalidade de lei e de atos normativos com o mesmo poder [de fixar no acórdão o termo inicial da declaração efetiva da inconstitucionalidade]?” Em resposta, o autor entende que sim. Dedicado especificamente ao caso próprio do STJ – situação que estende aos demais tribunais superiores –, o autor afirma que segue o modelo traçado pelo art. 27 da Lei n.9.868/99.[552]

Em princípio, entendemos que é ilegítima a restrição dos efeitos de uma decisão proveniente de um juiz singular. Embora seja cabível vislumbrar tal possibilidade em tese, na prática entendemos que a excepcionalidade requerida para sua aplicação, a crescente inexperiência (profissional e pessoal) do magistrado (concursado cada vez mais cedo) e os elevados índices de recorribilidade das decisões de primeira instância, recomendam retirar tal

---

2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 68 - grifamos). Diferente de focar-se apenas e tão somente no aspecto constitucional, ou na sua recondução quando se cuidar da seara própria da legalidade, o Professor dedica-se a explicar a necessidade de o Tribunal Superior aplicar a modulação temporal dos efeitos de sua decisão na hipótese em que altera a jurisprudência anteriormente consolidada. Nesse sentido, as considerações finais de seu estudo sobre o tema esclarece que: “Todas as linhas de argumentação desenvolvidas levam à insofismável conclusão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, não existem óbices, mas, pelo contrário, prevalecem relevantes princípios jurídicos, no sentido de que qualquer Tribunal Superior, ao alterar sua jurisprudência consolidada, mais do que a faculdade, tem o inafastável dever de limitar os efeitos temporais da nova orientação, preservando fatos ou situações ocorridos sob a égide da orientação anterior, bastando, para tanto, estejam presentes ‘*razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social*’ (art. 27, *in fine*, da Lei n. 9.868/1999), sopesáveis caso a caso” (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 70).

[551] CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 72. No mesmo sentido: “De fato, não há necessidade de que lei ordinária discipline a matéria. Afinal, os princípios da irretroatividade das modificações jurisprudenciais, a proteção da confiança e a boa-fé objetiva são dedutíveis diretamente da Constituição da República. São inerentes às expectativas normativas, formadas pelas deicsões uniformizadoras dos tribunais superiores, que se tornam vinculantes para os tribunais inferiores. A jurisprudência consolidada é norma judicial, abstrata e genérica, por isso os tribunais superiores têm o dever de modular os efeitos das modificações que introduzem de modo surpreendente” (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 562).

[552] E ainda vai mais longe. Parece ampliar tal faculdade excepcional aos demais tribunais e juízes, nos âmbitos federais e estaduais, bem como nas três funções que dividem o poder nacional (Judiciário, Legislativo e Executivo) e nas quatro esferas da Federação (federal, estadual, distrital e municipal). Neste sentido: “Nos tribunais estaduais existe, ainda, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por controle abstrato (concentrado), desde que a Constituição estadual o preveja por ação direta (ADIn estadual)”. Assevera que: “O modelo federal deve ser seguido pelos órgãos públicos federais, como pelos estaduais, compreendidos na expressão órgãos públicos os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, nas quatro esferas (federal, estadual, distrital e municipal)”. O autor coloca lado a lado as razões de segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da irretroatividade do direito, todas como capazes de fundamentar a aplicação do efeito *ex nunc* ou até mesmo da eficácia *ad futurum* para as decisões judiciais que reconheçam a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tanto em sede abstrata como também concreta de controle de constitucionalidade (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 102-104).

faculdade (ainda que excepcional) de suas mãos, ao menos nesse momento de crescente amadurecimento do tema.

Além disso, a necessária convergência da maioria qualificada prevista no art. 27 da Lei n.9.868/99, como delimitação legal que oferece parâmetro capaz de atender à exigência constitucional da segurança jurídica e da cláusula da reserva de plenário, parece ser mais interessante nesse momento. É que, ao menos em tese, o debate que pode surgir no órgão colegiado aponta para uma decisão mais refletida e ponderada, especialmente quando tomada por magistrados majoritariamente de carreira e, portanto, com mais experiência (profissional e pessoal).[553]

Um contraponto necessário, no entanto, diz respeito ao objetivo subjacente a toda essa sistemática de modulação (atender ainda mais a vontade constitucional em situação excepcional na qual a inconstitucionalidade perpetrada pode ser tolerada durante certo tempo). Sob esse ponto de vista, André Dias Fernandes entende que é facultada a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelos juízos de 1º grau e pelos tribunais no âmbito próprio do controle incidental de constitucionalidade das leis, "*com espeque no princípio da proporcionalidade*, que também deve orientar a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com esteio no art. 27 da Lei n.9.868-99".[554]

De fato, no trecho conclusivo de sua obra, o autor argumenta que:

---

[553] Ademais, seria possível trazer ao debate a velha máxima pela qual aquele que pode o mais pode o menos, ou seja, se ao juiz singular é permitido realizar o juízo acerca da constitucionalidade (inclusive com a declaração de inconstitucionalidade), então também lhe deve ser facultada a possível modulação dos efeitos de tal decisão. Entendemos, em princípio, que isso parece tornar regra o que deve(ria) ser exceção, ou seja, seria verdadeira vulgarização e ordinarização de mecanismo tão excepcional. De fato, vimos que a própria declaração de inconstitucionalidade é (ou deveria ser) excepcional. Dentro de tal hipótese (já) excepcional, a modulação dos seus efeitos é ainda mais excepcional (como se fosse duplamente excepcional). Daí porque nos parece que esta última faculdade deve ser minimamente reservada à segunda instância que, no Brasil, significa a quase totalidade dos casos, especialmente considerando a remessa oficial nas causas tributárias.

[554] Para o autor: "De fato, as mesmas razões que justificam a restrição dos efeitos nos processos abstratos, previstas no art. 27 da Lei n. 9.868-99, podem igualmente estar presentes nos processos subjetivos, legitimando assim a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos processos subjetivos". Explica ainda que: "A diferença está em que nos processos *subjetivos* não há necessidade de obediência ao *quorum* qualificado de 2/3 para restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como na possibilidade de qualquer juízo de 1º grau ou Tribunal proceder a essa restrição eficacial, justamente porque essa restrição de efeitos não se lastreia no art. 27 da Lei n. 9.868-99 (aplicável apenas ***ao STF*** e aos ***processos abstratos***), mas na própria Constituição, designadamente no princípio da proporcionalidade" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 246). No mesmo sentido, Ricardo Lodi Ribeiro explica que "é possível, mesmo no controle difuso da constitucionalidade exercido por qualquer juiz ou tribunal, a despeito dos efeitos individuais desta e de tal situação não ser prevista pela Lei n. 9.868/99, estabelecer a produção de efeitos prospectivos para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, a partir da ponderação de interesses entre a segurança jurídica, que recomenda a manutenção dos posicionamentos pretorianos, e o primado da Constituição, a indicar a alteração" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A COFINS, a Súmula n. 276 do STJ e o princípio da proteção da confiança legítima. **Fiscosoft**. São Paulo, 04.01.2008. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?pid=162983>. Acesso em: 02.08.2009).

> A fixação de um momento a partir do qual a decisão de inconstitucionalidade do STF passaria a produzir efeitos *não impede* que qualquer juiz ou Tribunal declare incidentemente a inconstitucionalidade da norma antes ou durante o intervalo de tempo que vai da decisão do STF até a data prefixa para a produção de seus efeitos, justamente porque a norma inconstitucional é *absolutamente nula*, de pleno direito.[555]

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a 1ª Seção admitiu a aplicação do efeito *ex nunc* (que é uma das espécies possíveis de modulação temporal dos efeitos de uma decisão) em acórdão assim ementado:

> ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.
> 1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.
> 2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87 e 88).
> 3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.
> 4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.
> 5. Segurança denegada.[556]

---

[555] Em seguida, o autor continua asseverando que: "Com efeito, o que o art. 27 da Lei n. 9.868-99 autoriza é a restrição dos efeitos da DECLARAÇÃO do STF sobre a inconstitucionalidade da norma, e não a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade mesma. Portanto, essa restrição eficacial não incide sobre a norma em si, que pode continuar sendo objeto de controle concreto pelos juízes. Assim, a decisão do STF de restringir os efeitos de sua própria decisão não prorroga a vigência da norma, nem a imuniza contra o controle concreto, no qual, aliás, poderão ser mantidos (ou não...) os efeitos concretos até então produzidos pela norma inconstitucional. A essa luz, a finalidade da restrição eficacial autorizada pelo art. 27 da Lei 9.868-99 seria a de evitar que, em razão da retroatividade da decisão do STF declaratória da nulidade em abstrato, se apagassem todos os efeitos já produzidos pela norma inconstitucional, bem como a de *sinalizar fortemente* no sentido de que devem ser mantidos os efeitos concretos já produzidos até a data prefixa na decisão do STF. Portanto, conquanto *não vincule os juízes no controle concreto*, a restrição efetuada pelo STF nos efeitos de sua própria decisão com base no art. 27 da Lei 9.868-99 indica que, *se não houver nenhuma razão específica no caso concreto que contra-indique a manutenção dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF*, o juiz deverá resguardar como válidos tais efeitos. Assim, *ao que se deduz da própria literalidade do art. 27 da Lei 9.868-99*, a decisão restringente do STF opera diretamente apenas no plano abstrato, e não no plano concreto" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 290-291).

[556] O acórdão foi lavrado do seguinte modo: "Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça 'A Seção, por maioria, denegou a segurança para considerar legítima a declaração de inidoneidade com efeitos 'ex nunc', respeitados os contratos já firmados. Concluiu, ainda, a Seção, que o presente resultado não influi nas eventuais suspensões ou rescisões de contratos anteriores à declaração de inidoneidade por vícios próprios. Votou vencido, em menor extensão, o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda, que concediam parcialmente a segurança, também votaram vencidos" (STJ – 1ª Seção, MS 13.101, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ ac. Min. Eliana Calmon, j. 14.05.2008, DJE 09.12.2008). A notícia repercutiu como a primeira aplicação efetiva pelo STJ do mecanismo da modulação: "O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu pela primeira vez uma decisão em que admite o mecanismo da modulação, com o qual limitou os efeitos de uma norma editada pelo governo federal. Com a medida, o tribunal declarou a legalidade de uma determinação, de julho de 2007, da Controladoria Geral da União (CGU) que impediu a execução de contratos firmados com a empresa Gautama. A corte, no entanto, entendeu que a determinação não se aplica aos contratos anteriores a julho de 2007. A declaração de inidoneidade feita pela CGU vinha sendo contestada pela Gautama, que solicitou ao STJ a 'modulação' dos efeitos da decisão para preservar contratos já firmados" (TEIXEIRA, Fernando. STJ usa mecanismo da 'modulação' em processo de licitação. **Valor Online**. São Paulo, 16.02.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 16.02.2009. Opostos embargos de declaração, foram eles recebidos sem efeitos modificativos, por unanimidade (STJ – 1ª Seção, MS 13.101-ED, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.05.2009, DJE 25.05.2009).

Verifica-se, pela leitura integral do acórdão, que o julgamento passou necessariamente por relevantes pontos constitucionais, como a inexistência de violação ao devido processo legal, ao contraditório e ao princípio da proporcionalidade, bem como a constitucionalidade da sanção aplicada ("declaração de inidoneidade" prevista na Lei de Licitações) no caso concreto então submetido ao exame daquela Corte.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, cabe registrar que há julgados tanto no sentido de que cabe a aplicação da modulação temporal dos seus efeitos, sob o fundamento de reduzir o impacto de suas decisões,[557] como também no sentido contrário, inadmitindo-a, vez que o art. 27 deveria ser aplicado apenas e tão somente nas hipóteses excepcionalíssimas dentro do universo de julgamento das ações diretas e não se coadunam com a sentença eminentemente declaratória em controle difuso.[558]

Sucede que, paulatinamente, a possível aplicação da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais vai se espraiando para além das fronteiras da Suprema Corte, ou seja, já

---

[557] De fato, admitindo a possível aplicação na questão jurídica em torno da exclusão da parcela do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS: "Tributário e Processual Civil – ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS – Mudança de entendimento jurisprudencial e modulação temporal consequente – Embargos de Declaração da FN: aparente contradição – Efeitos a partir do trânsito em julgado: inexistência de 'indébito' – Embargos de Declaração da FN providos em parte. 1. Constitui 'contradição' intrínseca a aplicação de efeitos pretéritos a julgado que adota entendimento contrário à jurisprudência por décadas dominante (sumulada inclusive), que ampara(va) o procedimento fiscal de exigir a inclusão do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS. 2. A eficácia (modulação temporal) do julgado centrado em mudança de interpretação de lei ou de ato normativo, preservando a segurança jurídica e a boa-fé da ação praticada ao abrigo da interpretação abandonada (antes pacífica), deve operar apenas a partir do seu trânsito em julgado, o que afasta a existência ou a caracterização de 'indébitos' (pretéritos) a repetir ou compensar, o que torna superada a questão argüida a título de decadência/prescrição e suposta violação ao art. 166 do CTN. [...]. 4. Embargos de declaração da FN providos em parte. Dispositivo do acórdão embargado alterado para: 'DAR PROVIMENTO, em parte, à apelação da impetrante para, reformando a sentença, CONCEDER, em parte, a segurança, apenas para EXIMIR a autora da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, a partir do trânsito em julgado desta decisão'. Prejudicados os embargos da impetrante" (TRF-1ª Região – 7ª Turma, EDAC 200738010009502, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 14.10.2008, DJU 16.01.2009). A respeito, confira: "Há pelo menos oito decisões proferidas entre junho e outubro deste ano adotando a modulação em segunda instância na sétima turma do TRF [da 1ª Região]". "No caso do TRF, o tribunal limitou o impacto de um acórdão declarando a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, mas fixou sua aplicação apenas a partir do trânsito em julgado da decisão, ou seja, não deu efeito retroativo à sua declaração. Com isso, o contribuinte não ganhou o direito de receber de volta o que foi recolhido indevidamente nos últimos cinco anos" (TEIXEIRA, Fernando. TRF limita impactos de decisões judiciais. **Valor Online**. São Paulo, 20.11.2008. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 20.11.2008).

[558] Com efeito, inadmitindo a possível aplicação na questão jurídica em torno da incidência da Cofins sobre as sociedades civis prestadoras de serviços: "8 – A modulação dos efeitos é expediente conferido a casos excepcionais nos quais a questão discutida extrapola o interesse subjetivo das partes. Por tal razão, a lei a prevê em situações excepcionalíssimas como nos processos abstratos. 9 – A mudança de jurisprudência não dá azo a aplicação dos efeitos prospectivos diante dos limites subjetivos da coisa julgada. 10 – Ainda que assim não fosse, só teria competência para modular os efeitos da decisão, o Tribunal que proferiu o acórdão paradigma, de maneira que, no caso sob apreciação, somente o STJ seria competente para dotar a decisão desta peculiar característica. 11 – Considerando que parte dos pedidos desta ação tem natureza estritamente declaratória, sua respectiva decisão, diante dos basilares Princípios de Teoria Geral do Direito, somente produz efeitos 'ex tunc', não se coadunando, portanto, com o instituto da modulação" (TRF-3ª Região – 6ª Turma, AC 1357085, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 29.01.2009, DJU 16.03.2009). No mesmo sentido, embora cuidando da exigibilidade da contribuição ao INCRA de empresas urbanas, confira: TRF-3ª Região – 6ª Turma, AC 1346618, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 30.10.2008, DJU 01.12.2008.

esteve em debate no âmbito do STJ e, igualmente, vem ganhando espaço nos julgamentos prolatados pelos Tribunais Regionais Federais[559] e pelos Tribunais de Justiça do País.[560]

3.3.6 A maioria qualificada de dois terços de Ministros

Alterações jurisprudenciais fazem parte da dinâmica do direito. Se o processo de mudança legislativa é mais ou menos rígido, se a produção normativa da administração tem uma flexibilidade limitada pela legalidade estrita, é, sem dúvida, na atividade jurisdicional, que o direito conhece seu mais alto grau de adaptabilidade à mudança social, econômica, cultural, no espaço e no tempo. Isso tem muito a ver com a independência do Judiciário num sistema de tripartição dos poderes e com a singela submissão do juiz à constituição e à lei nos termos de sua própria convicção.[561]

Em comentário inicial acerca do art. 200 da Constituição de 1946, que estabeleceu a cláusula da reserva de plenário, Ataliba Pereira Vianna criticou a flutuação jurisprudencial nos tribunais brasileiros e a manutenção por juízes singulares de orientações já superadas perante as instâncias a eles superiores.[562] Em seguida, explicou o objetivo daquele

---

[559] A título meramente ilustrativo, confira os seguintes acórdãos, nos quais houve o debate em torno da questão jurídica da possível aplicação ou não da modulação temporal dos efeitos das decisões em tribunal de segundo grau: TRF-1ª Região – 7ª Turma, AgRMC 200801000558731, Rel. Des. Fed. Rafael Paulo Soares Pinto, j. 19.01.2009, DJE 30.01.2009; TRF-1ª Região – 7ª Turma, EDAC 200738010009502, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 14.10.2008, DJU 16.01.2009; TRF-2ª Região – 3ª Turma Especializada, AC 394.269, Rel. Des. Fed. Francisco Pizzolante, j. 18.11.2008, DJU 01.12.2008; TRF-2ª Região – 4ª Turma Especializada, AG 153.289, Rel. Des. Fed. Alberto Nogueira, j. 23.09.2008, DJU 19.11.2008; TRF-3ª Região – 6ª Turma, AC 1357085, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 29.01.2009, DJU 16.03.2009; TRF-3ª Região – 3ª Turma, AC 1354744, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 08.01.2009, DJU 20.01.2009; TRF-3ª Região – 6ª Turma, AC 1346618, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 30.10.2008, DJU 01.12.2008; TRF-3ª Região – 2ª Seção, EI 895535, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 07.10.2008, DJU 27.11.2008; TRF-5ª Região – 1ª Turma, AC 407583, Rel. Des. Fed. Cesar Carvalho, j. 05.03.2009, DJU 09.04.2009; TRF-5ª Região – Pleno, AR 6.025, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, j. 01.04.2009, DJE 30.04.2009; TRF-5ª Região – Pleno, AR 5.686, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, j. 22.10.2008, DJU 12.12.2008; TRF-5ª Região – Pleno, EDAR 5.471, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, j. 27.02.2008, DJU 23.05.2008.

[560] Como exemplo de possível aplicação do efeito *ex nunc* pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confira o seguinte parecer da lavra do Professor Ives Gandra da Silva Martins, que versou sobre a declaração de inconstitucionalidade pelo seu Órgão Especial de leis do Município de Campinas que dispõem sobre regras de zoneamento na cidade: MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer: Leis municipais com declaração de inconstitucionalidade cinco anos após sua edição – Eficácia 'ex nunc' justificável. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 77, ago 2009, p. 138-152.

[561] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 4.

[562] Confira suas palavras: "Constituiu sempre, preocupação da doutrina a uniformização da jurisprudência de nossos tribunais. Os juízes brasileiros foram sempre, muito ciosos de seu arbítrio, no modo de interpretar e aplicar as leis aos casos concretos. Dessa prerrogativa não só se compenetram os órgãos coletivos da justiça, como os juízes singulares. O juiz de roça nunca se arreceiou de insistir em convicção isolada, por numerosos que fossem os antecedentes dos tribunais,

dispositivo: "Com a providência, se procuraria evitar que a sorte das leis ficasse à mercê de maiorias ocasionais; impedir-se-ia, em matéria de tanta monta, a versatilidade de julgamentos, pelas flutuações na composição dos tribunais".[563]

É curioso notar que esse registro histórico permanece atual, especialmente se considerarmos, juntamente com o Ministro Humberto Gomes de Barros, membro integrante do Superior Tribunal de Justiça, que os tribunais têm desempenhado o papel de "piloto da lancha *banana boat*", cujo principal objetivo é "derrubar as pessoas".[564]

Na Constituição de 1988, a cláusula da reserva de plenário no tocante à declaração de inconstitucionalidade foi estabelecida no seu art. 97[565] e, recentemente, teve o seu alcance

---

em sentido contrário, embora soubessem, de antemão, o fim inevitável a que estaria fadado seu modo de ver pessoal. Os dissídios da jurisprudência foram sempre, freqüentes, entre nós; não só entre tribunais diversos, como na mesma corporação judicial. Acontecimentos fortuitos, como substituições de juízes; minorias ocasionais e outros fatores, não raro derruíram jurisprudências acasteladas em antecedentes vetustos. Várias foram as tentativas, em todas as épocas, para evitar instabilidade que expõe, muitas vezes, os mais relevantes direitos, aos azares de solução, totalmente, imprevista. Tantos são os comprovantes do asserto que qualquer de nós conta em seu acervo profissional, que escusa estribá-lo em exemplos" (VIANNA, Ataliba Pereira. **A Constitucionalidade das Leis**. Tese para concurso à Cadeira de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Rio de Janeiro: s/ed. 1947, p. 16).

[563] Adiante em sua obra, criticou o dispositivo, por entendê-lo um reajuste no equilíbrio dos poderes no sentido do fortalecimento dos poderes políticos e, consequentemente, em detrimento do Poder Judiciário. Nesse sentido, confira: "Interessante é assinalar-se que todos os esforços que se fizeram, nos vários momentos de nossa evolução política, para reajustar o equilíbrio dos poderes, denunciam uma tendência única: o fortalecimento dos poderes políticos, notadamente do executivo, a expensas do judiciário. A proibição aos tribunais de declararem a inconstitucionalidade das leis e dos atos do poder público, sem maioria qualificada, importa em nítida invasão da competência judiciária. A única condição indeclinável para a obrigatoriedade das decisões judiciais e que escusaria ser enunciada para se impor ao acatamento dos tribunais, é a da necessidade de maioria simples para a prolação delas. Seria um despropósito que se obrigasse alguém a decisão tomada por juízes em minoria. Mas a maioria qualificada já introduz nos julgamentos, exigência de formalidade **sui generis**, com o intuito evidente de dificultar o pronunciamento dos juízes" (VIANNA, Ataliba Pereira. **A Constitucionalidade das Leis**. Tese para concurso à Cadeira de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Rio de Janeiro: s/ed. 1947, p. 17 e 37-38).

[564] Nesse sentido: "Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim". "Nas praias de turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados" (STJ – 1ª Seção, AgRg no Resp. 382.736, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ ac. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 08.10.2003, DJU 25.02.2004). Para aprofundamento de algumas conseqüências negativas da flutuação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, sobretudo, na celeuma criada em torno de relevante questão tributária, referente à incidência da COFINS sobre as sociedades de profissões legalmente regulamentadas, ver: ANDRADE, Fábio Martins de. COFINS das sociedades civis de prestação de serviços: compatibilidade da Súmula 276 do STJ com o julgamento do STF (RE 377.457-PR e 381.964-MG). **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 15, n. 75, jul/ago 2007, p. 387-393.

[565] O dispositivo prescreve que: "**Art. 97**. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

reafirmado para abranger também a hipótese de inaplicação da lei ou ato normativo, consoante estabelece a Súmula Vinculante n.10 do Supremo Tribunal Federal.[566]

Tendo em vista que o art. 27 da Lei n.9.868/99 estabelece como requisito procedimental da modulação dos efeitos da decisão a convergência de votos de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (oito votos),[567] verifica-se, por conseguinte, que a restrição é ainda maior do que aquela estabelecida na cláusula constitucional da reserva de plenário estabelecida pelo art. 97 (maioria absoluta ou, no caso do STF, seis votos).[568]

Por vezes, tamanha convergência pode não ser alcançada, razão pela qual é mais difícil colecionar oito votos convergentes no sentido da modulação dos efeitos do que aqueles seis votos necessários para a declaração de inconstitucionalidade ou inaplicação da lei.[569]

Daniel Sarmento explica que "a exigência de um *quorum* qualificado de dois terços para modificação da eficácia temporal da decisão, também se nos afigura positiva, na medida que visa impedir uma possível banalização das decisões prospectivas no controle de constitucionalidade das leis".[570]

---

[566] Eis o seu teor: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

[567] Releva assinalar 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" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 58).

[568] No mesmo sentido: "É que o *quorum* fixado pelo art. 97 da Constituição Federal de 1988 é aquele exigido para a declaração de inconstitucionalidade, que vem, simetricamente, reproduzido no art. 23 da mesma Lei n. 9.868/99, de modo que essa lei em nada afronta aquela disposição constitucional. O *quorum* de dois terços exigido pela lei não diz respeito à declaração de inconstitucionalidade, mas apenas à modulação dos efeitos, que é uma etapa lógica e cronologicamente posterior ao exame e confirmação da inconstitucionalidade. É de se entender que a exigência é salutar. Trata-se de um requisito que *reforça*, no aspecto formal, a decisão que venha a superar a regra da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Essa disposição vai, portanto, ao encontro da tese, mais adiante firmada, no sentido de que também materialmente, isto é, no que diz respeito aos seus fundamentos e argumentos, a decisão deve ser *reforçada*" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 58-59).

[569] Cabe destacar um exemplo. Confira o trecho da seguinte ementa que evidencia a violação aos princípios da igualdade e da razoabilidade nos critérios de pontuação e desempate de concurso público para serviços notarial e registral em certo Estado da Federação: "CONCURSO PÚBLICO – PONTUAÇÃO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL NO SETOR ENVOLVIDO NO CERTAME – IMPROPRIEDADE. Surge a conflitar com a igualdade almejada pelo concurso público o empréstimo de pontos a desempenho profissional anterior em atividade relacionada com o concurso público". "CONCURSO PÚBLICO – CRITÉRIOS DE DESEMPATE – ATUAÇÃO ANTERIOR NA ATIVIDADE – AUSÊNCIA DA RAZOABILIDADE. Mostra-se conflitante com o princípio da razoabilidade eleger como critério de desempate tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público". A despeito da expressa declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados nesse caso: "O Tribunal, por não ter alcançado o *quorum*, rejeitou a proposta [pelo Ministro Gilmar Mendes] de aplicação de efeito *ex nunc* à decisão, sendo, portanto, aplicável a eficácia *ex tunc*" (STF – Pleno, ADI 3.522, Rel. Marco Aurélio, j. 24.11.2005, DJU 12.05.2006).

[570] Contudo, é importante destacar que: "Alguns doutrinadores de escol, como o Professor Luís Roberto Barroso, manifestaram seu temor diante de possíveis abusos que poderiam advir da nova faculdade outorgada ao Supremo Tribunal Federal. Receia-se que o STF – que, infelizmente, não se tem mostrado tão independente do Executivo como seria

A relevância da exigência normativa do *quorum* qualificado será percebida de acordo com o uso – e eventual abuso – que o Supremo Tribunal Federal vier a fazer da modulação temporal dos efeitos de suas decisões que declaram a inconstitucionalidade de certa lei ou ato normativo. No atual estágio, contudo, evidencia-se que a banalização excessiva e descontrolada na aplicação do instituto é indesejável e tem sido condenada, tanto no plano teórico como também no âmbito da jurisprudência da Corte.[571]

Interessante questão foi levantada em parecer da lavra de Luís Roberto Barroso e que serviu de base para os Embargos de Declaração opostos pelo Conselho Federal da OAB nos autos do RE 377.457, decidido no sentido da constitucionalidade da revogação da isenção da COFINS sobre as sociedades de profissões legalmente regulamentadas.[572]

Tratou-se do delineamento daquela situação como "mudança de jurisprudência" anteriormente consolidada, e não relacionada diretamente ao juízo de constitucionalidade. De um lado, houve a sobreposição da orientação sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.276). De outro, verificou-se a revisão do entendimento anterior da própria Suprema Corte, que inadmitia os recursos ao fundamento de que se tratava de questão exclusivamente infraconstitucional.[573]

Tomada a decisão (e sua correspondente determinação) de modulação temporal dos seus efeitos no âmbito de tribunais diversos que se debrucem sobre o juízo de constitucionalidade (outros, que não o STF), devemos, em cada colegiado específico (órgão

---

desejável (vide a sua lamentável omissão no controle das medidas provisórias) – possa se valer dos seus novos poderes pautando-se por uma lógica das 'razões de Estado', para adotar, como regra, a eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* das decisões desfavoráveis ao Erário e benéficas ao cidadão e ao contribuinte" (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 32). De fato, a doutrina de que a transformação desta exceção em regra seria prejudicial ao regime jurídico da nulidade do ato inconstitucional está nitidamente presente nos estudiosos do tema. Nesse sentido: "A previsão de modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade trata-se de expressa exceção, que não pode se tornar regra, eis que não se pode subverter a essência do regime jurídico na nulidade do ato inconstitucional. Como exceção, há de ser utilizada apenas em situações limites, em que o sistema jurídico não comporte, sob pena de exaustão, a aplicação da retroatividade total" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 19).

[571] Cf. os votos dos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa nos autos da ADI 3.660, Rel. Gilmar Mendes, j. 13.03.2008, DJE 26.03.2008.

[572] Na ocasião, ele sustentou robusto argumento jurídico no sentido da inaplicação do referido art. 27, bastando a maioria absoluta (seis) para o pronunciamento definitivo da Corte Suprema naquele caso quanto à modulação temporal dos efeitos da decisão. A particularidade do caso específico é que o resultado do julgamento foi "equivocadamente" proclamado com empate de cinco votos no sentido de aplicação do efeito *ex nunc* à decisão e cinco votos no sentido de sua inaplicação. Seria necessário, por conseguinte, colher o voto da Ministra Ellen Gracie, ausente justificadamente na sessão de julgamento que examinou a questão.

[573] BARROSO, Luís Roberto. Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. *Quorum* de deliberação. Lei estudo que diz que o STF errou ao cobrar COFINS retroativa. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-24/leia_estudo_stf_errou_decidir_cofins>. Acesso em: 05.02.2009. Retomaremos este ponto em tópico específico, quando analisarmos adiante a relevante questão tributária da COFINS – Sociedades profissionais.

especial ou pleno quando cuide da declaração de inconstitucionalidade), chegar ao quoeficiente suficiente para que a prescrição legal relacionada à maioria qualificada de dois terços dos Ministros (ou desembargadores ou juízes dos órgãos jurisdicionais colegiados) seja plenamente atendida, sob pena de ilegitimidade ou nulidade.

3.3.7 A regra geral da retroatividade temporal da decisão (efeito *ex tunc*)

No item dedicado à natureza jurídica da inconstitucionalidade e seus efeitos, referimos que o conhecimento tradicional relaciona a regra geral da retroatividade (com a aplicação do efeito *ex tunc*) à decisão judicial declaratória acerca do juízo de constitucionalidade.

A natureza declaratória da decisão judicial que proclama a inconstitucionalidade de lei é anunciada pela Constituição da República em alguns de seus dispositivos. Essa indicação explícita decorre da própria interpretação sistemática na seara constitucional. Tendo a decisão natureza declaratória, exsurge a sua conseqüência lógica, que é a aplicação do efeito retroativo (ou *ex tunc*), mesmo que ele não seja explícito no texto constitucional.[574]

Desse modo, a atribuição do efeito retroativo (ou *ex tunc*) à decisão judicial que declara a inconstitucionalidade, mesmo que não explícita na Lei Maior, decorre da sistemática própria do nosso complexo sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, a partir da necessária obediência ao princípio da supremacia da Constituição.[575]

No âmbito do sistema de controle difuso de constitucionalidade em matéria tributária, a tradicional aplicação do efeito *ex tunc* pode ser justificada tanto pelo ponto de vista da

---

[574] De fato, é relevante anotar que: "A Constituição Federal não prevê expressamente o efeito retroativo ou *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, seja via ação direta, seja ação declaratória. Todavia tal fato é de somenos importância, já que este decorre da interpretação de diversas normas que dispõem ser a inconstitucionalidade declarada". Significa dizer que: "O efeito *ex tunc* decorre, outrossim, do sistema de controle adotado, típico da sanção nulidade, que consagra o princípio da supremacia da Constituição, bem como o Texto Supremo que dispõe que a inconstitucionalidade (vício) é declarada" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 72-73).

[575] Cabe assinalar que: "Quanto ao efeito retroativo ou *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, dissemos que, embora não conste expressamente na Lei Maior, predomina o entendimento que consagra a nulidade do ato inconstitucional, retroagindo a sua declaração (efeito *ex tunc*), uma vez que tais atos não possuem aptidão para surtir efeitos jurídicos válidos. Tal tese encontra, segundo a doutrina e a jurisprudência do Pretório Excelso, fundamento no princípio que consagra a supremacia da Constituição" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 89).

necessária supremacia constitucional como também, através da seara infraconstitucional, pela definição própria do conceito de "tributo", como sustenta Andrei Pitten Velloso.[576]

De fato, articulando a supremacia constitucional e o caráter heterônomo das obrigações tributárias, de um lado, e a necessária responsabilidade do Estado pelos seus atos, tem-se que:

> O direito de os contribuintes obterem a restituição de tributos pagos com base em leis inconstitucionais é uma decorrência direta da supremacia normativa da Constituição e do caráter heterônomo das obrigações tributárias, que somente podem advir do exercício legítimo do poder de império estatal.[577]

É que, sendo uma obrigação que surge para o contribuinte única e exclusivamente a partir de expressa determinação legal (e, por óbvio, desde que seja válida e legítima) o dever de pagar o tributo há de sucumbir face à declaração de inconstitucionalidade da lei que o instituiu ou aumentou a sua alíquota, por exemplo. Nessa hipótese, não há qualquer obrigação legal capaz de compelir o contribuinte ao recolhimento do tributo declarado inconstitucional em recurso extraordinário no qual figurou como parte (recorrente ou recorrida).

Nesse sentido, o contra-senso evidencia-se com a declaração de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, a manutenção de obrigação tributária (que se logrou pleitear em juízo e,

---

[576] Confira a seguinte colocação: "Referimo-nos ao caráter *ex lege* dos tributos, que está expresso na definição veiculada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, segundo a qual tributo 'é toda prestação pecuniária compulsória [...] instituída em lei [...]'. Tributos são emanados do poder de império estatal, impondo-se inexoravelmente aos contribuintes, que, ao realizarem os fatos jurígenos, vêem-se envolvidos em relações jurídico-obrigacionais para cujo nascimento não assentiram. Podem até advir de leis inconstitucionais, mas, se isso ocorrer, estarão acometidos por vício idêntico ao do seu instrumento – e, via de conseqüência, não produzirão efeitos válidos na ordem jurídico-tributária. É inconcebível sustentar que o exercício inconstitucional do poder de império estatal possa originar obrigações heterônomas válidas, sujeitando os cidadãos-contribuintes ao pagamento de exações que, além de não contarem com a sua aquiescência, vilipendiam os ditames da Lei Maior. Por tais razões, não se afigura possível validar obrigações heterônomas mediante a exclusão dos efeitos retrooperantes inerentes à pronúncia de inconstitucionalidade: fazê-lo significaria afirmar que o Poder Público pode apropriar-se da propriedade dos cidadãos sem contar nem mesmo com o consentimento popular, que, num Estado de Direito, há de ser expresso mediante a edição de lei harmônica com os ditames constitucionais" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 11-12). No sentido contrário: "Parte da doutrina critica a adoção de efeitos prospectivos para a decisão que declara o tributo inconstitucional, sob o argumento de que a norma inconstitucional, sendo inexistente, não poderia gerar tributo. Porém, não se pode esquecer que a declaração prospectiva tem justamente o condão de convalidar os atos praticados durante o tempo em que, em nome da presunção de constitucionalidade das leis, esta foi aplicada" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 145, out 2007, p. 109).

[577] Em seguida, o articulista sustenta que: "Quando tal direito é negado em prol de interesses fazendários, não se está apenas a priorizar razões de Estado em detrimento da ordem constitucional, senão também a afirmar a irresponsabilidade financeira do Estado pela apropriação ilegítima da propriedade privada dos cidadãos e, por conseqüência, a possibilidade de o Poder Público financiar-se sem respeitar as rigorosas limitações ao poder de tributar cautelosamente estabelecidas na Lei Maior, mediante o recurso a uma nova e pródiga fonte de receitas: os tributos inconstitucionais não restituíveis". Releva notar que: "Dessa irresponsabilidade financeira estatal por condutas inconstitucionais não decorrem apenas graves violações aos direitos fundamentais dos contribuintes, mas também uma radical supressão da força normativa da Carta da República, o que culmina por abalar seriamente os fundamentos basilares do nosso Estado Democrático de Direito" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 16).

ao final, obter) no caso de eventual aplicação da modulação temporal de tal efeito da decisão. Assim, cria-se a hipótese teratológica de um contribuinte que se socorre do Poder Judiciário, obtém pleno êxito no seu pleito, consegue afastar a incidência tributária que inquinou de inconstitucional, mas não logra obter o resultado prático inerente ao seu pedido e deferimento, consistente na repetição do indébito recolhido indevidamente.

Carlos Roberto Siqueira Castro lembra diversos autores (como Lúcio Bittencourt, Themistocles Brandão Cavalcanti, José Afonso da Silva, Regina Maria Macedo Nery, Sacha Calmon Navarro Coelho, Maria Isabel Gallotti, Elival da Silva Ramos e Gilmar Ferreira Mendes) que, muito antes do advento da Lei n.9.868/99 já admitiam alguma maleabilidade aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com vistas ao atendimento de circunstâncias específicas apresentadas excepcionalmente.[578]

Além disso, ao lado do binômio nulidade-retroatividade (absoluta), o referido autor coloca a importância de maior flexibilidade, de modo a torná-la uma retroatividade mitigada ou temperada, "a fim de que o Tribunal competente, sopesando prudentemente a natureza da lei invalidada e o conjunto das circunstâncias constituídas à sua sombra, fixe, caso a caso, a direção e a amplitude dos efeitos temporais da decisão".[579]

Enumerando as variadas terminologias adotadas pela doutrina, Olavo Alves Ferreira expõe as principais: "manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade", "graduação (dimensionamento) temporal", "modulação temporal dos efeitos", "restrição" e "limitação" dos efeitos.[580]

No entendimento do autor, o uso de tal mecanismo conduz o STF à atividade de legislador positivo: "Ao utilizar a modulação dos efeitos, o Supremo Tribunal Federal estará

---

[578] A esse respeito, confira: 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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 66-70.

[579] De fato, adiante, Carlos Roberto Siqueira Castro retoma esta flexibilidade verificada: "Pode-se afirmar, com efeito, que, entre nós, a evolução de um modelo de ***retroatividade absoluta***, quando aos efeitos da decisão judicial reconhecitiva da inconstitucionalidade, para o novo modelo de ***retroatividade mitigada*** ou ***temperada***, não se operou pela via da modernização jurisprudencial, mas sim pela intervenção legislativa. Em verdade, foi o Congresso Nacional que chamou a si o deslinde dessa tormentosa questão e houve por bem atualizar o direito positivo brasileiro em sintonia com os ordenamentos constitucionais mais avançados nessa ordem de questões, que buscam prestigiar a segurança das relações jurídicas consolidadas anteriormente sob a égide da norma proscrita pelo julgamento constitucional" (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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 84-85 e 94).

[580] Em seguida, o autor cita doutrinadores que, antes mesmo da lei, defendiam a adoção de tal mecanismo, como Paulo Bonavides, Clèmerson Merlin Clève, Elival da Silva Ramos e Zeno Veloso (cf. FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 84-85).

atuando como legislador positivo, decidindo discricionariamente sobre o momento do nascimento e subsistência de relações jurídicas fundadas em normas inconstitucionais".[581]

A gravidade da ampla margem de discricionariedade facultada aos órgãos jurisdicionais colegiados deve ser diretamente proporcional à gravidade da situação fática ou concreta que lhe é apresentada para exame e solução. Por óbvio, caso tais hipóteses excepcionais sejam tornadas regras para diversas situações que aparentemente (e não efetiva e realmente) carecem de tal limitação, então certamente o instrumento disponível será utilizado de maneira arbitrária e abusiva, dando azo à prolação de decisão judicial ilegítima.[582]

3.3.8 A excepcionalidade da restrição dos efeitos da decisão

Fora do princípio da proporcionalidade, a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF é, em si mesma, inconstitucional.[583]

---

[581] Sustenta que, em razão da ampla margem de discricionariedade na aplicação do mecanismo analisado, se torna difícil a necessária previsão dos efeitos das decisões relevantes que o STF prolatará, prejudicando, desse modo, a certeza do direito e a estabilidade das relações jurídicas: "Com efeito, a margem de liberdade conferida ao Pretório Excelso para deliberar sobre a retroatividade ou não dos efeitos de sua decisão foi tão ampla, que inviabiliza a possibilidade dos cidadãos previrem se os efeitos serão aplicados retroativamente (regra) ou não (exceção), o que prejudica a certeza do direito e estabilidade das relações jurídicas, infringindo, outrossim, o princípio da segurança jurídica, [...]" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 97).

[582] É o que pode ocorrer, por exemplo, com a consideração pela Suprema Corte da repercussão econômica de suas decisões. Com efeito, já vimos exaustivamente que é possível – e em certa medida até desejável – que o Tribunal contemple o argumento pragmático ou conseqüencialista no bojo de suas decisões. Cuidando-se da matéria tributária, no entanto, o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico não deve ser considerado de modo exclusivo ou prevalecente. É que seu peso é diminuído e se presta a corroborar os argumentos jurídicos que centralizam o debate acerca da questão submetida à apreciação. No sentido contrário, apenas para manter vivo o debate: "A repercussão econômica das decisões judiciais do Supremo deverá ser considerada quando da modulação, já que se ampara na previsibilidade e no excepcional interesse público. Quando a decisão judicial puder ser adotada em um sentido que aumente as condições de produção de riqueza pela economia do país, não há sentido em se adotar solução diversa, sempre que em jogo direitos de natureza disponível". É que, de acordo com o autor: "Os custos econômicos destes riscos geralmente serão suportados pelos cidadãos que se encontram nos estratos inferiores da economia, seja através do aumento de impostos, seja através da inflação que decorre do aumento (artificial) dos custos de produção, entre outros fatores. O Supremo Tribunal Federal terá de reconhecer a repercussão econômica de suas futuras decisões em controle difuso da constitucionalidade das leis" (APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade**: Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 128-129).

[583] FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 105 e 290.

A aplicação do efeito *ex tunc* à decisão judicial permanece a regra geral no sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos nacional. Excepcionalmente, no entanto, é possível que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos de sua decisão.[584]

Além disso, é relevante notar que o debate em torno do tema da restrição foca na declaração do STF sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, e não cuida de qualquer efeito da própria inconstitucionalidade.[585]

Na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto que foi convertido na Lei n.9.868/99, constou expressa referência a um "juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27)".[586]

Tal "juízo rigoroso de ponderação" deve ser exercido pelo STF com a imparcialidade esperada do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, ou seja, sem qualquer pretensão de parcial e intencional desejo de prevalência de um "interesse público" que se expressa a partir da preservação dos interesses econômicos da Administração Pública (Estado).[587]

---

[584] Exemplo teórico de enorme importância prática é relatado pelo Professor Ricardo Lodi Ribeiro: "Assim, se nossa Corte Suprema decidir que a lei de incidência é inconstitucional, a Administração deve devolver os valores pagos por todos os contribuintes, respeitada a prescrição qüinqüenal, exceto nos casos em que o Tribunal determinar a produção de efeitos prospectivos para a sua decisão, [...]". Na visão do Professor, que não compartilhamos, o "risco para as finanças públicas" seria suficiente para justificar a aplicação do instituto: "A decisão do STF (que decide pelos efeitos prospectivos da decisão que declara o tributo inconstitucional) vai retirar a norma de incidência do ordenamento jurídico, impedindo, porém, a repetição do indébito dos tributos pagos antes da sua edição, sendo fruto da ponderação entre a supremacia da Constituição, que afasta a norma que a contrarie, e a segurança jurídica baseada no risco para as finanças públicas na devolução dos tributos para todos os contribuintes" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 145, out 2007, p. 109).

[585] No mesmo sentido: "Com efeito, o que o art. 27 da Lei n. 9.868-99 autoriza é a restrição dos efeitos da DECLARAÇÃO do STF sobre a inconstitucionalidade da norma, e não a restrição dos efeitos DA INCONSTITUCIONALIDADE MESMA. Portanto, essa restrição eficacial não incide sobre a norma em si, que pode continuar sendo objeto de controle concreto pelos juízes. Assim, a decisão do STF de restringir os efeitos de sua própria decisão não prorroga a vigência da norma, nem a imuniza contra o controle concreto, no qual, aliás, poderão ser mantido (ou não...) os efeitos concretos até então produzidos pela norma inconsstitucional. A essa luz, a finalidade da restrição eficacial autorizada pelo art. 27 da Lei 9.868-99 seria a de evitar que, em razão da retroatividade da decisão do STF declaratória da nulidade em abstrato, se apagassem todos os efeitos já produzidos pela norma inconstitucional, bem como a de *sinalizar fortemente* no sentido de que devem ser mantidos os efeitos concretos já produzidos até a data prefixa na decisão do STF. Portanto, conquanto *não vincule os juízes no controle concreto*, a restrição efetuada pelo STF nos efeitos de sua própria decisão com base no art. 27 da Lei 9.868-99 indica que, *se não houver nenhuma razão específica no caso concreto que contra-indique a manutenção dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF*, o juiz deverá resguardar como válidos tais efeitos. Assim, *ao que se deduz da própria literalidade do art. 27 da Lei 9.868-99*, a decisão restringente do STF opera diretamente apenas no plano abstrato, e não no plano concreto" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 107, nota de rodapé n. 26).

[586] Cf. PODER EXECUTIVO. Mensagem n. 396, Exposição de Motivos n. 189, 07.04.1997).

[587] É a lição de Alexandre Santos de Aragão: "Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, ao restringir os efeitos das suas declarações de inconstitucionalidade em sede abstrata e ao fixar a eficácia destas decisões, deverá se pautar por uma racional e proporcional ponderação de interesses, não lhe sendo dado partir *a priori* da prevalênciade um metafísico 'interesse público' consubstanciado na preservação dos interesses econômicos do Estado". Adiante, o autor explicita que: "As cautelas impostas pelo Princípio da Prudência não significam, todavia, a preponderância *a priori*, ou seja, independentemente de qualquer ponderação, do interesse público e/ou estatal, até porque muitas vezes a prudência imporá a prevalência de interesses e direitos dos indivíduos em detrimento dos interesses econômicos ou tributários imediatos do

Nos últimos anos, verifica-se um esforço cada vez maior para racionalizar e otimizar o trabalho judiciário, razão pela qual se tem crescente aproximação entre os processos objetivos e subjetivos diante do STF. Além disso, a necessidade de preservar a estabilidade de relações jurídicas pré-existentes e sedimentadas através dos tempos, em algumas situações particulares, conduziram a um maior desenvolvimento no constitucionalismo nacional acerca da atribuição dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade.[588]

De fato, "na prática, a aplicação indiscriminada do dogma da nulidade das leis inconstitucionais suscita questões de difícil eqüacionamento"[589] em variadas áreas do Direito. A hipótese teórica freqüentemente ventilada pela doutrina diz respeito aos casos "em que a declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada

---

Estado, diante do qual, frisamos, o Supremo Tribunal Federal – STF tem a sua neutralidade não só assegurada como imposta constitucionalmente". Tamanha é a importância de tais lições que o Mestre repisa nas conclusões do seu artigo que: "4. O caráter neutral do STF faz com que, ao determinar os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, atue com imparcialidade face aos interesses públicos e/ou estatais, que deverão ser racional e proporcionalmente ponderados com todos os demais interesses implicados" (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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 21-37, 2001, p. 30-31, 31-32 e 37).

[588] Trata-se de restrição da eficácia temporal da decisão. O contexto histórico no qual se inseriu esta modificação é explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes e consta expressamente da Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei que se converteu na Lei n. 9.868/99: "No momento atual, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais" (cf. PODER EXECUTIVO. Mensagem n. 396, Exposição de Motivos n. 189, 07.04.1997). O Ministro Gilmar Mendes expõe pontos que parecem ter motivado a adoção de tal medida: a) através do direito comparado, narra o funcionamento de providências similares em outras partes do mundo, notadamente Estados Unidos da América do Norte, Alemanha, Portugal e Espanha; b) e exemplifica ainda, alguns julgados em que a Suprema Corte brasileira sentiu dificuldades em delimitar o campo de incidência da norma inconstitucional, notadamente no que tange à omissão inconstitucional. E conclui que: "ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante a decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), 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 possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 463-471 – grifamos). No mesmo sentido, confira o seguinte trecho pinçado de voto do Ministro Ricardo Lewandowski em relevante matéria tributária que será analisada adiante: "Como a inconstitucionalidade pode ser arguida a qualquer tempo, não é difícil imaginar que a adoção sistemática da sanção de nulidade acarretaria graves transtornos às relações sociais, visto que a própria certeza do direito poderia ser colocada em xeque. A anulação da norma inconstitucional, com a modulação dos efeitos temporais da decisão, surge assim como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores socialmente relevantes, em especial o da segurança jurídica" (STF – RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[589] Nesse tema, é preciso ter em mente a preocupação sobre o possível estabelecimento do "caos" em algumas situações: "Com efeito, a eliminação retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro 'caos' jurídico ou de injustiça flagrante, ocasionando tremenda insegurança para aqueles que pautaram seus atos pela lei inconstitucional". Nestas situações excepcionais, é recomendável temperar o dogma da teoria da nulidade na decisão que declara a inconstitucionalidade: "De fato, é possível que uma norma legal se revele incompatível com a Constituição, mas que a sua supressão do universo jurídico, sobretudo quando realizada de forma retroativa, cause danos mais lesivos aos interesses e valores abrigados na ordem constitucional, do que a sua manutenção provisória" (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 11 e 31 – grifamos).

da vontade constitucional",[590] ou seja, "é possível que uma norma legal se revele incompatível com a Constituição, mas que a sua supressão do universo jurídico, sobretudo quando realizada de forma retroativa, cause danos mais lesivos aos interesses e valores abrigados na ordem constitucional, do que a sua manutenção provisória".[591]

Quando identificada a situação excepcional, incumbe ao Supremo Tribunal Federal regular, "ao seu prudente arbítrio" ("discricionariamente"), os efeitos de suas decisões, "tendo como balizas os conceitos indeterminados de 'segurança jurídica' ou de 'excepcional interesse social", indicando claramente o momento a partir do qual produzirá os respectivos efeitos.[592]

O limite e controle aos quais está submetido o STF na aplicação do art. 27 em matéria constitucional referem-se à argumentação jurídica do sistema normativo constitucional. Daí porque não é o princípio da supremacia constitucional que está em jogo na ponderação colocada em diferentes questões, já que ele permanece íntegro e intocado, além de orientar a atividade jurisdicional da Suprema Corte. É o princípio da nulidade do ato inconstitucional

---

[590] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 463-471. No mesmo sentido: "Justifica-se nos casos em que a anulação retroativa venha a causar um mal maior do que o da permanência da lei inconstitucional. Não se menospreza o Princípio da Supremacia Constitucional em face das leis em geral. O princípio é prestigiado e protegido, na medida em que a modulação apenas transporta os efeitos da decisão para um momento diverso daquele em que a norma foi criada" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 19).

[591] SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 11 e 31. Em outras palavras: "Havendo excepcional interesse público e necessidade de se garantir segurança jurídica, pode o STF relegar o dogma que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade serão sempre *ex tunc*, para evitar que essa declaração seja mais perniciosa à população do que a própria manutenção da inconstitucionalidade" (AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008, p. 65). Em síntese: "Ao julgar o mérito de ADIn de lei ou de ato normativo, o STF passou a gozar de poder incomensurável na fixação do momento em que a decisão passa a produzir seus efeitos" (BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: Processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, p. 64).

[592] Em julgamento de relevante questão constitucional-tributária que adiante examinaremos, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que: "Não impressiona, *data venia*, o argumento segundo o qual o poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal de regular os efeitos das decisões proferidas no bojo de ações de natureza objetiva, em particular quanto ao seu aspecto temporal, não se encontra previsto em nenhum dispositivo do texto constitucional. É que o Supremo, segundo o art. 102, *caput*, da Carta Magna, exerce o relevante papel de '*guarda da Constituição*'. Trata-se de um múnus de matiz político, cujo exercício comporta considerável margem de discricionariedade, exatamente para que a Corte possa dar efetividade ao princípio da supremacia constitucional". Em seguida, asseverou que: "Recorde-se, ademais, que o STF ao proceder, em casos excepcionais, à modulação dos efeitos de suas decisões, por motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social, estará realizando a ponderação de valores e princípios abrigados na própria Constituição" (STF – RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJE 07.03.2008). Reconhecendo o maior espaço para decisões discricionárias do STF: "Assim, há maior espaço para decisões discricionárias por parte do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade. De acordo com a conveniência do caso concreto, visando a atender à segurança jurídica e ao interesse social, a extensão dos efeitos das decisões pode ser *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. Ou seja, o citado dispositivo normativo aumentou a esfera de discricionariedade de atuação do STF para que ele pudesse atuar diante de uma realidade complexa, [...]" (AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008, p. 149-150).

que será eventualmente flexibilizado, nas situações em que ceder espaço a outros valores e princípios de estatura constitucional e que se sobrepõem a ele no exercício da ponderação.[593]

Nesse sentido, pela coerência, clareza e robustez, a tese de Ana Paula Ávila é interessante no trecho que cuida de tais contornos e conclui preliminarmente que:

> O art. 27 deve ser interpretado não como algo contrário à regra da nulidade da lei inconstitucional, mas como uma exceção à regra: uma alternativa para as situações em que a retroação dos efeitos por ela preconizada leve a um resultado ainda mais inconstitucional que o reconhecimento da própria norma invalidada. No entanto, como em toda exceção, sua aplicação depende de uma argumentação qualificada para superar a regra.[594]

Ademais, registramos, com a ênfase necessária, a orientação pela qual a "*supremacia da Constituição não é um princípio jurídico*", ao menos no sentido que a doutrina dominante atribuiu aos princípios.[595] A partir das lições de Humberto Ávila sobre a idéia das "metanormas" e do "postulado normativo", Ana Paula Ávila defende que:

---

[593] Na doutrina, há franco esforço em atribuir alguns contornos elementares a esta margem "discricionária" do STF: "Sugere-se a necessidade de um exame rigoroso e específico da argumentação jurídica que envolva matéria constitucional, defendendo-se o ponto de vista de que as possibilidades de aplicação do art. 27 nas declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal são limitadas e controláveis, a partir do próprio sistema constitucional, o que afasta a suposta discricionariedade do intérprete e a possibilidade de utilização da norma com base em critérios de conveniência e oportunidade. Primeiro, porque o processo de aplicação do art. 27 sujeita-se a regras argumentativas formais que influenciam o próprio discurso que o justifica, pois esses limites afastam, liminarmente, argumentos externos ao sistema normativo constitucional, sob pena de ruptura com a supremacia da Constituição. Segundo, porque a justificativa da aplicação do dispositivo em questão se submete à regra de prevalência lógico-material que estabelece uma primazia, *prima facie*, para as normas fundamentais da Constituição, o que inclui os direitos e garantias fundamentais" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 23-24). No mesmo sentido: "A restrição dos efeitos da decisão não pode ficar no campo da discricionariedade do Supremo Tribunal Federal, apesar de se reconhecer que há grande margem na verificação dos seus pressupostos". "Sua aplicação, no entanto, somente se justifica naquelas hipóteses excepcionais em que haverá situação irreparável em relação ao patrimônio público, verificada após a ponderação de todas as possibilidades, coibindo-se a irresponsabilidade legislativa e vedando-se sua utilização para tentar impedir a restituição de tributos pagos de forma indevida" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 22-23).

[594] A autora consigna que "a discussão em torno da natureza do ato inconstitucional é dispensável para o exame do art. 27". "Explicando melhor o que se disse quanto à racionalidade do arrt. 27: esta ponderação tem por objeto as normas que sustentam a *manutenção de efeitos* e as normas que sustentam a *invalidação de efeitos* em face da Constituição, considerada na sua totalidade. É perguntar: manter os efeitos *promove mais* a Constituição do que o desfazimento? O fato é que haverá situações em que, invalidar os efeitos, seria *ainda mais contrário à Constituição* do que mantê-los - [...]" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 68-71).

[595] De fato, releva asseverar que: "Não se deve admitir que a supremacia possa ser aplicada em graus ou que deva ceder em face da ponderação com outro princípio, pois, se a ordem constitucional pressupõe a superioridade hierárquica da Constituição, não se pode conceber uma inversão nesse pressuposto sem que se opere uma ruptura institucional com o fundamento do Estado". "Nessa linha de raciocínio, não é a supremacia da Constituição que será ponderada quando está em questão a aplicação do art. 27, pois a *supremacia da Constituição não se sujeita à ponderação e nem é aplicável em graus*. Ela é uma norma estrutural do sistema constitucional e, se diferente fosse, haveria, sim, uma ruptura de todo este sistema, situação não tolerada pela lógica do Estado Democrático de Direito" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 65-66).

> Aqui se sustenta que a supremacia da Constituição pertence ao campo das *metanormas*. Mais especificamente, é um postulado normativo que estrutura a aplicação de outras normas através da fixação e uma hierarquia e prescreve uma determinada forma de racionalidade, a de que a norma inferior não deve contrariar a norma superior. Algo como: *se a Constituição está acima de tudo, tudo o que a contrarie não vale*. A supremacia da Constituição é uma norma logicamente implicada pela necessidade de manutenção da unidade e hierarquia do sistema jurídico, fazendo parte, portanto, da Constituição material: evidentemente, este postulado goza de *status* constitucional.[596]

De fato, o postulado normativo da supremacia da Constituição estrutura e orienta a aplicação dos princípios e regras (normas) constitucionais, inclusive e principalmente aquelas que se chocam no caso de aplicação do art. 27.

Ana Paula Ávila explica de maneira sistemática como podem ocorrer as situações básicas e principais de ponderação entre as normas constitucionais que serão examinadas, inclusive à luz da preservação do postulado normativo da supremacia constitucional:

> Então, se a supremacia da Constituição não é objeto de ponderação e nem pode deixar de ser satisfeita sob pena de ruptura, quais as normas ponderáveis em face do art. 27? Esta pergunta, desde logo, delimita as possibilidades argumentativas que possam justificar a aplicação do art. 27: este somente será compatível com a Constituição quando a sua aplicação revelar o confronto entre pelo menos duas normas *constitucionais*, a saber: (norma X) a norma violada pela lei infraconstitucional; e (norma Y) a norma que protege as situações que se formaram por causa e durante a vigência da lei inconstitucional. Esse é o material a ponderar. A atribuição de efeitos diversos da regra (*ex tunc*) somente é válida se a melhor forma de resolver este confronto, segundo uma compreensão da Constituição como um todo, seja priorizar a segunda norma (Y) em face da primeira (X).[597]

---

[596] Em seguida, a autora explica que: "É bem de se ver que a alteração do efeito *ex tunc* somente é adequada quando, mediante a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, resultar a *sobrevalência de uma norma também constitucional* – aquela norma que tutela os bens preservados pela determinação de efeitos *ex nunc*, *ex tunc* parcial (reduzido) ou efeitos *pro futuro*, à decisão". "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 normas de igual hierarquia. Por isso, não há que se falar, nessa situação, em ruptura com a norma hierarquicamente superior" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 66-67).

[597] Em outras palavras: "É uma forma alternativa de racionalidade, autorizada pelo postulado da *supremacia da Constituição como um todo*: normal legal A contraria a norma X da Constituição, mas norma A gerou situações amparadas pelas normas Y e Z da Constituição; então, aplicar Y+Z para proteger tais situações promove *mais* a Constituição que aplicar somente X para invalidar A. Essa análise pode ser tanto quantitativa (X *versus* Y+Z) – mais normas apóiam a manutenção dos efeitos que o desfazimento –, quanto qualitativa (X *versus* X') – a norma que apóia a manutenção dos efeitos é fundamental, segundo a Constituição, e a norma cuja violação gerou a inconstitucionalidade, não". Em seguida, explica que: "Essas implicações relacionam-se com o que, na doutrina, vem-se denominando de constitucionalidade em sentido estrito e constitucionalidade em sentido amplo. Com efeito, o postulado da supremacia da Constituição é norma que não se presta à aplicação em graus, no sentido de ceder em face de um outro princípio, [...]. Todavia, uma determinada decisão pode promover *mais* ou *menos* a Constituição como um todo, de modo que se pode dizer que a normatividade da Constituição pode variar em graus". "Em face disso, pode-se, desde já, afirmar que a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, dependendo de como for aplicado o art. 27, ao contrário de romper com a supremacia da Constituição, é a forma de promovê-la com maior intensidade" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 66-68).

Esse breve trecho é muito rico e se presta a derrubar alguns mitos que assombram a Dogmática da "teoria geral" da modulação, como a idéia de que abaixo do patamar constitucional é possível falar-se de eventual modulação, a noção (equivocada) de que o princípio da nulidade do ato declarado inconstitucional e o postulado normativo da supremacia constitucional se sujeitam a ceder espaço diante das situações excepcionais apresentadas que são capazes de justificar a aplicação da modulação. É que, além destes, a sistemática busca homenagear também a coerência e unidade da Constituição como um todo.

A retroação permanece a regra geral a ser aplicada na declaração de inconstitucionalidade (efeito *ex tunc*). Contudo, essa regra é excepcionada se - no aparente confronto entre direitos fundamentais e seus princípios correspondentes - a permanência dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional supera a regra de retroação.[598]

Nesse cotejo sobressai a importância da proporcionalidade, que é o exame da adequação entre o meio e o fim (verificada sob os aspectos quantitativo, qualitativo e probabilístico), da necessidade (envolve a análise da igualdade de adequação dos meios e a verificação do meio menos restritivo) e da própria proporcionalidade em sentido entrito (é o processo de valoração diante do caso concreto – relação de custo e benefício), bem como da unidade e coerência.[599]

Com efeito, as "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" capazes de justificar a restrição dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade (e, portanto, a nulidade absoluta da norma) deverão ser examinadas através do sopesamento dos interesses e valores colocados de modo abstrato, ou seja, por meio do princípio da proporcionalidade.[600]

---

[598] Nesse sentido, cabe registrar que: "Permanece como regra a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o conseqüente desfazimento de todos os efeitos que a norma inconstitucional tenha produzido, quando passíveis de desfazimento. Nas mais das vezes, a norma constitucional violada e o próprio postulado da supremacia da Constituição suportam o efeito *ex tunc*. Isso ocorre sempre dessa forma, se a norma constitucional violada e a regra de retroação dos efeitos não forem superadas por outras normas constitucionais que sejam invocadas para garantir a permanência dos efeitos produzidos pela norma, apesar de inconstitucional" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 95).

[599] Releva assinalar que: "No presente estudo, a proporcionalidade vai servir para determinar em que medida se autoriza a agressão de uma norma constitucional (aquela que justifica a declaração de inconstitucionalidade) para a promoção de outras normas também constitucionais (aquelas que protegem os efeitos do ato inconstitucional). Ou, noutras palavras, em que medida a atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* é o meio adequado, necessário e proporcional *strictu sensu* para a promoção da supremacia da Constituição como um todo" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 134-138).

[600] De fato, cabe registrar que: "É à luz do princípio da proporcionalidade que o STF deverá decidir, no plano abstrato, se se verificam razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social poderosas o bastante para autorizarem a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e nulidade da norma" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das**

A excepcionalidade que deflui da arquitetura constitucional (através das noções de Poder Constituinte e Poder Constituído, rigidez e flexibilidade constitucionais, supremacia constitucional e controle de constitucionalidade) limita a faculdade prevista no art. 27, "sob pena de seu uso descomedido servir de uma inesgotável fonte de matéria-prima à perniciosa indústria da inconstitucionalidade útil em matéria tributária". De fato, a exegese estrita pretende evitar "um mal maior", consistente na "proliferação da indústria da inconstitucionalidade útil", expediente cada vez mais engendrado "pela considerável expectativa fazendária de irrestituibilidade do tributo exigido em desconformidade com o Sistema Tributário Nacional".[601]

Com efeito, já firmamos o entendimento, ao longo deste trabalho, de que não é possível e tampouco recomendável utilizar o argumento pragmático ou conseqüencialista, especialmente aquele de cunho econômico, quando se trate de questão constitucional em matéria tributária, de modo exclusivo ou prevalecente. Implica dizer que, sozinho ou em apoio de argumentos jurídicos axiologicamente fracos não devem levar à prevalência dos interesses relacionados ao problema de caixa da Administração Pública. Nesse sentido:

> A atribuição descomedida e às cegas de eficácia prospectiva (*ex nunc*) às decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária, sob o manto da vetusta alegação de problema de caixa da Administração Pública, implica em nefasta possibilidade de o argumento econômico vilipendiar às escâncaras o espírito da Constituição que, além de uma carta política, constitui a base do ordenamento jurídico.[602]

Decisões do STF em ADIN e ADC: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 105).

[601] Insta salientar que: "Assim é que, a rigor, a possibilidade de o STF atribuir eficácia prospectiva (*ex nunc*) às decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária, como regra de cunho excepcional, há de ser interpretada e aplicada de forma restritiva e parcimoniosa, sob pena de assumir um efeito perverso, qual seja, passar a encampar – ao arrepio do art. 97 do CTN e da noção de que o Judiciário não pode atuar como legislador positivo – o papel de uma superveniente causa extintiva do crédito tributário pertencente ao sujeito passivo, *ipso facto*, do direito à compensação do indébito tributário". Cabe aduzir ainda que: "De mais a mais, o direito à restituição e/ou compensação do indébito tributário tem assento constitucional implícito, sendo um consectário lógico-natural que emerge das dobras: (a) do princípio da estrita legalidade tributária; (b) da moralidade pública; (c) do direito à propriedade; (d) da vedação ao confisco; (e) da própria responsabilidade objetiva do Estado pelo dano causado pela aplicação de lei declarada inconstitucional" (TAVARES, Alexandre Macedo. A Responsabilidade Estatal pelo Desempenho Irregular da Função de legislar como Engrenagem do Sistema de Freios e Contrapesos à Possibilidade de o STF atribuir Eficácia Prospectiva às Decisões de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez 2008, p. 7-8, 16 e 18).

[602] É necessário ponderar que: "Seria o mesmo que atribuir ao STF uma lendária prerrogativa de atribuir a um vício de inconstitucionalidade uma carga de nocividade maior que outra; seria o mesmo que admitir a possibilidade de uma lei – ao arrepio dos princípios da identidade e não-contradição, orientadores do raciocínio lógico – simultaneamente encampar foros de constitucionalidade no passado e inconstitucionalidade no presente; enfim, seria o mesmo que convalidar a possibilidade de o Fisco locupletar-se à custa do contribuinte mediante a destemida e coercitiva exigência de um tributo sem licença constitucional, em manifesta crise do direito público" (TAVARES, Alexandre Macedo. A Responsabilidade Estatal pelo Desempenho Irregular da Função de legislar como Engrenagem do Sistema de Freios e Contrapesos à Possibilidade de o STF atribuir Eficácia Prospectiva às Decisões de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez 2008, p. 17).

Além disso, é importante assinalar uma conseqüência própria da modulação. Quando aplicada, "impedirá a reentrada em vigor de ato normativo anterior que havia sido revogado pelo ato normativo declarado inconstitucional". Ademais, "a convivência, durante certo tempo, com um ato normativo inconstitucional poderá permitir que o legislador produza um ato normativo desprovido da inconstitucionalidade apontada" e declarada.[603]

Tratando-se das duas principais decisões (liminar e mérito) no trâmite processual da ADI, releva notar que, no exame das medidas liminares, a experiência sedimentada da Suprema Corte tem sido no sentido de atribuir o efeito *ex nunc*[604] e, na decisão final, no sentido de aplicar a regra geral do efeito *ex tunc*.[605]

Não obstante, é possível que o STF decida em caráter liminar e lhe atribua efeitos retroativos (*ex tunc*).[606] Dessa maneira, ressaltamos a excepcionalidade da restrição dos

---

[603] ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 269-292, 2001, p. 284. Para aprofundamento sobre a repristinação e o efeito repristinatório, confira: FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 80-84.

[604] "O art. 11 do anteprojeto dispõe, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a cautelar será concedida, regularmente, com eficácia *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa" (cf. PODER EXECUTIVO. Mensagem n. 396, Exposição de Motivos n. 189, 07.04.1997).

[605] No mesmo sentido: "Permaneceu o Supremo na esteira da tradição norte-americana dando efeitos *ex tunc* em suas decisões definitivas e, em regra, efeitos *ex nunc* nas decisões liminares. No tocante ao efeito *ex nunc* das liminares, o Supremo adota posição de cautela, não determinando sua retroatividade imediata até que sobrevenha a decisão final numa ADIn e também na ADC. Nesse sentido, o § 1º do art. 11 da Lei n. 9.868/99 atendeu inteiramente à posição adotada pelo Supremo. Isso indica o fato de que essa decisão tem caráter temporário" (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 419). Ainda na temática da medida liminar, Daniel Sarmento assinala que: "Entendemos que, da conjugação dos arts. 11, § 2º, e 27 da Lei 9868, é possível inferir uma autorização para que o STF, mediante um juízo de ponderação, restrinja ou até mesmo afaste os efeitos repristinatórios das decisões no controle de constitucionalidade. Mas, sempre que a restrição à repristinação decorrer não de um juízo sobre a inconstitucionalidade da lei revogada, mas de uma avaliação política do STF, calcada em 'razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social', pensamos que o *quorum* de 2/3, previsto no art. 27 da Lei 9868, também deverá ser exigido" (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 37). No mesmo sentido: "Obviamente, a legislação anterior não poderá estar eivada de vício de inconstitucionalidade, nem poderá estabelecer uma situação mais gravosa para os cidadãos do que a decorrente do diploma considerado inconstitucional. Do contrário, o controle de constitucionalidade seria totalmente desvirtuado, deixando de ser um instrumento de afirmação da supremacia da Carta Magna, na qual detêm preeminência as normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais e, especialmente, a dignidade da pessoa humana, e passaria a ser um instrumento de erosão daqueles direitos e garantias" (DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 55, abr 2000, p. 61-62). Conferir ainda: MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 57, jun 2000, p. 78.

[606] Exemplo dessa orientação excepcional verifica-se, por exemplo, no julgamento da ADI 1.610, que impugnou resolução do Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça que limitaria em 6% a alíquota da contribuição dos seus servidores ao Plano de Seguridade Social do Servidor. Em julgamento ocorrido em 28.05.1997, a medida cautelar foi deferida para suspender a resolução referida, com atribuição de efeito *ex tunc*, ou seja, desde 14.05.1997 (data daquele ato normativo) até final julgamento daquela ação direta. No voto do Ministro Relator, releva apontar a motivação conseqüencialista para a atribuição do citado efeito *ex tunc* naquela situação concreta: "Assim, também, o do 'periculum in mora', ou da alta conveniência da Administração, pois a interrupção dos recolhimentos, segundo as alíquotas previstas na Medida Provisória, e, ainda, a restituição do que havia sido recolhido, a maior, desde julho de 1994, evidenciam a possibilidade de grave prejuízo para os cofres já combalidos da Previdência Social, em detrimento de todos aqueles que não foram contemplados pela Resolução em questão" (STF – Pleno, ADI 1.610, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 28.05.1997,

efeitos temporais da decisão tomada tanto em sede cautelar (com a aplicação *ex tunc* no lugar do tradicional efeito *ex nunc*) como também na solução de mérito (com aplicação da modulação diversa do efeito *ex tunc*, seja mitigando-o, seja ainda aplicando-o *pro futuro*). Por isso, tal mecanismo deve ser usado com a parcimônia necessária.

Por fim, cabe registrar que o Professor Luís Roberto Barroso sistematiza de maneira didática os quatro cenários distintos nos quais é possível cogitar acerca da modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São eles: a) a declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) a declaração de inconstitucionalidade em controle incidental; c) a declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) a mudança da jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria.[607]

3.3.9 A atribuição de efeito temporal a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*)

Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito ex tunc, a partir da possibilidade de o Tribunal Constitucional estabelecer efeito ex nunc¸ não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito ex nunc, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria ex tunc e nem ex nunc.[608]

DJU 21.11.1997). No mesmo sentido: STF – Pleno, ADI-MC 2.379, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 06.06.2002, DJU 13.12.2002; STF – Pleno, ADI-MC 2.358, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.02.2001, DJU 27.02.2004; e STF – Pleno, ADI-MC 2.196, Rel. Min. Moreira Alves, j. 08.06.2000, DJU 18.08.2000. Antes do advento da Lei n. 9.868/99, confira: STF – Pleno, ADI-MC 1.898, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 21.10.1998, DJU 30.04.2004; STF – Pleno, ADI-MC 1.787, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26.02.1998, DJU 03.04.1998; STF – Pleno, ADI-MC 1.781, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.02.1998, DJU 22.10.1999; STF – Pleno, ADI-MC 1.618, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.06.1997, DJU 31.10.1997, dentre outros. Confira na doutrina: DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 55, abr. 2000, p. 61-62.

[607] Dentre tais cenários, assume especial relevo o último. A respeito, o Professor discorre que: "A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes, como segurança jurídica, isonomia e eficiência. Disso, naturalmente, não deve resultar a vedação de se afastar eventualmente o precedente existente, nem tampouco a impossibilidade de se alterar a jurisprudência. Mas a ascensão doutrinária e normativa do precedente impõe maior deferência e cautela na sua superação. Quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter uma jurisprudência concolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados". Nesse sentido, cabe mencionar alguns julgados que reconheceram a aplicação da eficácia prospectiva: quando cancelou a Súmula 394, que previa a subsistência do foro por prerrogativa de função mesmo após o acusado do crime haver deixado o exercício funcional (STF – Pleno, QO no Inq. 687, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999, DJU 09.11.2001); quando modificou sua interpretação anterior e passou a entender que a competência para o julgamento das ações de indenização pór danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho seria da Justiça do Trabalho, e não mais da Justiça comum dos Estados (STF – Pleno, CC 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.05.2005, DJU 09.12.2005); quando mudou o entendimento anterior sobre o regime de fidelidade partidária (STF – Pleno, MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04.10.2007, DJU 03.10.2008) (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. 76-79; 212-213).

[608] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 544-545.

A partir da evolução do conhecimento tradicional do direito brasileiro, que inicialmente consagrou o trinômio declaração-nulidade-retroatividade, vem ganhando crescente espaço no pensamento jurídico o trinômio referente à constituição-anulabilidade-irretroatividade.[609]

Isso decorre, além das características dos principais modelos de controle de constitucionalidade, também das variadas situações delicadas que surgiram para exame na esfera judicial, como no caso, por exemplo, da declaração de inconstitucionalidade da lei que aumenta vencimentos de servidores públicos, ocorrida depois de significativo (ou não) lapso temporal entre o início da vigência de tal lei e a sua declaração de inconstitucionalidade.[610]

Em situações semelhantes, que se repetem na jurisprudência do STF com freqüência maior do que a desejável, soa razoável permitir que os servidores que se beneficiaram com o acréscimo da lei que (posteriormente) veio a ser declarada inconstitucional permaneçam com as vantagens auferidas, e para as quais não concorreram, vez que agiram de boa-fé (confiando no aumento estipulado pela via legislativa). Esse parece ser um típico caso de aplicação irretroativa da decisão judicial, ou seja, do efeito *ex nunc*, que vale dali pra frente.

Além disso, outra hipótese que abriga com perfeição a aplicação do efeito *ex nunc* às decisões judiciais é aquela referente à mudança de jurisprudência sem alteração no quadro fático e legislativo subjacente para agravar a situação dos contribuintes. Novamente, tal situação é de ocorrência recorrente na jurisprudência dos Tribunais Superiores nacionais.

De fato, nesses casos, boa parte da doutrina (composta por nomes do jaez dos Professores Luís Roberto Barroso, Tercio Sampaio Ferraz Junior, Roque Antonio Carrazza e Misabel Abreu Machado Derzi) não só admite como também expressamente recomenda a aplicação do efeito *ex nunc*.

Em realidade, trata-se de fórmula capaz de resguardar os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança legítima e da boa-fé dos contribuintes, da segurança jurídica, da supremacia constitucional, da proporcionalidade e da razoabilidade. É que se afigura extremamente injusto punir ou sancionar o contribuinte que se comportou justamente como

---

[609] No mesmo sentido: "O efeito *ex nunc* decorre da sanção de anulabilidade e acarreta na irretroatividade da decisão, que é constitutiva, e anula o ato a partir de sua publicação" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 76).

[610] A respeito: "Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade" (STF – 2ª Turma, RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.08.1993, DJU 08.04.1994).

era esperado que ele se comportasse, ou seja, de acordo com as regras emanadas da orientação jurisprudencial que prevalecia à época a respeito do tema.[611]

Eduardo Appio parece entender que é impróprio se referir ao efeito retroativo das decisões do STF, vez que estas só existiriam entre as partes litigantes que tiveram seus recursos apreciados pela Corte no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Para os demais, a aplicação seria prospectiva pela autoridade do precedente julgado pelo STF e que tende a ser replicado nas situações semelhantes. Nesse sentido, o autor argumenta que:

> Temos insistido que, quando o Supremo Tribunal já tenha dado sinais claros, através de julgamentos anteriores, acerca do princípio a ser aplicado nos casos posteriores, através de súmula (vinculante, ou não, ou mesmo precedentes anteriores), o julgado das instâncias inferiores estará, necessariamente, adstrito a este entendimento. Desta maneira, não se pode falar com propriedade em eficácia retroativa das decisões do Supremo Tribunal, em controle difuso, mas sim, na eficácia prospectiva das decisões já existentes, as quais vinculam as instâncias inferiores e, principalmente, o próprio Supremo.[612]

De acordo com o entendimento de Lenio Luiz Streck, que escreve a respeito da relevante distinção entre a atribuição de efeito *ex nunc* e *pro futuro*:

> Cabe referir, por último, que uma coisa é conceder efeito *ex nunc* às decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, *e outra é especificar, para além do efeito* ex nunc *ou para aquém do efeito* ex tunc, *outra data para a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade*.[613]

---

[611] No caso da mudança de jurisprudência em matéria tributária, quando piore a situação dos contribuintes, é possível que o tribunal escolha a atribuição do efeito *ex nunc* para que a sua decisão passe a valer dali pra frente, com vistas a resguardar o cidadão que até então vinha se comportando em conformidade com a orientação emanada da Corte.

[612] APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 100.

[613] Em seguida, o autor explica ainda que: "Com efeito, tenho que a concessão desse arbítrio ao Supremo Tribunal Federal tem o condão de disponibilizar, a este, a própria constitucionalidade da lei. Ora, nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso do efeito *ex nunc*, *stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* (*sic*). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex tunc*, a partir da possibilidade de o Tribunal Constitucional estabelecer efeito *ex nunc*¸ não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 544-545). No mesmo sentido: "O efeito *pro futuro* ou prospectivo não se confunde com o efeito *ex nunc*. Este tem eficácia a partir da publicação da decisão, aquele em outro momento futuro a ser fixado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, diverso da publicação da decisão (*ex nunc*)" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 78).

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski explana que, enquanto o efeito *ex nunc* opera desde a decisão de inconstitucionalidade, o efeito *pro futuro* atua a partir de momento escolhido pelo STF. Essas duas espécies se subsumem ao gênero do efeito prospectivo.[614]

3.3.10 Outros momentos para onde deslocar o efeito temporal da decisão

> *É dizer, o Supremo Tribunal Federal pode determinar expressamente, uma vez presentes os requisitos acima, que a decisão tenha eficácia em período fixado entre data posterior ao dia que tem início a vigência e outra data qualquer, a seu critério.*[615]

Vimos que a faculdade permitida pela Constituição e regulada com alguns parâmetros de observância necessária no art. 27 da Lei n.9.868/99 deve ser utilizada pelo STF com parcimônia. Significa dizer que as restrições que a Corte decidir impingir às suas declarações de inconstitucionalidade devem ser determinadas em situações absolutamente excepcionais e necessárias (para o melhor atendimento da própria Constituição).

Do contrário, caso a modulação temporal de efeitos seja manejada de modo arbitrário pelo Tribunal em algumas de suas decisões, poderemos verificar verdadeiras aberrações jurídicas e situações teratológicas, certamente em detrimento da proteção dos direitos e garantias individuais fundamentais dos cidadãos (e contribuintes).[616]

Em obra dedicada exclusivamente ao exame da eficácia das decisões do STF em ações diretas, André Dias Fernandes explica que, a respeito da restrição dos efeitos da declaração de

---

[614] Em voto que proferiu em relevante matéria tributária que será examinada adiante, o Ministro Ricardo Lewandowski distinguiu claramente os efeitos *ex nunc* do *pro futuro*: "O efeito *pro futuro*, previsto nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, convém registrar, difere do efeito *ex nunc*: este opera desde a decisão de inconstitucionalidade, ao passo que aquele atua a partir do momento escolhido pelo Supremo. Embora o efeito prospectivo variável possa causar certa espécie, seja por seu aspecto inovador, seja por não encontrar previsão constitucional expressa, quando compreendido sob uma ótica teleológica, não é difícil constatar que ele encontra fundamento no princípio da razoabilidade, porquanto objetiva não apenas minimizar o impacto das decisões do Supremo sobre relações jurídicas já consolidadas, como também evitar a ocorrência de um vácuo legislativo, em tese mais gravoso para o ordenamento legal do que a subsistência temporária da norma declarada inconstitucional" (STF – RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[615] FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 75.

[616] No mesmo sentido, o exemplo é extremado mas simplifica sobremaneira o ponto em questão: "Caso essa possibilidade de fixação de marco temporal para início de efeitos não seja manejada com parcimônia – que todos esperamos da nossa maior Corte de Justiça –, o legislador terá criado um monstro, sendo possível que o Supremo, sempre muito benevolente com cada novo chefe do Poder Executivo (seja para não contrariar a vontade do eleitor, seja por outros motivos), poderá, por exemplo, reconhecer a inconstitucionalidade de um plano econômico e fixar em três anos e onze meses a data futura em que sua decisão produzirá efeitos!" (BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, p. 66).

inconstitucionalidade pelo STF (tanto na modalidade *ex nunc* como também *pro futuro*), o art. 27 da Lei n.9.868/99 "não tornou a norma inconstitucional numa norma *meramente anulável*, em vez de *absolutamente nula*, como é da tradição de nosso Direito Constitucional".[617]

De fato, além da modalidade *ex nunc* da atribuição de efeitos da decisão judicial, há também aquela *pro futuro*. Gilmar Mendes destaca que, no caso de aplicação do art. 27 na espécie *pro futuro*: "A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao Tribunal essa definição".[618]

Por outro lado, deixar tal definição ao livre alvedrio da Corte é realmente preocupante. Nesse sentido, compartilhamos da advertência do Professor Daniel Sarmento:

> O que nos parece merecedor de críticas foi a amplitude com que se admitiu a eficácia *pro futuro*, sem estipulação de qualquer limite temporal. Pela interpretação literal do art. 27, o Supremo estaria autorizado a manter em vigor, por dez ou vinte anos, uma lei inconstitucional, cuja aplicação, até lá, seria obrigatória para todos os juízes e tribunais. Contudo, pensamos que é possível, a partir da interpretação teleológica da norma em questão e do princípio constitucional da razoabilidade, traçar alguns limites para a subsistência, na ordem jurídica, de norma cuja inconstitucionalidade já tenha sido definitivamente reconhecida.[619]

Luís Antônio Cunha Ribeiro filia-se à preocupação exposta por Daniel Sarmento e vai ainda mais longe, afirmando que a atribuição de efeito *pro futuro* significaria a completa e

---

[617] O autor explica que: "É que pela (a) própria *excepcionalidade dessa medida* (evidente na exigência de 'razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social' e de um *quorum* qualificado de dois terços dos membros do STF, *i.e.*, 8 (oito) Ministros), pela (b) possibilidade de manutenção de efeitos residuais válidos decorrentes do ato nulo (paraeficácia do ato nulo), pela (c) eficácia meramente declaratória (não-desconstitutiva) da decisão (indicação na locução 'ao declarar a inconstitucionalidade...' no princípio do art. 27), pela (d) inexistência de prazo decadencial para a declaração de inconstitucionalidade da norma, e pela (e) expressa alusão à mera restrição dos *efeitos* da declaração ('restringir ***os efeitos*** *daquela declaração* ou decidir que ela só tenha ***eficácia*** a partir de [...]'), tratando a questão no plano da *eficácia* e não no da *validade*, não se pode afirmar que o art. 27 da Lei n. 9.868-99 tenha tornado as normas inconstitucionais em normas *meramente anuláveis*. Tal artigo introduziu apenas mais uma *hipótese legal de mitigação* da ineficácia dos atos absolutamente nulos a par das já existentes, sem descaracterizar os atos inconstitucionais como atos *absolutamente nulos*". Em outras palavras: "Dessa forma, a fixação de um momento a partir do qual a decisão de inconstitucionalidade do STF passaria a produzir efeitos *não impede* que qualquer juiz ou Tribunal declare incidentemente a inconstitucionalidade da norma antes ou durante o intervalo de tempo que vai da decisão do STF até a data prefixa para a produção de seus efeitos, justamente porque a norma inconstitucional é *absolutamente nula*, de pleno direito" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 105-107).

[618] Ele aduz ainda que: "Ressalte-se que o prazo a que se refere o art. 27 tem em vista assegurar ao legislador um prazo adequado para a superação do modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional. Assim, ao decidir pela fixação do prazo, deverá o Tribunal estar atento a essa peculiaridade" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1205).

[619] SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 33.

inadequada subversão da ordem constitucional, na qual a obediência da Constituição se tornaria matéria de oportunidade e conveniência.[620]

Portanto, a modulação temporal dos efeitos da decisão pode ocorrer de modo prospectivo, seja na espécie de atribuição do efeito *ex nunc* seja ainda *pro futuro*. Com isso, é possível alcançar na linha do tempo a atribuição de efeitos a partir do julgamento. Há outro momento para onde deslocar o possível efeito da decisão? Sim, temos a atribuição do efeito *ex tunc* mitigado, o qual pode se situar na linha do tempo entre a edição da lei e a pronúncia da declaração de inconstitucionalidade no julgamento. Em síntese, é possível ao STF aplicar a modulação temporal dos efeitos de suas decisões, desde a edição ou vigência da lei ou ato normativo até o futuro, considerada tal perspectiva na data do julgamento.[621]

Por fim, André Dias Fernandes traz questão relacionada ao modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Levanta qual o reflexo da modulação temporal dos efeitos da decisão do STF no âmbito da resolução do Senado Federal, na forma do inciso X do art. 52 da Constituição. Grosso modo, explica que acompanhará a sorte do pronunciamento final do STF sobre o tema.[622]

3.3.11 Síntese das possibilidades de modulação temporal dos efeitos da decisão

[620] Confira as palavras do articulista: "Ora, qualquer outro momento que venha a ser fixado significa ampla liberdade do STF até mesmo para decidir que declarada a inconstitucionalidade a decisão somente venha a produzir efeitos em data futura, posterior ao trânsito em julgado da decisão, o que importaria em dispor o Tribunal de um bem a toda evidência indisponível, qual seja, o respeito à Constituição". "Se passaremos a uma era em que o cumprimento da Constituição tornar-se-á matéria de conveniência e oportunidade, ou seja, caberá ao STF não impor o cumprimento da Carta, mas decidir quando é conveniente ou não que a mesma seja respeitada, abandonaremos o Estado de Direito rumo ao odioso arbítrio. O dispositivo, a meu ver, não pode determinar que a eficácia da decisão do STF somente se dê após o seu trânsito em julgado, por violar o princípio basilar da supremacia constitucional e por agredir o fundamento mesmo do Estado de Direito de que a Constituição deve ser cumprida, direito difuso e indisponível de todo cidadão brasileiro" (RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. Democracia e Controle da Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 219-231, 2001, p. 231).

[621] No mesmo sentido: FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 75.

[622] De fato, o articulista explica que: "O que determinará se a resolução produzirá efeitos retroativos ou apenas *pro futuro* **será o próprio acórdão do STF**. A resolução tem de guardar **simetria** com ele. Se o acórdão do STF operar efeitos *ex tunc*, produzi-los-á por igual a resolução senatorial. Se o acórdão do STF produzir efeitos meramente *ex nunc*, gerá-los-á talqualmente a resolução senatorial. O Senado não tem competência constitucional que lhe permita *restringir* ou *dilargar* a **eficácia temporal** da decisão do STF. A tanto não vai o seu juízo de conveniência e oportunidade". Adiante, o autor ratifica tal entendimento: "Confirma-se assim a premissa assentada há pouco de que *é impossível que o acórdão do STF possa retroagir em determinado caso e a resolução do Senado não possa retroagir no mesmo caso, e vice-versa*" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 145 e 150).

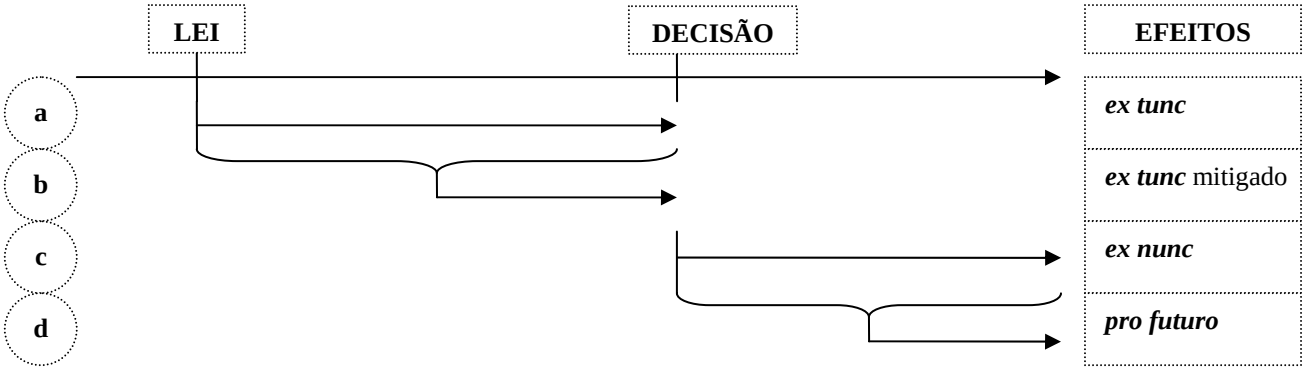
A modulação dos efeitos da decisão do Supremo, conforme já enfatizado, deve observar a regra de que, ao interpretar um dispositivo da própria Constituição, as decisões do STF, como regra, são dotadas de efeito retroativo.[623]

Como vimos, abriram-se as seguintes possibilidades de modulação temporal dos efeitos da decisão: 1) em regra o seu efeito é *ex tunc*, ou seja, retroagirá até a data do nascimento da lei declarada inconstitucional, inclusive quando houver silêncio a respeito, tal como sempre ocorreu na tradição jurídico-constitucional brasileira; 2) excepcionalmente, e atendidas as delimitações e restrições antes apontadas, admite-se que o efeito atribuído à declaração de inconstitucionalidade seja modulado, hipótese em que 2.1) terá efeito *ex nunc*, ou seja, "decidir que ela só tenha eficácia a partir de trânsito em julgado", 2.2) ou ainda, "de outro momento que venha a ser fixado" (*pro futuro* ou no passado).

No mesmo sentido, embora de maneira mais organizada sob o ponto de vista didático, o Professor Daniel Sarmento explica:

> Pela clara dicção do art. 27, o STF pode agora: (a) emprestar efeitos plenamente retroativos à sua decisão, fulminando *ab ovo* a norma, sendo esta a regra geral; (b) atenuar estes efeitos, estabelecendo um momento, no passado, posterior à edição da lei, a partir do qual a decisão surtirá seus efeitos; (c) conferir eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, validando todos os efeitos já produzidos pela norma afastada até a data da decisão; (d) ou até mesmo conceder eficácia *pro futuro* ao seu julgado, fixando um marco, no futuro, até o qual a lei inconstitucional deverá ser por todos aplicada.[624]

Buscando explicitar essas quatro possibilidades acima apontadas, o seguinte quadro esquemático distingue graficamente cada uma das situações descritas:



[623] APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111.

[624] SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 33.

Explicitando o quadro esquemático e conciliando-o com as possibilidades aventadas: a hipótese (a) do Professor Daniel Sarmento coincide com o item (1) da explicação prévia e corresponde ao tradicional efeito *ex tunc* (regra geral que não está contida no art. 27, por que lhe é inerente). A hipótese (c) coincide com o item (2.1) da explicação prévia e corresponde ao efeito *ex nunc* (exceção, regulada pela cláusula "decidir que ela [declaração de inconstitucionalidade] só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado" contida no art. 27). As hipóteses (b) e (d) coincidem com o item (2.2) e correspondem ao efeito a partir de "outro momento que venha a ser fixado" à declaração de inconstitucionalidade contida no art. 27. Estas últimas contemplam as situações em que se fixam os efeitos desde qualquer momento depois da edição da lei (*ex tunc* mitigado) ou desde qualquer outro momento depois do trânsito em julgado (*pro futuro*).[625]

No plano teórico, as interpretações abrangem desde a edição da lei até os confins do futuro, independente de em qual quadrante de tempo vivemos e desde que nos situemos posteriormente à edição da lei. Verifica-se, por conseguinte, que o alcance é quase ilimitado. Por óbvio, a única limitação interpretativa refere-se à eventual produção de efeitos anteriormente à edição da lei, que é vedado em razão da regra constitucional da irretroatividade da lei, em obediência à ordem natural das coisas.

No Brasil, as restrições dos efeitos da decisão são diversas. Sob o enfoque material e, portanto, levando-se em consideração a natureza jurídica decorrente da inconstitucionalidade, o ato viciado pode ser nulo, anulável e "ainda válido".[626] Em decorrência disso, os efeitos a eles atribuídos podem ser, respectivamente, *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*.

Releva assinalar que essa eqüação já foi mais bem definida. Com o desenvolvimento do nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis, no entanto, essas classificações, que antes funcionavam como verdadeiros binômios (nulo-*ex tunc*, anulável-*ex nunc* e ainda válido-*pro futuro*), começam a se entrelaçar em distintas situações e hipóteses.[627]

---

[625] No mesmo sentido, Olavo Alves Ferreira assevera que, no tocante à classificação da eficácia temporal, os efeitos no controle abstrato dividem-se em: *ex tunc*, efeitos com incidência em data posterior ao início da vigência, *ex nunc* e *pro futuro* (cf. FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo:Método, 2003,p. 162).

[626] No sentido de que o problema não é de objeto: "O problema aqui é mais de *autoritas* que de objeto. Tudo depende do regime jurídico fixado pelo legislador, uma vez que é a lei que, em geral, determina se certa invalidade constitui ato nulo ou anulável. Nesse particular, o art. 27 da Lei n. 9.868 prevê formas de fixação de efeitos que podem equiparar a invalidade reconhecida a diversas categorias: ao ato *totalmente nulo* (regra, com retroação *ex tunc*), ao ato *relativamente nulo* (*ex tunc* parcial ou restringido), ao *ato anulável* (efeito *ex nunc*) e, ainda ao ato *ainda válido* (ou *ex nunc* com termo inicial diferido, que o Supremo vem designando como efeito *pro futuro*)" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 22 e 31).

[627] Geralmente, observa-se que caminha da esquerda para a direita, isto é, figurativamente, desde o passado (efeito *ex tunc*) para o presente (*ex nunc*) e chegando ao futuro (efeito *pro futuro*), percorrendo, assim, o caminho natural da linha do

A limitação que se verifica ocorre com a situação de determinado dispositivo tido como "ainda válido" que tenha quaisquer efeitos que sejam diferentes do *pro futuro*, ou seja, não poderá ser-lhe atribuído o efeito *ex nunc* e tampouco o *ex tunc*.[628]

Gilmar Mendes, com base na experiência norte-americana, explica que:

> A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem.[629]

Sob outra perspectiva, explica-se o quadro esquemático acima levando-se em conta a colocação do Min. Gilmar Mendes. Tem-se que a hipótese (a) refere-se à regra geral da retroatividade (*retrospectivity*), ou seja, a decisão produz efeitos desde o nascimento da lei declarada inconstitucional (*ex tunc*). Na hipótese (b), os efeitos da decisão são retroativos de modo limitado (*limited retrospectivity*), isto é, produz efeitos a partir de algum momento situado entre a edição da lei declarada inconstitucional e a decisão. Nas duas hipóteses seguintes, cuidam-se dos efeitos prospectivos que, no direito norte-americano, encontram similar na expressão *prospective overruling* referente à mudança de jurisprudência. Na hipótese (c), tem-se a adoção dos efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativo, válido dali pra frente. A superação prospectiva pode ser limitada (*limited prospectivity*), quando aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário. Por último, a hipótese (d) contempla a possibilidade de efeitos *pro futuro*, isto é, a decisão produz efeitos a partir de algum momento entre o presente (momento da decisão) e algum momento futuro. No sistema norte-americano, essa superação prospectiva pode ser ilimitada (*pure prospectivity*)

---

tempo. Todavia, é perfeitamente possível – e temos assistido cada vez mais manifestações da Suprema Corte nesse sentido – atribuir-se à qualificação da inconstitucionalidade a natureza de nulidade com efeito *pro futuro*, que, em princípio, seria próprio da classificação como "ainda válido". O mesmo pode ser dito em relação à anulabilidade com a eventual atribuição de efeito *ex tunc* ou *pro futuro*.

[628] Para aprofundamento: "Não parece correto que a disposição dos efeitos deva ser condicionada à condição de nulidade ou anulabilidade da invalidade, pois assim se cairia em uma petição de princípio: é nulo, porque não produz efeitos e não produz efeitos porque é nulo, ou é anulável porque produz efeitos ou produz efeitos, porque é anulável". Em realidade, como vimos anteriormente, "nulidade e anulabilidade são, intrinsecamente, muito mais parecidas do que diferentes" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 32).

[629] Tratando-se da prática norte-americana, é interessante notar que: "Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*" (MENDES, Gilmar. O controle incidental e a aplicação do artigo 27 da lei n. 9.868/99. **Síntese Jornal.** Porto Alegre, ano 9, n. 99, maio 2005, p. 14-15).

quando aplicável também aos processos iniciados após a decisão, mas não ao processo originário.[630]

3.4 Algumas questões pendentes do art. 27 da Lei n.9.868/99

Assim, a prática demonstra que, embora o STF esteja enveredando por uma trajetória de desenvolvimento do identificado ativismo jurisdicional, essa mesma opção de política judiciária não tem encontrado um discurso de fundamentação que invoque, como pedra angular, a tutela dos direitos fundamentais.[631]

3.4.1 A possibilidade de outras modulações dos efeitos da decisão

A restrição do efeito da decisão na modalidade temporal é apenas uma espécie de gênero maior. A modulação temporal é espécie do gênero restrição do efeito da decisão, na modalidade relacionada ao tempo. Outra espécie desse gênero, por exemplo, pode ser identificada "na modulação da própria eficácia subjetiva da decisão", quando circunscreveria o seu alcance "a um universo determinado de pessoas".[632]

---

[630] O Ministro Gilmar Mendes explica melhor a sistemática norte-americana, pontuando a mudança na jurisprudência da Corte como originária da chamada *prospectivity*: "No direito americano, o tema poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional" (MENDES, Gilmar. O controle incidental e a aplicação do artigo 27 da lei n. 9.868/99. **Síntese Jornal.** Porto Alegre, ano 9, n. 99, maio 2005, p. 15).

[631] VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 64.

[632] Em *obiter dictum* de relevante voto proferido quando do julgamento de relevante questão constitucional-tributária que adiante será examinada neste estudo, o Ministro Ricardo Lewandowski consignou o seu entendimento: "É bem de ver, por outro lado, que os arts. 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999, na medida em que simplesmente autorizam o Supremo a 'restringir os efeitos' da declaração de inconstitucionalidade, sem qualquer outra limitação expressa, a rigor não excluem a modulação da própria eficácia subjetiva da decisão, de maneira a permitir que se circunscreva o seu alcance – em geral *erga omnes* – a um universo determinado de pessoas. A redação também não afasta a possibilidade, em tese, de desconsiderar-se o efeito repristinatório da decisão de inconstitucionalidade sobre o ato revogado" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJE 07.03.2008).

André Dias Fernandes faz duas observações a respeito da aplicação do art. 27 da Lei n.9.868/99. Na primeira, diz que o dispositivo autoriza apenas e tão somente a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e não a ampliação de tais efeitos. Em seguida, afirma que "essa RESTRIÇÃO não precisa ser necessariamente TEMPORAL, podendo ser de ordem SUBJETIVA, OBJETIVA, ESPACIAL, etc".[633]

Em sentido semelhante, Walter Claudius Rothenburg também estabelece quatro dimensões possíveis no leque da modulação dos efeitos da decisão judicial, a saber:

> A modulação dos efeitos das decisões em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade pode ocorrer em relação a quatro dimensões: a primeira e mais comum é *quanto à eficácia temporal* da decisão (alcance da decisão em relação ao período de tempo); a segunda é *quanto à eficácia vinculante* da decisão (alcance da decisão em relação a outros órgãos aplicadores do direito); a terceira é *quanto à eficácia material* da decisão (alcance do conteúdo da decisão); finalmente, a quarta é *quanto à eficácia subjetiva* da decisão (alcance da decisão em relação ao universo de pessoas afetadas).[634]

Além de ser possível atribuir a modulação dos efeitos da decisão judicial sob quatro dimensões diferentes, elas podem se relacionar de variadas formas. Como exemplo, confira: "É possível termos uma decisão, em controle difuso, que atinja os terceiros (*erga omnes*) mas, ainda assim, seja despida de efeito retroativo? Obviamente que sim, já que a dimensão espacial não se confunde com a temporal, muito embora estejam relacionadas".[635]

---

[633] Em decorrência disso, o autor ilustra que "o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a apenas alguns dos potenciais destinatários da norma ou a apenas um dos Estados-membros abrangidos por esta" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 250-251). Sob outra perspectiva, cabe registrar que: "Um argumento baseado na filosofia e na ética também poderia recomendar a modulação dos efeitos, já que se busca, em última análise, assegurar o tratamento isonômico entre os cidadãos. Se alguns terão uma decisão judicial (no controle difuso) diversa daquela adotada pelo Supremo Tribunal, em data futura, nada mais lógico do que se buscar simetria interpretativa entre as diversas instâncias do Poder Judiciário. O tratamento isonômico está previsto na Constituição e também compõe nosso universo ético" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 124).

[634] Corroborando tal classificação, o articulista explicita e exemplifica que: "Quando o artigo 27 da Lei n. 9.868 dispõe que é possível restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é lícito interpretar que não apenas os efeitos no tempo venham a ser modulados, senão que também o âmbito subjetivo e o conteúdo. A inconstitucionalidade pode atingir apenas determinados sujeitos (por exemplo, um ato normativo sobre privatização, sendo alcançadas apenas as estatais deficitárias), sempre com o cuidado de não se violar o princípio da isonomia. Como pode também a inconstitucionalidade referir-se apenas a determinada interpretação do ato normativo (modulação do alcance do conteúdo da decisão), para o que a moderna tecnologia da jurisdição constitucional se vale das já mencionadas categorias da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (artigo 28, parágrafo único, da Lei)" (ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 269-292, 2001, p. 283; 285).

[635] APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111.

Walber de Moura Agra, de igual modo, classifica em quatro extensões a possível manipulação dos efeitos das decisões judiciais. São elas: temporal, subjetiva, quanto à abrangência e quanto à vinculatividade.[636]

À luz das classificações mencionadas, cabe esclarecer o escopo quanto à extensão de cada um dos efeitos levantados pela doutrina destacada. Quanto à eficácia temporal, repisamos que cuida do alcance da decisão em relação ao período de tempo em que atua ou deixa de atuar. Como vimos detalhadamente nos tópicos anteriores, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional é dotado do efeito retroativo (*ex tunc*). Excepcionalmente, no entanto, a decisão que declara tal inconstitucionalidade pode ter seu efeito temporal manipulado para outro lapso temporal, que abrange desde o dia da vigência da lei até o futuro.

Outro ponto comum nas classificações que mencionamos anteriormente refere-se à eficácia subjetiva. Trata-se do alcance da decisão em relação ao universo de pessoas afetadas. Em sua extensão subjetiva, quando são *erga omnes* atingem a todos que se encontrem na mesma situação. Todavia, a decisão pode ser aplicada com efeito restrito em relação ao universo das pessoas afetadas, subsumidas à determinada categoria ou classe propositadamente colocada como forma de distinguir as situações em jogo.

No tocante à classificação elaborada por Walter Claudius Rothenburg na extensão da eficácia material da decisão, sobreleva notar o alcance do seu conteúdo.[637] A abrangência dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal são retrooperantes, isto é, retroagem até o nascimento da lei ou do ato que afrontem a Constituição, consoante a distinção de Walber de Moura Agra. Verifica-se, por conseguinte, que tal classificação não é uníssona na doutrina,

---

[636] Cuidando-se da decisão nas ações diretas, cabe registrar as extensões temporal e subjetiva, bem como a sua abrangência e vinculatividade: "Em sua extensão temporal, a norma ou o ato normativo declarados inconstitucionais são *ex tunc*, sendo, portanto, nulos, com sua retirada do ordenamento jurídico, sem necessidade de atuação de nenhum outro órgão ou poder. Em sua extensão subjetiva, são *erga omnes*, atingindo a todos que se encontrem na mesma situação. A abrangência dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal são retrooperantes, isto é, retroagem até o nascimento da lei ou do ato que afrontem a Constituição". No tocante ao efeito vinculante, cabe diferenciá-lo da eficácia temporal *ex tunc*: "O efeito vinculante diferencia-se da eficácia temporal *ex tunc*, decorrente da declaração de inconstitucionalidade da norma. O primeiro começa a produzir seus efeitos quando da prolatação da sentença, que, obviamente, é posterior ao nascimento da norma que fugiu dos parâmetros da Lei Maior. O segundo, inerente à declaração de inconstitucionalidade, decorre da invalidade da norma, produzindo seus efeitos desde o nascimento do dispositivo normativo. Ou seja, o efeito vinculante começa a produzir seus efeitos com a prolatação da sentença, e o efeito *ex tunc* a acompanha até o nascimento da lei" (AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008, p. 85; 112).

[637] Confira o seguinte exemplo dado por Osório Silva Barbosa Sobrinho, que parece se referir ao aspecto material: "Tomemos em consideração uma norma geral de direito tributário. Por exemplo, pode o STF decidir que ela incide sobre determinado imposto, sobre outro, não. Escolher que se dê a incidência sobre o imposto de Renda (IR), não sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)". O autor acrescenta que: "Neste último exemplo não poderia sequer o contribuinte apelar para a aplicação do princípio da isonomia, uma vez que entre contribuintes de impostos diversos esta não existe" (BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, p. 66).

remanescendo dúvidas a respeito das categorias e espécies escolhidas, a despeito de todos os autores aqui citados terem realizado suas respectivas classificações repartidas em quatro.[638]

Olavo Alves Ferreira distingue o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, estabelecendo diversas relações entre ambos. No primeiro, veda-se a edição de ato normativo ou lei com semelhante conteúdo de outro já declarado inconstitucional (a parte dispositiva e os motivos da decisão têm eficácia contra todos). Aqui, cria-se uma relação de subordinação, obrigando seus destinatários a aplicarem a mesma tese. No segundo, é imprescindível nova ação para declarar o vício (apenas a parte dispositiva da decisão tem eficácia contra todos). Enfim, o efeito vinculante é mais abrangente do que o efeito *erga omnes*.[639]

Através desse breve panorama doutrinário a respeito das classificações possíveis de modulação dos efeitos da decisão judicial, verificamos que há diversas espécies distintas da eficácia temporal – objeto central do presente trabalho – e que não há consenso na doutrina quanto às variadas espécies possíveis. Mencionamos os seguintes tipos de modulação dos efeitos da decisão judicial: temporal, subjetiva, vinculante, vinculatividade, material, abrangência, objetiva e espacial. Essas diferentes categorias ainda não estão suficientemente delineadas, seja na esfera doutrinária, seja no meio acadêmico, ou ainda, na jurisprudência da Corte Suprema.

3.4.2 Em torno da inconstitucionalidade do art. 27

3.4.2.1 No âmbito doutrinário

[638] No tocante à extensão da vinculatividade, como quer Walber de Moura Agra, ou quanto à eficácia vinculante, como classifica Walter Claudius Rothenburg, cuida, em realidade, da mesma espécie, isto é, o alcance da decisão em relação a outros órgãos aplicadores do direito.

[639] De fato, o autor escreve que: "Segundo a precitada doutrina, o efeito vinculante veda a edição de ato normativo ou lei com semelhante conteúdo de outro já declarado inconstitucional, porque os motivos da decisão e a parte dispositiva vinculam. Já na eficácia *erga omnes*, editado ato posterior idêntico, é imprescindível nova ação para declarar o vício, já que apenas a parte dispositiva da decisão terá eficácia contra todos". "Em síntese, o efeito vinculante é mais abrangente do que o efeito *erga omnes*. Aquele cria uma relação de subordinação, obrigando seus destinatários a aplicarem a mesma tese (que foi adotada na decisão do Pretório Excelso) aos casos que versam sobre aquela matéria decidida, sem qualquer questionamento posterior à constatação de que a decisão vinculante é aplicável ao caso. O efeito *erga omnes* gera efeitos tipicamente processuais, impedindo nova discussão sobre ato cuja *incompatibilidade* com o Texto Fundamental já foi objeto de exame definitivo pelo Pretório Excelso. O mesmo não ocorre na declaração de constitucionalidade, quando há possibilidade de nova ação impugnando o mesmo ato, na hipótese de alteração nas circunstâncias fáticas (mutação constitucional), o que viabiliza a propositura de nova ação" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 118-119; 163).

Não obstante o transcurso de uma década de vigência da Lei n.9.868/99 e a crescente aplicação do seu art. 27 pelas decisões judiciais sobre variados temas, impõem-se assinalar que esse dispositivo permanece envolvido em polêmica ainda não resolvida, seja no campo doutrinário, seja em sede jurisprudencial. Nesse sentido, uma parte minoritária da doutrina discrepa acerca da constitucionalidade do art. 27 da Lei n.9.868/99 e defende expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo, em razão da violação ao dogma da nulidade do ato inconstitucional e, conseqüentemente, da supremacia da Constituição.[640]

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, por exemplo, entende que o dispositivo é "inteiramente absurdo, violando todos os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito".[641] Sua orientação doutrinária é frontalmente contrária à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, exemplificando duas situações consideradas absurdas:

> De maneira alguma pode-se concordar com tal proposição. Para tanto, volta-se ao exemplo, sempre lembrado, de um tributo que continua sendo aplicado, a despeito do reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Que tal, então, a manutenção dos efeitos penais de um crime instituído por um decreto presidencial?.[642]

---

[640] Confira o relato seguinte no mesmo sentido: "A Lei n. 9.868/98, em seu art. 27, pretendeu inovar no que concerne à disciplina dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permitindo a possibilidade de disposição e reconhecimento desses efeitos pelo órgão julgador. Parte da doutrina nacional insurgiu-se contra o permissivo legal, considerando-o inconstitucional por contrariar o *dogma da nulidade do ato inconstitucional* e, conseqüentemente, o postulado da supremacia constitucional". É que, "ao permitir que se reconheça eficácia a uma norma declarada inconstitucional, rompe-se com o dogma da nulidade da lei inconstitucional, em decorrência do qual todos os efeitos da norma devem ser desconstituídos *ab initio*". "Segundo, porque, ao romper com o dogma da nulidade, rompe-se também com a supremacia da Constituição, por se reconhecer, por certo período, como eficaz uma norma inferior que desacatou a Constituição" (ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 26; 63-64).

[641] De fato, o autor assinala que: "Em outras palavras, a admissão do efeito *pro futuro*, mantendo a eficácia da norma mesmo com o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade, mediante a aplicação da técnica da ponderação de valores é absolutamente ilegítima e incompatível com o Estado Democrático de Direito. O mesmo pode-se dizer quando a modulação dos efeitos repristinatórios se produz essencialmente por razões de conveniência e oportunidade, caso em que a supremacia da Constituição estaria ameaçada" (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 426; 429).

[642] Disserta ainda que: "Por tudo isso, não se crê que o *quorum* de 2/3 (dois terços) seja salvaguarda para a democracia brasileira. Nem mesmo se o *quorum* fosse unanimidade do Pleno, decisões como essas poderiam ser consideradas legítimas, vez que não é dado ao Judiciário julgar com base meramente em argumentos utilitários do tipo custo/benefício. Isso pertence à esfera política. Essa forma de argumentar é política (*arguments of policy*), inteiramente inadequada ao discurso de aplicação da norma jurídica pelo Poder Judiciário" (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 423).

De igual modo, Olavo Alves Ferreira é também contrário ao art. 27 da Lei n.9.868/99, explicitando sua orientação no sentido da flagrante violação à Lei Maior, "especificamente os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade da lei inconstitucional".[643]

De fato, arrola dentre os seus aliados os Professores Ingo Wolfgang Sarlet, Silvio Nazareno Costa, Ives Gandra da Silva Martins, Elival da Silva Ramos, Lenio Luiz Streck, José Adércio Leite Sampaio e o Ministro Moreira Alves.[644]

Roberto Mendes Mandelli Junior, cuidando do dispositivo análogo da lei que regulamenta a ADPF, explica que é de "constitucionalidade duvidosa", já que não caberia à lei ordinária dispor sobre a possível modulação temporal dos efeitos (mas tão somente à Constituição), pela existência implícita do princípio constitucional de nulidade do ato inconstitucional (e não anulabilidade), bem como pela natureza declaratória da decisão (e não desconstitutivo ou constitutivo negativo). De fato, embora o autor explique que o instituto deflui do princípio da unidade da Constituição e se aplica pela técnica da ponderação, registra que não cabia à lei ordinária regulamentá-lo.[645]

No mesmo sentido, André Dias Fernandes relata que, na doutrina, alguns autores advogam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.9.868/99 como um todo, "sob o argumento de que norma infraconstitucional não poderia deferir tal poder ao STF". Contudo, compreendida a faculdade excepcional de tal dispositivo à luz da leitura constitucional de aplicação do princípio da proporcionalidade ou da técnica de ponderação de interesses,

---

[643] Aprofundando a sua crítica, o autor argumenta no sentido da inconstitucionalidade do referido dispositivo: "Os efeitos destas decisões são inegavelmente matéria constitucional. O Supremo Tribunal Federal reconheceu *hierarquia constitucional* ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição. Afigura-se como inconstitucional a possibilidade de restrição ou manipulação dos efeitos da decisão, previstos nas citadas leis por violação a diversas normas constitucionais, dentre elas, o princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional, o princípio da supremacia da Constituição, os arts. 97 e 102, III, *a*, *b* e *c*, da Lei Maior, a separação dos poderes e o princípio da segurança jurídica" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 75; 93-96; 162).

[644] Por outro lado, adotando a orientação no sentido da constitucionalidade do dispositivo legal com a Lei Maior, o autor enumera os seguintes autores: André Ramos Tavares, Min. Teori Albino Zavascki, Paulo Hamilton Siqueira Junior, Gustavo Binenbojm, Min. Gilmar Mendes e o Min. Néri da Silveira (cf. FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p.89-93).

[645] O autor assevera ainda que: "No atual ordenamento jurídico brasileiro norma com tais características deveria ser prevista constitucionalmente, através de Emenda à Constituição, e nunca pelo legislador ordinário, sob pena de inconstitucionalidade do dispositivo legal". Adiante, na linha do raciocínio que desenvolve, esplica que: "Na realidade o que se pode observar dos exemplos fornecidos pela jurisprudência é a presença de dois valores constitucionais, aparentemente contrários, os quais são sopesados, extraindo de cada um a máxima eficácia possível, de acordo com o princípio da unidade da Constituição" (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos; ROTHERNBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 239-243).

verifica-se que o dispositivo apenas e tão somente regulamentou "um poder preexistente reconhecido e aplicado pelo STF".[646]

Além disso, o autor relata ainda que, em sede doutrinária, há aqueles

> que admitem a eficácia *ex nunc*, mas inadmitem a possibilidade de uma fixação de data posterior para o início da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, à consideração de que se estaria atribuindo eficácia não apenas *ex nunc* (= desde agora), mas puramente *pro futuro*, à declaração do STF, ao livre arbítrio deste, enfraquecendo-se demasiadamente a força normativa da Constituição.[647]

Em obra que se dedica a comentar a Lei n.9.868/99, Ives Gandra da Silva Martins sustenta incisivamente a inadequação da modulação dos efeitos nos moldes do art. 27, ao discorrer sobre o § 1º do art. 11:

> No julgamento final, decretada a procedência da ação, a eficácia e a vigência da norma são definitivamente afastadas.
> Por essa razão é que a eficácia é *ex tunc*, na hipótese, projetando a inconstitucionalidade da norma ao momento de sua edição.
> Em face desse raciocínio, não entendo viável em nosso ordenamento – não é opinião de Gilmar – a adoção de instituto semelhante ao do direito alemão, de se dar eficácia *ex nunc* às decisões definitivas, se oito dos Ministros da Suprema Corte assim decidirem. Tal entendimento pode gerar, principalmente no campo do direito tributário, a irresponsabilidade impositiva, com a possibilidade de as exações inconstitucionais, mesmo após a decisão definitiva da Suprema Corte, terem seus inconstitucionais efeitos perpetuados, entendendo-se o Estado – que violentou a Constituição – autorizado a permanecer com o produto de arrecadação ilegítima, pela eficácia ofertada à decisão definitiva"
> Seria como permitir ao assaltante ficar com todo o produto do roubo declarado até o momento em que houve sua condenação, proibido de voltar a roubar as mesmas vítimas depois de condenado.
> O sistema constitucional brasileiro não comporta, a meu ver, a experiência constitucional alemã. A norma inconstitucional o é desde seu nascedouro, não podendo ser a 'inconstitucionalidade real' transformada em 'constitucionalidade pragmática' por decisão da Suprema Corte, convalidando os atos contra a lei praticados anteriormente.[648]

Daniel Sarmento, que é favorável ao comedimento na aplicação do instituto, especula que poderia ser alegada que a "inadmissibilidade da restrição aos efeitos *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade resulta da interpretação histórica da Lei Maior". É que a proposta de introdução do dispositivo que permitisse à Suprema Corte restringir a eficácia retroativa de

---

[646] FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 251.

[647] Explicando esta segunda objeção da doutrina ao art. 27, o autor argumenta que: "O legislador pátrio, à diferença do constituinte austríaco, optou por não preestabelecer um prazo máximo para que a declaração do STF principiasse a produzir efeitos, apostando na prudência e no *self restraint* dos Ministros do STF, para evitar que, em alguma situação específica, a impossibilidade da restrição dos efeitos pelo STF além desse prazo-limite pudesse conduzir à não-declaração de inconstitucionalidade, agravando-se ou mantendo-se o estado de inconstitucionalidade" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 251-252).

[648] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo:Saraiva, 2001,p.205-206, grifamos.

suas decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade resultou derrotada na Assembléia Nacional Constituinte e na Revisão Constitucional ocorrida em 1994.[649]

Além disso, há quem considere a utilização da técnica facultada no art. 27 contrária à Constituição, vez que, ao tornar obsoleta a participação do Senado Federal (por força do art. 52, inciso X, da Constituição da República), violaria o direito fundamental à participação no procedimento de reconhecimento da inconstitucionalidade no sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis. Sob essa ótica, uma compreensão constitucionalmente adequada poderia eventualmente levar à conclusão de que a prerrogativa para proceder à modulação temporal dos efeitos das decisões da Suprema Corte caberia ao Senado Federal.[650]

3.4.2.2 Na seara judicial

No sentido (majoritário) da constitucionalidade do dispositivo, o Ministro Gilmar Mendes, que tomamos como representante da corrente de pensamento majoritária, explica

---

[649] O próprio autor refuta essa posição, sustentando que "tal argumento não empolga", vez que "o elemento histórico desfruta de papel acessório" na hermenêutica jurídica contemporânea (cf. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29-30). Em sentido diverso, atribuindo "expressiva utilidade" ao argumento histórico, o Ministro Celso de Mello já consignou em voto que proferiu o trecho da seguinte ementa: "O argumento histórico, no processo de interpretação constitucional, não se reveste de caráter absoluto. Qualifica-se, no entanto, como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que levaram o constituinte a acolher ou a rejeitar as propostas que lhe foram submetidas. Doutrina" (STF – Pleno, ADI 2.010, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.09.1999, DJU 12.04.2002).

[650] Nesse sentido, Maria Elizabeth Malaquias Ferreira sustenta que: "A utilização da técnica, ainda que no controle abstrato, é contrária à interpretação constitucionalmente adequada do direito fundamental à participação". Acrescenta que: "Essa afirmativa vale ainda mais se proferida no âmbito do controle incidental, cujo procedimento inclui a participação do Senado Federal". Em seguida, aduz que: "A declaração de inconstitucionalidade no controle incidental pode ser considerada a penúltima fase de um procedimento que se caracteriza pela abertura aos afetados. Na última fase desse procedimento devolve-se ao Legislativo a discussão sobre a conveniência da retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico". E arremata, ao final, asseverando que: "Assim, compreensão constitucionalmente adequada do controle de constitucionalidade exige seja entregue ao Senado a prerrogativa de dispor sobre os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no momento em que for editada a resolução que suspenderá a execução da lei" (FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 205). Por outro lado, cabe referir que pelo projeto do Ministro Gilmar Mendes sobre a busca de maior racionalidade e otimização à jurisdição nacional, aponta-se a mutação do texto do art. 52, inciso X, da CF, em razão do que chama de "novo contexto normativo". Para aprofundamento desta visão particular do Ministro, que foi exposta quando do julgamento da Rcl 4.335, confira: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 123-129.

que: "Resta notório que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira".[651]

Além dessa divergência de parte (minoritária) da doutrina, o dispositivo aguarda exame desde o ano 2000 pelo Pleno do STF em duas ações diretas que foram ajuizadas e que, dentre outros dispositivos daquela lei, questionam a adequação do art. 27 em relação à Lei Maior.[652]

De um lado, a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL ajuizou a ADI 2.154 em 22.02.2000 contra alguns dispositivos da referida lei, inclusive o art. 27, sob o fundamento de que violaria diretamente o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inciso II) e, indiretamente, o princípio constitucional da igualdade formal (art. 5º, inciso I), "visto que a declaração de eficácia poderá beneficiar uns, em detrimento de outros".[653]

Na petição inicial da ADI 2.154 consta a transcrição da manifestação do Deputado Federal Jarbas Lima sobre o dispositivo quando o projeto de lei (que veio a se tornar posteriormente a Lei n.9.868/99) estava em discussão perante a Câmara dos Deputados:

> Esse dispositivo [art. 27] possibilita ao STF determinar, por voto de dois terços de seus membros, que a perda de eficácia de preceito legal ou normativo declarado inconstitucional em ação direta só ocorra a partir do trânsito em julgado dessa decisão ou outro momento a ser fixado por livre critério do STF. Dessa forma, não retroagindo, o reconhecimento da inconstitucionalidade não atinge os efeitos já produzidos pelo preceito inválido, de evidente nulidade. Resulta daí, por via transversa, que o STF poderá declarar a eficácia temporária de preceito inválido por inconstitucionalidade. Assim, retomando-se o exemplo no campo do direito tributário, um tributo declarado inconstitucional, por decisão do STF em ação direta, poderá ser considerado devido durante o período determinado pelo STF, ficando desde logo afastado qualquer direito à repetição do indébito.[654]

---

[651] Em seguida, o autor explica cada uma das técnicas de decisão que estão disponíveis atualmente ao Supremo Tribunal Federal quando exerce a jurisdição constitucional. Com efeito, cuidando-se da declaração de nulidade, diferentes vertentes podem ser destacadas: declaração de nulidade total, declaração de nulidade parcial e declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Acresce ainda a interpretação conforme à Constituição, bem como o reconhecimento da "lei ainda constitucional", a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo (cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1181-1209).

[652] Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello já assinalou que: "Impõe-se registrar, no entanto, que o art. 27 da Lei n. 9.868/99 é objeto de impugnação em sede de ação direta de inconstitucionalidade, promovida, respectivamente, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 2.154-DF e ADI 2.258-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), sob a alegação de que a matéria nele versada está sujeita à reserva de Constituição, não podendo, por isso mesmo, ser disciplinada pelo legislador comum. Essa controvérsia, contudo, será oportunamente dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade" (STF – Pleno, ADI 2.215-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 17.04.2001, DJU 26.04.2001).

[653] Consta na petição que: "De início é necessário observar que o preceito legal contraria entendimento reiterado desta Excelsa Corte, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade, no exame do mérito da ação direta, produz efeitos '*ex tunc*', vale dizer, a declaração remonta ao momento '*ab ovo*' da norma desconstituída, pela única, simples e boa razão de que norma inconstitucional é norma inexistente" (cf. petição inicial da ADI 2.154).

[654] Em seguida, a petição aduziu que: "Todavia, no plano do exame formal de constitucionalidade, impende ressaltar que a proposição ora criticada só poderia ser legislada mediante emenda constitucional, não podendo ser objeto de lei ordinária, pois sua aplicação atinge todo o sistema jurídico do País, especialmente o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, e art.

Em breve parêntese, é curioso apontar a "profecia" (auto-realizada) pelo arguto Deputado Federal. Na primeira oportunidade que o Supremo Tribunal Federal lançou mão desse mecanismo em matéria tributária, foi precisamente para afastar o direito à repetição do indébito – no caso do prazo para prescrição e decadência de créditos tributários, como veremos adiante – com a atenuante apenas para aqueles contribuintes que ingressaram em juízo ou pleiteraram em sede administrativa a repetição do indébito (negada aos demais).

De outro lado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB ajuizou a ADI 2.258 em 27.07.2000 contra outros dispositivos da referida lei, inclusive o art. 27, sob o fundamento de que violaria tanto o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inciso II) como também o Estado Democrático de Direito (art. 1º). Nesse sentido:

> É inconstitucional, por ofensa ao **Estado** Democrático de **Direito** (art. 1º da CF) e ao **princípio da legalidade** (art. 5º, inciso II, da CF), permitir que atos normativos ou leis inconstitucionais, assim declarados por decisão do STF, produzam algum tipo de efeito em algum momento do tempo, **mormente Medidas Provisórias que sequer têm, em sua edição, participação do Poder Legislativo**. Norma inconstitucional é nula. Não pode ser admitido procedimento capaz de afastar a possibilidade de que a declaração definitiva, por parte do Supremo Tribunal Federal, do mais grave vício legislativo, não acarrete a nulidade da lei.[655]

Portanto, o art. 27 permanece envolvido, desde 2000, em sérias dúvidas e questões relacionadas à sua constitucionalidade, por suposta violação do art. 1º (que institui o Estado Democrático de Direito), do art. 5º, inciso I (igualdade formal) e inciso II (legalidade).

Os autos da ADI 2.154 (ajuizada pela CNPL) foram apensados a ADI 2.258 (ajuizada pelo Conselho Federal da OAB). Em 14.02.2007, o julgamento pelo Tribunal foi iniciado. Na ocasião, foram examinados alguns dispositivos então inquinados e, no tocante específico ao art. 27, foi suspenso por falta de *quorum*. Retomado em 16.08.2007, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, prolatou voto no sentido da inconstitucionalidade do referido

---

37, '*caput*', da CF/88), que adquire nova feição: UMA LEI INVÁLIDA PASSA A SER 'VÁLIDA', POR DECLARAÇÃO DO STF, POR CERTO TEMPO. Por isso, trata-se de matéria exclusivamente constitucional" (Cf. petição inicial da ADI 2.154).

[655] A petição aduziu trechos de renomados doutrinadores nacionais, como o Professor Gilmar Mendes, bem como trechos da jurisprudência do STF. Relatou ainda debate ocorrido na Assembléia Nacional Constituinte, no sentido de que proposta semelhante fora rejeitada naquela ocasião: "Durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, Sua Excelência, o então Senador Maurício Corrêa, ofertou emenda modificativa ao projeto, então em trâmite, para que fosse incluído na Constituição o seguinte dispositivo: § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória. A proposta do eminente Ministro porém foi rejeitada. Não tendo sido aprovada a emenda ofertada, há de prevalecer orientação antiga e consagrada (....)", desde os primeiros tempos de instalação da República. "Não tendo sido incluída na Constituição a emenda do Senador Maurício Corrêa, sendo, para o direito pátrio, nula a norma inconstitucional, tendo em vista os preceitos da Lei Fundamental que garantem o **Estado** Democrático de **Direito** (art. 1º da CF) e o **princípio da legalidade** (art. 5º, II), os quais não admitem aquilo que não é lei possa regrar condutas, o artigo 27 da Lei Federal 9.868 merece ter sua inconstitucionalidade também declarada, a fim de que seja preservada a supremacia da Constituição Federal" (Cf. petição inicial da ADI 2.258, atualmente de relatoria do Ministro Menezes Direito).

dispositivo.[656] Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia.[657]

3.4.2.3 Algumas colocações

Daniel Sarmento manifestou-se, no plano doutrinário, no sentido de que o argumento que leva em consideração o elemento histórico (como é a referência aos debates parlamentares ocorridos na Assembléia Nacional Constituinte e na Câmara dos Deputados) "desfruta de papel acessório" na hermenêutica jurídica contemporânea.

Embora geralmente assim ocorra, cabe o registro de que as duas petições iniciais referidas anteriormente explicitam argumentos que ressaltam a importância do resgate de tal ânimo ou vontade existente no cenário constituinte e legislativo que, mesmo desfrutando de "papel acessório" (interpretação histórica), se prestam a corroborar os argumentos jurídicos – que foram e ainda podem ser levantados – em torno da interpretação sistemática e teleológica do dispositivo em questão.[658]

Do ponto de vista simplesmente jurídico ou de política judiciária, é temerário que o Supremo Tribunal Federal venha cada vez mais aplicando o art. 27, de modo direto ou por extensão ou, ainda, por analogia, tendo pendente desde o ano 2000 o julgamento daquelas duas ações diretas que inquinam o referido dispositivo de inconstitucionalidade frontal.

Imaginemos a delicada situação jurídica com que se defrontará a Suprema Corte se, no pronunciamento definitivo (que conta com apenas um voto proferido no sentido de sua inconstitucionalidade), acaba-se por afastá-lo por afronta direta à Constituição. Nesse caso, a

---

[656] Cf. o Informativo n. 476 do STF: "O Min. Sepúlveda Pertence, 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, entendeu 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".

[657] Em prognóstico acerca da possível constitucionalidade do art. 27: "Todavia, registre-se nossa opinião, em consonância com a de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no sentido de que provavelmente esta inovação será admitida como válida pelo Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado e no controle difuso" (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 98).

[658] Como exemplo disso, confira o retrospecto acerca da permanência em vigor (ou não) do benefício instituído pelo Crédito-Prêmio do IPI, no qual todo o arcabouço legislativo foi relembrado quando do julgamento pela Suprema Corte, bem como o debate ocorrido entre os parlamentares constituintes sobre o ânimo do § 1º do art. 41 do ADCT, que constou expresso no substancioso voto do Relator: STF – Pleno, RE 577.348 e RE 561.485, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2009.

decisão necessariamente teria efeito retroativo, já que a possibilidade de modulação temporal dos seus efeitos teria sido julgada inconstitucional pelo Tribunal.

E como proceder em relação às questões que vêm sendo decididas com a aplicação da modulação temporal dos seus efeitos? Não parece razoável que a Corte declare a inconstitucionalidade do art. 27 e aplique a modulação temporal dos efeitos de tal decisão, fazendo-a valer dali pra frente (e respeitando as decisões tomadas anteriormente).

Contudo, isso seria perfeitamente possível se a compreensão em torno da faculdade excepcional da modulação defluir diretamente da Constituição e as restrições e limites colocados no art. 27 sejam considerados inconstitucionais, ou seja, seria como uma extrapolação quando da regulamentação. Estas – e outras questões que vimos anteriormente – carecem de análise e confirmação pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, é possível compreender que a faculdade prevista no art. 27 é despicienda no plano legal, tendo em vista que deflui de modo direto da atividade própria do STF como guardião da Constituição no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Essa faculdade decorre, de maneira implícita, do próprio texto constitucional.[659]

Neste encadeamento de idéias, ousamos extrapolar ainda que incumbiria ao próprio STF (e tão somente a ele) estabelecer qualquer procedimento, limites e restrições a tal faculdade. Desse modo, a Corte deveria ter a prerrogativa da iniciativa de eventual projeto de lei que, exclusiva ou incidentalmente, versasse sobre o assunto no plano legal, bem como poderia regular esta faculdade através de atos normativos infralegais de sua competência, como resoluções, portarias e emendas regimentais, por exemplo.

Caso a prerrogativa que caberia primordialmente ao STF – no sentido de que ele próprio regularia o procedimento, os limites e as restrições relacionadas à faculdade de modulação temporal dos efeitos de suas decisões – fosse desrespeitada, então a lei nasceria maculada do vício de inconstitucionalidade formal. A concordância com essa ordem de idéias

---

[659] Como já afirmamos anteriormente, cabe reiterar que: "Parece-nos que esse dispositivo é de grande inutilidade no direito brasileiro, eis que a possibilidade de mitigação da eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade encontra-se implicitamente admitida no texto da Constituição, como examinado anteriormente; sendo desnecessária, portanto, a previsão em lei infraconstitucional" (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 99). No mesmo sentido: "Nessa ordem de considerações, é possível aduzir que a questão dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade trata-se de matéria de natureza constitucional, cabendo à Suprema Corte, em face da omissão do legislador constituinte, resolver com exclusividade a tal respeito, falecendo ao legislador infraconstitucional competência para delimitar a ação do Supremo Tribunal nesta seara" (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**. São Paulo: Dialética, n. 83, ago. 2002, p. 151 - grifamos). Neste ponto, cabe uma ligeira correção: o "legislador constituinte" não se omitiu, como faz parecer o trecho assinalado, mas as propostas de positivação que foram levadas tanto à Assembléia Nacional Constituinte como também ao Congresso Nacional (por ocasião da revisão constitucional), em ambas as ocasiões foram derrotadas pela maioria.

implicaria, por exemplo, a declaração de nulidade do art. 27 da Lei n.9.868/99, por vício formal.

Além disso, diante do texto legal previsto no art. 27, poderia parecer que a restrição que diz respeito à necessária "maioria de dois terços de seus membros" para a validade da decisão no sentido da modulação excepcional dos efeitos da decisão da Suprema Corte padeceria do vício de inconstitucionalidade material.[660]

De fato, o art. 27 da Lei n.9.868/99 estaria restringindo a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal apenas para as situações em que convergissem oito votos nesse sentido, quando, em realidade, a própria Constituição da República nada dispôs a respeito. Nessa ordem de idéias, a conclusão a que se chegaria provavelmente seria de que tal tipo de decisão (que modula os seus efeitos) fosse tomado por apenas seis votos, que é a maioria absoluta determinada na cláusula da reserva de plenário do art. 97 da Constituição da República. Dessa maneira, a convergência de apenas seis votos no mesmo sentido prevaleceria enquanto nada fosse editado por iniciativa do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário (exigindo mais votos convergentes).[661]

Seria recomendável, no entanto, que as "razões de segurança jurídica" fossem: (a) previstas em ato normativo de iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal (para superar o vício da inconstitucionalidade formal anteriormente apontado); e, (b) explicitadas em linhas

---

[660] Pinçamos de diferentes trechos de obra já clássica do Professor Luís Roberto Barroso duas colocações relacionadas à legitimidade da exigência do *quorum* de dois terços (oito) dos votos. A primeira diz respeito à viabilidade que o legislador ordinário imponha condições para a ponderação de valores constitucionais. Nesse sentido: "No mérito, é respeitável a tese de que, por vezes, a produção de efeitos retroativos pode trazer conseqüências indesejadas pelo próprio texto constitucional. Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha tratando a questão de forma equilibrada e construtiva. Não havia necessidade de ato legislativo interferindo nesse mandato. Aliás, em testemunho da riqueza do universo da interpretação constitucional, é possível uma leitura singular e muito razoável do dispositivo, embora contrária ao legislador histórico (isto é, à *mens legislatoris*): a de que, na verdade, veio ele restringir a liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao impor o *quorum* de dois terços dos seus membros. Nesse caso, também caberia questionar se o legislador ordinário poderia impor condições para a ponderação de valores constitucionais". A segunda colocação do Professor sobre tal restrição procedimental refere-se à possível legitimidade para que o legislador ordinário estabeleça uma preferência abstrata em favor de um dos valores constitucionais em disputa. Nas suas palavras: "A própósito do art. 27 da Lei n. 9.868/99, é possível, proceder a uma leitura singular, porém bastante razoável, do dispositivo. Dele se pode extrair um caráter limitador da competência do Supremo Tribunal Federal para restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. De fato, para que a Corte possa decidir a ponderação de valores em favor da proteção dos efeitos da norma declarada inconstitucional – negando, assim, eficácia *ex tunc* à decisão –, passou a ser necessário o quórum de dois terços de seus membros. À vista dessa interpretação, coloca-se a questão da legitimidade ou não de o legislador infraconstitucional estabelecer uma preferência abstrata em favor de um dos valores constitucionais em disputa" (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. 25; 211).

[661] De igual modo, os dois pressupostos que fornecem os requisitos materiais para que a restrição dos efeitos da decisão acerca da (in)constitucionalidade ("razões de segurança jurídica" e "excepcional interesse social") poderiam padecer do vício da inconstitucionalidade material, vez que pretensamente afunilam a possibilidade de modulação dos efeitos no plano legal e sem qualquer permissivo constitucional. Contudo, no plano teórico, encampamos o entendimento explicitado por Ana Paula Ávila no sentido de atribuir a interpretação conforme a Constituição para a aplicação das "razões de segurança jurídica" contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99. Assim entendidas as "razões de segurança jurídica", elas podem servir como o norte necessário para que a aplicação excepcional do art. 27 da Lei n. 9.868/99 seja efetivada de maneira a respeitar e prestigiar os direitos fundamentais dos cidadãos, de modo geral, e dos contribuintes, de maneira particular.

gerais, em homenagem à experiência jurisprudencial já amadurecida em alguns contornos e delimitações a respeito desse tema.

A título ilustrativo, vimos que a Lei n.5.427, de 01.04.2009, que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tendo por objetivo, em especial, a proteção dos direitos dos administrados, preceitua, no § 3º do art. 53:

> Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato normativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.[662]

Diante da ampla margem de discricionariedade que a aplicação incorreta – ou má intencionada – da modulação dos efeitos de decisão judicial (ou política) pode conduzir, torna-se mais importante do que nunca que a Suprema Corte reconheça os parâmetros válidos e necessários para a utilização excepcional de tal instrumento, vocacionado na origem para efetivamente proteger os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (e dos contribuintes).

Do contrário, a prática tende a se difundir nas variadas esferas da prestação jurisdicional, já tendo sido cogitada e aplicada tanto no Superior Tribunal de Justiça como também no âmbito de tribunais de segundo grau, como vimos. Além disso, tende a se espraiar igualmente para as demais funções ou "Poderes do Estado" chegando, inclusive, à seara política, para a qual não tinha sido inicialmente vislumbrada.

3.4.3 As implicações da doutrina prospectiva

> *O controle de constitucionalidade, dentro do contexto mais amplo da jurisdição constitucional, tende a desenvolver-se preponderantemente em um destes dois sentidos: a tutela dos direitos fundamentais ou a estabilidade de governo ('governabilidade'). A Lei n.9.868, editada em 10 de novembro de 1999, parece ter sido concebida com vistas ao segundo dos objetivos apontados, hipótese em que os bem intencionados esforços de interpretação e aplicação desse diploma deverão corrigir-lhe o rumo, contemplando a proteção dos direitos fundamentais.*[663]

---

[662] É evidente que tal dispositivo inspirou-se no art. 27 da Lei n. 9.868/99. Sobreleva registrar a ampla abertura de destinatários prevista no texto normativo, que se refere aos "Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional".

[663] ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 269-292, 2001, p. 269.

3.4.3.1 Como proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes

A única hipótese da aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 é no interesse da sociedade, e não do Poder Estatal em beneficiar-se da própria torpeza, isto é, do seu próprio ato de arbítrio.[664]

Em sede doutrinária, inicialmente, a possibilidade de aplicar a modulação temporal dos efeitos da decisão tomada em matéria tributária era encarada com certo preconceito, no sentido de que tal campo do Direito não aconselharia a adoção de tal mecanismo.[665] Esta, contudo, sempre foi uma preocupação latente da doutrina. Permaneceu relativamente adormecida até 2007, quando, pela primeira vez, foi cogitada a sua aplicação em matéria tributária no âmbito dos Tribunais Superiores.

Em matéria tributária, no âmbito do STF, a questão jurídica relacionada à possível aplicação da modulação temporal dos efeitos de decisão judicial foi levantada em alguns relevantes casos, como os relacionados ao crédito do IPI na aquisição de insumos tributados à alíquota zero,[666] ao prazo qüinqüenal para prescrição e decadência de créditos tributários[667] e ao prazo de vigência da isenção da COFINS aplicável às sociedades profissionais.[668]

Além disso, há perspectiva concreta de que alguns dos próximos julgamentos que ocorrerão na Suprema Corte tenderão a contemplar o debate em torno da modulação temporal

---

[664] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei n. 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 59, ago 2000, p. 123.

[665] Em 2000, Hugo de Brito Machado nutria a seguinte percepção a respeito da aplicação do instituto em matéria tributária: "Assim, somente quando seja colocada a questão perante o Supremo Tribunal Federal a questão dos efeitos retroativos prejudiciais ao contribuinte que tinha cumprido a lei inconstitucional é que se terá uma decisão que vai definir esta questão. Por enquanto, tem-se jurisprudência afirmando a produção de efeitos retroativos, ou *ex tunc*, mas com certeza a questão posta não foi a de saber se tais efeitos retroativos se operam contra o cidadão para favorecer o Estado. Afinal, além de ser a supremacia constitucional uma garantia do cidadão, responsável pela produção de lei inconstitucional não é este, mas o Estado". Naquele tempo, asseverava que: "E tudo nos leva a acreditar que o Supremo Tribunal Federal, tendo de examinar essa questão, decidirá pela preservação da segurança jurídica" (MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 57, jun 2000, p. 78-79).

[666] STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJE 07.03.2008; STF – Pleno, RE 370.682, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25.06.2007, DJU 19.12.2007.

[667] STF – Pleno, RREE 556.664, 559.882 e 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14 e 28.11.2008; STF – Pleno, RE 559.943-4/RS – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 12.06.2008 – DJE 25.09.2008.

[668] STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008; STF – Pleno, RE 381.964, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 13.03.2009.

dos efeitos de tais decisões judiciais, como no caso da exclusão da parcela do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS.

O STJ, por sua vez, debateu longa e vigorosamente a possível aplicação da modulação temporal dos efeitos quando se pronunciou acerca do Crédito-Prêmio do IPI, decidindo, ao final, pela sua inaplicação.[669] Já começam a surgir nos tribunais de segundo grau as primeiras manifestações acerca da possível modulação temporal dos efeitos,[670] como destacamos antes.

A partir daí, recrudesceram os estudos a respeito da possível aplicação da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais. É notável como já começaram a surgir os primeiros estudos a respeito da correlação necessária entre a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes e a chamada "doutrina prospectiva".

Andrei Pitten Velloso adota a orientação no sentido de que não é possível aplicar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária. Admite, no entanto, flexibilizar tal orientação à luz da radical mudança na jurisprudência do STF que passe a adotar uma exegese constitucional "completamente inusitada":

> Em suma, a doutrina da 'modulação' dos efeitos das pronúncias de inconstitucionalidade mostra-se não só incompatível com as singularidades do Direito Tributário, senão também flagrantemente atentatória à supremacia da Constituição. Incentiva a sua derrocada, a mutilação da sua força normativa – e o confisco estatal de propriedade privada.
> Tão somente em hipóteses excepcionalíssimas dita modulação poderia ser admitida. Referimo-nos aos casos de radical mudança na jurisprudência do STF e de adoção, por este, de uma exegese constitucional completamente inusitada, imprevisível até mesmo ao mais prudente legislador.[671]

---

[669] STJ – 1ª Seção, EREsp. 765.134, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ ac. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.06.2007, DJU 22.10.2007. No mesmo sentido (julgado conjuntamente): STJ – 1ª Seção, ERESp. 771.184, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ ac. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.06.2007, DJ 22.10.2007; STJ – 1ª Seção, EREsp. 738.689, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.06.2007, DJ 22.10.2007.

[670] A título meramente exemplificativo, confira: TRF-1ª Região – 7ª Turma, AgRMC 200801000558731, Rel. Des. Fed. Rafael Paulo Soares Pinto, j. 19.01.2009, DJE 30.01.2009; TRF-1ª Região – 7ª Turma, EDAC 200738010009502, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 14.10.2008, DJU 16.01.2009; TRF-1ª Região – 7ª Turma, EDAC 200738010009502, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 14.10.2008, DJU 16.01.2009; TRF-2ª Região – 3ª Turma Especializada, AC 394.269, Rel. Des. Fed. Francisco Pizzolante, j. 18.11.2008, DJU 01.12.2008; TRF-2ª Região – 4ª Turma Especializada, AG 153.289, Rel. Des. Fed. Alberto Nogueira, j. 23.09.2008, DJU 19.11.2008; TRF-3ª Região – 6ª Turma, AC 1357085, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 29.01.2009, DJU 16.03.2009; TRF-3ª Região – 6ª Turma, AC 1346618, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 30.10.2008, DJU 01.12.2008; TRF-3ª Região – 3ª Turma, AC 1354744, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 08.01.2009, DJU 20.01.2009; TRF-3ª Região – 2ª Seção, EI 895535, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 07.10.2008, DJU 27.11.2008; TRF-5ª Região – 1ª Turma, AC 407583, Rel. Des. Fed. Cesar Carvalho, j. 05.03.2009, DJU 09.04.2009; TRF-5ª Região – Pleno, AR 6.025, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, j. 01.04.2009, DJE 30.04.2009; TRF-5ª Região – Pleno, AR 5.686, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, j. 22.10.2008, DJU 12.12.2008; TRF-5ª Região – Pleno, EDAR 5.471, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, j. 27.02.2008, DJU 23.05.2008.

[671] O primeiro exemplo, relacionado à mudança na jurisprudência já é conhecido de todos: "Na primeira hipótese, há uma relevante peculiaridade, que justifica excepcionar as ponderações supra-expendidas: houve uma *mutação constitucional* pela via interpretativa. A norma tributária era legítima à luz da exegese acolhida originalmente pelo intérprete maior da Carta da República. Não se trata propriamente de negar efeitos retroativos à pronúncia de inconstitucionalidade, senão à mudança de orientação jurisprudencial, de modo a se outorgar ultra-atividade à exegese superada, por se reputar ser a variante hermenêutica mais correta à luz do contexto em que adotada ou, ao menos, uma possibilidade interpretativa que, a despeito de não ser a melhor, não era apenas admitida pela Constituição, mas também esposada pelo seu guardião". O segundo exemplo mencionado pelo articulista parece mais um caso de laboratório: "A segunda hipótese seria configurada

Luís Roberto Barroso elaborou parecer em que tratou da possível modulação temporal dos efeitos de certa decisão proferida pelo Pleno do STF em relevante caso tributário (IPI-Alíquota zero). O pleito que então era feito junto à Corte fundava-se na mudança de sua jurisprudência consolidada a respeito do tema. Nesse caso, a aplicação do tradicional efeito *ex tunc* à decisão violaria o princípio da segurança jurídica, densamente concretizado pelos princípios da confiança legítima do administrado (e contribuinte), da boa-fé nas relações entre eles e o Poder Público e da regra da irretroatividade tributária. Com base nesse fundamento jurídico, aqui apertado em ligeira síntese, o Professor concluiu que "a nova orientação somente poderá produzir efeitos prospectivos (*ex nunc*)".[672]

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello concluiu, em parecer de sua lavra:

> I - Havendo alteração da jurisprudência do STF em relação aos créditos do IPI no caso de alíquota zero, pode – e mais que isto deve – ser conferido efeito prospectivo a este novo entendimento, para que sejam alcançados apenas os fatos ocorridos a partir da publicação do acórdão que consubstancie a nova orientação;
> II - É visceralmente incompatível com os princípios constitucionais de boa-fé, da segurança jurídica, da proteção a confiança e da irretroatividade tributária conferir efeitos retroativos (*ex tunc*) à nova jurisprudência, não reconhecendo como bons e válidos os atos praticados pelo contribuinte antes da referida alteração.[673]

De igual modo, Misabel Abreu Machado Derzi, no trecho conclusivo de sua obra a respeito das modificações da jurisprudência no Direito Tributário, explica que:

> O princípio da proteção da confiança e da irretroatividade são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição à

---

numa situação efetivamente peculiar, em que o legislador edita normas tributárias em perfeita consonância com exegese constitucional sustentada de forma uníssona pelos mais abalizados juristas e não contraposta à jurisprudência do STF, mas este firma uma posição inusitada, que não era reconhecida com seriedade qual uma variante interpretativa possível. Em tal situação, de certo modo insólita, haveria fundamentos razoáveis para se afastar o direito à repetição do indébito, haja vista ter o legislador editado normas tributárias em harmonia com a exegese constitucional preconizada pela doutrina e com a jurisprudência até então firmada, evidenciando haver obrado não apenas com boa-fé, mas também com indiscutível prudência" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p.13-14).

[672] BARROSO, Luís Roberto. Parecer: 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**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 264, 274, 276-284, 287-288.

[673] Após dissertar sobre a função nuclear do Direito como "o estabelecimento de uma ordem", o anseio generalizado por "segurança" e, por conseguinte, a importância no ordenamento jurídico do princípio da segurança jurídica, bem como o caráter maleável e mutável do Direito contraposto com a pretensão de estabilidade dos atos estatais, o Professor ressaltou a importância das decisões judiciais como parâmetros de condutas para os cidadãos (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007, p. 337-338). Este parecer será mencionado novamente, quando analisarmos o julgamento do relevante caso tributário que cuidou do IPI-Alíquota zero.

> Administração pública, ao Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança.[674]

Verificamos, por conseguinte, que, junto ao mote da mudança de jurisprudência, alguns autores de peso têm defendido a aplicação da modulação temporal dos efeitos de tal decisão (na modalidade *ex nunc*) com vistas a assegurar a boa-fé objetiva e a proteção da confiança legítima dos contribuintes, que são pilares a sustentar a segurança jurídica.[675]

Tercio Sampaio Ferraz Junior explica que: "Ora, diante da perspectiva de uma modificação dessa jurisprudência mantida por mais de 15 anos, a hipótese de atribuição do efeito *ex nunc* à decisão ganha sentido".[676] Roque Antonio Carrazza assevera ainda que: "Para que não reste comprometido o *princípio da segurança jurídica*, com seus corolários de proteção à confiança e à boa-fé das pessoas, a alteração jurisprudencial, após longo período de prevalecimento, deve produzir apenas efeitos prospectivos [...]".[677] Nelson Nery Junior assevera que: "No caso de modificação de consolidada jurisprudência anterior, a eficácia *ex*

---

[674] Em seguida, a autora assinala que: "Essa a razão de sua invocação apenas em presença da modificação jurisprudencial em detrimento do contribuinte. A boa-fé objetiva pode ser atribuída também à Administração Tributária, mas não sem lei expressa, enfim, ela somente atua como fonte de inspiração do legislador. Não se pode invocar o princípio da boa-fé objetiva como fonte autônoma de deveres dos contribuintes, pois somente a lei pode criá-los. A questão da boa-fé objetiva resolve-se no princípio da legalidade". Na seqüência, ela explica ainda que: "Sintetizando os argumentos dessa teoria e da prática de muitos tribunais, inclusive do Brasil, temos: (I) tais princípios são antes limitações do poder de tributar, em especial a irretroatividade e a proteção da confiança. Apresentam-se ambos, como expressão da segurança jurídica, no rol dos direitos e garantias fundamentais. [...]; (II) é notável a relação de dependência do cidadão em face do Estado, em seus atos de intervenção e de regulação, de modo que o Ente estatal tem mais recursos, e muito mais abrangentes, para se prevenir de uma decepção [...]; (III) se a proteção fosse considerada em favor do Estado, poderia ficar vulnerado o Estado de Direito, já que, apoiado na confiança, o Estado não poderia alcançar uma posição juríddica melhor frente ao cidadão do que, de qualquer modo, já resulta da lei, ou seja, no Direito Público, direitos e deveres dos cidadãos decorrem diretamente da lei; (IV) os atos, ações e omissões do cidadão em face do Estado, abusivos ou fraudulentos, delituosos e de má-fé, todos já são previstos e sancionados nos termos da lei, [...]; (V) são aplicáveis os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, para favorecer uma pessoa jurídica de Direito público contra a outra, em convênios e contratos. [...]. Enfim, conclusivamente, a autora escreve que: "Se as *modificações de jurisprudência ocorrem em detrimento das Fazendas Públicas*, não se apresentam adequados, então, os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, já que são limitações constitucionais ao poder judicial de tributar" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 604-607).

[675] De fato, confira: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 1-34; CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 35-74; NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 75-110.

[676] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 31.

[677] CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 72.

nunc deixa de ser possível e passa a ser *necessária*, em virtude da incidência da boa-fé objetiva e da segurança jurídica".[678]

Nelson Nery Junior ensina que a boa-fé objetiva "se consubstancia na conduta que se espera da parte ou da administração, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua intenção em praticar o ato ou de celebrar o negócio jurídico privado ou administrativo".[679]

Embora a segurança jurídica não pretenda, em hipótese alguma, engessar definitivamente a orientação jurisprudencial da Corte, a sua modificação, depois de pacificada, deve levar em conta a boa-fé objetiva dos jurisdicionados, que agiram de acordo com o entendimento anterior que posteriormente restou superado.

Neste sentido, o autor enfatiza que:

> No campo tributário, a boa-fé objetiva do contribuinte caracteriza-se pela realização de seu planejamento tributário e de sua conduta de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores. Não estaria de acordo com o espírito da Constituição, e não faria sentido, apenar-se o contribuinte porque fez planejamento tributário, praticou atos com repercussão tributária – contábeis ou não – obedecendo a jurisprudência predominante no momento, somente porque o tribunal alterou o seu entendimento relativamente àquele ponto.[680]

Adiante, o processualista volta ao mesmo ponto para destacar a importância da segurança jurídica no planejamento tributário empreendido pelos contribuintes:

> O princípio da segurança jurídica atua de modo veemente no direito tributário, porquanto o contribuinte tem de fazer seu planejamento tributário sob pena de inviabilizar sua atividade empresária ou mesmo de pessoa física. Não pode ser surpreendido por decisão retroativa do STF, em processo de controle abstrato de constitucionalidade, para atingir atos que praticou até então, com base em lei que pensava ser constitucional. Da mesma maneira, também não pode ser surpreendido por atitude ativa do fisco em efetuar lançamento tributário

---

[678] NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 77.

[679] Em seguida, o autor acrescenta que: "É, pois, *regra de conduta*, de conteúdo e eficácia *jurígena*, vale dizer, é fonte criadora de direitos e de obrigações tal como a lei em sentido formal". O autor destaca também as diferentes funções da boa-fé objetiva, que pode funcionar como: princípio geral de direito, tal como previsto no art. 4º da LICC; conceito legal indeterminado, tal qual se verifica nos arts. 1.238 e 1.260, ambos do CC; cláusula geral, constatada, por exemplo, na boa-fé objetiva nos contratos, consoante dispõe o art. 422 do CC. "Ainda é majoritário na doutrina o entendimento de que, enquanto o particular pode praticar quaisquer atos e negócios jurídicos, inclusive criando negócios atípicos (CC 425), a administração estaria adstrita à legalidade, não podendo praticar atos *praeter* ou contra *legem*, mas comente *secundum legem*" (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 84-85).

[680] Cabe repisar que: "A mudança de entendimento dos tribunais, com alteração de sua interpretação sobre a Constituição e as leis, não pode ter eficácia retroativa, sob pena de ferir-se, entre outros cânones constitucionais, a boa-fé objetiva do jurisdicionado que confiou na, até então, jurisprudência dominante" (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 91).

> detrimentoso ao contribuinte, com base na decisão do STF de declaração de inconstitucionalidade por conta de seu efeito retroativo.[681]

Além disso, há autores reconhecendo que a doutrina prospectiva deve ser manejada única e exclusivamente em favor dos direitos fundamentais dos contribuintes. Adotando-se essa ordem de idéias, o entendimento em sentido contrário implicaria inconcebível "desconstrução" da Lei Maior e "nulificação da relevante conquista jurídica esboçada pelos princípios constitucionais tributários".[682]

Nesse sentido, a questão é suscitada por Ana Paula Ávila, no tocante à possibilidade de que o Estado invoque em seu favor a segurança jurídica. Nessa hipótese, ela responde pela negativa: "Questão interessante é responder se o Estado pode também invocar a segurança jurídica, nesse mesmo aspecto, para a manutenção de situações em que a lei inconstitucional tenha gerado em seu benefício. A resposta é não, taxativamente, não, por diversas razões".[683]

No mesmo sentido, Misabel Abreu Machado Derzi explica de modo cristalino que:

> [...] no Direito Tributário, assim como no Direito Administrativo em geral, o princípio da proteção da confiança só pode ser considerado de forma unilateral (tal como se dá em relação à irretroatividade), não protegendo as pretensões fazendárias na cobrança de tributos,

---

[681] NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 101.

[682] Em artigo doutrinário dedicado ao tema, Saulo Tourinho Leal expõe, de início, que: "O presente ensaio problematiza a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, a pedido da Fazenda Nacional, da chamada doutrina prospectiva, que mitiga os efeitos de nulidade atribuídos à lei declarada inconstitucional. O foco do estudo é a adoção da medida em matéria tributária quando a decisão do Tribunal impõe à Fazenda o recolhimento do indébito em favor do contribuinte". Adiante, o articulista explicita que: "Se o instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade for utilizado em desfavor dos direitos fundamentais dos contribuinte, caminharemos, todos, para a nulificação da relevante conquista jurídica esboçada pelos princípios constitucionais tributários" (LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a Adoção da Doutrina Prospectiva negando Direitos aos Contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 158, nov 2008, p. 78-81). Em sentido contrário: "Há quem defenda também que os efeitos prospectivos, sendo fundados na proteção da confiança do cidadão, não poderiam ser utilizados em favor do interesse social, como autorizado pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99, sendo aplicados apenas a favor do contribuinte, mas nunca da Fazenda Pública". "Contudo, dada a dimensão plural que a segurança jurídica adquire na *sociedade de risco*, é preciso prevenir, como destaca García de Enterría, a catástrofe financeira ocasionada, em alguns casos, pela inconstitucionalidade retroativa" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 145, out 2007, p. 109).

[683] Em justificativa, a autora arrola os seguintes argumentos: "Primeiro, porque, se esse benefício se deu em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo, já se concluiu pela prevalência desses em caso de conflito. Segundo, porque a segurança jurídica é, também, um direito fundamental do cidadão (art. 5º, *caput*) oponível ao Estado, e o Supremo Tribunal Federal, na esteira do pensamento constitucional germânico, tem confirmado o entendimento de que os direitos fundamentais aproveitam aos cidadãos e, não, ao Estado. E terceiro, porque uma análise mais aprofundada de alguns aspectos do princípio da boa-fé, que, por aqui, tem servido para complementar a segurança jurídica no sentido de proteção da confiança, jamais autorizaria que o autor de um ato inválido pudesse lograr proveito através dele" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 151-152).

> e configurando uma limitação constitucional ao poder de tributar, um direito ou garantia do cidadão-contribuinte; [...].[684]

De fato, a segurança jurídica e seus consectários destinam-se à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, de modo geral, e dos administrados e contribuintes, de maneira particular. Daí porque é juridicamente robusto o argumento de que as "razões de segurança jurídica" não podem ser invocadas contra os cidadãos e contribuintes (em favor do Estado).[685]

"Um sinal de alerta já foi ligado" quando a Corte "deu o primeiro passo", consistente na modulação temporal dos efeitos de sua decisão na questão tributária referente ao prazo qüinqüenal prescricional e decadencial de créditos tributários, em que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n.8.212/91.[686]

Registre-se que o beneficiário do dispositivo é claramente identificável:

---

[684] Em nota de rodapé, a Professora reproduz o teor da Súmula n. 654 do STF, o qual reza que: "A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado". Adiante em sua obra, a autora repisa que: "Enfim, como os atos normativos regulamentares do Poder Executivo não retroagem, já que as leis, em que se baseiam não podem retroagir, não seria necessário declarar expressamente na Constituição, a inferência, que é lógica e razoável. Então, os vícios havidos nas regulamentações e outros atos normativos, prejudiciais aos cidadãos, quer configurem retroações ou outros, como a restrição de direitos e a criação de deveres, determinações *contra legem*, são eivados de ilegalidade, não têm qualquer validade, nem se consolidam no mundo do Direito para atingir a esfera jurídica das pessoas. Representam ilicitude, ilegalidade, podem e devem ser corrigidos de ofício. Tais retificações, benéficas aos contribuintes, podem e devem retroagir; para garantir a plena vigência das leis. Se recursos financeiros já foram recebidos, em pagamento, pela Fazenda Pública, o princípio moral e jurídico do enriquecimento sem causa dita-lhes a devolução. Esse não é o campo para a aplicação do princípio da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé. Caso o fosse, estar-se-ia protegendo o ato viciado, a má-fé ou a simples ignorância do Estado (que não pode ser alegada), contra o cidadão" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 324 e 496-497).

[685] Em poucas palavras: "Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem ser assim formulados: o cidadão deve poder ter confiança em que os atos ou decisões públicas, incidentes sobre os seus direitos, estão relacionados a efeitos duradouros, previstos ou calculados com base nas normas jurídicas vigentes. Esses princípios apontam basicamente para: (a) a proibição de leis retroativas; (b) a inalterabilidade do caso julgado; e (c) a tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 153). No mesmo sentido, a Professora Misabel Abreu Machado Derzi, depois de discorrer sobre a natureza implícita do princípio da proteção da confiança nas ordens jurídicas européias e americanas, explica que: "Em decorrência, ele costuma se acostar e fundar os direitos fundamentais dos contribuintes, além de ser invocado, subsidiariamente, todas as vezes em que o modelo constitucional dessas garantias ou das limitações ao poder de tributar é frágil" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 321).

[686] Lembrando da origem do instituto nos Estados Unidos da América do Norte, Saul Tourinho Leal expõe que, inicialmente, a sua utilização prestou-se a assegurar direitos fundamentais civis: "A doutrina prospectiva não pode ser desvirtuada ao oposto do que ela verdadeiramente representa. A medida, na sua versão originária, teve por finalidade implementar decisões inovadoras proferidas pela 'Corte de Warren', nos Estados Unidos, assegurando direitos fundamentais ainda não reconhecidos pela Suprema Corte e alvos de omissão por parte dos Poderes Públicos". No Brasil a sua utilização corre sério risco de ser feita às avessas, como parece ser o costume tupiniquim na importação de institutos jurídicos da experiência do direito comparado: "Como já dito, a ponderação se deu num ambiente que caminhava em largos passos rumo a assegurar direitos civis. No Brasil, se quer utilizar a medida para negá-los. É sempre assim. O país é pródigo em importar institutos jurídicos estrangeiros e aplicá-los descaracterizando-os" (LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a Adoção da Doutrina Prospectiva negando Direitos aos Contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 158, nov 2008, p. 85-86; LEAL, Saul Tourinho; PISANI, José Roberto. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 6, n. 36, nov/dez 2008, p. 109).

> A possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, constitucionalidade ou quando houver mudança de jurisprudência pacificada na Corte, se contrária aos princípios constitucionais, não deve ser empregada. A segurança jurídica é princípio endereçado à sociedade e a seus cidadãos, não devendo, jamais, servir de escudo para que a Fazenda deixe de honrar seus compromissos decorrentes de práticas perpetradas em atentado à Constituição Federal.[687]

Nessas situações, os princípios da proteção da confiança e da boa-fé dos contribuintes, corolários do princípio da segurança jurídica que, por sua vez, é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito, devem ser privilegiados quando sopesados com o princípio da nulidade da lei inconstitucional (aplicação do efeito *ex tunc*). [688]

No mesmo sentido, a expulsão própria da lei tributária declarada inconstitucional é precisamente a maior concreção e efetividade dos princípios constitucionais que formam a rede protetiva em torno dos cidadãos de modo geral – e contribuintes de maneira particular:

> 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.[689]

---

[687] O articulista encerra a sua lista de argumentos com o seguinte trecho: "Num país, no qual a carga tributária é absurda e, do outro lado, o Estado comemora com palco e espetáculo os gigantescos números da arrecadação, sem que o aumento no gasto público seja estancado, nada recomenda que o Supremo transforme a doutrina prospectiva num perverso instrumento estatal de negativa oficial ao cumprimento de direitos e garantias fundamentais dos contribuintes assegurados constitucionalmente". "Agir dessa forma é admitir que, em atendimento às vontades da Fazenda Nacional, é possível *modular para não pagar*. Tristes tempos". "Não custa repetir. Se virar rotina, o pântano será o destino" (LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a Adoção da Doutrina Prospectiva negando Direitos aos Contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 158, nov 2008, p. 82). No mesmo sentido: "A modulação de efeitos não é escudo protetor do Poder Público, pois a violação da Constituição cometida pelo Estado é mais prejudicial do que a cometida pelo contribuinte. É que o Estado, confiante na modulação, pode praticar de modo contumaz a aprovação de atos legislativos que imponham obrigações tributárias inconstitucionais" (LEAL, Saul Tourinho; PISANI, José Roberto. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 36, nov./dez. 2008, p. 109).

[688] Na situação descrita no trecho seguinte, coloca-se sob ponderação o "Princípio da Supremacia Constitucional" quando, em realidade, deveria colocar o princípio da nulidade da lei inconstitucional: "Outra hipótese de aplicação da modulação dos efeitos da decisão que valoriza o Princípio da Boa-Fé, ponderado com o Princípio da Supremacia Constitucional (sic), dá-se naquelas hipóteses em que a jurisprudência de longos anos apresenta-se pacificada pela inconstitucionalidade de determinado tributo (sempre com a decretação incidental e concreta), até que decisão do Supremo Tribunal (em controle de constitucionalidade concreta ou abstrata) indica novo posicionamento sobre a matéria, reconhecendo-se a constitucionalidade da exação. (....). Não há dúvidas que o contribuinte, frente à pacificação da jurisprudência (anterior ao novo posicionamento ditado pela decisão do Supremo), programou-se para não pagar o tributo, planejando sua vida e seus negócios como se este encargo não fosse devido. Se, de um momento para outro, aquilo que não era devido se transforma em devido com juros, atualização monetária e multa, exigível no período não prescrito, haverá manifesta violação na confiança do contribuinte que acreditou no Poder Judiciário como um todo" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 24).

[689] Cabe notar que: "Isso porque, 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" (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**. São Paulo: Dialética, n. 83, ago.

Excepcionalmente, contudo, admite-se a modulação temporal dos efeitos de decisão "que proclama a inconstitucionalidade de norma tributária benéfica aos contribuintes, como uma regra isentiva, por exemplo".[690] Dessa maneira, "a aplicação do art. 27 somente está autorizada quando resultar em benefício ou proteção do indivíduo ou da sociedade – e jamais do próprio Estado". Em resumo: "Com isso, pretende-se afirmar que a manutenção dos efeitos de uma norma declarada inconstitucional somente está autorizada quando esses efeitos se produzirem em benefício do indivíduo".[691]

Em interessante tese, antes citada, sobre a ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei n.9.868/99, Ana Paula Ávila desenvolve uma espécie de "teoria geral" de aplicação desse controvertido dispositivo:

> A aplicação do art. 27 exige do intérprete um importante trabalho de justificação para seu emprego, muito especialmente quando a manutenção ou o desfazimento dos efeitos de norma inconstitucional colocam em pauta os direitos fundamentais. Esse processo de justificativa envolve a *identificação do objeto*, ou seja, dos direitos ou interesses com os quais se está lidando quando estão em confronto normas que favorecem a invalidação ou o reconhecimento dos efeitos; e pressupõe também a identificação das *razões* que levam o intérprete a atribuir maior peso a uma ou outra norma. A tese que se pretende desenvolver e, devidamente, justificar pela ordem constitucional vigente, é a de que esses conceitos

---

2002, p. 161). No mesmo sentido: "Há, contudo – e isto é necessário frisarmos – certos casos em que *nunca* será admitida a possibilidade de restrição dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, sob pena de enfraquecimento das sólidas estruturas normativas que sustentam a Constituição rígida através da noção já ventilada de *superlegalidade*. Entre esses casos extremos inclui-se a declaração de inconstitucionalidade de um tributo" (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei n. 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 59, ago. 2000, p. 118).

[690] Com efeito, cabe assinalar que, dada a excepcionalidade de tal aplicação, torna-se necessário proceder ao exame de cada caso ou situação concreta submetida à apreciação: "Assim, no caso ora sob análise é possível a definição quanto aos efeitos da decisão proclamatória de inconstitucionalidade de forma casuística, em atenção às peculiaridades do caso concreto *sub judice*, isso uma vez que, nesse caso, não haveria a possibilidade de utilização, pelo Poder Público, de normas inconstitucionais como instrumento para a exigência de tributos, em violação aos direitos fundamentais dos contribuintes". "Dessa forma, parece mais razoável o entendimento de que, no que tange à declaração de inconstitucionalidade de normas tributárias favoráveis aos contribuintes, o efeito temporal das mesmas será definido em consonância com a moderna doutrina sobre o tema da eficácia das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal analisar, casuisticamente, se sua decisão terá efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, sendo certo que a adoção da eficácia retroativa da decisão do Excelso Pretório não encontraria limitação em nenhuma regra ou princípio constitucional" (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**. São Paulo: Dialética, n. 83, ago. 2002, p. 164, 166).

[691] Insta salientar: "É que a posição jurídica que porventura o favoreça foi, necessariamente, obtida mediante uma conduta contrária à Constituição (criação de norma inconstitucional), e o respeito à boa-fé exige represália à infidelidade jurídica" De fato, cabe asseverar de modo claro que: "O prejuízo – sob qualquer pretexto – da liberdade, da igualdade, da segurança, da propriedade, ou de qualquer outro direito que a própria Constituição designe como fundamental, jamais encontrará abrigo legítimo na faculdade que o art. 27 da Lei n. 9.868/99, conferiu ao Supremo Tribunal Federal" (ÁVILA, Ana Paula. **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. 24 e 70-71). No mesmo sentido, já vimos que: "A única hipótese da aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 é no interesse da sociedade, e não do Poder Estatal em *beneficiar-se da própria torpeza*, isto é, do seu próprio ato de arbítrio" (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei n. 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 59, ago. 2000, p. 123).

> somente estarão adequadamente preenchidos quando, (a) no processo hermenêutico forem considerados *apenas* elementos da ordem normativa, afastando-se aqueles de caráter apenas político ou as considerações meramente pragmáticas; e, (b) do processo hermenêutico, resultar benefício aos direitos individuais fundamentais, sejam eles individual ou coletivamente considerados.[692]

De outra maneira, aplicando a teoria dos poderes neutrais ao exercício da jurisdição constitucional pelo STF, Alexandre Santos de Aragão explica que, na aplicação do art. 27 da Lei n.9.868/99, importante parâmetro que deve ser claramente identificado é "a neutralidade que deve possuir em relação aos interesses privados e estatais".[693]

Há, portanto, sólidas manifestações doutrinárias que sustentam a idéia de que a doutrina prospectiva deve ser utilizada apenas e tão somente no sentido de promover a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes, e jamais em prol dos interesses do Estado, contrapostos pela Administração Pública.

3.4.3.2 A serviço do Fisco

Com um histórico de vitórias em disputas tributárias bilionárias nos tribunais superiores nos últimos anos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acumula derrotas quando de trata da cobrança desses créditos. A burocracia excessiva, além de gerar reclamações recorrentes tanto por parte das empresas quanto do Judiciário, não garante arrecadação: a dívida ativa da União é de R$ 643 bilhões, mas a procuradoria estima que a cada ano recupere apenas R$ 3 bilhões - ou 0,48% do total.[694]

---

[692] ÁVILA, Ana Paula. **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. 73-74.

[693] Nas suas palavras: "A Teoria dos Poderes Neutrais do Estado, longe de ter importância apenas teórica para a compreensão do art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, possui grande relevância prática, uma vez que, ao identificar a natureza das funções e a posição do Supremo Tribunal Federal – STF no arcabouço institucional brasileiro, deixando clara a neutralidade que deve possuir em relação aos interesses privados e estatais, contribui para determinar os parâmetros pelos quais deverá se pautar para exercer os seus crescentes poderes, principalmente no atual momento, em que há o temor de que o STF faça prevalecer os interesses econômicos do Estado ao fixar os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade, mormente em matéria econômica e tributária". Em nota, aduz que: "Trata-se especialmente do receio de que as declarações de inconstitucionalidade de leis tributárias oneradoras nunca venham a ter efeitos retroativos, impossibilitando, assim, a repetição do indébito" (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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 21-37, 2001, p. 23).

[694] EDITORIAL. Procuradoria instala divisão de gestão da dívida ativa da União – Entrevista com Luis Inácio Adams. **Valor Online**. São Paulo, 26.02.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 26.02.2009.

De modo geral, a aceitação da doutrina prospectiva a serviço dos interesses arrecadatórios do Fisco leva em (alta) conta o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e *ad terrorem*, como são aqueles dados relacionados à "catástrofe financeira" do Poder Público.[695]

A exagerada flexibilização da possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão que ameace levar o Poder Público à "catástrofe financeira" parece fundamentar-se nas premissas sombrias de que lhe caberia estabelecer, nas palavras do Professor Ricardo Lodi Ribeiro, "a moratória no atendimento das prestações públicas essenciais para a população" ou buscar "novas receitas na criação ou majoração da mesma ou de outras exações".[696]

É preciso ter atenção na consideração de argumentos deste jaez, que, muitas vezes, podem se mostrar falaciosos. No plano doutrinário, entendemos que já demonstramos que o argumento pragmático ou conseqüencialista pode ser levado em consideração, desde que o seja em grau de importância reduzido em relação aos argumentos jurídicos (que devem centralizar o debate da questão submetida à apreciação). Repisamos que o entendimento contrário, no sentido de atribuir-lhe peso igual ou superior, implicaria subversão da ordem constitucional e legal nacional.

No tocante às questões práticas levantadas por Ricardo Lodi Ribeiro, entendemos que não se prestam a fundamentar de modo adequado eventual modulação temporal dos efeitos da decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade de lei. De fato, a moratória no atendimento já tem sido a tônica das prestações públicas essenciais para a população.[697]

---

[695] Nesse sentido: "A regra geral, salvo situações fundamentadamente excepcionais, obriga que a Fazenda Pública proceda a restituição dos valores indevidamente pagos, respeitado o prazo prescricional, com os acréscimos legais. A adoção de efeitos prospectivos para a decisão do Supremo Tribunal que reconhece a inconstitucionalidade de um tributo, retirando o dispositivo inconstitucional do ordenamento jurídico, mas vedando a restituição/compensação dos pagamentos realizados a título da exação, antes do julgamento, reserva-se a situações absolutamente excepcionais, que comprovadamente possam levar o Poder Público a uma catástrofe financeira" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 23).

[696] No sentido da "catástrofe financeira" ocasionada pela inconstitucionalidade retroativa: "Afinal, não tendo o Estado capitalista recursos próprios e nem adicionais disponíveis para a devolução de tributo a todos os contribuintes, deverá optar entre duas alternativas sombrias: ou estabelece a moratória no atendimento das prestações públicas essenciais para a população, o que acaba sempre prejudicando mais os extratos de menor renda que dependerem das ações estatais para a subsistência; ou busca novas receitas na criação ou majoração da mesma ou de outras exações, o que torna inócua a devolução. Se todos têm direito à devolução, todos pagarão mais para custear a repetição do indébito. Assim, o Estado devolve com uma mão e tira com outra, como aconteceu com a criação do adicional ao FGTS pela LC n. 110/01. Tais situações acabavam por inibir os tribunais superiores a declarar a inconstitucionalidade de tributos, o que torna o instrumento da declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos um instrumento adequado à ponderação dos interesses em jogo pelo STF" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 145, out 2007, p. 109-110).

[697] Indagamos: o problema relacionado à moratória no atendimento das prestações públicas essenciais para a população foi resolvido? Ou ainda: melhorado de alguma forma (em medida diversa da que seria se uma ou mais questões tivessem representado certo revés aos interesses do Fisco)? Entendemos com veemência que não.

Quanto à alegação de que o governo se dedicará a buscar novas receitas na criação ou majoração da mesma ou de outras exações, esclarecemos que isso é sua prerrogativa e seu dever ordinário, ou seja, incumbe aos ramos políticos do Poder Público buscar os meios capazes de financiar a atividade de todo o Estado. É ingênua a crença de que, se os interesses arrecadatórios da Fazenda Pública não forem contrariados pelo Poder Judiciário, então não teremos a criação de novos tributos ou o aumento dos que já existem.[698]

Se esses tipos de argumentos merecessem acolhimento na corrente doutrinária majoritária e na orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, chegaríamos ao extremado ponto de que deveria ser proibido o ingresso em juízo contra a União em matéria tributária. É que poderia levar ao eventual "desfalque" nas contas públicas, caso o pronunciamento definitivo definisse que tal questão jurídica seria solucionada em desfavor dos interesses arrecadatórios do Fisco (Estado).[699]

A questão em torno da aplicação do art. 27 parece ter-se adiantado na esfera jurisprudencial e ainda se encontra pouco maturada na seara doutrinária. Desse modo, os tribunais carecem dos principais delineamentos a respeito da faculdade excepcional da modulação temporal dos efeitos de suas decisões. Com isso, temos assistido a decisões, nessa área, predominantemente de qualidade inferior àquela que esperaríamos, levando-se em consideração o escol dos jurisconsultos que integram o Poder Judiciário nacional.[700]

Em diagnóstico bastante preciso, um grupo de pesquisadores assinala que o Supremo Tribunal Federal tem feito "uso seletivo das categorias atinentes ao neoconstitucionalismo".

---

[698] A título meramente ilustrativo, confira a seguinte notícia: ULHÔA, Raquel. Oposição ameaça recorrer ao Supremo contra CSS. **Valor Online**. São Paulo, 21.08.2009. Disponível em: <http://www.valoronline. com.br>. Acesso em: 23.08.2009.

[699] Ou ainda, alternativa ou cumulativamente, bastaria que se estabelecesse certo limite financeiro para permitir o ingresso em juízo contra a União em matéria tributária, como um milhão de reais. Até tal valor, seria facultado ao contribuinte socorrer-se do Poder Judiciário, pleiteando a proteção do seu direito fundamental que entende violado. Acima do valor, não haveria a faculdade referida; seria pura e simplesmente vedado. A despeito de esdrúxulas, porque flagrantemente contrárias ao texto e ao espírito da Lei Maior, essas linhas de pensamento deveriam ser desenvolvidas com clareza e com a ampla participação das variadas esferas do seio social.

[700] Ademais, o debate ainda está limitado ao âmbito interno dos "iniciados", que atualmente são os advogados e magistrados (em sentido amplo) e o meio acadêmico. É necessário que a discussão alcance campos variados e conte com a participação dos diferentes órgãos representativos do seio social. Neste sentido, é auspicioso ver o trabalho de jovens bacharéis e advogados que dedicam a monografia de final de curso ao aprofundamento do tema em foco. Exemplo disso pode ser verificado na seguinte monografia, cujo principal trecho conclusivo transcrevemos e na qual o estudioso formula as seguintes soluções abstratas relativas à matéria tributária: "(i) *a priori*, é inconstitucional a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade de normas impositivas tributárias; (ii) a restrição dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade de normas benéficas aos contribuintes (contrariamente aos interesses da Fazenda) depende da observância, caso equivalha à instituição de tributo novo, das regras da anterioridade e da noventena; e, se não, deverá passar pelo rigoroso juízo de proporcionalidade face às notas distintivas do caso concreto; e (iii) em casos de situações de fato definitivamente consumadas, cujos efeitos são incontornáveis, como a inconstitucionalidade de lei que exija certidão de regularidade fiscal para participação em licitação, a manipulação dos efeitos da decisão é, em princípio, desejável" (STERNICK, Daniel. **Modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária: parâmetros para a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99**. Monografia – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008. mimeo. p. 142).

De fato, enquanto a Corte abraçou e introjetou na sua prática a abertura à interpretação e a centralidade da jurisdição constitucional; por outro lado, não tem se identificado com a centralidade dos direitos fundamentais. Como resultado da pesquisa, o grupo assevera que é precisamente a orientação pragmática que tem servido de base para tal descolamento.[701]

3.4.3.3 Notas sobre a ação de repetição do indébito, embargos à execução e ação rescisória em matéria tributária

É cada vez mais comum na jurisprudência o ajuizamento da ação de repetição do indébito, dos embargos à execução e da ação rescisória em matéria tributária com vistas a desconstituir a coisa julgada sob o fundamento da mudança na orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores. Nesses casos, quais os efeitos que devem ter a decisão na ação rescisória (*ex nunc* ou *ex tunc*)?[702]

Eduardo Appio assinala os três cenários possíveis após a decisão do Supremo Tribunal Federal no modelo difuso do controle de constitucionalidade, a saber:

---

[701] A respeito, confira nas palavras conclusivas da obra citada: "Esse processo de acomodação de vetores de poder e suas respectivas instâncias institucionais evidencia que – em que pese a predileção na produção doutrinária brasileira pelo neoconstitucionalismo – exsurge de recentes e emblemáticas decisões havidas na corte um uso seletivo das categorias atinentes ao neoconstitucionalismo que, ao menos, merecem maior visibilidade no desenvolvimento da fundamentação ali construída. Assim, a abertura à interpretação e a centralidade da jurisdição constitucional são traços que o STF adotou com braços abertos. Já a orientação à centralidade dos direitos fundamentais, a preocupação valorativa, não se identifica com tanta freqüência, ao menos como fio condutor do raciocínio jurídico desenvolvido. O que mais se vê é a presença de uma forte orientação pragmatista, articulada no bojo de um discurso a ampliar as competências de conhecimento, e com isto, de cunhagem de soluções normativas"(VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 135-136).

[702] Nelson Nery Junior narra a problemática: "Não tem sido incomum, no entanto, o procedimento do fisco em, entre outras condutas, ajuizar ação rescisória para desconstituir decisão de mérito transitada em julgado sob o fundamento anterior do tribunal, alegando que a jurisprudência mudou. Logo, ao ver do fisco, a decisão transitada em julgado teria ofendido a Constituição ou a lei (CPC 475 V), motivo por que tem de ser rescindida! Essa aberração tem acontecido e, infelizmente, muitas vezes prestigiada pelos tribunais e até pelo legislador que, no CPC 741 parágrafo único, [...]" (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 91-92). A título ilustrativo, confira: STF. STF extingue ações rescisórias em que a União reclamava revisão de contribuição do Finsocial. Sistema Push de Notícias. 13.05.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13.05.2009. Compartilhando dessa preocupação, confira: APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35. Como exemplo prático de tal discussão, confira o trecho da seguinte ementa: "2. A irrelevante 'tese de fundo' (pretensão de 'modulação temporal' dos efeitos da ação rescisória para após o seu trânsito em julgado ('pro futuro') remete a instituto endógeno ao julgado (rescisório), não podendo ser inserido 'a posteriori' (por demanda outra e em juízo diverso): a rescisão do julgado e o novo julgamento, portanto, operam efeitos 'ex tunc', sendo legítimo, pois, o título exeqüendo (rescisória tem 'natureza constitutiva negativa')" (TRF-1ª Região – 7ª Turma, AgRMC 200801000558731, Rel. Des. Fed. Rafael Paulo Soares Pinto, j. 19.01.2009, DJE 30.01.2009). Confira ainda como exemplo de modulação dos efeitos rescisórios (aplicados irretroativamente): "Moderação do alcance da rescisão, com o reconhecimento da validade dos efeitos já produzidos pela decisão rescindenda" (TRF-5ª Região – Pleno, AR 5.686, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, j. 22.10.2008, DJU 12.12.2008).

> A decisão do Supremo Tribunal (STF), no controle difuso, poderá conduzir às seguintes conseqüências: (1) a lei na qual se amparou o juiz, ao decidir a causa, teve sua constitucionalidade questionada, em caráter incidental, na origem, mas as instâncias inferiores afastaram esta alegação, reconhecendo a constitucionalidade da lei ou simplesmente a aplicando ao caso concreto sem maiores considerações. Caso esta lei venha a ser, mais tarde, tida como inconstitucional, em sede de controle difuso, pelo Supremo Tribunal, a decisão em matéria cível poderá desencadear: (1.1) a propositura da ação rescisória no prazo de dois anos, a contar do trânsito em julgado da sentença a ser revista; (1.2) a oposição de embargos à execução, com fundamento no art. 741, parágrafo único, do CPC (Código de Processo Civil); (1.3) a aplicação ou rejeição do novo julgado do Supremo na origem, caso ainda não tenha sucedido o trânsito em julgado (casos pendentes). Havendo negativa de adesão à súmula vinculante, caberá reclamação ao STF.[703]

Depois de proferida a decisão do STF, ela pode servir como base para o fundamento jurídico (consistente "numa premissa jurídica *indiscutível* à conta da coisa julgada *erga omnes*", quando proferida no modelo concentrado de controle de constitucionalidade) em ação individual posteriormente ajuizada, respeitando o prazo decadencial ou prescricional.[704]

Como fica o prazo prescricional da repetição do indébito à luz da declaração de inconstitucionalidade reconhecida pelo STF? Recentemente, o STJ passou a esposar a tese de que o efeito *erga omnes* da decisão do STF que declara a inconstitucionalidade (em ação direta ou pela resolução do Senado Federal no controle difuso) "não poderia servir de termo *a quo* para o prazo prescricional da ação repetitória de indébito tributário".[705]

---

[703] APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 87.

[704] Anota-se que "os prazos prescricionias e decadenciais estão previstos *em lei*, não cabendo ao Poder Judiciário *criar* prazos prescricionais ou decadenciais a par dos já definidos em lei, nem criar *forma de contagem* para eles diferente da determinada em lei, permitindo-se-lhe, todavia, o uso excepcional de analogia ou de interpretação analógica quando cabível" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 234).

[705] André Dias Fernandes recorda a orientação anterior adotada pelo STJ: "Inicialmente, predominou no STJ o entendimento de que a contar da data da declaração de inconstitucionalidade da norma pelo STF no controle abstrato ou da entrada em vigor da resolução senatorial suspensiva da execução da norma nos termos do art. 52, X, da CF-88, renasceria o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição de indébito tributário". A corroborar esta orientação anterior, o autor coleciona os seguintes julgados: STJ – 2ª Turma, Resp. 205.387, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 18.12.2003, DJU 05.05.2004; STJ – 2ª Turma, Resp. 544.753, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 04.11.2003, DJU 08.03.2004; STJ – 2ª Turma, Ag. 518.043-AgR., Rel. Min. Franciulli Netto, j. 09.03.2004, DJU 14.06.2004. Em seguida, o autor argumenta no sentido contrário a esta tese anterior (e no sentido favorável ao entendimento atualmente esposado pelo STJ): "A tese anteriormente sufragada pelo STJ, ao permitir, sem base legal para tanto, que o prazo prescricional da ação de repetição de indébito tributário *recomeçcasse a correr do zero* a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da entrada em vigor da resolução do Senado, na prática, importava na criação de uma *norma geral* sobre prescrição em matéria tributária, tema este que está ***sob reserva de lei complementar***, por força do disposto no art. 146, I, 'b', da CF-88". Aduz ainda que: "Ora, se nem mesmo *legislador ordinário* poderia instituir a *norma geral* criada jurisprudencialmente pelo STJ, com maioria de razão não poderia fazê-lo o STJ, que não é órgão do Poder Legislativo, nem possui poder normativo que o habilite a tal. Demais, não há duvidar que se cuidava de norma de caráter geral sobre prescrição, atento que o entendimento do STJ estava sendo aplicado *a todo e qualquer tributo* declarado inconstitucional pelo STF no controle abstrato ou objeto de resolução do Senado, beneficiando *todo e qualquer contribuinte de direito ou responsável tributário* que tivesse legitimidade ativa para propor a ação de repetição de indébito tributário (pessoa física ou jurídica)" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 235-237).

Nesse sentido, cabe trazer, a título meramente ilustrativo, o seguinte trecho da ementa de acórdão que expressa tal entendimento do STJ:

> 2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos *cinco mais cinco*.[706]

Tal entendimento permanece firme no âmbito do STJ. De fato, com base nos arts. 150, § 4º, e 168 do CTN, a sua 1ª Seção mantém a orientação no sentido de que, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação, declarados inconstitucionais pelo STF, "a prescrição do direito de pleitear a restituição dá-se após expirado o prazo de cinco anos, contado do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita".[707]

Outra relevante questão relaciona-se ao acréscimo, pela Lei n.11.232/05, do parágrafo único do art. 741 do CPC.[708] Com a introdução de tal dispositivo legal, André Dias Fernandes explica que "introduziu-se a possibilidade de *rescisão, mediante embargos à execução*, da sentença de mérito transitada em julgado, sem estabelecer prazo algum para tanto".[709]

O autor é enfático no seu entendimento crítico do teor de tal dispositivo e registra que:

> Observe-se que o parágrafo único do art. 741 *não criou uma nova hipótese de cabimento da ação rescisória*; criou, bem ao revés, *uma hipótese em que se prescinde totalmente de ação rescisória (e, portanto, de seu prazo bienal)* para desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado.[710]

---

[706] STJ – 1ª Seção, EREsp. 435.835, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ ac. Min. José Delgado, j. 24.04.2004, DJU 04.06.2007. Este acórdão transitou em julgado no dia 02.08.2007 e contempla vários precedentes do próprio STJ a respeito da temática. No mesmo sentido: STJ – 1ª Turma, Resp. 846.875-AgR., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 10.10.2006, DJU 26.10.2006. Para aprofundamento de tal questão, cabe conferir excelente trabalho monográfico: ALVIM, Daniel Pincowscy Cardoso Martins de Andrade. **Tributação Inconstitucional e Prazo para o Exercício da Pretensão Restitutória**: O controle jurisdicional do abuso do poder de tributar como forma de reforço do princípio da legalidade. Monografia – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2008. mimeo. 129 p.

[707] STJ – 2ª Turma, ED no ED no AgRg no Resp. 916.078, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05.05.2009, DJE 21.05.2009.

[708] Confira a dicção dos dispositivos: "**Art. 741.** Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [...]; **II –** inexigibilidade do título; [...]; **Parágrafo único**. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".

[709] Em seguida, o autor acrescenta que: "Conquanto não se tenha usado essa expressão, em verdade nisso consiste a inovação, porquanto torna *inexeqüível* a sentença já transitada em julgado fundada em lei declarada inconstitucional pelo STF". Aduz ainda que: "Não se estabelecendo prazo algum para a alegação de inexigibilidade do título judicial, segue-se que *seria admissível enquanto for possível a execução da sentença de mérito transitada em julgado*, convém saber, no mesmo prazo da ação, uma vez que, segundo a Súmula n. 150 do STF, 'prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 237-239).

[710] FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 239.

Tal dispositivo foi realmente muito além da faculdade excepcional permitida com o ajuizamento de eventual ação rescisória, baseada na violação de literal disposição da Lei Maior, prevista no inciso V do art. 485 do CPC, objetivando "desconstituir sentenças de mérito transitadas em julgado fundadas em lei declarada inconstitucional".[711]

André Dias Fernandes chama a atenção para o fato de que, na hipótese do parágrafo único do art. 741 do CPC, o juízo da execução (que geralmente é de 1º grau) é encarregado de "declarar a inexigibilidade de qualquer título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, não fazendo nenhuma ressalva à hipótese em que o título judicial haja emanado de instância superior à do juízo da execução".[712]

Impõe-se, ademais, o registro de interessante questão jurídica complexa e de acentuado interesse prático. Trata-se da situação específica, de possível desconstituição da coisa julgada em matéria tributária, capaz de potencialmente "limitar a capacidade criativa da

---

[711] Cabe esclarecer que: "A ação rescisória só é admissível, como regra, contra as sentenças de mérito transitadas em julgado por possuir, igualmente [a exemplo do art. 5º, XXXVI que dispõe sobre a inviolabilidade da coisa julgada], *assento consstitucional* (CF-88, arts. 102, I, 'j', 105, I, 'e', e 108, I, 'b'). É o único meio judicial constitucionalmente admitido para rescisão das sentenças de mérito transitadas em julgado". "Acresce que a ação rescisória é ação de *competência originária* dos Tribunais. Compete *privativamente* aos Tribunais processar e julgar ação rescisória. Não há *nenhum juízo de primeira instância* que tenha competência constitucional para processar e julgar ação rescisória. Essa opção constitucional reflete a *importância* que a CF-88 confere à coisa julgada e a *excepcionalidade* que defere à sua rescisão" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 240). Registre-se a Súmula n. 343 do STF, cujo teor é o seguinte: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" (grifamos). A respeito, confira: "Diz-se afronta à Constituição para os casos em que a Carta já tenha sido especificamente interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira a superar a dúvida acerca da correta interpretação de dispositivo de lei federal – em contraste com a Constituição – ou mesmo do alcance de dispositivo constitucional. Neste sentido, inaplicável a **Súmula 343** do próprio Supremo Tribunal, para os casos futuros, a qual teria sido tacitamente revogada pelo Supremo em 06.03.2008 (RE 328.812 – Rel. Min. Gilmar Mendes)" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99).

[712] Em seguida, o autor indaga: "Como admitir que o juízo de 1º grau (juízo da execução) rescinda acórdão transitado em julgado de uma Corte Superior?" Aduz que: "Poderia suceder ainda que o juízo de 1º grau (juízo da execução) rescindisse acórdão, passado em julgado, **prolatado pelo próprio STF** antes de este mudar de orientação jurisprudencial, visto que o art. 741 do CPC **não exige** que a jurisprudência do STF já se tenha **consolidado** sobre o tema, nem que a inexigibilidade do título judicial seja declarada pelo juízo da execução com base na **atual** jurisprudência do STF sobre o assunto, mas apenas que exista **um precedente qualquer** do STF (ainda que em controle incidental) declarando a inconstitucionalidade da norma em que esteja fundado o título judicial. Míngua, portanto, **razoabilidade** ao disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC". Acrescenta, por fim, que: "Destarte, ao possibilitar ao juiz da execução rescindir, de ofício ou a requerimento da parte, nos autos da própria execução ou mediante embargos à execução, *toda e qualquer* sentença de mérito transitada em julgado fundada em lei declarada inconstitucional pelo STF (no controle difuso ou no concentrado), o art. 741, parágrafo único, do CPC, na sua novel redação, incorre em flagrante inconstitucionalidade, seja (a) por criar um meio não admitido constitucionalmente de rescindir sentenças de mérito transitadas em julgado, seja (b) por atribuir competência rescisória a qualquer juiz de primeira instância, usurpando a competência reservada pela Constituição só e unicamente aos Tribunais e atribuindo competência aos juízes de instância inferior de revisar e rescindir acórdãos já transitados em julgado proferidos em instâncias superiores, em absurda subversão da 'hierarquia' recursal constitucionalmente estabelecida" (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 240-242). A respeito, confira a seguinte decisão que negou a aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC aos feitos em fase de conhecimento e em relação à decisão judicial que tenha afastado a aplicação de norma declarada constitucional pelo STF, que cuidou da revogação da isenção da COFINS àquelas sociedades profissionais definidas no inciso II da LC n. 70/91 pelo art. 56 da Lei n. 9.430/96: STJ – 1ª Seção, Rcl. 3.327, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.05.2009. DJE 25.05.2009.

Corte". A partir daí e levando-se em conta o atual cenário de crescente repercussão das decisões do STF sobre os grandes temas da vida nacional, assume destacado relevo a possível modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.[713]

Nelson Nery Junior explica que, quando manejados os embargos ou a "rescisória" pelo Fisco, com base no art. 485, inciso V, combinado com o parágrafo único do art. 741, "essa atitude é indicadora do desrespeito, pelo fisco, da boa-fé objetiva".[714]

Em artigo sobre esta questão jurídica específica, Cynara Monteiro Mariano conclui:

> Os efeitos a serem produzidos no juízo rescisório, portanto, dependerão de um prévio exame acerca de quem suportará maiores prejuízos com a retroatividade: havendo declaração de constitucionalidade de uma determinada lei pelo STF, que imponha obrigação ao contribuinte, e possuindo este, em seu favor, uma decisão passada em julgado que a considerava inconstitucional, os efeitos de eventual ação rescisória proposta pela Fazenda deverão ser *ex nunc*; já se se tratar de declaração de constitucionalidade de lei que beneficia o contribuinte, ou declaração de inconstitucionalidade de lei instituidora de determinado tributo, a eficácia de eventual ação rescisória proposta pelo contribuinte só poderá ser *ex tunc*, alcançando todos os fatos ocorridos antes da declaração, de modo a possibilitar a repetição do indébito.[715]

---

[713] De fato, cabe consignar que: "A percepção prospectiva de que suas decisões poderão alimentar um vasto número de novas demandas – especialmente em relação aos casos já transitados em julgado – com todos os seus custos envolvidos, inclusive em matéria tributária, poderá limitar a atividade criativa da Corte. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é decorrência natural deste novo cenário, pois as decisões poderão servir de fundamento para reabrir discussões judiciais já protegidas pela coisa julgada (*res judicata*)" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 33).

[714] O autor encerra explicando que: "Concluimos no sentido de que o jurisdicionado não pode ser apenado, com decisão judicial desfavorável, porque agira de conformidade com o entendimento jurisprudencial anterior e a jurisprudência modificou. Os atos que foram por ele, jurisdicionado, praticados sob a égide da jurisprudência anterior são plenamente válidos e eficazes e não podem ser desfeitos pela superveniência de novo entendimento dos tribunais, alteradores do entendimento anterior prevalecente. A boa-fé objetiva garante a validade e a eficácia dos atos praticados sob fundamento na jurisprudência anterior" (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 91-93).

[715] Sob uma ótica de garantia e proteção dos contribuintes, a articulista sustenta que: "Em matéria tributária, com mais propriedade ainda, entendemos que as ações rescisórias não podem ter a força de desconstituir a coisa julgada com efeitos retroativos, de modo a destruir as relações jurídicas que se constituíram validamente sob o manto da *res judicata* desde o princípio, implicando a exigência de pagamento de tributos por parte dos contribuintes, que foram reputados inconstitucionais pelo próprio Poder Judiciário durante longos anos". Nestes casos, ela argumenta que: "A rescisão, entretanto, haverá de ser parcial, de forma a atingir somente os fatos futuros (*ex nunc*), preservando-se as situações jurídicas consolidadas sob a égide da coisa julgada". Em outras palavras: "Na prática, isso significa que a Fazenda Nacional não poderá exigir o valor do tributo nem multa ou juros de mora correspondentes aos fatos geradores ocorridos anteriormente à data de publicação do acórdão definitivo proferido no juízo rescisório. O Fisco só poderá efetuar lançamento relativo a fatos geradores ocorridos a partir dessa data, e não retroativamente". "Situação diversa deverá ser, no entanto, quanto às ações rescisórias que forem interpostas pelos contribuintes, visando a desconstituir sentenças favoráveis à Fazenda Nacional, as quais se revelem contrárias a ulteriores decisões do Supremo Tribunal Federal, pois, nesse caso, os efeitos do juízo rescisório deverão ser retroativos em favor dos autores da ação, não socorrendo ao Fisco o direito de apropriar-se indevidamente de valores por força de tributos declarados inconstitucionais pela Corte Suprema e que foram criados por ele próprio (Estado), mesmo porque o Código Tributário Nacional prevê o direito à restituição do indébito. Assim, a eficácia da ação rescisória, neste caso, somente poderá ser *ex tunc*", aduz a articulista (MARIANO, Cynara Monteiro. Efeitos do controle de constitucionalidade em matéria tributária e as garantias fundamentais dos contribuintes. *In:* BONAVIDES, Paulo (Dir.). **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, jan-jun 2005, p. 341-355).

A questão jurídica em torno dos efeitos das decisões proferidas nos juízos rescisórios, tanto em favor do Fisco como também dos contribuintes, é complexa. Nesse específico campo da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões, colacionou-se robusta interpretação garantista para o cidadão (e contribuinte) contra o poder do Estado Fiscal.

3.4.4 Nossa posição

> *Dificilmente, para não dizer nunca, a modulação será efetuada em favor do cidadão individualmente considerado e em sua relação com outro cidadão. Seu destino será, como o passado nos ensina, forma de evitar que o Governo devolva (repita) créditos tributários cobrados com fundamento em lei inconstitucional. A regra melhor teria sido escrita se ficasse esclarecido desde logo que ela não aproveita ao Governo.*[716]

Este capítulo dedicou-se a algumas questões pendentes do art. 27 da Lei n.9.868/99. Como vimos, existem outras possibilidades de modulações dos efeitos da decisão judicial que são diferentes a eficácia temporal (objeto central deste estudo), como ocorre, por exemplo, nas seguintes categorias de modulações: subjetiva, vinculante, vinculatividade, material, abrangência, objetiva e espacial, sem prejuízo de quaisquer outras aqui não contempladas.

Filiamo-nos à corrente de pensamento francamente majoritária pela qual é constitucional o art. 27 da Lei n.9.868/99. Independente do cenário doutrinário em torno da constitucionalidade ou não de tal dispositivo legal, há duas ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite junto ao STF com vistas a declarar a sua inconstitucionalidade por violação dos princípios da legalidade (art. 5º, II), da igualdade formal (art. 5º, I) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º).

É temerária a crescente aplicação pelo STF da faculdade excepcional da modulação dos efeitos de suas decisões, ao menos antes de um pronunciamento definitivo naquelas ações diretas que impugnam o art. 27. Na hipótese de eventual julgamento definitivo no sentido de sua inconstitucionalidade, a Corte se encontraria em situação delicada e complexa, especialmente a respeito dos efeitos já modulados de suas decisões passadas.

---

[716] BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: Processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, p. 66-67.

Entendemos que a faculdade excepcional prevista no art. 27 da Lei n.9.868/99 é despicienda no plano legal, vez que deflui diretamente da atividade própria do STF como guardião da Constituição e, de modo implícito, do texto constitucional. O dispositivo legal apenas e tão somente regulamentou aquela faculdade excepcional. A referência ao excepcional interesse social e a exigência da maioria qualificada de dois terços (oito) de votos dos Ministros convergentes no sentido da possível modulação afiguram-nos de constitucionalidade questionável.

Entendemos cabível, contudo, a referência feita pelo dispositivo às razões de segurança jurídica, desde que compreendida como interpretação conforme a Constituição, como defende Ana Paula Ávila em sua tese. Nesse cenário, é relevante assinalar, novamente, que restam algumas pontuações que devem ser colocadas tanto pela doutrina como também pela incipiente experiência jurisprudencial nacional, especialmente emanada da Corte Suprema.

O STF já reconheceu a possibilidade de garantir, com o manto protetor dos princípios constitucionais fundamentais, aqueles de natureza tributária, funcionando inclusive como cláusulas pétreas dos contribuintes. Entendemos que preferencialmente a doutrina prospectiva deve servir para proteger os direitos fundamentais dos contribuintes, porque estes têm maior carga axiológica em relação aos direitos inerentes aos interesses arrecadatórios.

Ademais, nas hipóteses de mudança jurisprudencial, o tribunal deve resguardar os contribuintes que se comportaram de acordo com a sua orientação agora superada, em homenagem à proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva, que sustentam a segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito.

Tratando-se das situações que envolvem o juízo rescisório, filiamo-nos à orientação explicitada em prol da robusta argumentação favorável à interpretação de cunho garantista para o cidadão (e contribuinte) e contrário ao poder do Estado Fiscal. De um lado, com o reconhecimento da constitucionalidade de certa lei pelo STF, os efeitos de eventual ação rescisória ajuizada pela Fazenda Pública devem ser irretroativos, ou seja, dali pra frente. De outro lado, com a declaração de inconstitucionalidade de certa lei pelo STF, os efeitos de ação rescisória ajuizada pelo contribuinte, na situação inversa àquela anterior, devem ser retroativos, isto é, alcançando todos os fatos ocorridos antes de tal declaração com vistas a viabilizar a repetição do indébito, respeitado o prazo prescricional e decadencial próprios. Registramos que é recomendável cautela na aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC.

Em tese, no entanto, nada impede que à decisão de mérito contrária ao Fisco seja aplicada a eventual modulação dos seus efeitos para prestigiar algum valor, princípio, direito ou garantia estabelecidas na Constituição da República e cujo silêncio ou omissão possivelmente acarretaria afastamento ainda maior da vontade constitucional.

De fato, a idéia subjacente é aquela que já expressamos ao longo deste trabalho, no sentido de que é lícito ao tribunal levar em conta o argumento pragmático ou conseqüencialista, inclusive aquele de cunho econômico em matéria tributária, desde que seu peso ou importância seja diminuído em relação àqueles argumentos jurídicos que devem naturalmente centralizar o debate em torno da questão submetida à sua apreciação.

Em princípio, não vislumbramos a possibilidade de apartar completamente o argumento conseqüencialista de cunho econômico do argumento jurídico e, muito menos, a possibilidade de que estes se submetam à maior importância daqueles. Em outras palavras, tendemos a não admitir uma situação na qual o argumento jurídico indique no sentido da declaração de inconstitucionalidade e o(s) argumento(s) conseqüencialista(s) de cunho econômico(s) aponte(m) no sentido inverso.

Como vimos, tais argumentos devem necessariamente ser reconduzidos aos princípios, regras e valores com estatura constitucional. É que, em realidade, o argumento (aqui cunhado como econômico) não atua em sua eventual “pureza” quando da tomada da decisão judicial. Nesse momento, aquele argumento já foi permeado pelos argumentos jurídicos (ou juridicizados) que centralizam o debate e o reconduziram à estatura constitucional.

Buscamos controlar o (ab)uso (in)adequado de tal argumento, especialmente se considerarmos a ampla margem discricionária com a qual vem decidindo o Supremo Tribunal Federal. Não pretendemos abolir tal possibilidade, mas apenas controlá-la. Registramos, no entanto, que se a decisão em questão for tomada (não no âmbito do Poder Judiciário) em searas diversas, como na esfera essencialmente política, individual ou pessoal de cada um (para situações corriqueiras da vida comum), então tal permeamento jurídico poderá ser certamente menor (e até eventualmente inexistente). Nestas situações parece razoável admitir desde logo que é possível considerar o argumento pragmático ou conseqüencialista tomado em sua “pureza”, ainda que seja de cunho econômico.

Não admitimos a modulação dos efeitos de uma decisão judicial fundamentada explícita ou implicitamente no argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária relacionado ao “rombo” ou “prejuízo”, eventualmente

ocasionado pela decisão aos cofres públicos, caso seja no sentido contrário aos interesses do Fisco.

Com esses argumentos, ou assemelhados, a doutrina prospectiva não deve ser usada a serviço do Fisco, vez que necessariamente implicaria flagrante afronta aos princípios e direitos assegurados em sede constitucional aos cidadãos, de modo geral, e aos contribuintes, de maneira particular.

Por fim, cabe a advertência de que: "Modular efeitos para minimizar perdas financeiras do Estado equivale a reduzir esta Corte Constitucional ao papel de curadora de um Estado que se tem por incapaz".[717]

3.5 Considerações finais

Em retrospectiva, abordamos os seguintes tópicos principais. Esboçamos o panorama da experiência no direito estrangeiro sobre a aplicação da modulação dos efeitos das decisões tomadas pelo órgão de cúpula da jurisdição constitucional. Lembramos a evolução histórica do instituto jurídico no Brasil, com foco nos três principais momentos dos últimos vinte anos, que compreenderam a Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988), a Revisão Constitucional (1993) e o trâmite do Projeto de Lei n.2.960 (1997) que, posteriormente, transformou-se na Lei n.9.868/99.

Em seguida, vimos o arcabouço legislativo referente ao tema estudado, principalmente com foco no art. 27 da Lei n.9.868/99 e no tocante à ação direta de inconstitucionalidade e ao recurso extraordinário. Após breve panorama doutrinário, que pretendeu apenas pontuar alguns aspectos que circunscrevem a aplicação do referido dispositivo legal, dedicamos tópico para as interpretações e orientações doutrinárias mais sólidas, ocasião em que detalhamos, dissecando e explicando pelas diferentes visões e pontos de vista, cada aspecto acerca da aplicação do dispositivo legal referido. Nesse sentido, cada termo e expressão foram explorados e explicados para explicitar os seus principais significados.

Com o intuito de aprofundarmos alguns pontos da maior relevância nesta temática, abrimos tópico próprio para algumas questões que permanecem controvertidas e pendentes de

[717] Expressão mencionada na sustentação oral da relevante questão jurídica em torno da manutenção ou não da vigência do chamado Crédito-Prêmio do IPI (cf. STF – Pleno, RE 577.302, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2009, DJE 27.11.2009).

um significativo consenso na doutrina e, como veremos adiante, na jurisprudência. Inicialmente, destacamos a possibilidade de outras modulações dos efeitos da decisão, além da modalidade (já tradicional) temporal. Em seguida, destacamos os argumentos que sustentam a inconstitucionalidade do referido art. 27. No item seguinte dedicamo-nos ao exame da relação entre a doutrina prospectiva e a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes, de um lado (sintetizados no que temos chamado de Estatuto do Contribuinte), bem como a serviço do Fisco, de outro. Além disso, dedicamos um item específico à ação de repetição do indébito e ação rescisória em matéria tributária. Por fim, esclarecemos a nossa posição a respeito desses principais temas.

Colocado, de modo sintético, o cerne deste capítulo, cabe agora caminharmos um passo adiante em relação às considerações finais da Terceira Parte. De fato, naquele trecho anterior do presente trabalho de pesquisa, vimos que as três regras (A, B e C) buscam definir de maneira clara as principais cautelas na utilização do argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico quando em julgamento o mérito de matéria tributária.

É necessário que o argumento pragmático ou conseqüencialista atenda de modo cumulativo as três condições colocadas. Deve ser considerado de modo explícito, capaz de corroborar ou suplementar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais que sustentam a decisão judicial e ser fundamentado em sede constitucional de maneira clara.

Dado aquele primeiro passo, referente à parte da decisão que cuida do mérito da questão tributária submetida ao exame judicial, agora caminhamos para o passo seguinte, qual seja, discorrer a respeito da parte da decisão que pode vir a tratar da modulação dos efeitos da decisão, e sua relação com o argumento pragmático ou conseqüencialista.

Em congruência com as três regras (A, B e C) que explicitamos anteriormente sobre a decisão judicial acerca do mérito em matéria tributária,[718] colocamos agora a regra única que diz respeito à modulação dos seus efeitos da seguinte maneira sintética:

> **REGRA ÚNICA**: Tendo em vista que na modulação dos efeitos da decisão judicial consideram-se as suas conseqüências, elas somente serão válidas se forem reconduzidas aos enunciados normativos previstos na Constituição. Dentre as conseqüências válidas em jogo, prevalece aquela de maior valor axiológico ou que concretiza o texto na maior medida.

[718] São elas: **Regra A**: O argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico não deve ser computado sozinho na decisão judicial em matéria tributária, sob pena de sua manifesta ilegitimidade; **Regra B**: O argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico pode ser legitimamente computado na decisão judicial em matéria tributária, desde que seja considerado de modo explícito, seja capaz de corroborar os argumentos jurídicos que a sustentam e seja fundamentado em sede constitucional de maneira clara; **Regra C**: Em nenhuma hipótese deve ser admitido na decisão judicial o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária sustentado de maneira implícita, camuflada ou de modo que não seja fundamentado em sede constitucional, sob pena de sua flagrante ilegitimidade.

Consignamos em reiteradas ocasiões nesta terceira parte do estudo que a modulação dos efeitos da decisão deve ocorrer em situações excepcionais e se fundamentar nas “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, na dicção do art. 27 da Lei n.9.868/99. Quando presente na causa o debate em torno da modulação (que geralmente será temporal, mas que pode ser também de outros tipos, como vimos) dos efeitos da decisão judicial, as considerações acerca de sua pertinência ou não freqüentemente passam pelo levantamento das conseqüências que decorrerão daquela decisão.

Depois do festejado triunfo do neoconstitucionalismo, vivemos atualmente os tempos de sua consolidação, com o aparamento necessário de arestas, a ponderação de alguns possíveis excessos constatados, enfim, o manejo em prol da manutenção nos trilhos desse trem que vai rumo ao crescente amadurecimento das instituições do País e do desenvolvimento da democracia e da cidadania.

Nesse cenário, o foco específico do presente estudo recai sobre o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Como consignamos anteriormente, esta singela contribuição se presta a um possível ponto de partida para que a ampla liberdade – e até mesmo discricionariedade – com a qual o Poder Judiciário se vê hoje no trato desses relevantes e atuais temas seja pensada, debatida e balizada.

Em um primeiro momento, esse movimento deve partir dos bancos acadêmicos, suscitar o amplo debate nesse seleto meio para, em seguida, ganhar crescente espaço junto à sociedade civil organizada. É preciso que todos entendam o que está ocorrendo sobre esses relevantes temas e quais são as possíveis perspectivas que todos temos pela frente. Afinal, as decisões judiciais tomadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal interessam a todos os cidadãos brasileiros; especialmente aos contribuintes, quando cuida de matéria tributária.

O argumento pragmático ou conseqüencialista anda necessariamente de mão dada ou lado a lado com a modulação dos efeitos das decisões judiciais. De fato, enquanto na decisão judicial de mérito o levantamento das conseqüências pode ser vislumbrado em algumas situações (como seu exaurimento), aqui, quando cuidamos da parte da decisão relacionada à modulação dos seus efeitos, provavelmente ela virá acompanhada do levantamento das conseqüências. O conseqüencialismo presta-se a fundamentar a possível modulação dos efeitos das decisões judiciais. Daí porque, na regra que propomos, já admitimos que na modulação dos efeitos da decisão judicial consideram-se as suas conseqüências.

Admitidas não só a possibilidade do conseqüencialismo na modulação dos efeitos da decisão judicial, mas também a íntima relação entre ambas, sustentamos que algumas cautelas sejam tomadas. Para que a consideração das conseqüências seja válida, será necessário que elas sejam explícitas e reconduzidas aos enunciados normativos previstos na Constituição.

A consideração das conseqüências será válida quando explícita. Não pode ser implícita ou camuflada, como vimos. Ademais, a consideração das conseqüências deve reconduzi-las a um ou mais enunciados normativos de cunho constitucional. O argumento pragmático ou conseqüencialista deve ser reconduzido de maneira clara aos princípios e regras de estatura constitucionais. É possível que o princípio constitucional seja, por vezes, implícito. Reiteramos que não basta o mero exercício ou contorcionismo interpretativo para reconduzi-lo a um princípio mais genérico que não tenha, em verdade, qualquer relação crível.

Uma vez que o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico seja reconduzido ao âmbito constitucional, isto é, vincule-se a um princípio ou a uma regra de estatura constitucional, então, no plano constitucional, deve haver um sopesamento do magistrado entre esses enunciados e os demais que estejam em jogo na solução do debate em torno da possível modulação dos efeitos da decisão judicial tomada em matéria tributária.

Nesse cenário, é possível que freqüentemente estejamos diante de algumas diferentes conseqüências contrapostas, cada uma reconduzida a um ou mais princípios constitucionais. Elas podem apontar todas para o mesmo sentido ou podem indicar sentidos opostos. Nestas últimas situações, teremos possivelmente um choque entre os diferentes sentidos das conseqüências (e os correspondentes enunciados normativos aos quais se vinculam). Nesse ponto, podemos encontrar os conflitos diferenciados nas seguintes categorias: conseqüências com conseqüências ou enunciado normativo com enunciado normativo.

A título ilustrativo, podemos ter as conseqüências A e B de um lado, rivalizando frontalmente com as conseqüências C, D e E. Em paralelo, poderíamos ter os princípios ou regras G e H (ou X, W, Y e Z, por exemplo), de um lado, contrapostos aos princípios ou regras I, J e K (ou M e N, por exemplo), de outro. Considerando que todas essas conseqüências são válidas, ou seja, podem ser colocadas em jogo, então resolveremos a questão relacionada à modulação dos efeitos da decisão judicial a partir do sopesamento.

O olhar pragmático ou conseqüencialista sobressai de importância no julgamento das matérias tributárias quando as conseqüências identificadas no exame de tal questão são de tal ordem que convidam o intérprete à ponderação entre normas constitucionais. Admitimos que

nessas ocasiões específicas podem surgir situações nas quais a ponderação se faz presente a partir do olhar inicialmente lançado sob o prisma pragmático ou conseqüencialista.

Esse sopesamento pode ocorrer de uma única forma possível. Seria levando em consideração apenas os princípios e regras (como enunciados normativos) constitucionais a que chegaram as conseqüências que a elas foram reconduzidas. A prevalência seria determinada de dois modos distintos. De um lado, para aquela ou aquelas de maior valor axiológico, quando seria realizado um exame qualitativo dos princípios ou regras e, por conseguinte, também das conseqüências a elas vinculadas na situação específica. De outro, para aquela ou aquelas que logram concretizar o texto constitucional na maior medida possível, diante da situação apresentada para exame.

Em verdade, os dois critérios apontados indicam o mesmo intuito de explorar da melhor forma as potencialidades (conhecidas ou não) abrigadas pela Constituição de 1988, seja pela maior atribuição do valor axiológico, seja ainda pela concretização na maior medida do texto constitucional. Desse modo, ao menos virtualmente os dois critérios caminham para o mesmo ponto de chegada.

É precisamente a partir da filtragem da Constituição da República que a leitura em torno da modulação dos efeitos da decisão judicial ganha especial relevo no sistema jurídico nacional de hoje. Com efeito, é a partir da leitura constitucionalmente adequada que os dispositivos legais e demais atos normativos, sobretudo o art. 27 da Lei n.9.868/99, devem ser conformados e compreendidos. O movimento de irradiação ocorre de cima (do topo da pirâmide) para baixo, alcançando os mais variados atos normativos.

Desse modo, quando o art. 27 refere-se às “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, devemos buscar o significado atribuído pela Constituição da República para essas expressões e, caso não seja encontrado, então que as suas diretrizes e normas conformem e modelem o alcance do significado da expressão no ato legislativo.

Superada a compreensão sobre a regra única que sugerimos para servir como ponto de partida na interpretação e aplicação do conseqüencialismo e da modulação dos efeitos da decisão judicial, serão explicitados alguns contornos próprios da modulação. De fato, consoante a jurisprudência – ainda incipiente – do STF a respeito do tema, a modulação temporal dos efeitos do art. 27 só é possível em decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ator normativo. Implica dizer que a modulação temporal dos efeitos não é aplicável quando a decisão reconhece a constitucionalidade da lei ou ato normativo, embora a questão tenha sido levantada no julgamento da COFINS sobre as sociedades profissionais, ao

argumento de que se daria com base em analogia àquele dispositivo, tendo sido rejeitada, como veremos na Quarta Parte.

Do ponto de vista prático, o cenário básico onde é possível aplicar a modulação temporal dos efeitos da decisão compreende, grosso modo, o provimento da ADI, o desprovimento da ADC, o provimento do recurso interposto pelo contribuinte ou o desprovimento do recurso manejado pelo Fisco.

Ainda no plano tosco, verifica-se que as possíveis combinações acima elencadas são todas favoráveis ao Fisco e contrárias ao contribuinte. A contrapartida dessa aparente vantagem ocorre no momento em que reconduzimos as conseqüências vislumbradas aos princípios e regras constitucionais para sopesá-los de acordo com a maior carga axiológica ou a partir da maior concretização possível do texto constitucional.

De fato, é precisamente nesse ponto que sobressai o relevo de uma Corte Suprema que seja vocacionada ao ativismo judicial como proteção dos principais direitos fundamentais e individuais dos cidadãos (de modo geral) e dos contribuintes (de maneira particular).

Nesse cenário, os elevados princípios e regras que sustentam o Estado Democrático de Direito usualmente se sobrepõem aos demais princípios e regras, também previstos na Constituição, que cuidam da organização dos poderes, seus orçamentos, suas políticas públicas, enfim, os seus interesses meramente arrecadatórios, dentre outros. Nessas situações, ainda que surjam – como freqüentemente surgem – os argumentos chamados *ad terrorem* animados a aterrorizar o espírito do julgador com o alardeamento de dados e informações que pouco ou nada contribuem para o desfecho da questão jurídica posta para exame e pronunciamento definitivo, a vocação ativista da Suprema Corte fará prevalecer os elevados princípios e regras que asseguram a proteção dos direitos fundamentais e individuais dos cidadãos e contribuintes.

A admissão dessa regra busca fornecer maior transparência à parte da decisão judicial que trata da modulação dos seus efeitos (e aos argumentos utilizados nos seus fundamentos). Permite, assim, o seu maior controle a evitar a prevalência de eventual decisão ilegítima, seja pela interposição do recurso cabível na esfera da relação processual, seja ainda pela crítica da sociedade no âmbito institucional (doutrina, meio acadêmico e órgãos da mídia).

É relevante assinalar a evolução recente da incipiente jurisprudência da Corte Suprema acerca das hipóteses cabíveis de aplicação da modulação temporal dos efeitos de suas decisões em matéria tributária. No caso do IPI-Alíquota zero, a despeito do enorme debate havido entre os Ministros da Suprema Corte, bem como da COFINS incidente sobre as

sociedades profissionais, a aplicação da referida modulação não ocorreu sob o argumento de que não havia mudança de jurisprudência. Quanto ao caso do prazo qüinqüenal da prescrição e decadência dos créditos tributários, que culminou com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n.8.212/91, a decisão sobre a modulação efetivamente aplicada (pela primeira vez na temática tributária) careceu de qualquer fundamento jurídico válido capaz de sustentá-la, como veremos na Quarta Parte.

4 ESTUDOS DE CASOS

[...] os advogados são os desbravadores da jurisprudência e são grandemente responsáveis pela sua qualidade.[719]

4.1 IPI – Alíquota zero

Tratando-se do tema da modulação temporal dos efeitos de decisões do STF em matéria tributária, a Corte enfrentou a questão em junho de 2007, quando do julgamento que se discutia o direito ao crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é não tributada ou sobre a qual incide à alíquota zero. Na ocasião do julgamento dessa questão de fundo, por apertada diferença, a maioria absoluta dos Ministros do Tribunal (seis) deu provimento ao recurso extraordinário manejado pela União Federal.[720]

A transcrição integral da ementa deste acórdão evidencia que a Corte negou a possibilidade de modular no tempo os efeitos da decisão neste caso concreto:

> IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero.
> IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.[721]

---

[719] Trecho de despacho do Dr. Rui Octavio Domingues, proferido em 27.08.1968, nos autos de ação ordinária movida por Amilcar Laurindo Ribas contra a Companhia Siderúrgica Manesmann e outros, e publicado no Diário Oficial de 23.09.1968, p. 13.790 (1ª coluna).

[720] Foram eles: Ministros Marco Aurélio (Relator), Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Gilmar Mendes e Ellen Gracie. O julgamento deste caso prolongou-se por diversas sessões. Iniciou-se em 15.09.2004, quando foram colhidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Nelson Jobim. Na ocasião, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Na sessão de 15.12.2004, votaram os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie, tendo pedido vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. Em 23.03.2006, votaram os Ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, tendo pedido vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski. Em 15.02.2007, o Ministro Ricardo Lewandowski votou e foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello. Nessa ocasião, o Ministro Ricardo Lewandowski suscitou a questão de ordem objeto de exame neste estudo. A questão foi retomada em 18.04.2007 e concluída na sessão de julgamento de 25.06.2007.

[721] STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJE 07.03.2008, grifamos. No mesmo sentido: "Recurso extraordinário. Tributário. 2. IPI. Crédito Presumido. Insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados. Inexistência. 3. Os princípios da não-cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 4. Recurso extraordinário provido"

Cabe assinalar a maleabilidade da noção abrangida pelo princípio da segurança jurídica que, a um só tempo, serviu como fundamento ao pleito da modulação e ao seu indeferimento.

4.1.1 Argumentos favoráveis ao pedido de modulação (contribuintes)

Quando examinada a questão nos autos do RE 353.657, no primeiro semestre de 2007, dois pareceres de renomados professores foram elaborados para tratar do tema específico da modulação temporal dos efeitos daquela decisão. O julgamento já havia alcançado o resultado contrário à pretensão dos contribuintes quanto ao mérito da questão posta. Ambos expuseram argumentos que justificariam sob diferentes enfoques a aplicação do efeito prospectivo (na modalidade *ex nunc*) para aquela relevante decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em parecer sobre o tema e atendendo às peculiares circunstâncias do caso que lhe fora submetido à análise, Luís Roberto Barroso chegou às seguintes conclusões:

> a) a nova orientação somente poderá produzir efeitos prospectivos (*ex nunc*); b) os recursos extraordinários já rejeitados, com agravo regimental ou embargos de declaração pendentes de julgamento, não podem e não devem ser providos; e c) de todo modo, a nova orientação não poderia retroagir para além de 20.01.99, data da edição da Lei n.9.779, invocada como fundamento para a mudança de entendimento do STF.[722]

(STF – Pleno, RE 370.682, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25.06.2007, DJU 19.12.2007). Em ambos consta o seguinte trecho do extrato de ata: "Na seqüência do julgamento, o Tribunal conheceu da questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de examinar a possibilidade de modular temporalmente a decisão, dando-lhe efeito prospectivo. [...]. No mérito, o Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, rejeitou a questão de ordem".

[722] Concluiu o parecer no sentido de que:"A) Eventual decisão do STF que modifique entendimento anterior e consolidado da própria Corte em relação ao crédito de IPI, produzindo resultado equivalente à majoração do tributo, somente poderá ter efeitos prospectivos (*ex nunc*). A conclusão decorre da incidência dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé, bem como a regra da irretroatividade tributária, já que a alteração de entendimento da Corte sobre o mesmo conjunto legislativo equivale à edição de nova norma";"B) Além das razões gerais que impõem a não retroação na hipótese, elementos adicionais protegem a situação dos contribuintes que figuram como parte em processos nos quais o direito ao creditamento foi reconhecido e o recurso extraordinário interposto pela União Federal já foi rejeitado por ministro do STF (art. 557 do CPC), embora pendente ainda algum tipo de recurso. Dentre eles, podem-se enunciar os seguintes: a) o próprio STF já reconheceu que a jurisprudência da Corte é aplicável aos casos referidos; b) os contribuintes em questão não agiram confiando apenas na jurisprudência existente sobre a matéria, mas obtiveram decisões judiciais específicas assegurando o seu direito; c) o longo período de tempo transcorrido entre as primeiras decisões judiciais proferidas nos autos, favoráveis ao contribuinte, e o trânsito em julgado da decisão final, ainda sem previsão, consolidou situação de fato cuja reversão acarretaria prejuízo de grande monta para o particular que agiu em todo tempo de boa-fé; e d) os recursos pendentes – agravo regimental ou embargos de declaração não se prestam para o fim de rever a jurisprudência anteriormente firmada pelo STF";"C) Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que alguma retroação pudesse ser considerada na hipótese, haveria ela de ter um marco insuperável, 20.01.1999, da Lei n. 9.779/99, invocada como fundamento para a mudança de entendimento da Corte" (BARROSO, Luís Roberto. Parecer: 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**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 264, 287-288).

Os fundamentos jurídicos sustentados para a modulação dos efeitos temporais na hipótese que examinou foram, em síntese, os seguintes: a observância do princípio da segurança jurídica;[723] o atendimento da "confiança legítima" dos administrados (no caso, dos contribuintes) e da boa-fé nas relações entre eles e o Poder Público;[724] e o respeito à regra da irretroatividade tributária.[725]

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello foi assim consultado:

---

[723] Melhor explicando o referido princípio, o Professor discorreu que: "Embora admitidos variados desenvolvimentos, o princípio da segurança jurídica apresenta um sentido nuclear e elementar, ligado à garantia de que novas obrigações somente podem ser exigidas dos cidadãos após sua prévia e válida introdução na ordem jurídica. Esta é, como se sabe, a proteção básica conferida pelas idéias complementares de legalidade e irretroatividade, que nada mais são do que corolários do princípio da segurança jurídica. Essas são, de certa forma, garantias formais, já que prescrevem determinada forma de criação de obrigações e proíbem sua exigência em relação a fatos anteriores". Em outras palavras, explicitou que: "Em suma: eventual nova decisão da Corte, uma vez que importa modificação da ordem jurídica material (ainda que não formal), apenas poderá afetar os fatos futuros, não se admitindo que lhe sejam atribuídos efeitos retroativos ou *ex tunc*. Nessas hipóteses, a única forma de conciliar a possibilidade de modificação do entendimento da Corte com o respeito ao conteúdo essencial do princípio da segurança jurídica é reconhecer à nova orientação eficácia *ex nunc*" (BARROSO, Luís Roberto. Parecer: 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**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 274, 276).

[724] Aprofundando essas noções, o Professor assinalou o seu significado: "*Confiança legítima* significa que o Poder Público não deve frustrar, deliberadamente, a justa expectativa que tenha criado no administrado ou no jurisdicionado. Ela envolve, portanto, coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e não imposição retroativa de ônus imprevistos". Em seguida, passou à construção de parâmetros para densificá-lo juridicamente: "A doutrina tem construído alguns parâmetros a fim de conferir maior densidade jurídica à noção de expectativa legítima que merece proteção jurídica. Três deles merecem especial registro. *Em primeiro lugar*, será juridicamente legítima, e merecerá proteção, a expectativa que decorra de um comportamento objetivo do Poder Público, isto é, que não seja apenas uma esperança inconseqüente sem vínculo com elementos reais e objetivos da atuação estatal. Um discurso do Chefe do Executivo não gera, por si só, uma expectativa legítima, mas um decreto poderá justificá-la". "*Em segundo lugar*, a expectativa será digna de proteção se a conduta estatal que a gerou perdurou razoavelmente no tempo, de modo a ser descrita como consistente e transmitir a idéia de certa estabilidade, levando o particular a praticar atos fiado na conduta estatal. Por fim, *em terceiro lugar*, será relevante saber, para a avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco de futura modificação do ato do Poder Público. É natural e esperado que uma decisão liminar proferida por juiz de primeiro grau, ou mesmo uma sentença, sejam posteriormente modificadas, o mesmo não se passando com decisões transitadas em julgado, por exemplo", complementou o Professor. Noutras palavras, expôs que: "Em suma: por incidência direta tanto dos princípios constitucionais referidos quanto de elementos normativos do próprio sistema infraconstitucional tributário, a boa-fé nas relações entre Estado e particulares e a proteção da confiança destes últimos impede, no caso, a atribuição de efeitos retroativos a eventual decisão do STF que venha a modificar seu entendimento sobre o direito ao creditamento em matéria de IPI" (BARROSO, Luís Roberto. Parecer: 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**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 276-281).

[725] A respeito dessa regra tributária, o Professor explicou que: "Afigura-se fora de dúvida que uma previsibilidade mínima nas relações jurídicas exige que o particular, no momento em que pratica determinado ato, tenha ou possa ter ciência de suas repercussões tributárias. Se entendimentos administrativos e decisões judiciais podem modificar essa repercussão tributária, a regra da irretroatividade tributária aplica-se igualmente a tais fenômenos, e não apenas à inovação legislativa". Nesta situação, registre-se a seguinte peculiaridade: "Nesse passo, se a prática anterior dos contribuintes era expressamente reconhecida pelo STF e pelos demais tribunais como o comportamento exigível, este era o *direito* ou a *norma* em vigor. A nova orientação da Corte, caso venha a ser efetivamente formalizada, importará em *norma* nova e resultará na majoração do tributo a ser pago, podendo ser aplicada apenas a partir do momento de sua edição, e não retroativamente". De fato, releva notar que: "O interesse arrecadatório estatal existe legitimamente nos limites da ordem jurídica e, como se acaba de demonstrar, incidem na hipótese elementos que impede a retroação de eventual decisão do STF que modifique seu entendimento acerca da questão do creditamento de IPI. Em nenhuma hipótese o interesse puramente secundário do Estado – de arrecadar mais – poderia violar disposições constitucionais como as que vêm de ser examinada, cuja observância forma o interesse público primário ao qual o Poder Público está vinculado acima de tudo" (BARROSO, Luís Roberto. Parecer: 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**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 281-284).

> I – Na eventualidade de alteração da jurisprudência do STF, pode ser conferido efeito prospectivo a este novo entendimento, no sentido de ele alcançar apenas os fatos ocorridos a partir da publicação do acórdão que consubstancie a nova orientação?
> II – É compatível com os princípios constitucionais da boa-fé, da segurança jurídica, da proteção à confiança e da irretroatividade tributária conferir efeitos retroativos ('ex tunc') à nova jurisprudência, não reconhecendo os atos praticados pelo contribuinte antes da referida alteração?[726]

Após dissertar sobre a função nuclear do Direito como "o estabelecimento de uma ordem", o anseio generalizado por "segurança", a importância no ordenamento jurídico do princípio da segurança jurídica e o caráter maleável e mutável do Direito contraposto com a pretensão de estabilidade dos atos estatais, o parecerista ressaltou a importância das decisões judiciais como parâmetros de condutas para os cidadãos.[727]

Partindo da importância das decisões judiciais como parâmetros de condutas permitidas aos cidadãos, destacou que:

> Conseqüentemente, seria injusto e inaceitável, sobreposse em um autodenominado Estado Democrático de Direito, que este, no exercício da função jurisdicional, ao detectar um 'erro', uma 'interpretação incorreta' da ordem jurídica, dantes por ele mesmo efetuada, permitisse que esta sua proclamada falha deflagrasse um prejuízo patrimonial para quem não falhou e agiu sob o pálio do que precedentemente ele próprio Judiciário proclamara ser o Direito vigorante naquela matéria.[728]

Na seqüência, Celso Antônio Bandeira de Mello colecionou algumas lições doutrinárias acerca da modificação de interpretação jurídica por parte da Administração e sua relação com os princípios da boa-fé, da lealdade, da confiança legítima e da segurança

---

[726] Destaca-se ainda que: "Vale dizer que a aplicação prospectiva da nova jurisprudência não resultaria em perda de arrecadação para a União, vez que os contribuintes apenas pretendem ver protegidas as compensações tributárias realizadas no passado. Por outro lado, e muito mais grave, caso não sejam modulados os efeitos da nova decisão do Plenário do STF para proteger as compensações praticadas, muitas empresas poderão ter sérias dificuldades financeiras ou até mesmo falir, pois terão que pagar em até trinta dias todos os tributos compensados com este crédito (art. 63 da Lei n. 9.430/96). Em alguns casos, inclusive, tendo em vista a certeza deste direito, muitas empresas não constituíram provisões contábeis, o que agravará ainda mais este cenário. Portanto, na melhor das hipóteses, estas empresas precisarão reduzir drasticamente os investimentos/custos em produção, tecnologia e empregos" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007, p. 328).

[727] Nesse sentido, o Professor asseverou que: "as pautas que fornecem aos cidadãos os parâmetros em função dos quais poderão decidir sobre as suas condutas não advêm tão somente da lei, mas de todos os atos jurídicos estatais que tem o condão de influir sobre suas ações futuras. Assim também os atos administrativos e, mais que eles, as decisões judiciais – já que estas são justamente a última e definitivamente relevante intelecção sobre o sentido das normas – têm decisiva importância na fixação do quadro jurídico em cujo interior tem de se mover os cidadãos" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007, p. 330).

[728] Em seguida, acrescentou que: "Como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal goza do atributo jurídico da derradeira dicção do Direito, algo, pois, muito forte do que a chamada presunção de legitimidade dos atos administrativos, há de se entender, a *fortiori*, que os cidadãos devem presumir que a Corte suprema ao formular intelecções e dicções de que direito estava obrigado a exprimir, o fez de modo juridicamente correto e que então, os cidadãos nos comportamentos empresariais que com base neles assumiram, estavam a proceder sob o conforto e proteção do Direito" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007, p. 331).

jurídica para, em seguida, esclarecer peculiaridade própria do Poder Judiciário, consistente na regra de que "o normal das decisões judiciais é volverem para o passado".[729]

Concluindo o seu parecer, respondeu àquelas indagações iniciais como segue:

> I - Havendo alteração da jurisprudência do STF em relação aos créditos do IPI no caso de alíquota zero, pode – e mais que isto deve – ser conferido efeito prospectivo a este novo entendimento, para que sejam alcançados apenas os fatos ocorridos a partir da publicação do acórdão que consubstancie a nova orientação;
> II - É visceralmente incompatível com os princípios constitucionais de boa-fé, da segurança jurídica, da proteção a confiança e da irretroatividade tributária conferir efeitos retroativos (*ex tunc*) à nova jurisprudência, não reconhecendo como bons e válidos os atos praticados pelo contribuinte antes da referida alteração.[730]

Em julgamento de mérito sobre essa relevante questão tributária o Plenário do Supremo Tribunal Federal modificou a orientação jurisprudencial anteriormente firmada no âmbito nacional a respeito desse tema, rejeitando a questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no sentido de modular no tempo os efeitos da decisão em foco.

4.1.2 Argumentos contrários ao pedido de modulação (Fisco)

O principal argumento no sentido contrário ao pedido de modulação – e que militou em favor do Fisco, já que obteve, ao final, decisão integralmente favorável – destacou-se pela insistente irresignação da Fazenda Nacional acerca do tema.

Com efeito, não houve o necessário trânsito em julgado das decisões anteriores, que permitiriam em caráter definitivo o creditamento do IPI quando os insumos fossem tributados à alíquota zero ou não tributados. Ao invés de formarem a "jurisprudência" cuja mudança

---

[729] Para ele: "Outrossim, também não milita contra a vigência dos mencionados princípios jurídicos a circunstância de que o normal das decisões judiciais é volverem para o passado , para a época das relações *sub judice*, diversamente do que ocorre em relação aos atos estatais expedidos no exercício das funções legislativa e administrativa que hão de voltar-se tão-só para o futuro". Aduziu que: "Deveras, ao lume de princípios jurídicos fundamentais seria teratológico, em tais casos, que situações constituídas à sombra de entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal logicamente confirmadas por numerosas decisões dos Tribunais em geral pudessem ser, ao depois, afetadas pelo fato deste, anos mais tarde, sem a ocorrência de fato novo, vir a modificar sua intelecção sobre a tese jurídica que dantes merecera seu agasalho. Não apenas o principio da segurança jurídica, como visto, mas também o principio da lealdade e da boa-fé e da confiança legitima se oporiam e do modo mais cabal possível a que uma mudança de orientação do Poder Judiciário na matéria viesse a ter tão gravosos efeitos" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007, p. 332-335).

[730] Em fundamento à sua conclusão, o parecerista expôs que: "Por isto se disse que o caso concreto traz consigo um paradigmático exemplo da necessidade de adoção de feitos meramente prospectivos na inversão da jurisprudência da Suprema Corte sobre créditos do IPI perante a alíquota zero, pende de irromper um *summum jus summa injuria*, ao lançar pesados ônus econômicos sobre os ombros de quem atuou em consideração à jurisprudência anterior e não podia, de fato, atuar de outro modo" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007, p. 337-338).

abrupta vinha sendo questionada em favor dos contribuintes sob o fundamento do necessário respeito à "segurança jurídica", naqueles julgados foram interpostos recursos (embargos de declaração e agravo regimental) que ainda pendiam de pronunciamento final pelo STF.

É que a Fazenda Nacional nunca e em tempo algum concordou com aquela orientação jurisprudencial firmada anteriormente (de modo precário, porque não "definitiva"), tendo sempre atuado e autuado consoante o entendimento de que era ilegítimo o creditamento do IPI no tocante aos insumos tributados à alíquota zero ou não tributados. Isto certamente frustrava a eventual expectativa dos contribuintes na confiança legítima e inspirava cautela mesmo para aqueles casos em que o contribuinte buscou a chancela de sua pretensão através do Judiciário.

A corroborar esse argumento principal que serviria de base para a rejeição da modulação temporal dos efeitos no caso, confira nos trabalhos abaixo destacados o inconformismo da Fazenda Nacional sobre o tema em tela e a conseqüente insistência de que os julgados considerados como paradigmas da matéria não haviam transitado em julgado. Ao contrário, pendiam de julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o Parecer PGFN n.405, de março de 2003, a Procuradoria da Fazenda Nacional defendia os argumentos jurídicos que sustentariam a sua pretensão quanto ao mérito da questão junto ao Supremo Tribunal Federal, ou seja, os efeitos da técnica da não-cumulatividade do IPI no tocante ao direito de crédito na aquisição de insumos tributados à alíquota zero e com subseqüente saída tributada, conforme ementa que segue:

> Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. A aquisição de insumos tributados à alíquota zero (0%) não confere ao crédito presumido do IPI, quer por força de Lei (art. 11, Lei n.9.779/99), quer em face da técnica da não-cumulatividade (art. 153, § 3º, II, CF/88).
> O critério utilizado, de compensar 'imposto sobre imposto' com crédito pelas entradas e débitos pelas saídas, em periodicidade assinalada pela legislação, não ofende a técnica da não-cumulatividade.
> A legislação do IPI, não permitindo o crédito presumido na aquisição de insumos tributados à alíquota zero, insere-se no bojo de uma política econômica governamental, cuja competência o legislador constitucional atribuiu ao Poder Executivo, em atuação harmônica com o Poder Legislativo, 'nas condições e nos limites estabelecidos em lei' (CF, art. 153, § 1º; Decreto-lei n.1199/71, art. 4º; Regulamento e Tabela do IPI).
> Inexistindo lei concedendo incentivo ou benefício fiscal, não pode o Juiz supri-la, tomando de empréstimo a alíquota fixada para a operação subseqüente (B-C), para o fim de concretizar o direito de crédito presumido na operação antecedente (A-B), em face de o Poder Judiciário não poder atuar como legislador positivo, a teor de reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestada em casos análogos.
> Alíquota zero e isenção são institutos distintos, não podendo ter efeitos tributários próprios, de conformidade com a lei de regência (primado do princípio da legalidade). No dizer do STF, tais institutos 'não se confundem, possuindo características que os diferenciam', razão pela qual tem negado o direito de crédito presumido na aquisição de insumos tributados à alíquota zero, tanto nas operações de importação, quando nas operações internas, consoante explicação ofertada pelos professores Ruy Barbosa Nogueira e Gilberto de Ulhôa Canto.

> Os produtos 'NT' (não-tributados), que estão fora do campo de incidência do IPI, não se submetem ao exame do crédito presumido.[731]

Em memorial analítico produzido pela Procuradoria da Fazenda Nacional em outubro de 2007 nos autos de agravo regimental interposto de decisão monocrática que então aplicara o art. 557 do CPC,[732] os principais argumentos ali lançados, em resumo, foram:

a) em 1998, o caso-líder do tema IPI-Creditamento cuidou apenas e tão somente da hipótese de insumos isentos, que albergou o direito do contribuinte do IPI ao creditamento do valor do tributo incidente;[733]

b) em 2002, quando renovou o exame sobre o tema, o Tribunal alargou a possibilidade de creditamento do valor dos insumos adquiridos sob o regime da isenção para abarcar também as hipóteses de tributação à alíquota zero, dos quais foram opostos embargos declaratórios e não transitaram em julgado;[734]

---

[731] De acordo com o parecer, o questionamento surgiu no Poder Judiciário a partir de alegações dos contribuintes, com arrimo na Lei n. 9.779/99, no sentido de que fosse reconhecido o direito de crédito na aquisição de insumos (matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem), consoante já havia definido o Pleno do Supremo Tribunal Federal (RE 212.484/RS), quando decidiu "haver direito de crédito, na aquisição de insumos isentos (aquisição de xarope para produção de Coca-Cola, na Zona Franca de Manaus". "A tese, porém, data vênia da doutrina oposta, não tem fundamento constitucional. Tampouco encontra base legal no Código Tributário Nacional e na própria legislação do IPI" (CASSONE, Vittorio. Parecer PGFN n. 405, de 12.03.2003. **Informativo Tributário Deloitte Touche Tohmatsu** – n. 4/2003. Disponível em: <http://www.deloitte.com.br/publicacoes/2003all/042003/ipi/Par405.pdf>. Acesso em: 16.01.2009).

[732] Em breve ementa ao memorial, quando disponibilizado na forma de artigo, constou o eguinte: "Alega a contribuinte que nova jurisprudência do STF não poderia ser aplicada a processo em andamento, em sede de agravo regimental, alegando que, na época da decisão recorrida, a jurisprudência do STF sobre o creditamento do IPI nas hipóteses de insumos não-tributados ou tributados à alíquota zero seria favorável à empresa. A Fazenda sustenta que a aludida jurisprudência somente tratava de insumos isentos" (ALVES JR. Luis Carlos Martins. IPI. Insumos não tributados ou tributados à alíquota zero. Agravo regimental. Nova jurisprudência do STF. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1574, out, 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=811>. Acesso em: 19.01.2009).

[733] Tratou-se do RE 212.484, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, j. 05.03.1998, DJU 27.11.1998. Posteriormente, surgiram decisões monocráticas dos Ministros do STF abarcando também as hipóteses de não-tributação e alíquota zero. "Por isso que a Fazenda Nacional aviou dezenas de embargos declaratórios ou de agravos regimentais, como no presente caso: **a jurisprudência só era dominante em sede de insumos isentos; em relação aos insumos não-tributados ou tributados à alíquota zero *não* havia jurisprudência pacífica e dominante no STF**" (ALVES JR., Luís Carlos Martins. IPI. Insumos não tributados ou tributados à alíquota zero. Agravo regimental. Nova jurisprudência do STF. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1574, out, 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=811>. Acesso em: 19.01.2009 – grifos originais). No mesmo sentido: "Ante a distinção entre essas hipóteses de exoneração tributária (isenção, alíquota zero e não tributação) e ciente de que o precedente judicial do **RE 212.484** adscreveu-se somente aos insumos territorialmente isentos, o Fisco sempre se insurgiu contra essas pretensões de extensão do referido precedente de insumos territorialmente isentos aos feitos que tratassem de insumos não tributados ou tributados à alíquota zero" (ALVES JR., Luís Carlos Martins. O creditamento do IPI na aquisição de insumos desonerados. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1876, 20 ago 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11619>. Acesso em: 16.01.2009).

[734] A distinção entre aquelas três situações esclarecia-se do seguinte modo no memorial fazendário: "A prova cabal e irrefutável da inexistência de jurisprudência dominante e pacificada no STF em relação aos insumos não-tributados ou tributados à alíquota-zero, diversamente do que sucedido com os insumos isentos, deu-se com os julgamentos dos **RREE 353.657 e 370.682**" (ALVES JR., Luís Carlos Martins. O creditamento do IPI na aquisição de insumos desonerados. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1876, 20 ago 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11619>. Acesso em: 16.01.2009 – grifos originais). Neste sentido, confira o seguinte trecho do esclarecimento da Procuradora da Fazenda Nacional que atuou na sessão de julgamento dos RREE 353.657 e 370.682: "O RE n. 212.484, eminente Ministro Ricardo Lewandowski, diz respeito aos insumos isentos. Os REs nºs 353.657 e 370.682 tratam de alíquota zero e NT. Os

c) a pretensão que favoreceria os contribuintes, no caso então submetido à apreciação judicial concernente à possível aplicação do efeito *ex nunc*, seria rejeitada pelo STF na questão de ordem que fora levantada, "o qual teve como principal fundamento a inexistência de jurisprudência dominante e pacífica quanto ao tema sob exame";[735] e

d) tendo em vista o julgamento do caso-líder (RE 353.657 e RE 370.682), o desfecho seria favorável à pretensão fazendária, fosse pela inexistência da pacificação da jurisprudência, fosse pela aplicação do art. 103 do RISTF.[736]

O resultado final do julgamento foi comemorado como uma dupla vitória do Fisco que, no mérito, obteve o reconhecimento pelo Pleno do STF de que as empresas não teriam direito ao crédito de IPI na aquisição de insumos não tributados ou tributados à alíquota zero;[737] e na questão de ordem suscitada sobre a modulação temporal dos seus efeitos, obteve a decisão definitiva de que ela seguiria a regra geral e seria aplicada com efeito *ex tunc*.[738]

---

insumos isentos nós [da Procuradoria da Fazenda Nacional] nunca discutimos que em relação a eles havia, sim, uma jurisprudência; mas alíquota zero e NT não há nenhum caso transitado em julgado" (STF – RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[735] No entender do Procurador da Fazenda Nacional subscritor de memorial elaborado depois de concluído o julgamento dos casos objetos de análise, "somente a partir de 15.02.2007 pode-se falar em jurisprudência dominante e pacífica quanto ao creditamento de IPI nas hipóteses de insumos não-tributados ou tributados à alíquota zero. Em 25.06.2007 o STF espancou definitiva e irremediavelmente a tese de efeitos prospectivos quanto a esse referido tema, por dez votos a um. Ou seja, o soberano Plenário entendeu aplicável a todos os processos em curso o entendimento consagrado nos RREE ns. 353.657 e 370.682". Em síntese: "A Fazenda Nacional quedou-se vencida apenas no concernente ao direito do contribuinte do IPI creditar-se na hipótese de insumos isentos. Quanto aos insumos não-tributados ou tributados à alíquota-zero, a Fazenda Nacional sempre acreditou no acerto de suas teses, que restaram finalmente vencedoras nos aludidos RREE ns. 353.657 e 370.682" (ALVES JR., Luís Carlos Martins. O creditamento do IPI na aquisição de insumos desonerados. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1876, 20 ago 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11619>. Acesso em: 16.01.2009 – sem grifos originais).

[736] No dizer textual que consta no memorial: "Por razão, independentemente da premissa que se acolha (existência ou não de jurisprudência dominante), o desfecho deste agravo será favorável à Fazenda Nacional, pois se se entender que inexistia a pacificação da jurisprudência – como demonstrado à saciedade – aplica-se o disposto no § 1º do art. 557, CPC. Se se entender existente a jurisprudência dominante, aplica-se o art. 103 do RISTF" (ALVES JR., Luís Carlos Martins. O creditamento do IPI na aquisição de insumos desonerados. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1876, 20 ago 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11619>. Acesso em: 16.01.2009). Eis o dispositivo regimental previsto no art. 103: "Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compediada na *Súmula*, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário".

[737] De fato, em notícia veiculada logo depois do julgamento da questão de fundo no caso líder em foco, constou o seguinte: "O Supremo Tribunal Federal (STF) proibiu empresas de receber créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) referentes a produtos tributados com alíquota zero. O entendimento foi firmado nesta quinta-feira em julgamento de ação proposta por uma empresa. Com isso, o governo tem esperança de que os juízes de instâncias inferiores do Judiciário parem de conceder liminares a contribuintes para receber o crédito indevido. Se fosse derrotada, a União poderia ter um prejuízo de cerca de R$ 200 bilhões no período de dez anos" (BRÍGIDO, Carolina. STF proíbe créditos de IPI de produtos com alíquota zero. **O Globo Online.** 15.02.2007. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2007/02/15/294596029.asp>. Acesso em: 19.01.2009). Quando do término do julgamento e da rejeição também da questão de ordem relacionada à modulação temporal dos efeitos da decisão, constou a seguinte notícia a respeito do mérito: "Com isso, as empresas que estavam aproveitando o crédito beneficiadas por decisões judiciais, deverão restituir o imposto que não foi pago e, ainda, poderão sofrer ações rescisórias da Fazenda Nacional. A decisão garantirá a recuperação de alguns bilhões de reais ao governo, mas não há estimativa de quanto. De acordo com dados da Receita Federal, o governo passará a arrecadar cerca de R$ 20 bilhões anualmente, que eram deixados com o crédito" (ERDELYI, Maria Fernanda. Supremo confirma retroatividade para IPI com alíquota zero. **Revista Consultor Jurídico**. 25.06.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 19.01.2009). No

4.1.3 Os votos do julgamento (quanto à modulação dos efeitos)

Durante a sessão de julgamento, após intenso debate entre os Ministros sobre os institutos jurídico-tributários da não-cumulatividade, da seletividade e das diferentes espécies de benefícios fiscais, no que pertine ao estudo, cabe notar que o Min. Ricardo Lewandowski suscitou questão de ordem, no sentido de examinar a possibilidade de modular temporalmente os efeitos da decisão, dando-lhe efeito prospectivo (*ex nunc*), isto é, dali pra frente. [739]

Sucederam breves debates sobre procedimentos, especialmente o momento adequado de suscitar a questão de ordem, bem como a possibilidade de permitir nova sustentação oral, já que a situação era nova no Plenário e naquele julgamento.[740]

Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski sugeriu dividir a referida questão de ordem em duas partes. Na primeira, o Tribunal decidiria se, em tese, seria possível nos processos de índole subjetiva proceder à modulação. Em seguida, os Ministros decidiriam se seria possível tal modulação à luz dos casos concretos então submetidos à apreciação ou não. Contudo, não houve a discrepância esperada quanto à eventual aplicação do art. 27 da Lei n.9.868/99 ao controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, tendo sido aceita de maneira quase automática essa possibilidade. A questão central, por conseguinte, girou em torno da possibilidade de aplicá-lo ao caso concreto submetido à apreciação.

Depois de citar distintas lições clássicas e aduzir argumentos próprios que formaram robusto e coerente arcabouço doutrinário, o Ministro Ricardo Lewandowski fundamentou o

---

mesmo sentido: PIMENTA, Dalmar. Fim retroativo do crédito IPI causará prejuízo abrupto. **Revista Consultor Jurídico**. 14.07.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em:19.01.2009.

[738] De fato, em notícia veiculada no próprio dia da sessão que terminou o julgamento do caso líder, constou como chamada o seguinte: "O Fisco consolidou nesta segunda-feira (25/6) sua vitória contra os contribuintes de IPI que perderam a possibilidade de usar créditos do imposto na compra de insumos industriais não-tributados ou tributados com alíquota zero. O plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou por maioria a questão de ordem proposta pelo ministro Ricardo Lewandowski para modular os efeitos da decisão que derrubou o crédito em fevereiro deste ano" (ERDELYI, Maria Fernanda. Supremo confirma retroatividade para IPI com alíquota zero. **Revista Consultor Jurídico**. 25.06.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 19.01.2009). No mesmo sentido: PIMENTA, Dalmar. Fim retroativo do crédito IPI causará prejuízo abrupto. **Revista Consultor Jurídico**. 14.07.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 19.01.2009.

[739] Nos seguintes termos: "Senhor Presidente, antes de terminar o julgamento, tendo em conta a alteração na jurisprudência até agora assentada por esta Corte – e por uma estreita maioria hoje [6x5] –, indago a Vossa Excelência se seria oportuno suscitar, desde logo, a eventual concessão de efeitos prospectivos a essa decisão hoje proferida" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[740] O Ministro Sepúlveda Pertence pontuou que: "O pressuposto da questão de ordem é o resultado do julgamento do recurso extraordinário. Trata-se de examinar os efeitos, no tempo, da virada de jurisprudência do Tribunal. Então, obviamente, essa matéria não poderia ter sido tratada no julgamento de mérito" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

seu voto no sentido da recomendável aplicação do art. 27 da Lei n.9.868/99 naquele caso, tanto sob o ponto de vista teórico (considerada a situação em tese – processo subjetivo)[741] como também sob o aspecto prático e aplicado, vez que se arrimou na existência do pressuposto da segurança jurídica, suficiente para a aplicação do dispositivo legal em foco.

Neste sentido, registrou que, embora a jurisprudência e a atividade legislativa estejam inexoravelmente atreladas à evolução social, o processo de transformação deve pautar-se pela "segurança".[742] Em seguida, decidiu no sentido de que: "convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as conseqüências negativas que isso acarretará nos planos econômicos e social".[743]

Insta destacar importante trecho de seu voto que se preocupou também com as ações rescisórias que vinham sendo ajuizadas pela Fazenda Nacional, situação que certamente seria agravada caso os efeitos da decisão permanecessem na modalidade *ex tunc*:

> Para se ter uma idéia do gravame que uma decisão *ex tunc* representaria para os jurisdicionados, registro que a União, antes mesmo da consolidação da nova maioria no Plenário, já vinha ingressando com ações rescisórias perante o Tribunal Federal da 4ª Região contra contribuintes que, com fundamento nos julgados anteriores do STF, obtiveram o direito de creditar-se do IPI nas operações isentas, não tributadas ou taxadas com alíquota zero.[744]

Ao final de seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski decidu no sentido de que:

> [...] ante as peculiaridades do caso, e em homenagem não apenas ao princípio da segurança jurídica, mas também aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os

---

[741] As principais lições teóricas trazidas pelo Ministro Ricardo Lewandowski sobre as possibilidades envolvidas na aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 foram destacadas em tópicos anteriores, motivo pelo qual não serão novamente repetidas agora.

[742] Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: "Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Não se pode olvidar, contudo, que cumpre, como sabiamente apontou a Ministra Cármen Lúcia, em magistral estudo que integra a coletânea de artigos em homenagem ao Minstro Sepúlveda Pertence, conferir '*segurança*' ao processo de transformação" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[743] De fato, nas suas razões de decidir explicitou que: "Foi exatamente o que ocorreu na situação em apreço: os contribuintes, fiados em entendimento pacificado na Suprema Corte do País, por quase uma década, visto que as primeiras decisões datam do final dos anos 90, passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam a entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados". Aduziu que: "Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[744] Em seguida, acrescentou ainda que: "Isso, é claro, sem mencionar as incontáveis execuções fiscais que serão ajuizadas, dentro do prazo prescricional, contra os contribuintes que se valeram dos créditos escriturais, em conformidade com a jurisprudência desta Corte e demais tribunais" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

> quais se assenta o próprio Estado Democrático de Direito, proponho que se confira efeitos *ex nunc* às decisões proferidas nos REs 353.657 e 370.682.[745]

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, integralmente favorável à modulação temporal dos efeitos da decisão (prospectiva, na modalidade *ex nunc*), restou isolado no julgamento da referida questão de ordem, que foi rejeitada pelos seus pares.

O voto seguinte ao seu, da lavra do Ministro Marco Aurélio, depois de analisar o arcabouço normativo pertinente, preocupou-se em pontuar aspectos específicos de cada um daqueles dois recursos extraordinários que tiveram a solução do mérito julgados:

> Quanto ao Recurso Extraordinário n. 353.657-5/PR, surge a inadequação da questão de ordem. A razão é muito simples. A esta altura, ante o julgamento do recurso extraordinário, resta indeferido o mandado de segurança, cujo pedido se mostrou delimitado no tempo – de janeiro de 1996 a agosto de 1998. Ora a sucumbência recíproca proposta, dando-se ganho de causa ao contribuinte considerado o período transcorrido até 15 de fevereiro de 2007, data em que provido o recurso da União, e eficácia do pronunciamento a partir de então, conflita com a ordem natural das coisas.[746]

De fato, o Ministro entendeu que "a fixação de um termo inicial de vigência do entendimento deste Plenário" implicaria mitigação da Constituição da República e resultaria em manifesta injustiça. "A passagem do tempo é irrefreável, tendo conseqüências no mundo jurídico, considerados os institutos da prescrição e da decadência".[747]

---

[745] STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08.

[746] No tocante ao RE 370.682, que cuidou de ação declaratória para reconhecimento de crédito sem delimitação temporária, o Ministro Marco Aurélio consignou que: "[...] em momento algum, pleiteou-se, presente o princípio da eventualidade, a modulação temporal dos efeitos da decisão". De fato, a questão de ordem foi levantada, de ofício, por integrante da corrente que, no julgamento procedido, mostrou-se minoritária. Para o Ministro Marco Aurélio, admiti-la implicaria em mitigar demais o provimento do recurso extraordinário, isto é, torná-lo um "nada jurídico" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[747] De fato, aprofundando essa linha de raciocínio, registrou que: "Contribuintes que ingressaram em Juízo alcançarão, com o termo inicial de vigência que porventura venha a ser fixado, vantagem retroativa aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Conseguirão o implemento do crédito, embora à margem da autorização normativa constitucional, como se esta não estivesse em vigor desde 1988. Aqueles que não ingressaram em Juízo, aconselhados corretamente pelo setor técnico, sofrerão as peias dos dois institutos consagrados em Direito: a prescrição e a decadência; enquanto os outros lograrão verdadeiro enriquecimento ilícito, porque contrário à Constituição Federal, em esvaziamento ao tributo no que em certas situações passará a ser, ante os interesses da União, negativo, conforme explicito no voto condutor do julgamento. Está-se a ver que a prevalência da fixação de termo inicial para definir-se o direito, ou não, ao crédito implicará não a preservação da segurança jurídica, não o agasalho de excepcional interesse social, mas desordem desenfreada, ficando os contribuintes e os cidadãos em geral estimulados aos questionamentos em Juízo para, anos após, obterem, quem sabe, a feitura de justiça salomônica, com resultado econômico-financeiro distanciado, a mais não poder, dos ditames constitucionais e que, em última análise, será suportado por toda a sociedade" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

Quanto à alegada segurança jurídica, o Ministro rejeitou-a sob o fundamento de que partiu de "premissa que não corresponde à realidade". É que o tema submetido ao pronunciamento definitivo do Pleno "não chegou a ser pacificado no Tribunal".[748]

Por fim, e levando em consideração também que o caso não versava sobre a declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei, o Ministro Marco Aurélio decidiu que:

> De minha parte, pouco importando os interesses individuais e momentâneos em jogo, sufrago o entendimento, sempre e sempre, da preponderância da ordem jurídica. É o preço a ser pago em um Estado Democrático de Direito, e é módico. Concluo pela eficácia das decisões tal como proferidas.[749]

No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia manifestou-se acompanhando o Ministro Marco Aurélio, no sentido de que não seria possível aplicar a modulação temporal dos efeitos da decisão naquele caso concreto, vez que não houve declaração de inconstitucionalidade:

> Também penso que, neste caso, não houve declaração de inconstitucionalidade, houve mudança jurisprudencial, se é que houve, pois a Fazenda comprova que não teria havido essa revisão total e, neste caso específico, o contribuinte questionou algo que era presumido como inconstitucional, que era a atuação do Fisco; perdeu em Primeira Instância, portanto não se pode falar realmente em afronta ao princípio da segurança jurídica.[750]

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o voto do Ministro Eros Grau contém trecho que expressamente limita a possibilidade da modulação temporal das decisões da Corte às hipóteses relacionadas à de declaração de inconstitucionalidade:

---

[748] Em breve retrospecto, o Ministro relatou que: "É certo que, em 18 de dezembro de 2002, ao julgar os Recursos Extraordinários n. 350.446-1/PR, 353.668-1/PR, 357.277-6/RS e 358.493-6/SC, o Plenário proclamou esse direito [ao creditamento do IPI], vencido, na oportunidade, o ministro Ilmar Galvão e impedido o ministro Maurício Corrêa. Não menos correto é que os acórdãos formalizados vieram a ser impugnados mediante declaratórios. Os interpostos nos três primeiros somente foram apreciados em fevereiro passado, quando proferi voto desprovendo-os. O trânsito em julgado não se confirmou em virtude da interposição de novos embargos. O último permanece concluso ao ministro Eros Grau – que sucedeu o ministro Nelson Jobim na relatoria –, para apreciação dos declaratórios. Então, não cabe dizer que o Supremo assentou, mediante acórdão coberto pela coisa julgada, o direito ao creditamento. A matéria estava pendente de decisão final pelo Plenário. Vale registrar a informação prestada pela Fazenda, no respectivo memorial, de que nenhum processo transitou em julgado" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[749] Com efeito, o Ministro Marco Aurélio consignara, anteriormente, que: "Na espécie, em momento algum declarou-se a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Jamais figurou, no ordenamento jurídico pátrio, o creditamento, pela alíquota final, de valor que o contribuinte não recolheu a título de imposto sobre produtos industrializados em operação anterior isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero. Até aqui o que se tem é o pronunciamento do Plenário do Supremo sobre a inexistência do direito ao crédito, e isso se fez a partir de interpretação conferida, como já consignado, à Constituição Federal, mais precisamente ao art. 153, § 3º, inciso II, nela contido, que a União sempre apontou como infringido" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[750] Alinhou-se novamente com o voto do Ministro Marco Aurélio, no tocante à indesejável dualidade do comportamento dos contribuintes, quando decidiu que: "Ademais, a meu ver, a Fazenda tem razão quando afirma que haveria, no caso, quebra do princípio da igualdade com aqueles que, não questionando, pagaram, e, portanto, aí, sim, haveria alguma contrariedade ao que está posto como princípios constitucionais" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

> O preceito [art. 27] respeita à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando se manifestem razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Cuida dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade. Repito: inconstitucionalidade. O preceito visa a minimizar eventuais efeitos perniciosos decorrentes da retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Declarações de constitucionalidade não geram efeitos perniciosos ao operarem retroativamente. Para tanto devem existir. Declarações judiciais de constitucionalidade de qualquer porção do ordenamento apenas o confirmam, positivamente. Não se modulam declarações de constitucionalidade de leis ou atos normativos - toda a gente sabe disso.[751]

Além disso, o Ministro Eros Grau decidiu que "também não cabe cogitarmos de ameaça de qualquer ordem à segurança jurídica". Impressionou-se com o memorial da Procuradoria da Fazenda Nacional, o qual demonstrou que nenhuma decisão a respeito do creditamento do IPI, no tocante ao insumo tributado à alíquota zero, transitou em julgado. Destacou em seguida: "Como se falar, destarte, em mudança de jurisprudência que jamais foi fixada? Isso consubstanciaria um autêntico *non sense*. Não se pode alterar o que jamais foi fixado definitivamente por este Tribunal".[752]

Em razão disso, o Ministro Eros Grau entendeu que incumbia aos agentes econômicos (pessoas jurídicas) a cautela necessária para o aproveitamento do tal crédito que, buscado em Juízo, aguardava o pronunciamento definitivo com trânsito em julgado, ocasião em que aí sim seria cabível aos contribuintes usufruir do benefício econômico que teria sido auferido, e não em qualquer momento anterior.[753]

---

[751] Na seqüência, o Ministro repisou que: "Pois no caso não houve, em momento nenhum, declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Esta Corte simplesmente afirmou a correção da interpretação conferida ao princípio da não-cumulatividade do IPI, adversa à postulada por alguns contribuintes do tributo. Não há nenhum sentido, portanto, em neste caso cogitar-se de modulação de efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Pois é certo – vou repetir – é certo que aqui não há inconstitucionalidade" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[752] Em continuação, explicitou que: "O argumento de que existiria 'jurisprudência pacífica' mesmo quando as decisões não tenham transitado em julgado – e nenhuma delas transitou! – é quase ingênuo. O que detém força de verdade legal é a coisa julgada, cuja autoridade, quando reiterada, faz jurisprudência. Não houve, no caso, mudança de jurisprudência da Corte, visto que ela – essa jurisprudência – não fora estabelecida" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[753] Neste sentido, confira o seguinte trecho do voto do Ministro Eros Grau: "Além do mais é certo que a incorporação ao balanço de efeitos tributários apenas se pode dar quando consumada a coisa julgada. Até então a pretensão judicial da pessoa jurídica deverá ser nele registrada em conta de provisão não dedutível. Se não há, em situações como a de que se trata, em que o contribuinte vai a Juízo postular benefício ou vantagem tributária, se não há coisa julgada em situações como tais o contribuinte não pode computar resultados e/ou distribuí-los. Dizendo-o na sofisticada linguagem dos economistas, o ambiente institucional que prevalecia quando o agente econômico foi a Juízo pleitear o benefício ou vantagem não a abrangia. Tanto é que foi a Juízo, o agente econômico, pretendendo afirmá-la". Além disso, o Ministro Eros Grau entende pertinente registrar em seu voto razões metajurídicas, de natureza ideológica: "Ora, se o resultado desse pleito judicial é adverso ao agente econômico, evidentemente será ele responsável pelos efeitos desse resultado. Não é possível atribuirmos ao Estado (*rectius*, à sociedade) essa responsabilidade. Fazê-lo, isso equivaleria a instituirmos o capitalismo sem as incertezas inerentes às decisões de produção e de investimento, o capitalismo sem riscos, sem o salto no escuro". De fato, em tom de desabafo registrou que: "Este Tribunal tem sido rigoroso, algumas vezes impiedoso, com os economicamente frágeis – recordo o caso das pensões por morte. Tenho por inadmissível que não o seja, na proporção adequada, em relação aos demais agentes econômicos" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

No que interessa ao estudo, importa trazer um último ponto colocado no voto do Ministro Eros Grau. Para ele, não houve nenhuma razão relacionada ao interesse social (e muito menos ao "excepcional interesse social") que fosse suficiente para aquinhoar "empresas que vieram a Juízo afirmando interpretação que esta Corte entendeu equivocada".[754]

O Ministro Joaquim Barbosa, igualmente, decidiu no sentido de que a modulação temporal dos efeitos da decisão para o caso (aplicação dos efeitos *ex nunc*) seria inapropriada, vez que a Corte não declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. "Pelo contrário, afirmou a constitucionalidade da vedação ao reconhecimento de créditos que não estão expressamente previstos na Constituição ou em lei".[755]

O Ministro Joaquim Barbosa entendeu que, diante do cenário instável de constantes variações jurisprudenciais do STF a respeito do tema em foco, "os contribuintes que tivessem optado pelo registro dos créditos sem o amparo de decisão transitada em julgado teriam como expectativa razoável a tendência de aplicação da orientação posta no precedente". "Tal tendência poderia não se confirmar por diversas razões, dentre elas a mudança da orientação durante o transcurso das fases administrativa e judicial de cobrança do débito tributário", acrescentou no seu voto.[756]

O Ministro Carlos Britto, apesar de mostrar-se inicialmente entusiasmado com a tese levantada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que o caso não era "bom" para aplicar o art. 27 por que não restara demonstrada a eventual mudança jurisprudencial, bem como não houve o seu pressuposto próprio (a declaração de inconstitucionalidade).[757]

---

[754] Com efeito, no sentir do Ministro Eros Grau, estas empresas vieram a Juízo por sua conta e risco. "É seguramente inusitado: o empresário pretende beneficiar-se por créditos aos quais não faz jus; o Judiciário afirma que efetivamente o empresário não é titular de direito a esses mesmos créditos, mas o autoriza a fazer uso deles até certa data...Um 'negócio da China' para os contribuintes, ao qual corresponde inimaginável afronta ao interesse social" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[755] Justificou que: "Ora, a função do art. 27 da Lei 9868/99 é preservar a eficácia de relações jurídicas formadas durante o período marcado pela presunção de constitucionalidade de norma jurídica. No caso em exame, não havia presunção de constitucionalidade para o direito ao creditamento, dado que a expressão constitucional que definia o mecanismo de compensaçào era clara em afirmar que seria compensado o que fosse cobrado nas operações anteriores" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[756] STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08.

[757] De fato, deixou consignado de modo expresso no seu voto que: "Entretanto, Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecendo que a tese de Vossa Excelência é muito boa, peço vênia para dizer que o caso não é muito bom. Seria uma tese excelente para um caso típico de consolidada jurisprudência, de cristalizada jurisprudência, naquele sentido de múltiplas decisões convergentes, uniformes, no mesmo sentido". Embora tenha reconhecido desde logo que o caso não era bom para a tese levantada, expressou-se em *obiter dictum* que: "Eu até tenderia a interpretar esse art. 27 da seguinte forma: tendo em vista razões de segurança jurídica de excepcional interesse social. Caso os dois elementos, de maneira a caracterizar um estado de verdadeira ordem pública, a repercutir, portanto, de modo cabal, em toda a sociedade brasileira, na contextura de toda a sociedade brasileira". Em seguida, no entanto, novamente desqualificando o caso concreto para aplicar o art. 27, explicitou que: "Para aplicarmos o art. 27 enquanto modelo ou paradigma a processos de índole subjetiva, é preciso que se observe o pressuposto mesmo do art. 27: declaração de inconstitucionalidade. E aqui não houve isso" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

Entendeu, portanto, que não houve mudança de jurisprudência, vez que os julgados anteriores do Tribunal que cuidaram do tema não chegaram ao trânsito em julgado, como bem comprovou a Procuradoria da Fazenda Nacional, e que o pressuposto próprio da declaração de inconstitucionalidade não estava presente no caso, motivo pelo qual subscreveu "a tese da não-prospectividade e, portanto, nego[u] ultra-atividade eficacial à nossa decisão".[758]

Em posição cautelosa quanto aos diversos questionamentos que a aplicação do art. 27 suscita – e certamente ainda suscitará – o Ministro Cezar Peluso decidiu que este dispositivo não seria aplicável ao caso submetido a julgamento.[759]

O Ministro Cezar Peluso distinguiu duas situações distintas para demonstrar no seu voto que não houve qualquer violação à confiança jurídica. De um lado, estariam os contribuintes que se apropriaram do crédito à vista de decisão judicial ainda não transitada em julgado. De outro, estariam os contribuintes que se apropriaram do crédito sem qualquer amparo judicial. Em nenhum dos dois casos a sua conclusão leva à aplicação do art. 27.[760]

O Ministro inaugurou divergência quanto à "extensão da retroatividade da eficácia decisória" do RE 370.682 (e permaneceu isolado nesta posição). Tendo em vista que "o fundamento para a suposta mudança de entendimento foi a edição da Lei n.9.779/99, que garantiu ao vendedor de produtos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero, o direito

---

[758] STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08.

[759] Neste sentido, o Ministro Cezar Peluso manifestou-se que: "Sem me comprometer com a possibilidade teórica de o Tribunal estabelecer restrição de caráter temporal à eficácia de certas decisões, sobretudo em processos de caráter subjetivo, desde logo me deixa perplexo a singularidade do caso". Em seguida, o Ministro indagou se haveria ofensa ao princípio da segurança jurídica ou excepcional interesse social capaz de justificar a restrição da eficácia da decisão apenas aos fatos futuros? Em resposta, disse que não. "E, partindo da hipótese, para efeito de argumentação, que tenha havido mudança da jurisprudência, eu diria que tal mudança, neste caso, embora pudesse frustrar expectativas, não causaria instabilidade nem insulto ao postulado da confiança e segurança das relações econômicas, sociais ou jurídicas, porque sua eficácia não é vinculante nem **erga omnes**, e a legislação infraconstitucional determinava comportamento contrário, isto é, não apropriação do crédito, essa, sim, com eficácia **erga omnes** e força vinculante para as autoridades, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[760] Nos argumentos do Ministro Cezar Peluso: "Para estes últimos, não há excogitar insegurança, imprevisibilidade, nem violação da confiança jurídica, porque sujeitos, desde o ato praticado *contra legem*, à constituição do respectivo crédito pela autoridade fiscal. Não se pode descobrir dúvida razoável na interpretação do dispositivo infraconstitucional que negava direito ao crédito. E, se fora inconstitucional, somente o Judiciário poderia proclamá-lo, sob pena de ruptura da segurança jurídica e estabilidade do ordenamento". Quanto ao primeiro grupo de contribuintes que distinguiu, argumentou que: "Se se apropriou do crédito no curso de processo – e custa a crer que o tenha feito, porque, de regra, empresas de porte razoável com alguma orientação jurídica provisiona espécie e acompanha as ações judiciais, mensalmente – agiu por conta e risco, suposto influenciado pela jurisprudência anterior, mas ciente de que seu hipotético direito só estaria garantido após o trânsito em julgado da decisão" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

à manutenção e à transferência do crédito relativo às entradas tributadas" decidiu que "o efeito da decisão deveria alcançar apenas o início da vigência da lei, ou seja, 20/01/1999".[761]

O Ministro Gilmar Mendes, a despeito de consignar que entendia, respeitava e comungava das premissas teóricas colocadas no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhou a maioria no seu voto, por entender que no caso concreto não cabia a hipótese de modulação temporal dos efeitos da decisão com a sua aplicação na modalidade *ex nunc*.[762]

Como adiantado, os demais Ministros da Corte alinharam-se no sentido da divergência instaurada pelo Ministro Marco Aurélio e o voto do Ministro Ricardo Lewandowski permaneceu isolado neste relevante julgado.[763]

Por fim, registre-se uma observação menor, mas sintomática. No corpo do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, acerca do mérito da questão de fundo levada a julgamento, consta argumento de cunho eminentemente conseqüencialista. Trata-se da expressa referência ao artigo de autoria da jornalista Miriam Leitão, para quem o resultado do julgamento poderia "causar uma sangria absurda nos cofres públicos" em razão dos diferentes impactos que se verificariam na contraposição entre produtos essenciais e supérfluos. Este foi um dos motivos que levaram o Ministro a modificar seu entendimento anterior.[764]

---

[761] Diante disso, decidiu que: "Razão por que, Senhora Presidente, pedindo vênia aos votos discrepantes, nego o pedido de aplicação prospectiva à decisão, mas reconheço, como limite temporal de retroatividade, o dia 20/01/1999, data de início de vigência da Lei n. 9.779/1999" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[762] O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou a maioria dos seus pares e decidiu pela inaplicação do art. 27, vez que se cuidou, em realidade, "da reversão de um precedente", e não "dos efeitos temporais da verdadeira virada de jurisprudência". Além disso, consignou expressamente que "o caso não é do art. 27 nem sequer dos velhos precedentes que negaram efeitos retroativos **ex tunc** às declarações, em tese, da inconstitucionalidade de lei". Depois de ouvidas as sustentações orais, colhidos os votos e realizados os debates entre os Ministros, a Ministra Ellen Gracie, então Presidente, proferiu singelo voto no sentido de rejeitar a questão de ordem, felicitando o Ministro Ricardo Lewandowski, que suscitara a referida questão de ordem, já que todos tiveram a oportunidade de ter "um dia de Corte Suprema de verdade, com votos extremamente bem colocados de parte a parte" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

[763] Em 30.09.2009, o exame dos embargos de declaração opostos em face do acórdão permanecia concluso ao Relator desde 08.04.2008. Questão parecida, mas que não é idêntica, também foi analisado pelo Pleno do STF e versou sobre a situação inversa daquela anterior que examinamos, ou seja, cuidou de entrada tributada e saída tributada à alíquota zero, não tributada ou beneficiada com a isenção. Neste caso, em sessão de julgamento concluída em 06.05.2009, o Tribunal, por maioria, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário manejado pela União Federal, vencidos os Ministros Cezar Peluso (Relator) e Ricardo Lewandowski, que lhe negavam provimento, e o Ministro Eros Grau, que lhe dava parcial provimento (STF – Pleno, RE 475.551, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 06.05.2009, aguardando a lavratura do acórdão pela Min. Cármen Lúcia).

[764] De fato, mencionando o artigo jornalístico de Miriam Leitão, o Ministro Marco Aurélio encampou que: "Decidir contra o recurso pode causar uma sangria absurda nos cofres públicos. O fato mais grave é que, quanto mais supérfluo for o produto, maior será o benefício do produtor e o IPI tem como característica justamente onerar menos produtos considerados essenciais. Os não essenciais terão o maior ganho; é o caso do cigarro por exemplo [...]". Em conclusão ao seu voto, o Ministro decidiu que: "Digo mesmo que, a prevalecer a conclusão a que chegou o Colegiado nesses recursos extraordinários, ter-se-á o esvaziamento do Imposto sobre Produtos Industrializados nos últimos anos, com passivo da União conflitante com o Diploma da República, já que há de se presumir que se afastarão, em prejuízo ao incentivo à produção, doravante, os institutos da não-tributação e da alíquota zero [...]" (STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08).

4.1.4 Comentários

Inicialmente, é relevante apontar que neste julgamento houve intenso debate dos Ministros naquela tarde "digna de Suprema Corte", no dizer de sua Presidenta. De um lado, o Ministro Ricardo Lewandowski encampou os argumentos levantados pelos contribuintes e propôs que seria o caso de aplicar efeito *ex nunc* àquela decisão. De outro, o Ministro Marco Aurélio inaugurou a divergência, que foi acompanhada pelos demais pares da Corte, no sentido de que o caso concreto não estava "bem aparelhado" pelas razões já abordadas, principalmente, a de que não houve declaração de inconstitucionalidade e não se cuidou na hipótese de autêntica "virada" jurisprudencial.[765]

O Tribunal pacificou o entendimento, que já consolidara em outros campos do Direito, no sentido de que é possível aplicar o art. 27 da Lei n.9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF, nos casos que se apresentem pelo controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos. Dentre aqueles dois pressupostos próprios para a modulação temporal dos efeitos das decisões com base no art. 27 ("segurança jurídica" e "excepcional interesse social"), o julgamento do IPI–Alíquota zero concentrou-se principalmente na alegada "segurança jurídica" que, por sua vez, foi resumida à insegurança que seria acarretada pela suposta "virada" de jurisprudência.[766]

É interessante notar que a "segurança jurídica" a um só tempo serviu: inicialmente, para a sustentação em prol da tese de que a "mudança de jurisprudência consolidada" defendida pelos contribuintes fosse aplicada a partir daquele momento; e, posteriormente, para o STF emprestar à Constituição da República a maior eficácia possível, razão pela qual o Pleno decidiu que descaberia no caso cogitar-se de eventual modulação temporal da decisão na modalidade prospectiva (*ex nunc*).[767]

---

[765] Embora o resultado do julgamento tenha sido no sentido de não aplicar a modulação temporal dos efeitos desta decisão, impõe-se assinalar a riqueza do acórdão e a qualidade do debate entre os Ministros que levou à deliberação final. Das 260 páginas contidas no acórdão, 100 são dedicadas exclusivamente ao tema da modulação, servindo de indispensável material de consulta e estudo no campo acadêmico. Em contraposição, os próximos casos estudados nos próximos tópicos foram muito menos denso e interessante. De fato, o primeiro caso que efetivamente aplicou a modulação temporal dos efeitos da decisão em matéria tributária carece de qualquer fundamentação adequada, como veremos.

[766] Excepciona-se o voto do Ministro Eros Grau, que traçou interessante e profícua consideração sobre a inexistência de "excepcional interesse social" a justificar a modulação temporal dos efeitos da decisão.

[767] Não obstante todos os argumentos favoráveis ao pedido de modulação, anteriormente mencionados, o resultado do julgamento seria apoiado por alguns autores: "Assim, parece-nos que os Tribunais Superiores não devem, com base no princípio da proteção da confiança, conferir efeitos prospectivos às decisões que, modificando posicionamento anterior, negam o direito ao crédito do valor do IPI incidente sobre insumos (matérias-primas) adquiridos sob regime de isenção,

É relevante perceber que um mesmo fundamento ("segurança jurídica") é capaz de se prestar ao embasamento tanto do pleito de modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, como sustentado nos pareceres que trouxeram argumentos favoráveis à modulação na hipótese de mudança de jurisprudência consolidada, como também do seu indeferimento pelo Plenário, que ao final restou decidido. De igual modo, a violação à Constituição da República, neste particular, prestou-se tanto para defender a aplicação dos efeitos prospectivos (na modalidade *ex nunc*) como também para rejeitá-la.[768]

Isso indica de modo claro o caráter polissêmico que a expressão "segurança jurídica" contém. Diante da multiplicidade de sentidos que a expressão comporta, evidencia-se o elevado grau de subjetividade na sua utilização, que pode se direcionar, como vimos, em diferentes – e até antagônicos – sentidos.

O resultado final do julgamento da questão de fundo apresentada foi atingido por seis votos, isto é, apenas um a mais da corrente que restou vencida. Essa diferença mínima que foi verificada poderia ter tido algum peso para que a flutuação que ocorreu na orientação jurisprudencial decorrente da renovação na composição do Pleno tivesse sensibilizado alguns dos Ministros no sentido da necessária preservação do entendimento anterior (já consagrado). Este entendimento prestigiaria a superposição da decisão soberana tomada pela Corte sobre as decisões individualmente tomadas nesta relevante questão constitucional[769] ou, pelo menos, fosse levada em conta quando do exame acerca da eventual modulação temporal.

É interessante assinalar que, neste relevante precedente ora examinado, "a Corte Suprema deixou patente a possibilidade de modular os efeitos das decisões modificativas de

---

não tributados ou tributados à alíquota zero [...]"(RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 145, out 2007, p. 115).

[768] Para outra análise dos principais aspectos deste julgamento no tocante ao debate acerca da aplicação ou não da modulação temporal dos efeitos de tal decisão pelo STF, confira: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 295-308 e 557-559. Neste trecho, colhemos da autora alguns requisitos apontados pelo STF como faltantes para aplicar a referida modulação, como: "a ausência de uma expectativa legítima, que não chegou a se formar completamente, em razão da ausência de coisa julgada, imprescindível é verdade, embora tivessem decorridos quase cinco anos entre o julgamento ultimado em Plenário, que firmou o entendimento antigo e o novo entendimento"; "ofensa ao princípio da igualdade"; "ofensa ao princípio do risco, inerente ao capitalismo"; e "inaplicabilidade do princípio da irretroatividade (e de outros novos princípios) às decisões judiciais [...]".

[769] Sobre essas noções, ver: ALVES JR., Luís Carlos Martins. O creditamento do IPI na aquisição de insumos desonerados. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1876, 20 ago 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11619>. Acesso em: 16.01.2009.

jurisprudência anterior", consoante explica Misabel Abreu Machado Derzi em substantiva obra acerca das modificações da jurisprudência no Direito Tributário.[770]

No caso concreto então submetido à apreciação do STF, a aplicação de modulação temporal dos efeitos de tal decisão não foi acolhida sob a justificativa de que não havia coisa julgada a proteger, razão pela qual não se poderia falar em precedente consolidado.[771]

É relevante observar que o resultado deste julgamento, no tocante à modulação, possivelmente se manteria inalterado ainda sob outro aspecto. No caso, o Tribunal rejeitaria a questão de ordem suscitada porque o pressuposto próprio de aplicação do art. 27 (declaração de inconstitucionalidade) estava ausente. Neste sentido, votou a maioria absoluta dos membros da Suprema Corte naquele julgamento (Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence).

Ademais, insta salientar que, talvez no sentido de corroborar a idéia de que o caso submetido à apreciação naquele julgamento não se mostrava adequado à aplicação do art. 27, o pedido de modulação temporal dos efeitos da decisão não foi formulado pela parte sucumbente durante o trâmite do processo, mas suscitado de ofício pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Ele compunha a corrente minoritária e vencida no julgamento da questão de fundo que fora decidida por apertada maioria. Para o Ministro Marco Aurélio, admiti-la no caso concreto, seria desprestigiar a decisão da Suprema Corte e até a própria Constituição.

Insta salientar que o caso-líder ora examinado cuidou única e tão somente de insumos não tributados ou tributados à alíquota zero. Ele não tratou, na ocasião, da hipótese de insumo isento.[772] De um lado, seria possível compreender a isenção no mesmo sentido. De outro lado,

---

[770] DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 520.

[771] São da Professora Misabel as seguintes palavras que relatam tal orientação adotada pela Corte: "A modulação de efeitos da sentença inovadora, para abrigar a irretroatividade, não foi acolhida em razão da ausência de requisito considerado essencial pela maioria: a ausência de coisa julgada, imprescindível à formação de um precedente consolidado no Plenário da Corte Suprema. Como proteger a expectativa, segundo a Corte, se nenhuma decisão do Plenário, em sentido contrário à nova interpretação, jamais se consolidara?" Aduz ainda que: "Esse fato inegável, ausência de coisa julgada (marco da vigência), a estabilizar o entendimento do Supremo, efetivamente não permite a formação de uma expectativa normativa, de jurisprudência, sob a vigência da qual tivessem acontecido fatos jurídicos, a merecerem proteção contra a retroação, a partir da vigência da nova decisão. Em tais circunstâncias, com propriedade, envidencia-se: **1. inaplicabilidade plena do princípio da irretroatividade**, pois ele não seria também aplicável para as leis que não chegam a nascer, não são definitivas ou não entram em vigor; **2. mas, se existe uma plena responsabilidade pelas declarações feitas**, até mesmo por informações fornecidas por servidores públicos, muito mais razoável supor a responsabilidade por despachos e decisões monocráticas de Ministros da Corte Suprema, que aplicam a jurisprudência anterior, como se fosse precedente consolidado. Em decorrência, não se pode falar em irretroatividade, não será a hipótese, mas em proteção da confiança, casada com a boa-fé objetiva" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 558).

[772] Não obstante, há diferentes momentos nesse julgamento em que alguns Ministros estendem – possivelmente por descuido – também à isenção. Ademais, há julgados estendendo o precedente ora examinado acerca da não tributação e tributado à

porém, é necessário reconhecer, como destacou em diversas ocasiões a própria Fazenda Nacional, que no caso da isenção houve (e, por conseguinte, ainda há) jurisprudência dominante da Suprema Corte, razão pela qual na eventual hipótese de modificação do entendimento consagrado anteriormente aplicar-se-ia a modulação prospectiva dos efeitos da decisão na modalidade *ex nunc*.[773]

A justificativa para a adoção desta última hipótese, que só se admite pelo interesse acadêmico, é afirmada neste julgamento de modo claro. De fato, se, por um lado, a própria Procuradoria da Fazenda Nacional reconheceu em variadas ocasiões que somente havia jurisprudência consolidada e pacífica no tocante à questão da isenção (e, por conseguinte, não sobre a alíquota zero e não tributação); e por outro, o Plenário do STF rejeitou a questão de ordem com base no fundamento de que jamais houve "jurisprudência" sobre o tema (alíquota zero e não tributação), então no caso da isenção seria óbvia a aplicação do efeito *ex nunc*. A motivação e coerência são extraídas do julgamento que analisamos.

De fato, como vimos, a possibilidade de aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão sucumbiu principalmente à luz da consideração de que não havia "jurisprudência" anteriormente firmada no sentido contrário, já que as decisões referidas como paradigmáticas não teriam transitado em julgado (e pendiam de julgamento dos embargos de declaração opostos ou dos agravos regimentais interpostos).[774]

---

alíquota zero também para os casos de isenção. Neste sentido: STF – 2ª Turma, RE 372.005-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2008, DJE 16.05.2008. No âmbito do STJ, confira: STJ, Resp. 1.058.032/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, decisão monocrática (aplicação do art. 557 do CPC), j. 09.06.2008, DJE 17.06.2008. Registre-se que, em julgamento ocorrido em 14.11.2008, o Pleno admitiu a repercussão geral de um recurso extraordinário no qual se discute a admissão de uma ação rescisória ajuizada pela União Federal com o escopo de desconstituir julgado em que foi reconhecido o direito do contribuinte de creditar valor a título de IPI em decorrência da aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero (cf. STF – Pleno, RE/RG 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.11.2008, DJE 13.03.2009).

[773] Cf., por exemplo: ALVES Jr., Luíz Carlos Martins. IPI. Insumos não tributados ou tributados à alíquota zero. Agravo regimental. Nova jurisprudência do STF. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1574, out, 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=811>. Acesso em: 19.01.2009; ALVES JR., Luís Carlos Martins. O creditamento do IPI na aquisição de insumos desonerados. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1876, 20 ago 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11619>. Acesso em: 16.01.2009. Em julgamento sobre o tema, o Pleno do STF decidiu que: "A ficção jurídica prevista no artigo 11 da Lei n. 9.779/99 não alcança situação reveladora de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI que a antecedeu" (STF – Pleno, RREE 460.785, 562.980, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.05.2009, DJE 11.09.2009). No mesmo sentido: STF – Pleno, RE 475.551, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 06.05.2009, aguardando a lavratura do acórdão pela Min. Cármen Lúcia. Confira ainda: STF – 2ª Turma, RE 371.898-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.05.2009, DJE 12.06.2009.

[774] No mesmo sentido: "A decisão do STF, tomada na sessão plenária de 25/6/2007, deixou de aplicar a solução da eficácia *ex nunc* da decisão, porque se entendeu que não havia jurisprudência anterior em sentido contrário, já que nenhum dos acórdãos trazidos como paradigmas para justificar eventual modificação da jurisprudência anterior do Pretório Excelso sobre o tema transitara em julgado. Não havia, portanto, jurisprudência anterior. O STF, portanto, admite, em tese, a possibilidade de aplicar a eficácia *ex nunc*, para o futuro, em sua decisão modificadora de jurisprudência anterior" (NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009, p. 76).

É curioso notar como predominou uma acepção eminentemente formalista e positivista no julgamento dessa questão (em favor do Fisco). Com efeito, apesar de já constar como jurisprudência "pacífica" e "consolidada", as reiteradas decisões foram combatidas por recursos protelatórios e que não lograriam revertê-las. Diante da informação – até então inusitada até para alguns Ministros da Corte – de que aquelas decisões não chegaram ao trânsito em julgado, então a solução limitou-se a reconhecer que sem tal requisito necessário não seria cabível falar sobre qualquer "virada" jurisprudencial passível de aplicar a modulação.

Por fim, uma última ordem de idéias sobre este julgamento. A Suprema Corte é órgão de inegável importância política e institucional no cenário nacional. Por conseguinte, quando julga as questões jurídicas que lhe são submetidas às centenas todos os dias, certamente se relaciona com os demais integrantes do quadro político, institucional e judiciário do País, sobretudo de modo a aperfeiçoar e racionalizar a sua atividade jurisdicional.

Neste sentido, é possível compreender as decisões da Suprema Corte como mensagens direcionadas para diferentes destinatários, a depender do tema em foco, do teor do julgamento, dos seus fundamentos, dentre outros fatores sempre presentes nos grandes temas nacionais submetidos ao seu crivo.

No julgamento da questão relacionada ao direito ao crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é não tributada ou sobre a qual incide a alíquota zero (IPI–Alíquota zero), o Pleno do Supremo Tribunal Federal parece ter enviado duas principais mensagens, que foram dirigidas simultaneamente tanto ao governo como também à sociedade.

A primeira registrou que o instrumento da modulação temporal dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal não deve ser utilizado para criar ou aprofundar situações desiguais e – por conseguinte – injustas entre contribuintes. De fato, a possibilidade de privilegiar os contribuintes que ingressaram em Juízo para buscar o direito pleiteado e os contribuintes que não ingressaram e se aproveitaram de modo ilegítimo dos créditos em detrimento daqueles outros que não ingressaram em Juízo e simplesmente recolheram corretamente o IPI (de acordo com a orientação definitiva do Tribunal) sensibilizou os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Eros Grau e Cezar Peluso, por exemplo.

A segunda mensagem emanada desse julgamento refere-se ao reconhecimento do necessário manejo de todos os recursos possíveis e imagináveis no processo civil até o pronunciamento que será "eternizado" como definitivo com o trânsito em julgado. Com

efeito, dentre aqueles recursos (embargos de declaração e agravos regimentais) que foram manejados pela Fazenda Nacional após o pronunciamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal em 2002, quantos foram meramente protelatórios? Quantos, dentre todos aqueles inconformismos, traziam razões suficientes para a reforma do julgado impugnado?

Neste ponto, é interessante lembrar que a nova "mudança da jurisprudência" ou reversão do precedente não ocorreu nos autos de um daqueles recursos (protelatórios).[775] Ao contrário, deu-se no julgamento de um caso novo, especialmente tendo em vista a profunda mudança na composição do Pleno que se verificou nos últimos anos.

Esta mensagem foi clara no sentido de que, mesmo depois de definida certa questão constitucional em matéria tributária pelo Pleno, ainda assim é vivamente recomendável que se recorra cada vez mais e de cada decisão e acórdão pelo maior tempo possível, na esperança de que a próxima renovação na composição do Pleno reflita a "mudança jurisprudencial" que se espera com o manejo daqueles recursos protelatórios.

Esta mensagem pedagógica é extremamente deletéria, sobretudo se compreendida à luz do nosso sistema recursal e judiciário. Em primeiro lugar, consagra a supremacia das decisões individualmente tomadas pelos Ministros em detrimento à supremacia das decisões do Pleno soberano (como órgão contínuo e coerente que deve ser).[776]

Em segundo lugar, e como decorrência do ponto anterior, ao invés de aproximar a pacificação social entre contribuintes e Fisco, este tipo de atitude da Corte logra distanciar ainda mais o objetivo almejado. Ademais, pode-se afirmar o êxito da Fazenda Nacional na estratégia de perseguir a qualquer custo a reversão daquela "jurisprudência dominante" de modo obcecado através do manejo exagerado dos recursos até o trânsito em julgado.

Tendo em vista a atividade vinculada da fiscalização fazendária, tal mensagem estimula o que sempre foi ponto de severas críticas no nosso sistema processual: o "dever legal de recorrer". De fato, o crescente distanciamento da pacificação social entre

---

[775] Misabel Abreu Machado Derzi, referindo-se à reiterada aplicação do art. 557 do CPC pelos Ministros do STF acerca da questão ora debatida, explica que: "Vários juízes da Corte fizeram acreditar na definitividade e na vigência do entendimento anterior. Nessas circunstâncias, se não podemos falar em irretroatividade, certamente será totalmente adequado falar em proteção da confiança, por meio da boa-fé objetiva" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 572).

[776] No mesmo sentido, conceituado Procurador da Fazenda Nacional explica que: "É importante gizar que eminentes Ministros que restaram vencidos no julgamento dos 'casos paradigmáticos' e, nada obstante, em homenagem à supremacia das decisões do Plenário, dobram o seu entendimento pessoal em favor da decisão soberana da Corte". De fato, cabe assinalar que: "Essa louvável postura dos 'vencidos' está em conformidade com os mandamentos da redução da litigiosidade, da economia processual, da celeridade, da razoável duração do processo, da eficiência da administração pública e, sobretudo, do respeito ao decidido pela maioria, em supremo respeito ao texto constitucional" (ALVES JR., Luís Carlos Martins. O creditamento do IPI na aquisição de insumos desonerados. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1876, 20 ago 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11619> Acesso em: 16.01.2009).

contribuintes e Fisco e o incentivo ao famigerado "dever legal de recorrer" são pontos negativos da mensagem deixada pelo STF.[777] Ademais, vêm de encontro com os objetivos e metas recentemente declarados de (ao contrário) aproximar-se da pacificação social nas relações tributárias e flexibilizar cada vez mais a obrigação de recorrer em toda e qualquer circunstância.[778]

4.2 Prazo qüinqüenal para prescrição e decadência de créditos tributários

Em meados de 2007, os RREE 556.664, 559.882 e 560.626 foram distribuídos ao Min. Gilmar Mendes e o RE 559.943 foi distribuído à Min. Cármen Lúcia. Parte do julgamento destes recursos extraordinários, todos manejados pela Fazenda Nacional, foi dedicada a solução de questão de ordem no tocante à adequada aplicação do então recente instituto da repercussão geral das questões constitucionais submetidas ao crivo da Suprema Corte.[779]

---

[777] O estímulo que o pronunciamento do STF deu para piorar ainda mais este estado de coisas é verificado de modo claro no trecho da seguinte notícia: "Não bastassem as questões tributárias ainda disputadas palmo a palmo na Justiça entre contribuintes e o fisco federal, o fôlego dos advogados tributaristas é testado também em milhares de ações contra cobranças baseadas em teses fiscais já rejeitadas pelos tribunais superiores. Assuntos como o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins feito pela Lei 9.718/98, ou a mudança do mês de competência para a quitação dos PIS, posta em prática pelos Decretos 2.445 e 2.449, em 1988, já foram resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em favor dos contribuintes, mas o fisco ainda briga pelos valores" (CRISTO, Alessandro. Batalha Perdida: Fazenda briga por teses já consolidadas pelo Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, 30.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-30/fazenda_briga_teses_consolidadas_supremo>. Acesso em: 31.10.2008).

[778] No mesmo sentido, a eminente Ministra Ellen Gracie, em discurso durante a Sessão Solene de Abertura do Ano Judiciário de 2007, quando ocupava a presidência da Corte, ressaltou expressamente que: "A edição de súmulas com efeito vinculante para a Administração dificilmente poderá ser suficientemente louvada. Tudo porque é fato inconteste que a Administração, em suas diversas esferas – por motivos vários, mas também pela falta de mecanismo que desse aos seus representantes judiciais o necessário respaldo – tantas vezes insiste em ignorar interpretação reiterada do Supremo Tribunal Federal, e com tal proceder obriga o cidadão a intentar mais uma das milhares de causas idênticas que congestionam os serviços forenses, retirando-lhes a agilidade necessária para o enfrentamento de questões novas e urgentes" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Secretaria de Documentação. **Sessão solene de Instalação do Ano Judiciário de 2007: 1º-2-2007**. Brasília: Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2007, p. 9).

[779] Deste modo, no julgamento do RE 556.664, ocorrido na sessão de 12.09.2007, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Rel. no sentido de comunicar aos tribunais respectivos a determinação de sobrestamento dos recursos que versassem sobre a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 em face do art. 146, III, b, da Constituição de 1988 e do art. 5º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 1.569/77 em face do art. 18, § 1º da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1/69, bem como devolver aqueles ainda não distribuídos na Suprema Corte. Em decorrência disso, determinou o sobrestamento dos demais recursos que versassem sobre o mesmo tema, bem como a comunicação aos presidentes dos respectivos tribunais para que suspendessem o envio ao STF, tudo na forma do art. 328, *caput*, do RISTF. Em 20.09.2007, o Tribunal, por unanimidade, acolheu proposta do Rel., Min. Gilmar Mendes, para constar que, à questão de ordem resolvida no RE 556.664, apresentada e deliberada na assentada anterior, fossem adicionados os RREE 559.882 e 560.626, vez que cuidavam de idêntica questão constitucional de fundo: a declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal de origem dos dispositivos legais questionados ao fundamento da obrigatoriedade de lei complementar para cuidar de questões referentes à decadência e prescrição de contribuições previdenciárias (como espécies tributárias). Nas palavras do Min. Rel., justificando o necessário julgamento conjunto dos três RREE apontados: "Registre-se que, apesar de os referidos recursos extraordinários discutirem a constitucionalidade de dispositivos normativos distintos, quais sejam, o art. 45 da Lei n. 8.212/91, que trata do prazo decadencial de 10 anos para a

Em 11.06.2008, os quatro RREE foram submetidos ao julgamento conjunto pelo Pleno do STF. A Procuradoria da Fazenda Nacional sustentou da tribuna que as contribuições então em debate se direcionavam para a seguridade social, ou seja, o "socorro aos mais necessitados", e não para financiar gastos correntes da União. Ainda da tribuna, pleiteou que se aquele Plenário entendesse pela inconstitucionalidade dos dispositivos questionados, então que atribuísse à decisão o efeito prospectivo (*ex nunc* ou dali pra frente).[780]

Na ocasião, a Corte, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário interposto pelo representante do órgão arrecadador e a ele negou provimento, e, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, deliberou aplicar efeito *ex nunc* à decisão, consoante a ementa abaixo transcrita:

> *PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS À LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.*
> *I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais do direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da*

---

constituição do crédito das contribuições previdenciárias (RE n. 559.882-9/RS); o art. 46 da Lei n. 8.212/91, que trata do prazo prescricional de 10 anos para a cobrança das contribuições previdenciárias (RE n. 556.664-1/RS) e o art. 5º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 1.569/77, que cuida da suspensão da contagem do prazo prescricional para as causas de pequeno valor (RE 560.626-1/RS), em todos eles a discussão constitucional de fundo é a mesma, uma vez que tais dispositivos (arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 e art. 5º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 1.569/77) foram declarados inconstitucionais pelo plenário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região pelo mesmo argumento: a obrigatoriedade de lei complementar para cuidar de decadência e prescrição de contribuições previdenciárias, nos termos do art. 146, III, b, da Constituição Federal de 1988 e art. 18, § 1º, da CF 67/69" (STF – Pleno, RE/QO n. 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.09.2007, DJE 08.05.2008). O RE 559.943, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, por seu turno, tivera a sua repercussão geral reconhecida em assentada de 28.11.2007, consoante a seguinte ementa: "Repercussão geral: exigência de lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência tributárias aplicáveis às contribuições sociais (art. 146, inc. III, da Constituição) para constituição do crédito tributário e da respectiva ação de cobrança" (STF – Pleno, RE/RG n. 559.943-4/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.11.2007, DJU 07.12.2007). Na ocasião, a Ministra relatou que a apresentação pela recorrente da preliminar formal e fundamentada sobre a repercussão geral da questão constitucional foi suscitada no recurso com o argumento de que: "A autarquia previdenciária é responsável pela arrecadação e fiscalização de todas as contribuições previdenciárias federais, tributos esses que mantêm o sistema previdenciário público que beneficia dezenove milhões de brasileiros. A diminuição dos prazos de decadência e prescrição das contribuições previdenciárias, de 10 para 5 anos, pode acarretar prejuízos irreparáveis aos cofres públicos e, conseqüentemente, aos beneficiários e dependentes da Previdência Social". De acordo com o entendimento da Relatora: "A argumentação apresentada demonstra que a questão constitucional ultrapassa os interesses subjetivos da causa e tem repercussão econômica e social, esta reforçada pela pletora de processos que vieram a este Supremo Tribunal relacionadas ao mesmo tema, como se verifica nas diversas decisões por mim proferidas com fundamento no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal". Aduziu ainda que: "De se acrescentar, ainda, haver repercussão geral da matéria sob o ponto de vista jurídico. Tanto se evidencia quando uma lei tem a sua presunção de constitucionalidade questionada, fundamentadamente, em juízo, e, principalmente, quando se tem a acolhida da alegação de contrariedade ao texto da Constituição da República por algum ou alguns órgãos do Poder Judiciário" (STF – Pleno, RE/RG n. 559.943-4/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.11.2007, DJU 07.12.2007).

[780] RE 559.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.06.2008, DJE 25.09.2008. No mesmo sentido: RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008.

> *CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.*
> *II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e decadência tributárias.*
> *III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.*
> *IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.*
> *V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento [11.06.2008].*[781]

No mesmo sentido:

> *DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI N. 8.212/1991. ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ARTIGOS 173 E 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*
> *[...].*
> ***4.*** *Declaração de inconstitucionalidade, com efeito* ex nunc, *salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991.*
> ***5.*** *Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.*[782]

Portanto, em homenagem à segurança jurídica, o Tribunal aplicou o efeito *ex nunc* à sua decisão apenas e tão somente àqueles recolhimentos efetuados nos prazos prescritos nos dispositivos legais declarados inconstitucionais e não impugnados até o dia 11.06.2008. Para aqueles impugnados, tanto em sede administrativa como também judicial, o efeito desta decisão é *ex tunc*, ou seja, retroage ao período objeto de litígio.

4.2.1 Argumentos favoráveis ao pedido de modulação (Fisco)

[781] STF – Pleno, RREE 556.664, 559.882 e 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14 e 28.11.2008 – grifamos.

[782] STF – Pleno, RE n. 559.943-4/RS – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 12.06.2008 – DJE 25.09.2008 – grifamos. Publicado o acórdão acima transcrito, foram opostos embargos de declaração, os quais permaneceram conclusos à Relatora Ministra Cármen Lúcia desde 13.10.2008, aguardando julgamento. No mesmo sentido: STF – Pleno, RE 560.626/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 28.11.2008; e STF – Pleno, RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008.

A Procuradoria da Fazenda Nacional revelou da tribuna, quando pleiteou a aplicação do efeito prospectivo de eventual decisão desfavorável ao Fisco, que a União Federal seria obrigada a devolver cerca de R$ 96 bilhões, entre valores já arrecadados ou em vias de cobrança, e que se encontrariam nas situações previstas nos dispositivos questionados.[783]

Tendo em vista possíveis discrepâncias entre diferentes fontes de notícias, reiteramos a escolha pelo termo genérico "X", pouco importando o montante total alardeado, até porque e principalmente, de pouca relevância se reveste para o aspecto jurídico da questão invocada.[784]

Desse modo, com base única e tão somente no argumento *ad terrorem* do "rombo" nas contas públicas da Previdência Social, que é sabidamente área que inspira especial cuidado e interesse do governo na gestão da coisa pública há décadas, a Procuradoria da Fazenda Nacional tentou – com sucesso – estancar a tal "sangria" de recursos financeiros que se acompanhariam àquela decisão contrária aos interesses do Fisco.

4.2.2 Argumentos contrários ao pedido de modulação (contribuintes)

[783] Cf. diversas notícias divulgadas a respeito do julgamento, dentre as quais se mencionam as seguintes: Contribuições sociais: apenas lei complementar pode alterar prazos de prescrição e decadência. Supremo Tribunal Federal. **Sistema Push**. 12.06.2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13.06.2008; **Migalhas** n. 1.912. 13.06.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 13.06.2008; Créditos garantidos: Governo não pode usar prescrição de 10 anos para tributo. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http//www.conjur.com.br>. Acesso em: 13.06.2008; Cinco anos de perdão para devedores do INSS. Governo perde R$ 83 bilhões. **Correio Braziliense**. 14.06.2008. Disponível em: <http://cbnews.correioweb.com.br/html/sessão_1/2008/06/14/noticia_interna,id_sessao.../noticia_interna.shtml>. Acesso em: 02.02.2009. No mesmo sentido, discriminando os valores que comporiam o montante alardeado como suposto prejuízo da União Federal: "Com a decisão, a União não precisará devolver aos contribuintes cerca de R$ 12 bilhões já recolhidos com base no prazo declarado inconstitucional. Por outro lado, terá de abrir mão de cobrar outros R$ 63 bilhões em contribuições ainda em fase de cobrança administrativa ou judicial e perderá uma receita prevista em R$ 20 bilhões em tributos incluídos em programas de parcelamento" (BASILE, Juliano. 'Modulação' de efeitos de decisão do Supremo evita perdas à União. **Valor Econômico**. Disponível na internet: http//www.valoronline.com.br [13.06.2008]).

[784] Dentre as diversas notícias que alardearam o "exorbitante" montante em questão, pinçam-se apenas dois trechos exemplificativos da discrepância assinalada: "Esse perdão de cinco anos aos devedores da Previdência resultará em um prejuízo de R$ 83 bilhões aos cofres públicos". Adiante destacou: "Apesar da derrota, o governo tem o que comemorar. Na decisão, o Supremo evitou que a União tivesse que devolver cerca de R$ 12 bilhões recolhidos durante a vigência da lei de 1991" (TOKARSKI, Marcelo. Cinco anos de perdão para devedores do INSS. Governo perde R$ 83 bilhões. **Correio Braziliense**. 14.06.2008. Disponível em: <http://cbnews.correioweb.com.br/html/sessão_1/2008/06/14/noticia_interna,id_sessao.../noticia_interna.shtml>. Acesso em: 02.02.2009. Consoante nota divulgada no sítio eletrônico da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em 13.06.2008, parece certo que o montante dos valores pagos nos últimos cinco anos alcançam R$ 12 bilhões e que a aplicação da modulação nas condições em que ocorreu representou "vitória relevante" (Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/declarada-inconstitucionalidade-de-normas-de-suspensao-da-prescricao-tributaria/?searchterm=stf>. Disponível em: 02.02.2009).

À pretensão do pedido de modulação formulado em benefício do Fisco, contrapunha-se o argumento diametralmente antagônico, qual seja, a lei declarada inconstitucional não deveria se submeter às "razões de Estado" que então apelava ao argumento *ad terrorem* e sem qualquer fundamento jurídico que lhe suportasse a exagerada pretensão.[785]

Além disso, não haveria qualquer pressuposto capaz de suportar eventual modulação da decisão, já que a jurisprudência pacífica do próprio Supremo Tribunal Federal já indicava há vários anos o desfecho desta questão no sentido contrário ao Fisco. Nesse caso, não haveria que se falar em qualquer tipo de surpresa e tampouco em insegurança jurídica de qualquer espécie, já que jamais houve "mudança de jurisprudência".[786]

---

[785] No mesmo sentido: "A Procuradoria da Fazenda Nacional havia se pronunciado, durante o julgamento, alegando que a questão envolve R$ 96 bilhões, entre valores já arrecadados e em vias de cobrança pela União com base nas leis declaradas inconstitucionais. É o velho e surrado argumento *ad terrorem* de todos os fiscos: tentam influenciar os juízes com 'as razões de Estado'. Ora, quem mandou o Legislativo afrontar a Constituição com um projeto de lei inspirado pelo Executivo federal, assinado pelo presidente da República? Quem mandou cobrar com base em lei inconstitucional? Desde o início, os advogados alertaram que só lei complementar poderia prever as normas gerais de Direito Tributário" (COELHO, Sacha Calmon Navarro. STF reconheceu que só lei complementar regula matéria tributária. Revista Consultor Jurídico. 23.06.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jun-23/lei_complementar_regular_materia_tributaria>.Acessoem: 02.02.2009).

[786] Na esfera administrativa, tanto a Câmara Superior de Recursos Fiscais como também os três Conselhos de Contribuintes, que são "órgãos colegiados judicantes integrantes da estrutura do Ministério da Fazenda", consoante seus respectivos regimentos internos os definem, já prolatavam diversas decisões reconhecendo a inaplicabilidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, fosse pela necessária reserva de lei complementar, fosse pela prevalência dos dispositivos contidos no CTN, fosse ainda pelo reconhecimento de que as contribuições previdenciárias integram espécies tributárias. Com efeito, embora existissem acórdãos em sentido contrário, destacam-se alguns, exemplificativamente, que retratam a orientação que foi firmada junto ao Pleno do STF: CSRF – 1ª Turma, Recurso 105-146632, Acórdão CSRF/01-05659, Rel. Conselheiro Paulo Jacinto do Nascimento, j. 11.06.2007; CSRF – 1ª Turma, Recurso 105-140536, Acórdão CSRF/01-05615, Rel. Conselheiro Paulo Jacinto do Nascimento, j. 26.03.2007; 1º CC – 1ª Câmara, Recurso 150.210, Acórdão 101-96381, Rel. Conselheiro Valmir Sandri, j. 18.10.2007; 2º CC – 1ª Câmara, Recurso 129.830, Acórdão 201-80388, Rel. Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, j. 21.06.2007; e 3º CC – 3ª Câmara, Recurso 126.942, Acórdão 303-31177, Rel. Conselheiro João Holanda Costa, j. 18.02.2004. Na seara judicial, dentre a jurisprudência já então consolidada antes do pronunciamento definitivo do STF, cabe assinalar aquela proveniente do TRF da 4ª Região, que serviu como fundamento do acórdão recorrido e foi transcrita no relatório do Min. Gilmar Mendes, quando do julgamento dos recursos extraordinários manejados pela PFN contra acórdãos que vinham rotineiramente declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados. Confira: INAG 2000.04.01.092228-3, Corte Especial, Rel. Des. Fed. Amir José Finocchiaro Sarti, DJ 05.09.2001; INAG 2004.04.01.026097-8, Corte Especial, Rel. Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, DJ 01.02.2006; INAC 2002.71.11.002402-4, Corte Especial, Rel. Des. Fed. Antonio Albino Ramos de Oliveira, DE 07.03.2007. Além disso, também os demais Tribunais Regionais Federais vinham decidindo no mesmo sentido: TRF/1ª R. – 8ª Turma, AG 2007.01.000424787, Rel. Des. Fed. Carlos Fernando Mathias, j. 07.03.2008, DJE 26.03.2008; TRF/1ª R. – 7ª Turma, AC 2007.01.990067748, Rel. Des. Fed. Catão Alves, j. 23.10.2007, DJ. 07.12.2007; TRF/2ª R. – 3ª Turma Especializada, AC 98.02.335436, Rel. Des. Fed. Paulo Barata, j. 13.05.2008, DJ. 20.05.2008; TRF/3ª R. – 5ª Turma, ApelRee 2000.61.09009485, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 16.04.2007, DJ. 26.11.2008; TRF/3ª R. – 3ª Turma, AC 2007.03.990387955, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 27.03.2008, DJ. 16.04.2008; TRF/3ª R. – 5ª Turma, AMS 2001.61.000092738, Rel. Des. Fed. Suzana Camargo, j. 29.08.2005, DJ. 09.04.2008; e TRF/5ª R. – 1ª Turma, AC 2008.05.00.0227184, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, j. 08.05.2008, DJ 18.08.2008. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão parece ter-se pacificado definitivamente em julgamento ocorrido em outubro de 2007, quando firmou a orientação jurisprudencial no sentido da inconstitucionalidade dos dispositivos questionados. Com efeito, embora a solução da questão já contasse com acórdãos neste sentido de 2004, foi em caso-líder de outubro de 2007 que a jurisprudência se pacificou e, subsequentemente, foi reiterada nos demais casos que vinham chegando àquela Corte. A respeito, confira: STJ – 1ª Turma, AGREsp. 616.348, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 14.12.2004, DJU 14.02.2005; STJ – Corte Especial, AI no Resp. 616.348, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.08.2007, DJU 15.10.2007; STJ – 1ª Turma, Resp. 812.796, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.04.2008, DJE 29.05.2008; STJ – 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 01.04.2008, DJE 15.04.2008. Por fim, é curioso notar que, mesmo no voto-condutor do Ministro Gilmar Mendes, Relator de três RREE que foram julgados e definiram a questão no sentido da inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos, constou que o tema objeto de exame "inédito" pelo Supremo Tribunal Federal no caso examinado já fora objeto de jurisprudência bastante reiterada, inclusive em razão da enorme quantidade de recursos manejados pelos órgãos

O voto do Ministro Marco Aurélio trilhou exatamente esse caminho, de modo coerente e lógico com a jurisprudência (mais que) decenária da Corte e de suas posições a respeito do tema. Contudo, permaneceu voto vencido, como veremos em seguida.

4.2.3 Os votos do julgamento (quanto à modulação dos efeitos)

Os recursos extraordinários foram interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra acórdãos do TRF da 4ª Região que expressamente declararam, como já vinham fazendo há anos, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados.

O órgão fazendário alegou, em síntese, que: a) os dispositivos questionados não configurariam "normas gerais de direito tributário", já que as contribuições previdenciárias possuiriam matriz constitucional apenas e tão somente no art. 195 da Constituição; b) a matéria versada seria meramente processual (e não de direito material); c) não haveria qualquer hierarquia entre lei complementar e lei ordinária; e d) o necessário respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade (que seria afastado somente quando do pronunciamento definitivo do STF).

Dentre os argumentos levantados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, destaca-se aquele pelo qual a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais dependeria de lei da própria entidade tributante. No seu voto condutor, o Relator dos três RREE apontados,

---

arrecadatórios. Neste sentido: "Dentre as decisões que trataram de forma direta da validade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que ampliaram os prazos de decadência e de prescrição no caso de contribuições de Seguridade Social, registro as decisões monocráticas proferidas nos Recursos Extraordinários 456.750, 534.856 e 544.361, 548.785, 552.824, Rel. Min. Eros Grau, 552.757 Rel. Min. Carlos Britto; 559.991, 560.115, Rel. Min. Celso de Mello; 537.657, 552.710, 546.046, 540.704, Rel. Min. Marco Aurélio, ao pressuposto de que a disciplina dos institutos pressupõe lei complementar". Em seguida, consignou ainda que: "Especificamente quanto à impossibilidade de legislação ordinária definir hipótese de suspensão do curso do prazo prescricional, esta Corte, por sua 1ª Turma, já decidiu, em 8.8.1986, no RE 106.217, da relatoria do Ministro Octávio Gallotti". Por fim, arrematou que: "Logo, há jurisprudência dominante nesta Corte sobre a exigência de lei complementar para a disciplina dos institutos da prescrição e da decadência tributárias, inclusive sob os aspectos questionados nos recursos em apreciação – definição de prazos e de hipóteses de suspensão da correspondente fluência". "Não há mais dúvida de que as contribuições, inclusive as destinadas à Seguridade Social, têm natureza tributária e sujeitam-se ao regime jurídico-tributário", finalizou (cf. RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008). Embora a farta jurisprudência da Corte indicasse a solução do caso submetido a julgamento, vale frisar que enorme quantidade de recursos vinham sendo manejados pelos órgãos arrecadatórios. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes consignou em seu voto que o tema em apreço "está entre aquelas suscetíveis de reproduzirem-se em múltiplos feitos" à proporção de um terço daqueles que já estavam submetidos ao regime da repercussão geral (cf. STF – Pleno, RE/QO 556.664, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.09.2007, DJE 08.05.2008). No mesmo sentido: "O STF em nada surpreendeu a Fazenda Nacional ou trouxe insegurança jurídica com a sua posição, uma vez que arrematava tendência esboçada por quase todo o Poder Judiciário" (LEAL, Saul Tourinho; PISANI, José Roberto. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 36, nov/dez 2008, p. 109).

Ministro Gilmar Mendes, decidiu no sentido de que essa conclusão retiraria da "norma geral" o seu âmbito e força de atuação.[787]

Além disso, o Ministro Gilmar Mendes, decidiu que os dispositivos impugnados "invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar". Em seguida, o Ministro esclareceu no seu voto que:

> Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos qüinqüenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.[788]

Uma vez pleiteado da tribuna pelo representante da Procuradoria da Fazenda Nacional a deliberação sobre a modulação temporal dos efeitos daquela decisão – que no mérito foi contrária ao Fisco – deu-se em sessão de julgamento própria.[789] Na assentada de 12.06.2008, o Tribunal, preliminarmente, indeferiu o pedido de sustentação oral em relação à decisão específica sobre a modulação.[790]

Em seguida, o Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, deliberou no sentido de aplicar o efeito *ex nunc* à decisão, esclarecendo que essa modalidade prospectiva de modulação aplicar-se-ia tão-somente em relação a eventuais repetições de indébitos

---

[787] Neste sentido: "Com efeito, retirar do âmbito da lei complementar a definição dos prazos e a possibilidade de definir as hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição e da decadência é subtrair a própria efetividade da reserva constitucional". Adiante, reiterou que: "Na realidade, a restrição do alcance da norma constitucional expressa defendida pela Fazenda Nacional fragiliza a própria força normativa e concretizadora da Constituição, que claramente pretendeu a disciplina homogênea e estável da prescrição, da decadência, da obrigação e do crédito tributário" (STF – Pleno, RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008).

[788] Cf. STF – Pleno, RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008. Embora a questão de fundo não seja o principal objeto de exame neste estudo, alguns destaques iniciais se fizeram necessários para pontuar os diferentes aspectos do trâmite daqueles quatro processos envolvidos na consolidação desta jurisprudência, bem como os principais argumentos que foram levantados. Neste momento, passa-se à análise da aplicação da modulação temporal dos efeitos desta decisão.

[789] Neste sentido: "Senhores Ministros, como viram foi suscitado da tribuna questão relativa à modulação de efeitos, mas nós não temos sequer **quorum** para deliberação sobre a matéria". O Ministro Relator deliberou, com o apoio dos seus demais pares, que: "Eu mesmo não me pronunciei sobre isso porque entendo ser um modelo bifásico. Primeiro, nos pronunciamos sobre a questão constitucional e, em seguida, sobre essa questão da modulação de efeitos, só que agora não temos sequer **quorum** para deliberar sobre este tema, uma vez que muitos Ministros já se manifestaram e, em seguida, saíram. Portanto, eu proporia ao Tribunal que deixássemos a questão em suspenso, para amanhã eventualmente prosseguirmos no julgamento" (STF – Pleno, RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008).

[790] O Ministro Gilmar Mendes decidiu que "quando se coloca a questão constitucional, já está implícita essa possibilidade [modulação temporal dos efeitos da sua decisão]". Para os Ministros Cezar Peluso e Menezes Direito, o eventual pleito de modulação (e sua defesa pelo advogado responsável) deveria ter sido formulado na oportunidade cabível, isto é, quando da sustentação oral naquele julgamento (cf. STF – Pleno, RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008).

ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia anterior, quando a questão foi finalmente solucionada no âmbito do Pleno do Supremo Tribunal Federal (11.06.2008).

De fato, o Ministro Gilmar Mendes propôs à Corte a modulação temporal dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos assinalados, lançando o seguinte fundamento "relâmpago":

> 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.
> Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei n.1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei n.8.212, porém, com a modulação dos efeitos, **ex nunc**, apenas e em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.[791]

É curioso notar que a versão extra-oficial do voto do Ministro Gilmar Mendes, que pendia da sua revisão e circulou logo após a sessão de julgamento em foco, foi mais rico e fundamentado, ao menos no tocante ao RE 559.882, vez que trazia arcabouço doutrinário que, posteriormente, quando da publicação dos acórdãos correspondentes aos recursos, parece não ter resistido ao crivo de sua revisão.[792]

De acordo com essa orientação, os contribuintes que efetivamente recolheram as contribuições previdenciárias e não discutiram, seja na esfera administrativa, seja na judicial, deixariam de pagar dali pra frente.[793] O Fisco, por sua vez, se não tivesse adotado as medidas cabíveis até o dia do julgamento, não poderia mais se beneficiar daquele prazo de dez anos

---

[791] No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia decidiu que: "[...] acolho com os mesmos efeitos, portanto, relativos apenas para aquilo que já foi recolhido". Os demais Ministros acompanharam esta linha de entendimento, excetuado o Ministro Marco Aurélio, que permaneceu vencido (cf. RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008; RE 559.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.06.2008, DJE 25.09.2008).

[792] De fato, é o que se depreende da leitura do voto então pendente de revisão, especialmente a partir da página 27, divulgado pela Revista Consultor Jurídico no dia 13.06.2008, cuja chamada foi "Governo não pode usar prescrição de 10 anos para contribuição". Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jun-13/governo_nao_usar_prescricao_10_anos_tributo>. Acesso em: 02.02.09.

[793] Confira: "É digno de nota que, no julgamento do RE 556.665, não se procedeu propriamente à limitação dos efeitos *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade. Os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 foram declarados inconstitucionais *desde a sua edição*. O que se limitou foram os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante a esfera jurídica de certos contribuintes, no que concerne ao seu *direito à repetição do indébito*" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 14-15).

para fazê-lo. Em qualquer situação, incidiriam os efeitos *ex nunc* da decisão, ou seja, ela produziria os seus efeitos dali pra frente no concernente à prescrição e decadência das contribuições previdenciárias (como espécies tributárias).[794]

Por outro lado, tal modulação temporal dos efeitos da decisão não abrangeria os questionamentos administrativos e os processos judiciais já em curso até o dia do julgamento, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes. Nesta hipótese, a decisão teria os tradicionais efeitos *ex tunc*, isto é, agasalharia todo o período que fosse objeto de litígio.

Aos contribuintes envolvidos em discussão antes do dia do julgamento, seria aplicado o efeito *ex tunc*, ou seja, aquele que retroage e agasalha todo o período objeto do litígio. De igual modo, o Fisco permaneceria com o montante que tivesse logrado converter em renda ou levantar em seu benefício, excetuadas as autuações pendentes.

No sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio rechaçou a possível modulação dos efeitos daquela decisão e decidiu que não caberia uma mitigação "do ato judicial em termos de guarda da Constituição a ponto de se afastar do próprio sistema de procedimentos por ele contemplados". Em seguida, decidiu ainda que:

> A matéria versada não é nova e o primeiro pronunciamento do Tribunal quanto à necessidade de lei complementar – recordo que a Lei n.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 do 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 n.138.284-8, em 1º de julho de 1992.[795]

---

[794] Registre-se que o Pleno do STF já havia decidido de modo definitivo que: "as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário". De fato, na ocasião, repisou que: "A contribuição de seguridade social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ 143/684), como também representa espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da seguridade social, em função de específica destinação constitucional" (STF – Pleno, ADI 2.010, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.09.1999, DJU 12.04.2002).

[795] Além disso, consignou de modo explícito que: "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 as 27 assembléias 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". Seguindo a sua linha de raciocínio e mantendo-se fiel à jurisprudência da Corte, o Min. Marco Aurélio prosseguiu no seu relato: "Posteriormente, o Plenário, também relator o ministro Carlos Velloso, tributarista emérito, constitucionalista, julgando o Recurso Extraordinário n. 396.266-3/SC, fez ver que se teria como necessária a disciplina das matérias aludidas mediante lei complementar". Em decorrência disso, os Ministros da Corte passaram "a decidir monocraticamente, negando seguimento a recursos voltados a infirmar pronunciamentos de Regionais Federais no sentido da necessidade da lei complementar" (STF – Pleno, RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008; RE 559.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.06.2008, DJE 25.09.2008).

O Min. Marco Aurélio, que foi voto vencido e isolado no julgamento, indagou: "podemos cogitar de contexto a autorizar a modulação? A meu ver, não".[796] Antecipando a mensagem pedagógica que seria emanada do STF com semelhante julgado, destacou:

> 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 n.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.[797]

Essa inovadora aplicação da modulação temporal dos efeitos de uma decisão do STF em matéria tributária debatida em sede do modelo difuso do controle de constitucionalidade, consoante a percepção aguçada de alguns, "ficou em um meio-termo entre o pedido feito pela Fazenda Nacional e a posição defendida pelos contribuintes":

> A fórmula de modulação proposta pelo presidente do Supremo, ministro Gilmar Mendes, e aprovada pelos colegas, ficou em um meio-termo entre o pedido feito pela Fazenda Nacional e a posição defendida pelos contribuintes. Gilmar acolheu parcialmente o pedido da Fazenda, impedindo os valores já recolhidos de serem devolvidos, e ao mesmo tempo impedindo o fisco de cobrar aquilo que ainda não foi recolhido - os débitos em cobrança judicial ou administrativa. Apenas os tributos recolhidos mas já contestados até a data do julgamento - a quarta-feira - poderão ser reclamados pelos contribuintes.[798]

---

[796] Complementou relacionando este julgado àquele anteriormente examinado: "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 de modulação, não teriam transitado em julgado" (STF – Pleno, RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008; RE 559.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.06.2008, DJE 25.09.2008).

[797] Em seguida, o Ministro Marco Aurélio trouxe outro fundamento pelo qual seria voto vencido naquele julgamento: "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". Diante disso, o Ministro arrematou que: "Não vejo com bons olhos, Presidente, a modulação em caso que acaba por diminuir a eficácia da Constituição Federal. A modulação quando, em última análise, há o prejuízo para os contribuintes, já exasperados com a carga tributária e, também, o locupletamento do Estado". Por conseguinte, decidiu contra a modulação naquele caso então submetido à apreciação (cf. STF – Pleno, RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008; RE 559.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.06.2008, DJE 25.09.2008.).

[798] De fato, pela perspectiva da Procuradoria da Fazenda Nacional, a decisão foi satisfatória, já que "o mais danoso para o fisco seria ter que devolver o que foi recolhido". Neste sentido: "Segundo o procurador-adjunto da Fazenda Nacional, Fabrício da Soller, o resultado não significa que a União terá uma perda de arrecadação de R$ 83 bilhões, somados os tributos em fase de cobrança e parcelados. Isso porque, historicamente, o índice de recuperação dos tributos não pagos é muito pequeno. A dívida ativa, diz, tem uma recuperação de apenas 2% a 3% ao ano. Parte dos tributos incluídos em parcelamento também não chega aos cofres da União, pois muitas empresas são excluídas dos programas ao longo do tempo. 'O mais danoso para o fisco seria ter que devolver o que foi recolhido', afirma". Por outro lado, sob a ótica dos contribuintes, restou superado o temor da declaração de inconstitucionalidade com efeitos tão somente ex nunc. Neste sentido: "Os advogados dos contribuintes, de maneira geral, também saíram satisfeitos com o meio-termo adotado na modulação. O maior temor era uma declaração de não-retroatividade total da decisão, o que significaria constitucionalizar todos os lançamentos tributários feitos com base no prazo de dez anos. Assim, as empresas que contestaram a tributação na

A percepção contida nessa notícia está absolutamente correta sob o ponto de vista jornalístico, isto é, naquele julgamento foi adotada uma solução salomônica em torno do caso, já que contribuintes e Fisco venceram e perderam a um só tempo. Sob a ótica jurídica, contudo, a deliberação sobre a aplicação do efeito *ex nunc* no caso concreto, tal como se deu, representou uma "tarde inglória" para a Corte, usando os parâmetros da Min. Ellen Gracie.

4.2.4 Comentários

Quem não chora não mama.[799]

Inicialmente, vale lembrar que na tarde do dia 25.06.2007, quando o Pleno do Supremo Tribunal Federal rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski nos autos do RE 353.657 no sentido de aplicar o efeito *ex nunc* àquela decisão, a Ministra Presidente Ellen Gracie congratulou os seus pares pela "oportunidade de termos um dia de Corte Suprema de verdade, com votos extremamente bem colocados de parte a parte". De igual modo, o Ministro Sepúlveda Pertence, então Decano da Corte, congratulou os seus pares pela oportunidade (às vésperas de sua aposentadoria compulsória).

Um ano depois, na tarde do dia 12.06.2008, quando o Pleno decidiu sobre a prescrição e a decadência das contribuições previdenciárias (como espécies tributárias) e aplicou na ocasião a modulação temporal dos efeitos (*ex nunc*) àquela decisão nas condições já especificadas anteriormente, é possível dizer que esse julgamento passou longe de lembrar qualquer tarde digna "de Corte Suprema de verdade".[800]

Justiça ou no Conselho de Contribuintes perderiam imediatamente a causa. Ou seja, os R$ 83 bilhões em ações de cobrança e parcelamentos já existentes seriam automaticamente legalizados, favorecendo o fisco" (BASILE, Juliano. 'Modulação' de efeitos de decisão do Supremo evita perdas à União. **Valor Econômico**. Disponível na internet://www.valoronline.com.br [13.06.2008]).

[799] Marcha do Cordão do Bola Preta, de Nelson Barbosa e Vicente Paiva.

[800] De fato, as notícias e a doutrina criticaram a decisão tomada pelo Pleno do STF, no tocante à aplicação da modulação temporal dos seus efeitos na situação concreta. Dentre tantos outros exemplos de críticas, destacamos as seguintes: "Há alguns meses, o STF declarou ser de cinco anos o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário relativo às contribuições destinadas à seguridade social. No entanto, garantiu à Fazenda permanecer com o fruto da ilegalidade, dispensando-a de devolver aos contribuintes as quantias por eles pagas relativamente a créditos que já haviam sido atingidos pela decadência!" (MARTINS. Ives Gandra da Silva. Emaranhado Tributário: Legislação existente é confusa,

O Supremo Tribunal Federal, que era composto pelos mesmos Ministros nos dois julgamentos (exceção feita apenas ao Ministro Menezes Direito que veio a ocupar a vaga deixada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no segundo julgamento), prolatou decisão que, no mérito, simplesmente repisou tema já mais do que pacificado pela jurisprudência nacional, tendo dado a palavra final acerca da questão e editado súmula vinculante a respeito.

O exame de tal decisão deveria ser importantíssimo tanto do ponto de vista acadêmico como também prático, na medida em que, pela primeira vez, aplicou de modo efetivo a modulação temporal dos efeitos de uma decisão da Suprema Corte em matéria tributária. De fato, aplicou o efeito *ex nunc* nas condições que especificou. Todavia, pela absoluta carência de qualquer fundamento jurídico válido cuida-se de um julgado pobre.[801]

Do Plenário do Supremo Tribunal Federal espera-se, de modo legítimo, que suas decisões sejam juridicamente fundamentadas. Podem ser falíveis, porque seres humanos são seus Ministros prolatores, mas não podem nunca ser (a)jurídica, (in)jurídica ou (anti)jurídica.

Como último bastião na árdua tarefa de proteger os direitos e garantias individuais e coletivos dos cidadãos – e também dos contribuintes – a Suprema Corte deve fiscalizar as leis e atos normativos emanados do governo (em sentido lato) e estirpar da ordem legal aqueles que estiverem em conflito com a Constituição da República.

Por isso, as decisões emanadas do Pleno do Supremo Tribunal Federal devem ser juridicamente fundamentadas - até pela obediência que deve ao inciso IX do art. 93 da Constituição da República. Se já é criticável uma decisão do Pleno deficiente – ou que "deixa

---

complexa e mal elaborada. **Revista Consultor Jurídico**, 23.07.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/legislacao_existente_confusa_ complexa_mal_elaborada>. Acesso em: 24.07.2008). No sentido contrário: "A decisão, caso pudesse ter seus efeitos aplicados retroativamente, causaria enormes prejuízos ao já deficitário sistema de Seguridade Social, em especial no que atine às contribuições previdenciárias. Em decorrência disso, assegurou o STF que eventuais restituições só poderiam ser pleiteadas por contribuintes que, à época da edição da Súmula Vinculante, já tiverem questionado a constitucionalidade dos dispositivos, tanto por meio de ações judiciais quanto por meio da via administrativa" (AGOSTINHO, Theodoro Vicente. O instituto da prescrição e da decadência das contribuições de seguridade social. Súmula Vinculante n. 08 do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2085, 17 mar, 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12475>. Acesso em: 17.03.2009).

[801] Vale lembrar que o julgamento do caso anteriormente examinado, que cuidou da alíquota zero do IPI, foi densamente debatido e logrou o louvável festejo da Ministra Presidente Ellen Gracie por aquela tarde de Corte Suprema "de verdade". Naquela ocasião, verificamos que das 260 páginas contidas no acórdão, 100 foram dedicadas exclusivamente ao tema da modulação. Por isso, serve até hoje de indispensável material de consulta e estudo no campo acadêmico. Possivelmente, ainda terá esta serventia por longo tempo. Em contraposição, no julgamento do caso da prescrição e decadência tributárias, a pobreza do "debate" entre os Ministros revela-se de modo cabal pela seguinte comparação: das 65 páginas que compõem o acórdão, apenas 8 foram dedicadas ao tema da modulação que foi, ao final, aplicada. De fato, o Ministro Gilmar Mendes trouxe a questão e decidiu em 3 páginas naquele voto "relâmpago" transcrito quase integralmente. A Ministra Cármen Lúcia fez apenas uma observação, na qual se preocupou em estender ao RE 559.943, de sua relatoria, os "mesmos efeitos" ali decididos (em 1 página). O Ministro Marco Aurélio decidiu no sentido contrário, para não modular os efeitos daquela decisão, seguindo o seu tradicional entendimento sobre o tema (4 páginas). Isto é tudo que a Suprema Corte legou na aplicação da sua primeira modulação temporal dos efeitos de suas decisões em matéria tributária. Embora quantidade dificilmente reflita de modo adequado a qualidade é evidente que na hipótese de decisão em caso que poderia ser vocacionado para se tornar um relevante precedente, a comunidade acadêmica, para não ampliar ao universo dos jurisdicionados, certamente esperava mais robustez naqueles "fundamentos" levantados no acórdão em análise.

a desejar" – do ponto de vista de motivação jurídica, o que dizer a respeito de uma decisão deficiente que aplica de modo efetivo a modulação temporal dos seus efeitos (restringindo-os) quando, em realidade, esta hipótese deve ser examinada em situações estritamente excepcionais (o que implica encargo ainda maior em termos de motivação)?[802]

A modulação temporal dos efeitos da decisão sobre o prazo qüinqüenal para prescrição e decadência de créditos tributários pode ser criticada sob os mais variados enfoques e pontos de vista.[803] Sem qualquer pretensão de exauri-los, são tecidos alguns comentários críticos a respeito neste tópico.

Tendo em vista que a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, dos demais tribunais federais e até dos órgãos julgadores colegiados administrativos era – anteriormente à palavra final do STF – no sentido quase uníssono da inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados, então não havia qualquer razão jurídica razoável para que fosse aplicada qualquer espécie de modulação temporal de tal decisão.

É que, neste caso, a decisão que foi tomada pelo STF era mais do que esperada, como bem salientou o Min. Marco Aurélio no voto que proferiu rejeitando o pedido fazendário de aplicação do efeito *ex nunc*. Embora a lei tivesse sido publicada em 1991, já no ano seguinte o Pleno do STF proferia relevantes julgamentos que sinalizavam no sentido claro de seu pronunciamento definitivo, que se ultimou somente em 2008. Tanto o resultado final contrário ao Fisco era previsível que a decisão sobre o mérito foi tomada por unanimidade de votos, que é situação verdadeiramente rara no Plenário eclético e plural que compõe a Corte atualmente.

Por conseguinte, esta hipótese (repisar jurisprudência já pacificada há décadas pela Corte e reconhecida em todas as demais esferas de julgamento pelos demais tribunais do País) não se enquadra em qualquer um daqueles pressupostos capazes de ensejar a eventual

---

[802] A respeito: "Conforme ressalta a Ministra Cármen Lúcia no voto proferido naquele mesmo julgado em que se discutiu o direito aos créditos do IPI, a própria Fazenda Nacional já invocou argumentação, acatada pela Corte, no sentido de que deve ser rechaçada a modulação dos efeitos da decisão que possa acarretar violação ao princípio da igualdade". "De mais a mais, não vislumbramos as 'outras ponderações', referidas pelo relator, que poderiam motivar a modulação dos efeitos da decisão. Essas, embora consideradas essenciais, não foram exploradas nem sequer arroladas" (CIMINELLI, Selma. Contribuições Previdenciárias – Prescrição e Decadência – o Entendimento do STF – uma Questão de Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez 2008, p. 121-122).

[803] Com efeito, confira algumas críticas da doutrina direcionadas ao julgamento em questão e às mensagens ali consignadas tanto de modo explícito como também implícito: LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a Adoção da Doutrina Prospectiva negando Direitos aos Contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 158, nov 2008, p. 78-86; VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out 2008, p. 7-16; CIMINELLI, Selma. Contribuições Previdenciárias – Prescrição e Decadência – o Entendimento do STF – uma Questão de Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez 2008, p. 115-122.

modulação temporal dos efeitos de uma decisão ("segurança jurídica" e "excepcional interesse social") em casos indubitavelmente excepcionais.

Com efeito, o caso trivial e ordinário foi aqui erigido a uma excepcionalidade que não condiz com a realidade observada no mundo factual. Além disso, a "insegurança jurídica" eventualmente acarretada com o esperado pronunciamento definitivo pelo Pleno do STF no sentido contrário ao Fisco nada mais seria do que a sedimentação, em última e irrecorrível instância, da jurisprudência aplicada nacionalmente a respeito do tema. Com a decisão final que sobreveio, no entanto, aí sim foi criada verdadeira situação de insegurança jurídica, na medida em que ela é violadora de diversos direitos fundamentais dos contribuintes.[804]

Para a adequada compreensão da "insegurança jurídica" rapidamente mencionada nos votos "relâmpagos" que a levantaram, é preciso conjugá-la com o "real fundamento 'jurídico-constitucional' da decisão: o *interesse fazendário*". Neste sentido, cabe assinalar que o "Supremo Tribunal Federal optou por dissimular o real fundamento da sua decisão, referindo-se à segurança jurídica quando, na realidade, designava os interesses pecuniários do Fisco". "É inquestionável que *não se preteriu a primazia da Constituição em favor de um princípio jurídico-constitucional*, senão de *razões de conveniência econômica*, justamente aquelas razões que, segundo o voto condutor, seriam inidôneas para tanto".[805]

---

[804] Dentre os diversos argumentos levantados pela doutrina em uníssona crítica dessa decisão do Pleno do STF: "Mas que insegurança jurídica é essa? Se os preceitos são inconstitucionais e os contribuintes já versaram aos cofres públicos os valores exigidos pelo Fisco, a declaração da sua ilegitimidade jurídica deveria produzir o efeito de autorizá-los a postular a restituição do que pagaram ao arrepio da Constituição. Tal autorização, que sempre fez parte da nossa tradição jurídica, não implicaria insegurança jurídica alguma, haja vista o intérprete maior da Carta da República já ter se manifestado definitivamente sobre o direito aplicável à espécie e ninguém cogitar reavivar os direitos à repetição fulminados pela prescrição, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional. Ou seja, não abalaria a certeza jurídica quanto ao vício dos preceitos que ampliaram os prazos decadencial e precricional estabelecidos pelo CTN e tampouco afetaria a segurança jurídica do Poder Público de não ter que satisfazer pretensões já prescritas. É óbvio que o reconhecimento pleno do direito à repetição do indébito não geraria insegurança jurídica; pelo contrário, reforçaria a segurança jurídica dos contribuintes quanto à efetividade dos seus direitos garantidos constitucionalmente, vindo a roborar a força jurídica das limitações ao poder de tributar, freqüentemente, abalada por ações irresponsáveis do legislador" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out. 2008, p. 8).

[805] Tal dissimulação na motivação da decisão sobre a modulação dos efeitos da decisão pode ser compreendida à luz das notícias veiculadas ao tempo daquele julgamento, que fizeram referência expressa ao montante de X bilhões de reais envolvidos na solução da questão então posta. De fato, do sítio eletrônico do próprio STF do dia 12.06.2008, lia-se que: "Essa proposta de modulação, inédita no âmbito do Supremo, foi feita pelo presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, e tem o poder de garantir a necessária segurança jurídica na resolução da matéria. A Procuradoria da Fazenda Nacional havia se pronunciado, durante o julgamento de ontem, alegando que a questão envolve em torno de R$ 96 bilhões, entre valores já arrecadados e em vias de cobrança pela União com base nas leis declaradas inconstitucionais". No mesmo sentido, em notícia veiculada no dia anterior, quando o julgamento foi interrompido para exame do Pleito da Procuradoria da Fazenda Nacional acerca da modulação, divulgava-se que: "O procurador da Fazenda Nacional disse, durante o julgamento desta tarde, que as contribuições em debate se direcionavam para a seguridade social, e não para financiar gastos correntes da União. Segundo ele, exatamente o fato de ter como objetivo o 'socorro aos mais necessitados' justificaria que fosse editada lei específica, fixando novo prazo. Porém, se o STF entendesse pela inconstitucionalidade dos dispositivos, o procurador da Fazenda pediu que a decisão dos ministros só passasse a valer a partir de agora, e não retroagisse à data da edição das leis. O procurador revelou que a questão envolve cerca de R$ 96 bilhões – entre valores já arrecadados ou em vias de cobrança pela União, que se encontram em situações previstas nesses dispositivos" (VELLOSO, Andrei Pitten. A

Ao argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico preferido pela Fazenda Nacional (representado na mera lembrança do eventual "rombo" de X bilhões de reais) algumas críticas já foram dirigidas neste trabalho, motivo pelo qual não serão todas repetidas neste momento.[806]

Todavia, em um plano mais evidente, reiteramos que o seu contraponto surge até de modo inuitivo. Se a lei é de 1991 e o pronunciamento definitivo da Suprema Corte ocorreu somente em 2008, então todo o restante do período em questão significou, ao fim e ao cabo, nada mais do que uma espécie de "enriquecimento ilícito" do Estado, que se beneficiou de sua própria "torpeza" ao editar e aplicar uma lei, que já em 1992 sofreu severos golpes, e finalmente foi declarada inconstitucional.

Acrescente-se o fato de que, se o julgamento final pelo Plenário da Suprema Corte somente ocorreu em 2008, este fator (morosidade da Justiça) constitui mais um agravante na responsabilização do Estado, não sendo de se imputar qualquer responsabilidade ao contribuinte. No mesmo sentido, Misabel Abreu Machado Derzi é enfática quanto ao sentimento de indignação e frustração que a decisão do Pleno do STF acarreta no plano teórico, moral e prático.[807]

Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out. 2008, p. 8-9).

[806] No mesmo sentido, destacando o silêncio proposital, confira: "O princípio imanente ao caso e que poderia ter sido abstrativizado (para incidência em futuros casos tributários) é no sentido de que aqueles que, mesmo de boa-fé, anuíram no pagamento do tributo (indevido), não serão beneficiados pela decisão, a qual somente atinge aqueles que, desde o início, litigaram contra a (indevida) cobrança. Este princípio vincula o STF para os casos futuros de cobrança do tributo inconstitucional. Na prática o STF fez uma clara (mas não confessada) distribuição dos ônus financeiros derivados de sua decisão, a partir da repercussão econômica do julgado, preservando o que já foi pago, mas abrindo ao governo federal a oportunidadde de fazer incluir no orçamento futuro as reservas destinadas à devolução dos valores em favor dos contribuintes que impugnaram sua legitimidade" (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 110).

[807] Nas suas palavras: "A grande diferenciação, que se tem de fazer nesse último caso, em relação às hipóteses anteriores de justa modulação dos efeitos, reside no fato de que, nas relações tributárias, existem dois lados da questão. Apenas os tolos contribuintes adimplentes suportaram em seus ombros o pedo da segurança difusa, embora tivesse ele mesmo provocado a cobrança, com base em lei inconstitucional e os ônus dessa proteção serão suportados por um grupo de contribuintes, os conformados. Ora, a lei inconstitucional é de autoria do Estado (Poder Legislativo), mas também a iniciativa, ou seja, o projeto foi elaborado dentro do próprio Poder Executivo (que incorporou antigo Decreto-lei). A aplicação da lei foi seguida religiosamente, quando as contestações aumentavam e a Dogmática, de forma unânime, apontava a irregularidade. Afinal, as declarações de constitucionalidade foram inventadas exatamente para isso. Além do mais, a repetição do indébito está limitada ao prazo prescricional de cinco anos, quando os valores recebidos nos últimos vinte anos já não poderão ser integralmente devolvidos. As vantagens da Fazenda Pública ainda seriam notáveis, mesmo se os efeitos da decisão tivessem seguido a regra de se unir a declaração de inconstitucionalidade à de nulidade". Em seguida levanta a seguinte questão: "Indaga-se se, no caso comentado, não teria o Supremo Tribunal Federal adotado a teoria do 'fato consumado', que nos parece falha, mesmo nas relações de Direito privado. Sobre esse tema, encontram-se juristas que vedam a revisão das obrigações contratuais por onerosidade excessiva, se já inteiramente satisfeitas". Para aplicação prática na jurisprudência do STJ sobre a possibilidade de revisão de contrato bancário de adesão, discorre nas páginas seguintes (cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 527-528).

Ademais, se o reconhecimento da prescrição e da decadência das contribuições previdenciárias (como espécies tributárias) é de cinco anos, mas com aplicação do efeito *ex nunc* tão somente àqueles contribuintes que recolheram e não discutiram (em sede administrativa e judicial), parece que se concretiza aí evidente injustiça, por violação explícita à regra da isonomia constitucional (prevista de modo geral no inciso I do art. 5º e de modo particular para os contribuintes no inciso II do art. 150). Enquanto no julgamento do IPI-Alíquota zero tal preocupação sobressaiu no debate, aqui não foi sequer levado em conta.[808]

E, ainda pior do que esse tratamento claramente desigual, evidencia-se a sua injustiça na medida em que beneficia os sonegadores e inadimplentes:

> Destarte, os contribuintes que observaram os prazos de decadência e prescrição ampliados inconstitucionalmente pela Lei de Custeio da Seguridade Social (Lei 8.212/91) e *quitaram* os seus débitos *não* poderão postular a repetição do indébito. Por outro lado, os *sonegadores* e os *inadimplentes*, que não seguiram o determinado pela legislação tributária, foram beneficiados pela declaração de inconstitucionalidade. Como exposto no voto do relator, 'créditos pendentes de pagamento não podem ser cobrados, em nenhuma hipótese, após o lapso temporal qüinqüenal'. Não há uma *patente desigualdade*, uma gritante *afronta à ética governamental*, uma *desvelada injustiça* nessa situação?[809]

A modulação temporal dos efeitos desta decisão parece ter violado de maneira frontal os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, bem como significou evidente ruptura com o modo pelo qual a Corte vinha se debruçando ao tema (em outros julgados). Sucumbiu ao argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico.[810]

---

[808] Deste modo, criaram-se duas situações distintas, que se distanciavam em razão da circunstância de ter o contribuinte recolhido o tributo previamente à decisão do Judiciário ou não: "Ao limitar os efeitos de pronúncia de inconstitucionalidade de lei tributária no Supremo, criam-se, no mínimo, duas situações distintas, ou seja, a dos contribuintes que já pagaram os tributos e que, agora, pretendem recuperar o que já foi pago e a dos contribuintes que ainda não pagaram os tributos, pois optaram por discutir a legalidade de sua cobrança" (APPIO, Eduardo. Linha do Tempo: Modulação dos efeitos de decisão é poder político do STF. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 25.07.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-25/modulacao_efeitos_decisao_poder_politico_stf>. Acesso em: 25.07.2008).

[809] De fato, sucede que: "Excluir do manto da Constituição os cidadãos cumpridores das obrigações instituídas pela legislação tributária enquanto se tutelam os maus pagadores e os sonegadores representa a derrocada dos pilares do Estado Democrático de Direito, o extermínio da ética estatal, a negação do que há de mais essencial às noções de igualdade e justiça". "Poder-se-ia argumentar que se ressalvou o direito dos contribuintes que, a despeito de terem quitado seus débitos, estavam questionando-os na esfera administrativa ou judicial. Contudo, o postulado da supremacia da Constituição não está à mercê do questionamento administrativo ou judicial das exigências tributárias: impõe-se de forma inexorável a todos os atos estatais, com a única peculiaridade da necessidade de se observar, no caso da repetição do indébito, o prazo prescricional estabelecido pelo art. 168 do CTN" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out. 2008, p. 15).

[810] Em retrospecto aos julgados anteriores, que foram criteriosamente examinados pela Corte, registre-se que: "Dos julgados trazidos se infere, portanto, que a modulação dos efeitos das decisões tem sido analisada criteriosamente, com vistas a evitar soluções que afrontem princípios constitucionais, especialmente os princípios da isonomia, da vedação ao enriquecimento ilícito e da segurança jurídica". No caso sob análise, no entanto, verifica-se que: "O que nos parece, ao final de todas as considerações postas no voto [do Ministro Relator Gilmar Mendes], é que a modulação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade aprovada pela Corte motivou-se antes por razões relacionadas ao prejuízo aos cofres públicos do que à homenagem ao princípio da segurança jurídica". Em outras palavras: "É dizer, o direito à

Ao aceitar o argumento *ad terrorem* e submeter-se às "razões de Estado" invocadas de modo inconseqüente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição da República e órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, transmite à sociedade algumas mensagens de perigoso alcance.

Em primeiro lugar, como fez naquela decisão que cuidou da alíquota zero do IPI, anteriormente examinada, reitera a mensagem de que é recomendável recorrer até o limite das possibilidades – que não são poucas – permitidas pelo confuso sistema processual brasileiro. Aplicando-se aos órgãos públicos em geral – e fazendários em particular – a mensagem é a seguinte: recorra sempre de tudo e, quando pensar que a questão está definida pela Suprema Corte não se esqueça de recorrer e, depois que obtiver eventual provimento jurisdicional contrário, daí recorra dele também. Com isso, o famigerado "dever legal de recorrer" dos órgãos públicos, ao invés de ser paulatinamente desestimulado pela adoção de medidas neste sentido, torna-se mais forte do que nunca.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se suscetível ao argumento conseqüencialista de cunho econômico, mesmo que sem qualquer fundamento jurídico válido que o sustentasse e lhe servisse como base para uma eventual decisão devidamente motivada.

Com efeito, quando aceita transigir em favor do Fisco e sem qualquer razão jurídica que lhe fundamente a decisão, o Supremo Tribunal Federal flexibiliza o seu elevado papel e indica que é sensível ao argumento *ad terrorem* do rombo nos cofres públicos, em detrimento do maior ônus argumentativo (jurídico) e do olhar voltado à proteção dos direitos e garantias fundamentais que deveriam motivar decisão de tal jaez.

Isso é particularmente complicado e preocupante no âmbito de questões constitucional-tributárias, já que a disputa travada entre Fisco e contribuintes sempre tem – e terá – como pano de fundo as quantias ("astronômicas") que certamente hão de causar o tal "rombo" de parte a parte. Assim agindo, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se bastante sensível no pior caso possível, vez que cuidou de decisão que já vinha sendo sinalizada pela Corte desde 1992, como ressaltou o Ministro Marco Aurélio, não havendo se falar em surpresa de modo algum.

Em terceiro, à luz do julgamento examinado, uma mensagem clara foi emitida pelo STF no sentido de que a fórmula engendrada pelo Min. Gilmar Mendes, no sentido da

---

devolução dos valores pagos ao Fisco, atendendo aos prazos previstos nos artigos declarados inconstitucionais pelo STF, ensejaria uma avalanche de processos, afetando fortemente os cofres públicos. Essa motivação – muito mais de ordem econômica do que relacionada à segurança jurídica – vinha sendo sistematicamente rejeitada pela Corte, que não a via como fundamento apto a ensejar a aplicação do instituto em questão" (CIMINELLI, Selma. Contribuições Previdenciárias – Prescrição e Decadência – o Entendimento do STF – uma Questão de Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez. 2008, p. 119 e 121).

realização de uma "justiça salomônica que fica no meio-termo" possa levar ao estímulo indevido e indesejável (como muito bem advertiu o Min. Marco Aurélio) para que o Poder Público passe a contar, na promoção de suas políticas públicas, com a possível utilização da modulação dos efeitos de eventual decisão judicial contrária aos interesses governamentais, servindo como espécie de "segunda instância do governo".[811]

Além disso, levando-se em conta o atual estado de coisas no cenário político e a atual composição do STF, seria preocupante que a decisão que "ficou em um meio-termo entre o pedido feito pela Fazenda Nacional e a posição defendida pelos contribuintes", seja uma marca que tende a se perenizar nos próximos julgamentos das grandes questões tributárias que ainda pendem de pronunciamento definitivo pelo Pleno da Suprema Corte, ao menos quando a aplicação do efeito *ex nunc* se mostrar favorável à pretensão do Fisco.[812]

Isso viola fundamentalmente a função própria da Corte Suprema que, ao invés de se conduzir no sentido de solucionar os conflitos postos perante o Poder Judiciário de modo definitivo e pacificar as relações sociais aí envolvidas, acabou por criar ainda mais conflito e incentivar o litígio em juízo entre Fisco e contribuintes.

---

[811] A respeito, cabem as seguintes indagações: "Diante desse quadro, por que 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?" A resposta, como parece até intuitivo, não é animadora: "Enquanto o leitor faz um vão esforço para responder a tais questionamentos, o Fisco deleita-se com a sua nova e promissora fonte de receitas: os tributos inconstitucionais não-restituíveis. Muito melhores que os empréstimos compulsórios, pois estes, além de estarem sujeitos a rígidos requisitos (art. 148 da CF), têm de ser restituídos devidamente atualizados pela Selic. Mais profícuos que os antigos tributos inconstitucionais restituíveis, os quais 'desgraçadamente' tinham parcelas das receitas angariadas devolvidas aos diligentes contribuintes que postulavam a repetição do indébito dentro do prazo prescricional. E muito mais cômodos que os demais tributos não restituíveis, haja vista que estes têm de observar as rigorosas e molestas limitações constitucionias ao poder de tributar" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out. 2008, p. 13).

[812] A comprovação de que a comunidade jurídica recebeu essa mensagem desse modo pode ser demonstrada com a enxurrada de mandados de seguranças impetrados com o objetivo de excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS. Tendo recomeçado o seu julgamento depois deste julgado que cuidou do prazo quinquenal para a prescrição e a decadência de créditos tributários a preocupação de diversos militantes do foro foi com a possível modulação dos efeitos de decisão contrária ao Fisco, aliás como expressamente pleiteada na petição inicial da ADC 18. No mesmo sentido, embora argumentando em tese: "Além de malferir a isonomia, a ressalva supra-referida (ao direito de repetição das quantias pagas pelos contribuintes que estavam impugnando a exação) certamente produzirá conseqüências práticas nocivas, levando a que, sempre quando editada uma lei em possível desarmonia com a Lei Maior, todos os contribuintes recorram até as últimas instâncias na esfera administrativa e/ou ingressem em massa com demandas no Poder Judiciário, para não deixarem de estar ao abrigo da Constituição. Essa enxurrada de impugnações administrativas e de ações judiciais acabaria afetando a todos, haja vista prejudicar seriamente a celeridade na tramitação dos feitos e, consequentemente, a efetividade da justiça" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out. 2008, p. 16).

Neste cenário, torna-se claro vislumbrar um futuro cada vez mais litigioso, já que o pronunciamento da Corte Suprema tende a demorar cada vez mais para transitar em julgado (e, por decorrência lógica disso, pacificar as relações intersubjetivas ainda conflituosas).[813]

Diante dos argumentos até aqui arrolados, há quem considere inconstitucional – por ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica – a própria restrição dos efeitos da decisão do Pleno do STF na situação concreta. No plano processual, seriam oponíveis embargos de declaração, previstos no art. 535 do Código de Processo Civil, em razão da ausência de especificação expressa acerca das "outras ponderações" que justificariam a aplicação do instituto, como se lê no voto condutor do Ministro Relator Gilmar Mendes.[814]

Além disso, releva assinalar os efeitos da decisão examinada sobre os processos (judiciais ou administrativos) em trâmite e os processos judiciais instaurados e que já tenham transitado em julgado em favor do INSS. Em qualquer caso, pouco importa que o contribuinte tenha sustentando ou não a ocorrência da decadência ou da prescrição em seu favor. Por um lado, cuidando-se de processos administrativos ou judiciais em trâmite, o julgador poderá reconhecer a decadência ou a prescrição tanto de ofício como também mediante provocação do contribuinte. Justifica-se na medida em que se trata de matéria de ordem pública e, portanto, não sujeita à preclusão, consoante disposto nos artigos 210 do Código Civil e § 5º do art. 219 do CPC, ambos reforçados pelo enunciado da Súmula Vinculante n.08.[815]

---

[813] Em particular, devo essa observação à Professora Misabel de Abreu Machado Derzi, em reunião-almoço em que ela fez as vezes de palestrante (cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. Modulação Constitucional das Decisões do Supremo Tribunal Federal. Associação Brasileira de Direito Financeiro. Rio de Janeiro. 29.01.2009). No mesmo sentido: "Em linha com o que consta do voto proferido pelo Ministro Eros Grau no julgamento do RE n. 353.657-5/PR, a solução dada pela Corte estimula a que o contribuinte conteste a lei, na expectativa de, em momento posterior, obter o benefício da aplicabilidade de solução que o prestigie em relação ao contribuinte que, como bom e cauteloso pagador, deixou de fazê-lo para aguardar o pronunciamento definitivo do Judiciário". "Este último, porém, não poderia ver tolhido o seu direito à restituição do que foi pago com fundamento em dispositivo julgado inconstitucional pela máxima Corte de Justiça. Se, naquela hipótese versada no voto do Ministro Eros Grau, atribuir efeitos restritos à decisão contrária aos interesses dos contribuintes estimularia questionamentos judiciais sem fundamento e violaria interesses sociais, o mesmo se dá no caso ora comentado, invertendo-se, porém, os pólos da relação". "Assim, ou a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei tem efeitos *ex tunc*, ou será o *Fisco* o beneficiado pelo 'negócio da China'. A menos, evidentemente, que estejam presentes os requisitos previstos na legislação para a atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão – o que, no presente caso, em cotejo com a jurisprudência da própria Corte, não se deu" (CIMINELLI, Selma. Contribuições Previdenciárias – Prescrição e Decadência – o Entendimento do STF – uma Questão de Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez. 2008, p. 121-122).

[814] "Esse remédio teria ao menos o intuito de esclarecer o jurisdicionado acerca da postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema" (CIMINELLI, Selma. Contribuições Previdenciárias – Prescrição e Decadência – o Entendimento do STF – uma Questão de Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez. 2008, p. 122).

[815] O contribuinte poderá provocar o magistrado mediante petição simples. "Sendo assim, somos da opinião de que o contribuinte poderá requerer o reconhecimento da decadência ou da prescrição nos seus processos, sejam administrativos ou judiciais e não importando em que instância os mesmos se encontrem, independentemente de tais argumentos já terem sido ou não levantados no decorrer do mesmo". "Ainda, caso o contribuinte venha a requerer o reconhecimento da decadência ou da prescrição com base na inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 e a mesma não venha a ser reconhecida pelo julgador da causa, existe a previsão para interposição de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, conforme determina o parágrafo 3º do art. 103-A da Constituição [...]" (PONS, Marcos Caleffi.

Por outro lado, "a decisão do Supremo Tribunal restou silente, ou, ao menos, não foi expressa, se aplicável ou não às impugnações realizadas antes da data do seu julgamento e já transitadas em julgado com decisão favorável ao INSS". [816]

Ademais, em virtude da decisão examinada surgiu relevante questão jurídica sobre a situação dos contribuintes que optaram em certo momento do passado pelo parcelamento, especialmente à luz do teor do enunciado da Súmula Vinculante n.08. De fato, variadas indagações surgiram a partir daquela decisão.

Exemplo de relevante questão jurídica em torno do tema refere-se aos efeitos jurídicos produzidos pelo parcelamento no próprio prazo prescricional e principalmente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n.8.212/91 nos créditos previdenciários parcelados.[817] Com efeito, "como ficam os créditos objetos de parcelamento

---

Contribuições Previdenciárias. Inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 – Efeitos da Súmula Vinculante n. 8 e da Decisão Proferida no RE n. 559.882-9 em Relação a Processos Judiciais em Andamento e com Decisões Transitadas em Julgado. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 162, mar. 2009, p. 41, 43-44).

[816] Cabe registrar que: "De início, cumpre observar que o Direito brasileiro admite a possibilidade de interposição de ação rescisória para fins de revisão de decisões já transitadas em julgado por força da posterior declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal em que a mesma tenha se baseado". "Portanto, se o julgado não estabelece diferença entre os casos já transitados em julgado e os casos ainda em trâmite é por que ambos devem receber o mesmo tratamento, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia". "Com efeito, não pode um contribuinte inconformado com tal exigência ser tratado de forma diversa de outro contribuinte, também inconformado com a mesma exigência, simplesmente porque manifestou desde cedo sua inconformidade e seu processo encerrou-se antes do julgamento do RE n. 559.882. No caso, ao se entender pelo não-cabimento de ação rescisória estar-se-á, de fato, punindo aquele contribuinte". "Sendo assim, parecem-nos fortes os argumentos para sustentar a possibilidade de interposição de ação rescisória com base na declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, para fins de revisão de decisões já transitadas em julgado e, conseqüente, repetição do indébito". Em outras palavras, "com relação aos processos judiciais já transitados em julgado, como fortes as chances de êxito de ação rescisória, desde que interposta dentro do prazo legal de 2 (dois) anos, contra decisão transitada em julgado que tenha mantido eventual lançamento tributário com base nos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91. No caso de ocorrência de decadência, não importa à ação rescisória se a decadência foi alegada ou não durante o processo cuja sentença se busca anular. No caso de ocorrência de prescrição, por sua vez, a rescisória só terá cabimento caso a matéria tenha sido alegada no decorrer do processo cuja decisão se busca anular ou, alternativamente, que a referida decisão tenha sido proferida após 17 de maio de 2006 [quando entrou em vigor a Lei n. 11.280/06, que alterou o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil]" (PONS, Marcos Caleffi. Contribuições Previdenciárias. Inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 – Efeitos da Súmula Vinculante n. 8 e da Decisão Proferida no RE n. 559.882-9 em Relação a Processos Judiciais em Andamento e com Decisões Transitadas em Julgado. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 162, mar. 2009, p.44-49).

[817] "O art. 151, VI, do CTN, incluído pela Lei Complementar 104/01, insere o parcelamento como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Com a correta constituição do crédito tributário, ele torna-se exigível, ou seja, o credor encontra-se apto a postular o seu direito de perceber o objeto da obrigação jurídica tributária". "Assim surge a dúvida se o parcelamento é causa de suspensão ou de interrupção do fluxo prescricional. Antes de adentrar nessa questão, deve-se especificar que a palavra *parcelamento* é ambígua, empregada com diversas acepções, podendo significar: (i) o fato jurídico; (ii) a relação jurídica; (iii) a norma jurídica geral e abstrata; (iv) o procedimento; (v) a norma individual e concreta; (vi) o veículo introdutor; (vii) o pedido formulado pelo contribuinte; (viii) a concessão desse pedido; (ix) o pagamento" (JANINI, Tiago Cappi. Os Efeitos Produzidos pela Modulação da Declaração de Inconstitucionalidade do Prazo Prescricional de Dez Anos para a Cobrança dos Créditos Previdenciários na Hipótese de Parcelamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez. 2008, p. 126).

diante dessas hipóteses avençadas pelo STF? Como ficaria a situação do contribuinte que desistir do parcelamento?"[818]

Adotando-se entendimento mais ousado, é possível que contribuintes pleiteiem em juízo o recálculo e o conseqüente abatimento dos valores efetivamente pagos em programas de parcelamento de dívidas tributárias e/ou previdenciárias que aderiram no passado, com vistas a reduzir o montante total devido nas parcelas vincendas, desde que contemplem aquela parte referida na restrição temporal e material da decisão prolatada pelo Pleno do STF.

Por fim, é possível que esta (des)orientação da Corte seja apenas a "ponta de um iceberg" e que, depois de entrosada a sua nova composição, esteja para ser inaugurado um período intencional e parcialmente vocacionado em sentido favorável ao Fisco nas disputas tributárias, seja pelo encampamento acrítico do argumento econômico *ad terrorem*, seja pela aceitação do *lobby* engendrado pelos Ministros de Estado da Fazenda e outras autoridades da República junto aos Ministros da Corte, seja ainda pelo sentimento de simpatia pessoal ou convicção política de alguns deles para com o governo.[819]

Os sintomas iniciais dessa visão "apocalíptica" surgem a partir da comparação do tratamento da Corte em situações semelhantes e que foram tratadas de modo radicalmente desigual. Ao argumento econômico levantado pelos contribuintes no sentido de que os montantes que deveriam ser recolhidos na questão relacionada ao IPI-Alíquota zero, foi

---

[818] "Conforme a decisão do STF, os créditos tributários pendentes de pagamento não poderão ser exigidos se decorrido o prazo qüinqüenal. Com o rompimento do pagamento das parcelas após o dia 11 de junho de 2008 haverá créditos tributários pendentes de pagamento. Primeiro, tem-se de ressaltar, nessa situação, que as parcelas pagas não poderão ser recuperadas, tendo em vista que o direito positivo brasileiro não prevê a hipótese de existência de parcelamento de créditos tributários objetos de discussão judicial ou administrativa". "Deve-se alertar que o contribuinte tem de ficar atento para averiguar se nesse lapso temporal [que vai da constituição do crédito tributário até o pedido de parcelamento] não ocorram outras causas de suspensão ou interrupção que influenciarão na contagem do prazo prescricional". "A outra hipótese é o caso de rompimento do parcelamento antes do dia 11 de junho de 2008". "Desse modo, para que seja permitida a restituição dos recolhimentos feitos no parcelamento devem-se preencher os seguintes requisitos: (i) rompimento do parcelamento antes de 11 de junho de 2008; (ii) decurso do lapso prescricional de cinco anos em algum dos períodos demarcados; e (iii) existência de lide administrativa ou judicial acerca do tema". Em outras palavras, "quando houver o rompimento do parcelamento antes de 11 de junho de 2008 os créditos pendentes de pagamento não poderão ser cobrados se decorrido o lapso qüinqüenal e será possível reaver as parcelas pagas se houver lide administrativa ou judicial discutindo a cobrança" (JANINI, Tiago Cappi. Os Efeitos Produzidos pela Modulação da Declaração de Inconstitucionalidade do Prazo Prescricional de Dez Anos para a Cobrança dos Créditos Previdenciários na Hipótese de Parcelamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 159, dez. 2008, p. 129-130).

[819] A respeito, confira a seguinte notícia: "O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, recebeu, no início da noite desta quarta-feira (04), o ministro da Fazenda, Guido Mantega, e o presidente do Banco Central, Henrique Meirelles, acompanhados do advogado-geral da União, José Antonio Dias Toffoli, e dos procuradores-gerais da Fazenda Nacional, Luís Inácio Adams, e do Banco Central, Francisco José de Siqueira". E qual foi o objetivo da audiência? "No encontro, os representantes do Executivo entregaram ao presidente do STF uma relação de ações judiciais envolvendo matéria tributária de interesse da União que estão em curso no Supremo Tribunal Federal" (STF. Presidente do Supremo recebe Guido Mantega e Henrique Meirelles. Sistema Push de Notícias. 04.03.2009). Com idêntico teor: EDITORIAL. Executivo lista ações tributárias no STF. **Revista Consultor Jurídico**, 05.03.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-05/representantes-executivo-entregam-lista-acoes-tributarias-stf>. Acesso em: 07.03.2009. No mesmo sentido: STF. Planos econômicos é o tema do encontro de Guido Mantega com a ministra Cármen Lúcia. Sistema Push de Notícias. 18.05.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18.05.2009.

contraposta a objeção de que os empresários devem planejar as suas atividades. Ao contrário, o argumento econômico levantado pelo Fisco, no sentido de que eventual decisão contrária causaria o "rombo" de X bilhões de reais foi prontamente encampado pela maioria absoluta dos Ministros da Corte, ao fundamento jurídico de que... (não houve)!

Para que esta ampla "liberdade" discricionária – e até arbitrária – não se prolongue de modo a efetivar cada vez mais danos à ordem constitucional-tributária, ao menos com tanta facilidade, é importante que todos os interessados da comunidade acadêmica juntem-se no sentido de trocar experiências no "mercado de idéias" e aprofundar todas as questões que estão sendo objeto deste estudo, além de muitas outras. Com isso, será possível à doutrina pavimentar o caminho que deverá ser seguido pela Suprema Corte na orientação de seus entendimentos a respeito da possível modulação temporal dos efeitos de suas decisões.[820]

Com arrimo em Misabel Abreu Machado Derzi, registramos que a invocação do julgado examinado "apenas demonstra que o Supremo Tribunal Federal separa, definitivamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade, da pronúncia de nulidade, adotando, mesmo no controle subjetivo e concreto de constitucionalidade, a modulação de efeitos".[821]

---

[820] Neste sentido: "A despeito de o RE 556.664 não ter enfocado propriamente a inconstitucionalidade de leis impositivas (que criam ou modificam tributos), é indubitável que os argumentos utilizados nesse precedente poderiam se aplicar para judificar a 'validação' de tributos incompatíveis com os preceitos constitucionais. Há uma similitude estreita entre a criação de tributos inconstitucionais e a cobrança de créditos impositivos com base em prazos decadenciais ou prescricionais acometidos por idêntico vício, visto que as regras de decadência e prescrição também dizem respeito ao Direito Tributário Material e afetam os direitos e obrigações dos sujeitos da relação obrigacional, ao implicarem a extinção do crédito tributário (art. 156, V, do CTN). Por tal razão, a decisão comentada surtiu o mesmo efeito que teria uma a chancelar lei impositiva contrária à Constituição, isto é, o de validar créditos tributários inconstitucionais – no caso em comento, créditos prorrogados de forma ilegítima pela Lei n. 8.212/91" (VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 157, out. 2008, p. 12)

[821] A autora já havia diagnosticado que: "Trata-se de julgamento, que os norte-americanos denominam de *first impression*, ou seja, de decisão em que não havia um precedente anterior, em sentido contrário. A decisão não configura, assim, modificação de jurisprudência". Em nota de rodapé adiante escrita em sua obra, a autora consigna que: "É verdade que os julgadores podem ter sido convencidos à modulação, em face da argumentação da Fazenda Pública, no sentido das pretensas perdas financeiras, elevadíssimas, se a repetição do indébito fosse autorizada, em decorrência lógica da decisão. No fundo, o pagamento voluntário dos contribuintes foi considerado 'fato consumado', que limitou a inconstitucionalidade no tempo. Mas a decisão, efetivamente, não configura modificação de jurisprudência". Arremata que: "Sendo caso efetivo de *first impression*, deve constantemente ser realçada a regra clássica e tradicional, inerente às declarações de inconstitucionalidade das leis tributárias, isto é, sempre acompanhadas do reconhecimento da nulidade. Os efeitos retroativos que delas decorrem não são um fenômeno estranho. São ordinário e o natural, em se tratando de decisões judiciais, que não configuram modificação de jurisprudência anterior" (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 521, 526-527, 530).

Por fim, repisamos a advertência de que: "Modular efeitos para minimizar perdas financeiras do Estado equivale a reduzir esta Corte Constitucional ao papel de curadora de um Estado que se tem por incapaz".[822]

4.3 Cofins das sociedades profissionais

O terceiro julgamento que merece destaque neste estudo cuidou do reconhecimento da revogação pelo art. 56 da Lei n.9.430/96[823] da isenção da COFINS anteriormente concedida às sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, consoante dispunha o inciso II do art. 6º da Lei Complementar n.70/91,[824] ao fundamento jurídico de que inexiste no cotejo destes dispositivos legais qualquer relação hierárquica, o que somente seria possível em razão de eventual reserva material específica.[825]

O RE 377.457 foi interposto pelos contribuintes e em deliberação unânime da 2ª Turma em 12.12.2006 foi então submetido ao Pleno. Em 14.02.2007, o julgamento foi iniciado, tendo sido resolvida questão de ordem, referente à submissão do recurso na forma proposta pelo Superior Tribunal de Justiça. Naquela ocasião, no tocante ao mérito, votaram o Relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia e pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Sepúlveda

---

[822] Expressão mencionada na sustentação oral da relevante questão jurídica em torno da manutenção ou não da vigência do chamado Crédito-Prêmio do IPI (cf. STF – Pleno, RE 577.302, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2009, DJE 27.11.2009).

[823] O art. 56 estabelece que: "Art. 56. As sociedade civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991".

[824] Eis a dicção do dispositivo: "Art. 6º. São isentas da contribuição: II – as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987". Este dispositivo, por sua vez, prescreveu que: "Art. 1º. A partir do exercício financeiro de 1989, não incidirá o Imposto de Renda das pessoas jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada período-base, pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País". Este dispositivo foi expressamente revogado pelo art. 88, inciso XIV, da Lei n. 9.430/96.

[825] Por "profissão legalmente regulamentada" entende-se uma enorme gama de prestação de serviços, como por exemplo, aquela desempenhada por: advogados, arquivistas, artistas, jornalistas, publicitários, radialistas, secretárias, sociólogos, aeronautas, biomédicos e biólogos, engenheiros, arquitetos, agrônomos, bibliotecários, contabilistas, economistas, corretores de seguros e de imóveis, psicólogos, nutricionistas, músicos, atletas (de futebol), químicos, farmacêuticos, geógrafos, geólogos, médicos, técnicos de diversas áreas (radiologia, prótese dentária etc.), leiloeiros, massagistas, pescadores, peões de rodeio, garimpeiros, dentre outros (cf. consta na Listagem das Profissões Regulamentadas – e suas respectivas normas regulamentadoras – na Classificação Brasileira de Ocupação no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil. Disponível em: <http://granulito.mte.gov.br/cbosite/pages/regulamentacao.jsf;jsessionid=5549ED19C8C00216ECC7759B8695EAAF.node1>. Acesso em: 11.07.2009).

Pertence e Celso de Mello, todos negando provimento ao recurso. No sentido contrário, votou o Ministro Eros Grau, que deu provimento ao recurso interposto pelos contribuintes. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

Em 17.09.2008, o julgamento foi retomado e o Ministro Marco Aurélio proferiu voto alinhado com o entendimento do Ministro Eros Grau, sendo que ambos permaneceram vencidos na solução do mérito da questão constitucional-tributária ali colocada. Em seguida, o Tribunal rejeitou o pedido de modulação temporal dos efeitos, vencidos os Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto.[826]

Eis a ementa deste acórdão:

> Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento.[827]

Insta salientar que não consta na ementa qualquer referência ao exame do pleito de modulação temporal dos efeitos desta decisão e tampouco de seu fundamento de rejeição, como ocorreu nos dois julgamentos anteriores.

4.3.1 Argumentos favoráveis ao pedido de modulação (contribuintes)

Os principais argumentos que pleitearam a modulação temporal dos efeitos da decisão que se colheram em favor dos contribuintes foram pinçados de diferentes momentos processuais depois de iniciado o julgamento dos RREE 377.457 e 381.964.

---

[826] Levando-se em consideração a ausência justificada da Ministra Ellen Gracie verifica-se desde logo que ocorreu empate no resultado do julgamento, tendo estes cinco Ministros se manifestado no sentido de aplicar o efeito *ex nunc* ao caso e cinco outros Ministros proferido voto no sentido contrário, isto é, para rejeitar a aplicação de qualquer modalidade de modulação temporal dos efeitos desta decisão, como veremos adiante.

[827] STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008. Este acórdão foi objeto de oposição de embargos de declaração e permaneceu concluso ao Ministro Gilmar Mendes até 02.03.2009, quando a sua relatoria foi substituída pela Ministra Ellen Gracie (atualizado em 30.09.2009). O RE 381.964 tratou do mesmo tema e foi julgado conjuntamente (STF – Pleno, RE 381.964, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJE 13.03.2009). Já que ambos foram julgados em conjunto, a partir de agora invocaremos apenas o RE 377.457, considerado por todos o caso-líder nesta questão.

Estes diferentes momentos foram: de um lado, a petição inicial ajuizada na ADI 4.071 (quando o julgamento dos RREE 377.457 e 381.964 já contabilizava oito votos contrários à pretensão dos contribuintes); e de outro, o aspecto de que a Corte, de certo modo, corroborou a jurisprudência definida no âmbito infraconstitucional, consoante levantou o Ministro Celso de Mello, no apagar das luzes da sessão de julgamento dos recursos em questão.

A petição inicial da ADI 4.071 expressamente pleiteia a aplicação do efeito *ex nunc*, com base na preservação da segurança jurídica (assegurada pelo art. 146 do Código Tributário Nacional). Inaplicar o efeito pretendido no caso implicaria manifesta violação do princípio da proteção da confiança dos contribuintes que agiram de boa-fé sob o pálio do enunciado prescrito pela Súmula n.276 do Superior Tribunal de Justiça.[828]

In casu, restaria violada também a regra constitucional da irretroatividade da lei tributária (prevista no art. 150, III, *a*). Daí decorreriam conseqüências desastrosas para todo o universo de contribuintes inseridos na categoria de sociedade civil prestadora de serviços de profissão legalmente regulamentada que, como vimos, abrange enorme gama de contribuintes (profissionais e especialistas de variados campos do conhecimento humano).[829]

---

[828] A Súmula n. 276 rezava que: "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado". A despeito de eventuais discussões quanto à manutenção ou não de tal súmula no âmbito do próprio STJ, essa Corte Superior pacificou o entendimento a respeito do tema no sentido de aplicá-la (cf. STJ – 1ª Turma, Edcl. No AgRg no Rep. 729.125, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.04.2006, DJU 28.04.2006; STJ – 2ª Turma, AgRg no Resp. 747.196, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 18.08.2005, DJU 05.09.2006; e STJ – 2ª Turma, REsp. 541.944, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.06.2005, DJU 08.08.2005). Na esteira de tal orientação, os Tribunais Regionais Federais também mantinham entendimento alinhado ao teor da referida súmula: TRF/1ª R. – 7ª Turma, AC 2001.39.00.0114539, Rel. Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva, j. 20.11.2007; DJU 21.12.2007; TRF/1ª R. – 8ª Turma, AMS 2005.36.00.0148422, Rel. Des. Fed. Carlos Fernando Mathias, j. 18.09.2007, DJU 05.10.2007; TRF/2ª R. – 3ª Turma Especializada, AC 2001.51.01.5350061, Rel. Des. Fed. Paulo Barata, j. 18.09.2007, DJU 27.09.2007; TRF/2ª R. – 4ª Turma Especializada, AC 2002.51.01.0189409, Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, j. 10.01.2006, DJU 02.02.2006; TRF/3ª R. – 4ª Turma, AC 2003.61.02.0119461, Rel. Des. Fed. Fabio Prieto, j. 15.06.2005, DJU 21.10.2008; TRF/3ª R. – 3ª Turma, AMS 2004.61.00.0093793, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, j. 03.05.2006; DJU 23.9.2008; TRF/5ª R. – 4ª Turma, EDAMS 2005.82.00.011940002, Rel. Des. Fed. Lazaro Guimarães, j. 29.05.2007, DJU 08.08.2007; TRF/5ª R. – 2ª Turma, AG 2005.05.00.0062662, Rel. Des. Fed. Napoleão Maia Filho, j. 27.09.2005, DJU31.07.2006; e TRF/5ª R. – 3ª Turma, AMS 2003.83.00.0206764, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, j. 16.12.2005, DJU 28.01.2005. Até mesmo na esfera de competência dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais tal entendimento era respeitado: cf. 2º CC – 1ª Câmara, Recurso 132.081, Acórdão 201-80610, Rel. Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, j. 20.09.2007, DOU 19.05.2008; e 2º CC – 1ª Câmara, Recurso 129.947, Acórdão 201-80608, Rel. Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, j. 20.09.2007, DOU 05.03.2008.

[829] Em artigo doutrinário contemporâneo ao julgamento, defendia-se na doutrina inclinada em favor dos contribuintes que: "Não há dúvidas que o pleito de adoção de efeitos prospectivos para a decisão que, ao que tudo indica, julgará constitucional o tributo para as sociedades civis, contrariando segura jurisprudência abalizada pela Súmula 276 do STJ, se justificaria pela necessária proteção da confiança legítima do contribuinte, que acreditava, com razão frente à realidade explanada, que a discussão estava definitivamente encerrada e que o tributo não era devido. A boa-fé, nessa situação, atua como limite ao Fisco de exigir o tributo não pago nas datas de seus vencimentos e tido até a data da decisão do Supremo Tribunal como indevido por sólida posição jurisprudencial. Pela ponderação entre o primado da Constituição e a proteção da confiança legítima do contribuinte, se inviabilizaria a exigência do tributo tido agora como respaldado pela Constituição, em períodos vincendos, declarando-se a não-exigência da exação em relação aos fatos geradores ocorridos até a publicação da decisão do Tribunal Pleno. No mesmo julgamento em que o Tribunal reconhecer a constitucionalidade da contribuição para as sociedades civis, poderá deferir a concessão de efeitos *ex nunc* à decisão que será proferida no processo" (JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, Dialética, n. 157, out 2008, p. 25). No mesmo sentido: "Muitos profissionais liberais de diversas categorias, integrantes de sociedades civis de prestação

Além disso, nos instantes finais do julgamento dos RREE 377.457 e 381.964, o Ministro Celso de Mello, último a votar no Pleno, trouxe a seguinte questão: além de existir a súmula oriunda do Superior Tribunal de Justiça, que assegurava estabilidade ao tema então escrutinado, o próprio Supremo Tribunal Federal manifestava-se de maneira sistemática no sentido de que a solução desta matéria tributária era de índole exclusivamente infraconstitucional. Na ocasião, o entendimento majoritariamente adotado era no sentido de que eventual ofensa à Constituição seria meramente indireta ou reflexa.[830]

Verifica-se, por conseguinte, que este entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, de certo modo, sufragou ou corroborou a orientação expressa pelo Superior Tribunal de Justiça na sua Súmula n.276.[831]

De fato, este argumento foi posto de modo expresso pelo Ministro Celso de Mello quando do exame da questão. Depois de colocado no Pleno, foi suficientemente forte para fazer com que os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto reformulassem os seus entendimentos anteriormente manifestados naquela sessão de julgamento no que tange à

---

de serviços profissionais, acreditaram na súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e se comportaram com fundamento nela. Deixaram de pagar a Cofins. Os que vinham depositando os valores respectivos deixaram de fazê-lo e levantaram os valores depositados. Deu-se a distribuição dos resultados entre sócios, muitos dos quais já não estão nas sociedades. Alguns saíram da sociedade, outros faleceram, de sorte que hoje em muitos casos tornou-se praticamente impossível o pagamento da Cofins, que poderá vir a ser cobrada, ao menos nos últimos cinco anos, se o Supremo Tribunal Federal realmente decidir acolhendo a tese geradora dessa enorme insegurança". Em poucas palavras: "No que concerne à revogação do dispositivo de lei complementar que concede isenção da Cofins a sociedades de prestação de serviços profissionais, não é razoável considerar-se que agiu ilicitamente quem agiu com apoio em súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (MACHADO, Hugo de Brito. Segurança Jurídica e Lei Complementar. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, Dialética, n. 152, maio 2008, p.110, 113).

[830] De fato, o STF, através de suas Turmas, reconhecia que a questão relacionada ao tema era de índole eminentemente infraconstitucional, razão pela qual vinha se eximindo de emitir qualquer pronunciamento definitivo a respeito por anos a fio sob o fundamento de que eventual ofensa à Constituição seria meramente indireta ou reflexa (cf. STF – 1ª Turma, AI-AgR 479.724, Rel. Min. Carlos Britto, j. 05.09.2006, DJU 27.10.2006; STF – 1ª Turma, AI-AgR 466.524, Rel. Min. Eros Grau, j. 31.05.2005, DJU 05.08.2005, dentre outros). Assim agindo, o STF manteve a expectativa legítima dos contribuintes de que aquela jurisprudência consolidada no âmbito do STJ e explicitada com a Súmula n. 276 era a solução já pacificada na seara de competência do Poder Judiciário nacional.

[831] Para diferenciar esta questão específica de outras congêneres, há uma colocação importante. Esta situação é diversa de qualquer outra em que a Suprema Corte enfrenta a questão pela primeira vez e, ao contrário de cuidar de reversão de sua orientação jurisprudencial consolidada, limita-se apenas e tão somente a formar ou a criar o seu entendimento, que passa então a ser observado dali pra frente (sem qualquer comprometimento ou conseqüências com eventuais julgados isolados anteriores ao pronunciamento definitivo). Para rico e aprofundado estudo a respeito, confira: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, especialmente p. 251-295 e 522-530. Pendia, assim, em favor da tese da modulação os argumentos a seguir sintetizados: "No caso da Cofins das sociedades de profissão regulamentada, a tese da modulação dos efeitos da decisão a ser tomada pelo STF, se desfavorável aos contribuintes, assenta-se na necessidade de respeito à previsibilidade das decisões judiciais, segurança jurídica e proteção da confiança, sustentando que o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento consolidado, através da Súmula n. 276, de que a Lei n. 9.430, por ser lei ordinária, não poderia revogar a isenção prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar n. 70/91 e que tal matéria não ostentava *status* constitucional". Retomando a experiência norte-americana sobre o tema: "É a aplicação da técnica do *prospective overrruling* a tese defendida por aqueles que pretendem obter uma decisão do Supremo Tribunal Federal que atribua efeitos prospectivos ao que ficar decidido na hipótese de manter o atual entendimento majoritário favorável à cobrança da Cofins sobre o faturamento das sociedades profissionais civis" (SILVA, Celso de Albuquerque. Cofins das Sociedades Civis de Profissão Regulamentada e o Princípio da Segurança Jurídica. Um Caso de Modulação de Efeitos Temporais da Decisão a ser Proferida pelo Supremo Tribunal Federal? **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, Dialética, n. 155, ago. 2008, p. 10, 12).

modulação dos efeitos. Ambos passaram a acompanhar a divergência instaurada pelo Ministro Menezes Direito. Com isso, foram alcançados os cinco votos que levaram ao empate do julgamento, no tocante à possível aplicação do efeito *ex nunc* para o caso.

4.3.2 Argumentos contrários ao pedido de modulação (Fisco)

Um possível argumento contrário ao pedido de modulação temporal dos efeitos desta decisão refere-se à flutuação exagerada no entendimento dos Tribunais Superiores acerca de matérias tributárias de grande relevo para o ordenamento jurídico nacional e interesse econômico tanto para os contribuintes como também para o Fisco.

O caso em tela é especialmente emblemático, já que motivou câmbios de jurisprudência tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça como também no próprio Supremo Tribunal Federal, culminando com o pronunciamento definitivo que agora se examina.

Dentre as principais modificações jurisprudenciais assistidas em torno deste tema nos Tribunais Superiores destacam-se as seguintes. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por volta de 2000 surgiram as primeiras decisões nas duas turmas de Direito Público. Em maio de 2003 a Primeira Seção editou a Súmula n.276. Em setembro daquele mesmo ano, a Primeira Seção, por iniciativa do Ministro Castro Meira, rediscutiu a súmula, que restou mantida por seis votos favoráveis contra dois votos contrários (Ministros Castro Meira e Teori Zavascki). Em abril de 2005, a Segunda Turma passou a negar seguimento aos recursos sob o entendimento de que a matéria seria de índole constitucional. Em junho daquele mesmo ano, um caso foi afetado à Primeira Seção para discutir a manutenção da súmula, o qual foi decidido pelo não conhecimento em abril de 2006. Embora a súmula tenha sido mantida, a partir da publicação do acórdão deste caso que fora afetado (outubro de 2006), decisões monocráticas das duas turmas do Tribunal vinham dando pelo não conhecimento dos recursos apresentados pelos contribuintes. Em novembro de 2008, após a decisão do STF sobre a matéria, a Primeira Seção cancelou a súmula.[832]

---

[832] Cf. AR 3.761/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2008, DJE 01.12.2008 - Informativo do STJ n. 376, 10/14.11.2008. O caso sob análise é tão sintomático que o desabafo expresso pelo Ministro Humberto Gomes de Barros é suficientemente eloqüente quanto às maléficas conseqüências de tantas idas e vindas. A respeito, confira: “Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio

Celso de Albuquerque Silva elaborou breve estudo em época contemporânea ao julgamento em questão, no qual consignou que, apenas seis meses depois da edição da referida súmula, o Tribunal já lançava mão da chamada "técnica de sinalização (*signaling*)" e indicava a "possibilidade de mudança do precedente". Com efeito, vinha decidindo "que a hipótese vertente gerava discussão em torno do princípio da hierarquia das leis; logo, a matéria seria constitucional e deveria ser julgada pelo STF" (cf. Resp. 552.902-AgRg e Resp. 384.189). Em sede constitucional, contudo, já se sabia de antemão que o entendimento consagrado na Suprema Corte seria no sentido de que a Lei Complementar n.70/91 é materialmente ordinária, motivo pelo qual o seu art. 6º, inciso II, certamente poderia ter sido revogado pelo art. 56 da Lei n.9430/96 (cf. ADC 1), motivo pelo qual não se poderia alegar afronta aos princípios da proteção da confiança e da boa-fé.[833]

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em um primeiro momento, a orientação foi no sentido de que a matéria era de índole infraconstitucional, razão pela qual os recursos interpostos não eram conhecidos ou providos. Nos primeiros meses de 2006, contudo, o Tribunal começou a julgar contrariamente aos contribuintes. Em 15.08.2006 iniciou-se o julgamento do RE 377.457, ainda na 2ª Turma, tendo sido afetado ao Pleno em 12.12.2006 (por proposta do Ministro Eros Grau). Em 17.09.2008, o Tribunal desproveu o recurso interposto pelos contribuintes.

Diante desta exagerada flutuação jurisprudencial, tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça como também no campo próprio do Supremo Tribunal Federal, como pode ser possível falar de "segurança jurídica"? De fato, adotando-se entendimento

---

da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a revê uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim". Prosseguiu em seguida: "Nas praias de turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados" (STJ – 1ª Seção – AgRg no REsp. n. 382.736-SC, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ ac. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 08.10.2003, DJU 25.02.2004). Para aprofundamento deste retrospecto histórico: ANDRADE, Fábio Martins de. COFINS das sociedades civis de prestação de serviços: compatibilidade da Súmula 276 do STJ com o julgamento do STF (RE 377.457-PR e 381.964-MG). **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 15, n. 75, jul./ago. 2007, p. 387-393.

[833] No tocante à inconsistência do entendimento expresso na Súmula do STJ n. 276, o articulista expôs duplo aspecto: "Quanto ao primeiro aspecto – origem da Súmula – não se deve olvidar que o verbete n. 276 foi editado em decorrência do debate travado sobre as restrições administrativas estabelecidas pelo Fisco para o gozo da isenção prevista no art. 6º, II, da LC n. 70/91". "Quanto ao segundo aspecto – firmeza – ainda que superado o vício de origem na aplicação da Súmula ao presente caso, a confiança que dela se pudesse haurir não seria jamais justificada, na medida em que o tema de fundo, apesar da sua edição, não estava consolidado na jurisprudência de nossos tribunais", bem como "o próprio STJ já dava indícios de que a referida Súmula não era confiável" (cf. SILVA, Celso de Albuquerque. Cofins das Sociedades Civis de Profissão Regulamentada e o Princípio da Segurança Jurídica. Um Caso de Modulação de Efeitos Temporais da Decisão a ser Proferida pelo Supremo Tribunal Federal? **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, Dialética, n. 155, ago. 2008, p. 12-16).

conservador, seria possível sustentar que o contribuinte tivesse todo este quadro conturbado de "idas e vindas" presente e que agisse de acordo, isto é, tomasse sempre as suas decisões gerenciais com vistas às medidas de máximo resguardo, como por exemplo, o depósito das quantias em litígio ou o provisionamento no balanço.

Apesar de todo o exposto nesta linha argumentativa, não se afigura razoável submeter o contribuinte (que age de boa-fé e confia no Poder Público e na autoridade dos seus atos – inclusive as súmulas do Poder Judiciário) a todo este acompanhamento processual, de casos que, ao final, restaram superados em razão do pronunciamento definitivo do STF.

4.3.3 Os votos do julgamento (quanto à modulação dos efeitos)

Em 17.09.2008 o julgamento dos RREE 377.457 e 381.964 foi concluído. Nele, foram ventiladas três questões de ordem e um pleito de modulação dos efeitos da decisão, além da solução do mérito da questão constitucional-tributária então submetida ao exame do STF.[834]

Inaugurando o relato do caso, ainda no âmbito da 2ª Turma, o Ministro Gilmar Mendes sintetizou de modo bastante claro a questão constitucional-tributária objeto de apreciação pelo Plenário da Corte: "A controvérsia diz respeito à manutenção ou não da isenção de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) sobre as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada".[835]

A principal alegação dos contribuintes nos RREE foi a infração ao princípio da hierarquia das leis, "porque lei ordinária haveria suprimido isenção instituída por lei complementar". Além disso, sustentaram adicionalmente que ocorreria na espécie a "instituição disfarçada de nova hipótese de contribuição social – a referida isenção seria uma

---

[834] Quanto ao mérito, o Tribunal decidiu pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pelos contribuintes, por maioria de votos, vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. No tocante ao pedido de modulação dos efeitos, o Tribunal a rejeitou, vencidos os Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto. A primeira questão de ordem referia-se à eventual baixa dos autos ao STJ sob o fundamento de eventual falta da prestação jurisdicional, a qual foi rejeitada pelo Tribunal. A segunda questão de ordem foi resolvida, por maioria, no sentido de que estava correta a submissão do recurso extraordinário na forma proposta pelo STJ, tendo em vista a questão prejudicial colocada. Por fim, na terceira questão de ordem, o Tribunal a acolheu para permitir a aplicação do artigo 543-B do Código de Processo Civil, nos termos do voto do Relator. A Ministra Ellen Gracie não se manifestou, por ausência justificada (cf. STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJE 18.12.2008). No mesmo sentido: STF – Pleno, RE 381.964, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJE 29.09.2008.

[835] STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008.

‘expansão da seguridade social’, sem atendimento à exigência constitucional de lei complementar para esta iniciativa (arts. 195, § 4º, e art. 154, I, da CF)”.[836]

Em ligeiro voto, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se no sentido de que o conflito aparente entre os dispositivos legais era sim “uma questão diretamente constitucional” e, no mérito, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelos contribuintes, com fundamento, sobretudo, na jurisprudência precedente da Corte a respeito: a) da proclamação da inexistência de hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária, vez que são espécies normativas formalmente distintas; b) de que no caso das contribuições sociais tudo o que não se caracterizar como “normas gerais em matéria de legislação tributária” (cf. alínea *b* do inciso III do art. 146 da Constituição da República) pode ser regulado por lei ordinária; e c) da COFINS, no sentido de que a Lei Complementar n.70/91 que a instituiu é materialmente lei ordinária, bem como prevalece a distinção constitucional no aspecto material, e não pela hierarquia meramente formal no cotejo destas espécies legislativas, especialmente quando os elementos próprios à hipótese de incidência estão desde logo previstos no texto constitucional.[837]

Em trâmite no Plenário, foi preliminarmente solucionada questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, que teceu veementes críticas ao sistema recursal que prevê a dualidade de recursos extremos e a prática que vinha sendo então observada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de afetar ao Supremo Tribunal Federal as questões que dependessem de exame acerca da constitucionalidade de dispositivos legais.

De acordo com a sua linha de raciocínio, que restou vencida, caberia àquela Corte esgotar o ofício jurisdicional anteriormente ao exame da questão constitucional pela Suprema Corte. O Tribunal decidiu, no entanto, no sentido de que a submissão do caso pelo Superior

---

[836] Os apelos extremos foram admitidos na Corte de origem. Já no Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Relatora Eliana Calmon determinou o sobrestamento do recurso especial para aguardar o julgamento do recurso extraordinário, por entender que este seria prejudicial àquele, consoante dispõe o art. 543, § 2º, do CPC (cf. STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[837] Com efeito, depois de enumerar as conclusões decorrentes da jurisprudência tradicional da Corte, o Ministro Gilmar Mendes destacou que: “Ora, as razões anteriormente expostas são suficientes a indicar que, contrariamente defendido pela recorrente, o tema do *conflito aparente* entre o art. 56 da Lei 9.430/96 e o art. 6º, II, da LC 70/91 não se resolve por critérios hierárquicos, mas sim por critérios constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma destas espécies. Logo, equacionar aquele *conflito* é sim uma questão diretamente constitucional”. Neste sentido, reiterou em seguida que: “Ainda, não há falar (...) na Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça, e seu entendimento diverso sobre a matéria. Tratando-se, inequivocamente, de matéria propriamente constitucional, conforme acima demonstrado, incumbe a esta Corte, em caráter exclusivo ou conclusivo, apreciar e definir a questão, não se lhe opondo o entendimento de outro Tribunal” (STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal, de acordo com a prejudicialidade prevista no § 2º do art. 543 do CPC, foi correta, motivo pelo qual o julgamento prosseguiu.[838]

Adiante, o Ministro Marco Aurélio retomou a perplexidade sinalizada e defendeu que, depois de julgada a questão constitucional do caso, o Tribunal deveria ir adiante e esgotar a prestação jurisdicional definitivamente, o que implicava dizer que julgaria também a questão infraconstitucional posta naqueles autos (direito intertemporal e critério da especialidade), sob pena de o STJ se sobrepor à autoridade do julgamento do STF. Esta perplexidade foi superada no bojo daquela questão de ordem anteriormente resolvida.[839]

Ainda naquela sessão de julgamento, o Ministro Marco Aurélio retomou tal questão, agora com a preocupação voltada exclusivamente para o destino dos dois recursos extraordinários que haviam sido julgados, sobretudo, com aquele que ventilava matéria infraconstitucional ainda pendente de solução no STJ, sob pena de negação da prestação jurisdicional. Novamente foi vencido e acompanhado pelo Ministro Eros Grau.[840]

Quanto ao mérito, na seqüência do voto proferido pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello (os dois últimos antecipando os seus votos), votaram acompanhando-o, no sentido de negar provimento aos recursos. Por outro lado, o Ministro Eros Grau inaugurou a divergência e proferiu voto no

---

[838] Embora tenha sensibilizado alguns de seus pares, o Ministro Marco Aurélio permaneceu vencido na apreciação desta questão de ordem (cf. STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[839] Com efeito, solucionada a questão de sua competência, no sentido da inconstitucionalidade, como ficaria esta decisão se a questão infraconstitucional fosse resolvida de modo diverso? Afinal, para que não fosse negada a prestação jurisdicional, a questão infraconstitucional posta nos autos deveria ser examinada em algum momento: no próprio julgamento do STF (para esgotar a prestação jurisdicional e evitar eventual embaraço ao órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional) ou quando retornasse ao STJ (com o risco de que ele proferisse uma decisão no sentido contrário àquele julgamento prévio e prejudicial do STF). Consoante as palavras do Ministro Marco Aurélio: "Gostaria de saber qual é o consenso, se a maioria entende que devemos julgar só a matéria adequada ao trato no extraordinário, ou, se julgada essa matéria e ultrapassada a problemática da inconstitucionalidade, devemos também apreciar o que está contido no recurso especial, e sob a roupagem do extraordinário julgarmos o próprio recurso especial" (STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[840] O Ministro Marco Aurélio distinguiu a situação de cada um dos recursos de modo claro: "No Recurso Extraordinário n. 381.964-0/MG, com o julgamento procedido, dá-se, realmente o prejuízo do especial, porque se apontou, sob o ângulo legal, que o artigo 56 da Lei n. 9.430/96 não teria revogado a Lei Complementar n. 70/91, e assentamos que houve a revogação. Mas, no Recurso Extraordinário n. 377.457-3/PR, sobeja matéria ainda a ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça. Sobeja – não sei se procedente ou improcedente, porque não ocupo cadeira no Superior Tribunal de Justiça – tema alusivo ao conflito que não examinamos, ou seja, da Lei n. 9.430/96 com a Lei Complementar n. 95/98, no que essa Lei Complementar disporia sobre a revogação expressa e não implícita. Esse tema está em aberto: se, simplesmente, dissermos que também está prejudicado o recurso especial no que veicula essa matéria, a parte ficará sem a prestação jurisdicional". Por fim, o Ministro Gilmar Mendes, lembrando que nesta matéria há o RE 579.093, da relatoria do Ministro Marco Aurélio e cuja repercussão geral já fora reconhecida, propôs que fossem atribuídos aos RREE "todos os efeitos da repercussão geral, quer dizer, entendido que a matéria está pacificada, as demais instâncias estarão autorizadas desde já a exercer o juízo de retratação ou o prejuízo dos respectivos recursos" (STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

sentido de dar provimento ao recurso extraordinário. O Ministro Marco Aurélio proferiu o seu voto no mesmo sentido.[841]

Destaca-se, contudo, ligeiro trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no qual reconheceu ausente qualquer risco à segurança jurídica e, por conseguinte, inexistente eventual surpresa aos contribuintes.[842]

No sentido oposto e filiado à corrente minoritária no julgamento, o Ministro Marco Aurélio, no trecho final do voto que proferiu, reconheceu evidente violação à segurança jurídica, pois os contribuintes de boa-fé agiram de acordo com o entendimento emanado pelo próprio Estado (a súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça) e agora seriam surpreendidos pela mudança do tal direcionamento.[843]

No tocante ao pleito de modulação temporal dos efeitos daquela decisão, o Ministro Marco Aurélio levou o pleito à Corte e suscitou a sua deliberação a respeito da aplicação analógica do art. 27 da Lei n.9.868/99 (já que foi reconhecida a constitucionalidade do dispositivo legal então examinado).

Tratando-se da deliberação da Corte em torno da aplicação da modulação temporal dos efeitos daquela decisão, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se no sentido de não acolher o pleito, entendendo que a matéria já era pacificada na jurisprudência do STF e de acordo com lições doutrinárias, voto que ocupou não mais do que uma lauda.[844]

---

[841] A Ministra Ellen Gracie não se manifestou, por ausência justificada. O Ministro Eros Grau deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelos contribuintes, no que foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, que decidiu provê-lo "refletindo sobre os valores em jogo, refletindo sobre a unidade do sistema" (STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[842] Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa: "Reputo também ausente o risco à segurança jurídica, no que concerne a modificação de lei complementar por lei ordinária. A orientação da Corte quanto à desnecessidade de lei complementar para dispor sobre o tributo é anterior à publicação da Lei 9.430/1996, e, portanto, a modificação não pode ser considerada como fato capaz de tomar de surpresa os contribuintes" (STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[843] De acordo com as ponderações do Ministro Marco Aurélio: "Pois bem, muitos contribuintes, acreditando na postura do Estado, na segurança jurídica que os atos editados visam a implementar, deixaram de recolher a contribuição. Outros, em estágio suplantado posteriormente, atuaram procedendo a depósito e, considerada a pacificação da matéria, vieram a levantar os valores. Lucros, como ressaltado pelo jurista Hugo de Brito Machado, foram distribuídos, partindo-se da premissa de que realmente se estava, ao menos sob o ângulo formal, diante de preceito revelador da isenção". Em seguida, indagou: "Como fica almejada a segurança jurídica caso prevaleça a óptica até aqui majoritária? O Estado não pode surpreender os cidadãos que atuaram de boa-fé. O Estado não pode, de uma hora para a outra, mudar direcionamento que sempre observou e vir a dar o dito pelo não dito, mitigando a forma, tão indispensável à concretização dos ideários que lhe são próprios" (STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[844] Em outra oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes deferiu o pedido de medida liminar para suspender os efeitos de decisão proferida no âmbito de tribunal de origem nos autos de certo agravo de instrumento até decisão final em reclamação ajuizada perante a Suprema Corte. Naquela ocasião, no trecho pertinente, ele já se manifestava sinalizando a possibilidade de análise pelo STF de eventual modulação temporal da questão constitucional-tributária então posta: "Eventuais argumentos quanto à necessidade de se modular os efeitos de decisão que implicar mudança de jurisprudência, tendo em vista razões de segurança jurídica e com base no princípio da irretroatividade das normas em matéria tributária, poderão ser oportunamente analisados por esta Corte nos referidos recursos extraordinários [377.457 e 381.964]" (STF, Rcl. 5.612, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.02.2008, DJE 18.02.2008). No mesmo sentido: CONSULTOR JURÍDICO.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou as "ilações" e "conclusões" do Ministro Gilmar Mendes, sob o fundamento de que:

> Senhor Presidente, creio que a idéia de modular efeitos deve ter alguns parâmetros que a jurisprudência, ao longo do tempo, haverá de fixar. Penso que haverá de ser demonstrada a excepcionalidade da situação, a possibilidade de insegurança jurídica, quando se encaminhava a sociedade a acreditar numa jurisprudência num determinado sentido, quando não é este o caso, como bem lembra Vossa Excelência, e, ainda, a necessidade de sinalizar a atuação sobre determinada matéria para o que vier pela frente. Não vislumbro essas situações neste caso.[845]

Em seguida, e considerando o voto acima, o Ministro Menezes Direito levantou questão em torno da existência prévia ao julgamento da pacificação do tema no âmbito do STJ (objeto de súmula específica) no sentido contrário ao que vinha a ser pronunciado pelo STF naquele momento, a gerar "uma insegurança jurídica e conseqüências terrificantes".[846]

Depois de ligeiro debate que ocorreu entre alguns Ministros sobre a eventual consideração pelo Supremo Tribunal Federal de jurisprudência sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – e não de quaisquer outros tribunais de instâncias ordinárias – o Ministro Menezes Direito deferiu a aplicação analógica à modulação no caso, inaugurando, por conseguinte, a divergência nesse particular aspecto.

Em uma sucessão de votos "relâmpagos", o Ministro Ricardo Lewandowski negou a modulação na situação em apreço, ao fundamento de que a Corte "já havia sinalizado uma mudança de orientação", o Ministro Eros Grau decidiu no sentido de admiti-la, e o Ministro Joaquim Barbosa se manifestou contrariamente à modulação.[847]

Gilmar Mendes admite a possibilidade de modular decisão da Cofins. **Revista Consultor Jurídico**. 21.02.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-fev-21/gilmar_mendes_admite_modulacao_decisao_cofins>. Acesso em: 05.02.2009.

[845] STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008.

[846] Nas palavras do Ministro Menezes Direito, que provocou aparte no voto que vinha sendo então proferido: "É que eu estou considerando que essa matéria foi posta no plano infraconstitucional, reiteradamente, perante o Superior Tribunal de Justiça. E perante o Superior Tribunal de Justiça a matéria foi assentada em sentido exatamente oposto àquele que nós estamos julgando agora, ou seja, numa palavra, essa diferença de posições entre o que foi assentado no plano infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, e não é de hoje, é de muito tempo, e o que está sendo decidido neste momento, considerando que não houve decisão anterior, pode ter havido uma indicação, um indício, mas não houve, pode gerar, e aí é a sustentação que faço, uma insegurança jurídica e conseqüências terrificantes, porque as pessoas que vão ser atingidas com essa decisão, é preciso considerar, não são grandes contribuintes; são pequenos contribuintes". Embora o Ministro Gilmar Mendes tenha reconhecido a delicadeza da questão posta, manteve a sua decisão anteriormente proferida: "É muito delicado esse argumento contra a jurisprudência do STJ, embora se trate do STJ, porque, na verdade, como nós falamos por último, sempre podemos ter esse tipo de dissenso; podemos dizer que uma matéria estava pacificada nas demais instâncias e o Supremo reverteu o entendimento. E estaremos, então, condenados, sempre a fazer a modulação de efeitos, o que me parece bastante delicado nessa hipótese". Em sentido semelhante à colocação do Ministro Gilmar Mendes, confira também o segundo fundamento do voto do Ministro Cezar Peluso, que será transcrito adiante. A questão, neste caso, será devidamente equacionada pelo Ministro Celso de Mello, conforme veremos (cf. STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[847] STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008.

O Ministro Carlos Britto decidiu também inadmitindo a modulação no caso em análise, sob o fundamento de que "a confiança do contribuinte não chegou a ser abalada, porque não fizemos senão confirmar" as lições doutrinárias clássicas sobre as possíveis distinções entre a lei complementar e a lei ordinária (com reservas em função tão somente de algumas matérias específicas). De fato, no seu sentir, "isso não feriu, de nenhum modo, o chamado 'princípio da proteção da confiança' do contribuinte".[848]

O Ministro Cezar Peluso também decidiu no sentido de indeferir a tal modulação requerida, o que fez com base nos três brevíssimos fundamentos abaixo transcritos:

> Primeiro, porque, realmente, como já sustentei em meu voto, com o devido respeito, não vi densidade jurídica que justificasse uma confiança dos contribuintes a respeito dessa tese.
> Segundo, penso que não podemos, vamos dizer, baratear o uso analógico da modulação para os julgamentos no controle dos processos subjetivos, porque, se não, vamos transformá-la em regra: toda vez que alterarmos a jurisprudência dos outros tribunais, teremos, automaticamente, por via de conseqüência, de emprestar a mesma limitação.
> Em terceiro lugar, no caso concreto, parecem-se que, como se afirma a constitucionalidade, no fundo o Tribunal estaria concedendo moratória fiscal, se limitasse os efeitos.[849]

O Ministro Celso de Mello, por outro lado, deferiu a pretendida aplicação analógica do art. 27 da Lei n.9.868/99, no sentido de modular os efeitos da decisão que o Pleno proferiu naqueles autos, ao fundamento de que "razões de segurança jurídica" impunham a adoção da "medida excepcional". Inicialmente, registrou a existência, desde 2003, da Súmula n.276 do STJ, consagrada após ampla discussão, para, em seguida, explicitar que:

> Esse dado assume, a meu juízo, Senhor Presidente, extrema importância, pois coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que há de prevalecer nas relações entre o Estado e o contribuinte, em ordem a que as justas expectativas deste não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, em que se registra clara ruptura de paradigmas, com a prolação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária.
> Não se desconhece que, na cláusula constitucional que contempla o direito à segurança, inclui-se a positivação do direito à segurança jurídica, sob pena de se ignorar, com grave lesão aos cidadãos, o atributo da previsibilidade das ações estatais, que norteia e estimula a adoção de padrões de comportamento por parte das pessoas em geral (e dos contribuintes em particular).
> Os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias ou das deliberações emanadas dos corpos legislativos. (...).

---

[848] STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008.

[849] O Ministro Marco Aurélio manteve a sua orientação que, invariavelmente, tem sido contrária à modulação: "Não concebo a relativização da lei; não concebo que tenha o Supremo esse poder apenas por estar em posição na qual pode errar por último. Assim como não admito – por entender que se mostra até um incentivo à criação de tributo à margem da Constituição Federal – o empréstimo de eficácia perspectiva à declaração de inconstitucionalidade, também não admito que, no caso de uma glosa, como a que ocorreu, à pretensão do contribuinte, venha-se a dizer que a lei ordinária placitada pelo Plenário, alterando a lei complementar, não vigorou no território nacional até aqui. Equivaleria isso a modulação. Invariavelmente tenho votado contra a modulação" (STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

> A instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais, que, até então, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta do que se continha na Súmula 276/STJ –, não pode nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daqueles que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento ajustaram, de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça a propósito da subsistência, no caso, da isenção da Cofins (sem os grifos originais).[850]

Em seguida, o Ministro Celso de Mello focou especificamente "o postulado da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão":

> O postulado da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão nas ações do Estado representam diretrizes constitucionais a que o Supremo Tribunal Federal, em contexto como o que ora se apresenta, não pode permanecer indiferente.
> Na realidade, os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal.
> A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, como sucede no caso, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.[851]

Por fim, o Ministro Celso de Mello asseverou que o próprio Supremo Tribunal Federal sistematicamente decidia que a matéria era de índole infraconstitucional, confirmando, por conseguinte, aquele entendimento consolidado na Súmula n.276 do STJ. Daí por que, nesta situação, a existência da súmula assume especial relevo.[852]

Logo depois de prolatado o voto do Ministro Celso de Mello, os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto reformularam os seus entendimentos e, no caso, acompanharam a divergência instaurada a partir do voto do Ministro Menezes Direito.[853] Como

---

[850] Na seqüência do seu raciocínio, o Ministro Celso de Mello destacou diversos precedentes da Corte que envolveram o necessário reconhecimento de prestigiar o princípio da segurança jurídica, que se reveste de natureza eminentemente constitucional. Em seguida, retomando as lições doutrinárias do Ministro Victor Nunes Leal, explicou as significativas funções do enunciado sumular (cf. STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[851] Em seguida, o Ministro Celso de Mello assinalou que esta orientação proposta tem sido respeitada também pela prática jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, citando expressamente diversos precedentes neste sentido (cf. STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[852] Neste sentido: "E só passou a alterar esse entendimento a partir do julgamento do RE 419.629/DF e do RE 451.988-AgR/RS, dos quais foi Relator o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Aí, Senhor Presidente, ocorreu a ruptura em relação à diretriz jurisprudencial até então prevalecente nesta Suprema Corte". Estes dois acórdãos citados pelo Ministro Celso de Mello foram publicados em 17.03.2006 (cf. STF – Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, DJU 18.12.2008).

[853] Para manter a base comparativa com os julgamentos dos outros casos, examinados anteriormente, registra-se que das 157 páginas constantes deste acórdão, que conta com três diferentes questões de ordem, a solução do mérito da questão constitucional-tributária e o julgamento em torno da modulação temporal dos efeitos da decisão, apenas 30 foram dedicadas à relevante questão acerca da possibilidade de aplicar (de modo analógico) a modulação temporal dos efeitos da decisão com fulcro no art. 27 da Lei n. 9.868/99. Embora a maior parte dos votos tenham sido proferidos ao estilo

mencionamos, o julgamento em torno da modulação temporal dos efeitos da decisão encerrou-se empatado e desta decisão foram opostos embargos de declaração pelo Conselho Federal da OAB, na qualidade de assistente. Em 2009 o caso foi redistribuído para a Ministra Ellen Gracie.[854]

4.3.3.1 A trajetória da ADI 4.071

Na sessão de julgamento de 14.03.2007, o Pleno do STF iniciou o exame dos RREE 377.457 e 381.964 e, embora o julgamento tenha sido suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello proferiram naquela ocasião votos no sentido da constitucionalidade da revogação da isenção da COFINS incidente sobre as sociedades prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada. Este julgamento foi retomado e concluído em 17.09.2008.

No interregno que medeia as duas sessões acima referidas (em 22.04.2008) foi protocolada a petição inicial e distribuída ao Relator Ministro Menezes Direito a ADI 4.071, ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, que objetivou a declaração de

---

"relâmpago", destacaram-se neste julgamento a preocupação inicialmente levantada pelo Ministro Menezes Direito, no tocante à existência da súmula oriunda do STJ, e posteriormente mais bem delineada pelo Ministro Celso de Mello, cujo voto (de 10 laudas) explicitou a orientação do próprio STF no sentido de sistematicamente reconhecer que a questão era de índole infraconstitucional (remetendo àquela solução preconizada desde 2003 na Súmula n. 276) e angariou a reforma dos entendimentos anteriores dos Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto.

[854] Este recurso foi baseado em parecer da lavra do Professor Luís Roberto Barroso. Nele, constou robusto argumento jurídico no sentido da inaplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 (que exige *quorum* qualificado de dois terços), bastando, para atribuição de efeitos prospectivos à decisão do STF que modificou orientação sumulada pelo STJ (hipótese de mudança de jurisprudência), a maioria absoluta. Levando-se em consideração que, neste ponto, o julgamento terminou empatado, ou seja, com cinco votos proferidos para cada lado, então se tornaria necessário colher o voto da Ministra Ellen Gracie, ausente justificadamente na sessão de julgamento ocorrida em 17.09.2008 e para quem o caso foi redistribuído posteriormente para deslinde de tal questão pendente. Nas palavras do Professor: "A tese é a seguinte: a decisão desse Eg. Supremo Tribunal Federal no sentido de que as sociedades profissionais não gozam de isenção da COFINS caracteriza *norma tributária nova* (no sentido de texto normativo interpretado), uma vez que há 5 (cinco) anos o Superior Tribunal de Justiça editou e vinha aplicando normalmente sua Súmula 276, segundo a qual as referidas sociedades eram isentas da COFINS. Em se tratando de *norma* nova, somente poderia ser aplicada prospectivamente, por força da regra dos princípios constitucionais mencionados acima". Com arrimo nestes três sustentáculos constitucionais (regra da irretroatividade tributária e princípios da proteção da confiança e da boa-fé) que suportam o pilar da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito, pleiteiou-se a inaplicação do art. 27 (pela via direta ou analógica), situação em que deveria ser colhido o voto da Ministra Ellen Gracie (que prolataria o voto capaz de desempatar a questão referente à modulação), já que bastaria na hipótese a maioria de seis votos para o pronunciamento final (cf. EDITORIAL. Cobrança Retroativa: Leia estudo que diz que STF errou ao decidir sobre Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 24.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-24/leia_estudo_stf_errou_decidir_cofins>. Acesso em: 24.10.2008).

inconstitucionalidade do art. 56 da Lei n. 9.430/96, "que determina que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão regulamentada passem a recolher a COFINS".[855]

O objetivo declaradamente almejado com o ajuizamento da ADI 4.071 foi duplo. De um lado, atribuir à orientação jurisprudencial que vinha se consagrando nos autos dos RREE 377.457 e 381.964 (que então já contabilizava oito votos favoráveis ao Fisco) a eficácia vinculante e *erga omnes*, "para que não se corra riscos ainda maiores daqueles já existentes no seio da sociedade em relação a matéria no que diz respeito à segurança jurídica" (rediscussão e pacificação do tema). De outro, pleitear, "caso não se consiga reverter a tendência que esta A. Corte vem demonstrando acerca da questão", a modulação temporal dos efeitos da decisão, "para que somente passe a ser exigida a COFINS das sociedades profissionais após o trânsito em julgado da decisão definitiva deste Supremo Tribunal Federal" (aplicação do efeito prospectivo, na modalidade *ex nunc*).[856]

Com o intuito de "robustecer os argumentos apresentados pelos contribuintes na causa", a ação enumerou os seguintes argumentos que pretendeu repisar: a) a questão da hierarquia de lei, já que, diante apenas do *obiter dictum* (que não expõe os motivos determinantes) do Ministro Moreira Alves na ADC 1, "a norma de isenção da COFINS em relação às sociedades profissionais possui caráter materialmente complementar, não podendo ser simplesmente revogada por uma lei ordinária";[857] b) a necessidade de *quorum* especial para a edição de Lei Complementar; c) a necessidade de Lei Complementar para instituir a COFINS; e d) a necessidade de lei específica para a concessão e a revogação de isenções.[858]

No que interessa ao estudo a petição inicial da ADI 4.071 tratou dos efeitos prospectivos em tópico próprio. Inicialmente, a petição inicial explicitou a possibilidade de adoção dos efeitos prospectivos em juízo de constitucionalidade, sob o fundamento de que a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 requer a presença dos requisitos de "segurança jurídica

---

[855] Cf. petição inicial da ADI 4.071.

[856] Cf. petição inicial da ADI 4.071.

[857] De acordo com a petição inicial, que concluiu no ponto afirmando: "Isso porque, se estaria alterando o próprio rol de temas que a Constituição seleciona para que sejam regulados por lei complementar, tanto na dicção de seu texto, como na opinião de seus intérpretes doutrinadores. Dessa forma, irrelevante a questão acerca do caráter material ou formal da Lei Complementar n. 70/91, haja vista que preenche ambos os requisitos".

[858] Com vistas a corroborar a argumentação que veiculou, a petição trouxe o retrospecto histórico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde 2000 (cf. petição inicial da ADI 4.071).

ou de excepcional interesse social" e que uma interpretação teleológica leva a esta conclusão independentemente do juízo acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade.[859]

Neste sentido, a modulação temporal dos efeitos da decisão requerida seria necessária à luz da realidade fática posta, já que a edição e aplicação da Súmula n.276 do STJ certamente produziu "uma série de efeitos na sociedade que não podem ser desprezados", ainda que esta pacificação da jurisprudência tenha ocorrido no plano infraconstitucional, sob pena de conduzir a um cenário de "grave insegurança jurídica e danos à própria sociedade".[860]

Com efeito, a peculiaridade do caso submetido à apreciação do STF dizia respeito à necessária preservação da segurança jurídica, previstos no art. 150, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República e no art. 146 do CTN. Os danos sociais causados pela modificação da jurisprudência infraconstitucional pacificada no âmbito do STJ seriam evidentes, tendo em vista uma série de efeitos daí decorrentes que seriam produzidos na sociedade e que deveria ser levada em consideração naquele julgamento realizado pela Suprema Corte.

As sociedades profissionais se fiaram na jurisprudência do STJ e no teor da sua Súmula n.276, inclusive com o ajuizamento de ações contra a então ilegítima exigência de recolhimento da COFINS e, em alguns casos, com decisões favoráveis e até transitadas em julgado. Diante disso, seria recomendável que a obrigatoriedade do pagamento da COFINS ocorresse apenas e tão somente após o trânsito em julgado do pronunciamento definitivo do caso em trâmite junto ao Plenário do STF.[861]

Em seguida, a petição inicial invocou o argumento conseqüencialista de cunho econômico em favor dos contribuintes, na modalidade reversa daquele argumento

---

[859] Neste sentido, a petição inicial argumentou conclusivamente que "não há qualquer diferença entre a aplicação do art. 27 para os casos de declaração de inconstitucionalidade e a aplicação para os casos em que seja pela Corte declarada a constitucionalidade de dispositivo legal, se presentes os requisitos exigidos pelo artigo, embora a última hipótese seja mais incomum" (cf. petição inicial da ADI 4.071). Consoante destacamos anteriormente, este argumento restou superado no julgamento dos RREE, já que a Corte entendeu, de modo diverso aquele julgamento anteriormente proferido a respeito do IPI-Alíquota zero, que seria possível aplicar de modo analógico o art. 27 da Lei n. 9.868/99, isto é, seria possível estabelecer a "modulação temporal" dos efeitos da decisão que reconhecesse a constitucionalidade de determinado dispositivo legal.

[860] Consta na peça inaugural que: "68. Não se está a afirmar que o Supremo Tribunal Federal deva exercer um juízo de constitucionalidade restringindo os efeitos de tal decisão *pro futuro* como se no período que antecedeu tal juízo a lei fosse inconstitucional. O presente caso é diferente de tal hipótese. Trata de inegável situação de preservação da segurança jurídica". "69. O que se requer é que, o Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário, leve em consideração, para evitar grave insegurança jurídica e danos à própria sociedade, o fato de que, com a edição da Súmula n. 276 do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência já se encontra pacificada em relação à questão, ainda que em um plano infraconstitucional, tendo produzido uma série de efeitos na sociedade que não podem nem devem ser desprezados" (cf. petição inicial da ADI 4.071).

[861] A corroborar as suas razões, a Requerente lembrou ainda, na petição inicial, que a segurança jurídica é assegurada na legislação tributária pelo art. 146 do Código Tributário Nacional; bem como no art. 150, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, que estabelece o princípio da irretroatividade tributária.

freqüentemente levantado pela Fazenda Nacional que pugna pela consideração do tal "rombo" de X bilhões de reais aos cofres públicos, consoante destacamos nos trechos abaixo:

> 80. Diante da sólida orientação jurisprudencial do STJ consolidada pela Súmula n. 276, a alteração do entendimento já firmado por aquela E. Corte, no sentido de considerar constitucional o art. 56 da Lei n. 9.430/96, geraria simplesmente o caos financeiro para inúmeras sociedades profissionais, levando, certamente, a graves crises financeiras. Note-se que, no contexto da realidade brasileira, estão em discussão sociedades em sua avassaladora maioria pequenas, sem capacidade econômica para suportar tal 'virada' no entendimento jurisprudencial até então vigente, ainda que tal mudança na jurisprudência ocorra em outra instância.
> 81. O que se está a afirmar é que pouco importa que a Súmula seja do STJ e o novo entendimento seja emitido por esta A. Corte: a jurisprudência pátria é uma e que constitui, na prática, independente das vetustas discussões doutrinárias, fonte de direito, em relação à qual o cidadão se posiciona e procura se orientar (grifamos).[862]

Em outras palavras, a mudança da jurisprudência nacional (que é uma e constitui fonte de direito), tal como tenderia a ocorrer, geraria o "caos financeiro" para inúmeras sociedades profissionais, em sua avassaladora maioria pequenas e sem capacidade econômica, levando, certamente, a crises financeiras graves.

Em seguida, a petição inicial invocou a idéia de proteção da confiança, como decorrente do postulado da segurança jurídica, e concluiu que:

> 86. Portanto, em respeito ao STJ e à súmula n.276, caso este A. Tribunal entenda por julgar improcedente a presente Ação para afirmar a constitucionalidade da revogação trazida no art. 56 da Lei n. 9.430/96, que assim o faça para o futuro, respeitando os efeitos da orientação anteriormente pacificada no STJ e com os olhos voltados para a realidade em suas idiossincrasias.[863]

Estes foram os principais argumentos levantados pelo PSDB na petição inicial da ADI 4.071, que fora ajuizada com objetivo duplo. O primeiro foi para rediscutir o tema objeto dos RREE 377.457 e 381.964, qual seja, a manutenção ou não da isenção prevista no inciso II do art. 6º da Lei Complementar n.70/91 à luz da regra prevista no art. 56 da Lei n.9.430/96. Neste julgamento que já fora iniciado, contudo, já se somavam oito votos convergentes no

---

[862] Na seqüência, a petição inicial coloca o seguinte argumento: "82. O cidadão busca nos Poderes Constituídos segurança e previsibilidade para orientar suas ações. Havia, e ainda há, uma súmula no STJ em vigor a orientar o contribuinte. A decisão pela constitucionalidade do art. 56 da Lei n. 9.430/96 representa, na prática, a revogação da referida súmula".

[863] Adiante, o Requerente repisou que: "93. A não aplicação dos efeitos prospectivos no caso, portanto, equivaleria à uma retroatividade da lei, o que antes era permitido tornou-se proibido e por esta razão o contribuinte será punido, não importando a correção de seu proceder até então". "94. Ora, se nem mesmo as leis, por expressa definição constitucional, podem retroagir (art. 5º, XXXVI), poderia a jurisprudência? A resposta é simples e inescapável: não". Ao final, formulou o seguinte pedido: "103. Por fim, caso se entenda plenamente constitucional o dispositivo ora questionado, requer a concessão de efeitos prospectivos da referida decisão para que a COFINS passe a ser exigida das sociedades profissionais somente após o trânsito em julgado da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal".

sentido da constitucionalidade da incidência da COFINS sobre as sociedades civis de prestação de serviços legalmente regulamentadas.

A exemplo do que ocorreu com a manobra de ajuizamento da ADC 18, que é certamente a mais emblemática neste tema, o ajuizamento da ADI 4.071 pretendeu também trazer de maneira explícita o pedido da adoção dos efeitos prospectivos (na modalidade *ex nunc*) da decisão final do STF em homenagem à segurança jurídica e ao excepcional interesse social, ambos então evidenciados pela edição e vigência da Súmula n.276 do STJ.[864]

Com a decisão proferida pelo STF no sentido da precedência da ADC 18 em relação ao RE 240.785, que cuidou da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, os contribuintes nutriram certa expectativa de que, por coerência, esta inversão também ocorreria no tocante a ADI 4.071, que então precederia ao término do julgamento dos RREE 377.457 e 381.964. Esta expectativa de debate, contudo, frustrou-se, na medida em que o julgamento dos RREE foi concluído antes do exame da ADI 4.071.[865]

Pouco tempo depois de concluído o julgamento dos RREE 377.457 e 381.964 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Menezes Direito, Relator da ADI 4.071, decidiu de modo inusitado que a questão ali posta já fora objeto de decisão e que, naquela oportunidade a questão de fundo fora resolvida contrariamente à pretensão deduzida na petição inicial, bem como "o Plenário rejeitou a possibilidade de efeitos prospectivos àquela decisão, mediante a aplicação analógica do art. 27 da Lei n.9.868/99, por não vislumbrar razões de segurança jurídica suficientes para a pretendida modulação".[866]

---

[864] De fato, o cenário de insegurança jurídica ocasionado pela orientação que o STF tendia a tomar no interregno entre a prolação de oito votos contrários aos contribuintes e a conclusão do julgamento, pode ser exemplificado pelas seguintes notícias: CONSULTOR JURÍDICO. União pode cobrar Cofins de escritórios de advocacia do Rio. **Revista Consultor Jurídico.** 04.07.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul-04/uniao_cobrar_cofins_escritorios_rio>. Acesso em: 05.02.2009; CONSULTOR JURÍDICO. União insiste em cobrar Cofins de sociedade de advogados no Rio. **Revista Consultor Jurídico**. 26.10.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-out-26/uniao_insiste_cobrar_sociedade_advogados>. Acesso em: 05.02.2009; CONSULTOR JURÍDICO. Escritórios de Pernambuco devem pagar Cofins, decide TRF-5. **Revista Consultor Jurídico**. 04.10.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-out-04/escritorios_pernambuco_pagar_ cofins>. Acesso em: 05.02.2009.

[865] A respeito, confira a parte introdutória do seguinte estudo: SILVA, Celso de Albuquerque. Cofins das Sociedades Civis de Profissão Regulamentada e o Princípio da Segurança Jurídica. Um Caso de Modulação de Efeitos Temporais da Decisão a ser Proferida pelo Supremo Tribunal Federal? **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, Dialética, n. 155, ago 2008, p. 7-8. Confira ainda o trecho final do seguinte artigo: LEAL, Saul Tourinho; PISANI, José Roberto. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 6, n. 36, nov./dez. 2008, p. 117-118.

[866] Em seguida, o Ministro Relator esclareceu na sua decisão que: "Anoto que fiquei vencido no que se refere à modulação, considerando que a matéria estava pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, havendo, como salientou o eminente Ministro **Celso de Mello**, decisões da Suprema Corte na configuração da matéria como infraconstitucional. Todavia, o entendimento sobre a modulação ficou vencido diante da ausência de **quorum** necessário previsto no art. 27 da Lei n. 9.868/99". Por fim, ele indeferiu a petição inicial, com fulcro no art. 4º da Lei n. 9.868/99, no sentido de que "a matéria objeto desta ação direta de inconstitucionalidade já foi inteiramente julgada pelo Plenário, contrariamente à pretensão do requerente, o que revela a manifesta improcedência da demanda" (STF – Pleno, ADI 4.071, Rel. Min. Menezes Direito, decisão de 07.10.2008, DJE 14.10.2008). Desta decisão monocrática, o PSDB, autor da ADI, interpôs

4.3.4 Comentários

O pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos dos RREE 377.457 e 381.964 certamente foi aquém da expectativa que a comunidade jurídica aguardava para o caso, no sentido de que era esperada a aplicação da modulação temporal dos efeitos daquela decisão que no mérito desde logo se afigurava favorável ao interesse do Fisco.[867]

Inicialmente, uma questão que merece maior reflexão e que não foi objeto de exame neste julgamento do Plenário do STF diz respeito ao relacionamento entre as decisões – e a jurisprudência – deste órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e guardião máximo da Constituição Federal e a orientação jurisprudencial emanada dos demais tribunais da

---

agravo regimental, que foi desprovido, por maioria (STF – Pleno, ADI 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, decisão de 22.04.2009, DJE 06.05.2009). A respeito, confira: CARVALHO, Luiza de, IGNACIO, Laura e AGUIAR, Adriana. Escritórios têm nova derrota no caso da Cofins. **Valor Online**. São Paulo, 23.04.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 23.04.2009. Relembramos que daquela decisão proferida nos autos do RE 377.457 foram opostos embargos de declaração com vistas a colher o voto remanescente da Ministra Ellen Gracie (que seria capaz de desempatar no sentido da adoção ou não da modulação pleiteada). A decisão da ADI 4.071 transitou em julgado em 23.10.2009.

[867] Neste sentido, destacamos a título meramente ilustrativo, a seguinte notícia que antecedeu o julgamento e que evidenciou a expectativa em torno da modulação: EDITORIAL. Cofins para Advocacia: Gilmar Mendes admite a possibilidade de modular decisão da Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 21.02.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-fev-21/gilmar_mendes_admite_modulacao_decisao_cofins>. Acesso em: 24.02.2008. Destacamos também alguns breves artigos que sucessivamente se esforçaram em criticar a decisão tomada pelo Pleno do STF, especialmente no tocante a decisão de não aplicar a modulação temporal dos efeitos em homenagem às razões de segurança jurídica que pareciam tão evidentemente presentes naquela situação submetida ao exame da Corte Suprema. Houve, ademais, algumas notícias que mencionavam de modo claro tal perspectiva que então se tinha (e a sua conseqüente frustração em razão da aplicação do efeito *ex tunc* à decisão do STF que admitiu a revogação da isenção em debate). São eles: COSTA, Priscyla. Fim da Isenção: Escritório de advocacia tem de pagar Cofins, decide STF. **Revista Consultor Jurídico**, 17.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-17/escritorio_advocacia_pagar_cofins_decide_stf>. Acesso em: 17.09.2008; EDITORIAL. Cofins: STF decide que profissionais liberais terão de pagar Cofins. **Migalhas**, n. 18.09.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=69325>. Acesso em: 18.09.2008; CASTILHO, Thiago. Isensção da Cofins para as sociedades civis: qual dos fins, enfim? **Migalhas**, n. 1.986, 18.09.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_ articuladas.aspx?cod=69005>. Acesso em: 18.09.2008; EDITORIAL. Quorum desnecessário. OAB briga para advogados não pagarem Cofins retroativa. **Revista Consultor Jurídico**, 30.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-30/oab_briga_advogados_nao_pagarem_cofins_retroativa>. Acesso em: 30.09.2008; PASQUALIN, Roberto. Olhar Superficial: STF não fez justiça ao autorizar cobrança da Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 09.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-09/stf_nao_fez_justica_autorizar_cobranca_cofins>. Acesso em: 09.10.2008; PASQUALIN, Roberto. O Supremo e a retroatividade da Cofins. **Migalhas**, n. 13.10.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=71040>. Acesso em: 13.10.2008; EDITORIAL. Cobrança Retroativa: Leia estudo que diz que STF errou ao decidir sobre Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 24.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-24/leia_estudo_stf_errou_decidir_cofins>. Acesso em: 24.10.2008; ITO, Marina. ABC Tributário: Veja quais são os tributos que os advogados têm que pagar. **Revista Consultor Jurídico**, 27.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-27/veja_quais_sao_tributos _advogados_ pagar>. Acesso em: 27.10.2008; FRASÃO, Stanley Martins. A solução contra a quebra e a Cofins. **Migalhas**, n. 2.015, 29.10.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_ noticia_articuladas.aspx?cod=72293>. Acesso em: 29.10.2008; BIASI, Enio de. Duas Medidas: Supremo frustra sociedade ao revogar isenção da Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 06.11.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-06/supremo_frustra_sociedade_revogar_isencao_cofins>. Acesso em: 06.11.2008; FRASÃO, Stanley Martins. Quitação dos débitos. Em breve, novas sociedades deverão pagar Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 11.11.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-11/breve_novas_sociedades_deverao_pagar_cofins>. Acesso em: 12.11.2008.

Federação, especialmente do STJ que, ao seu lado, é órgão de cúpula das questões infraconstitucionais e com a missão de zelar pela uniformização da jurisprudência neste tema.

Esta questão permanece aberta e carente de solução adequada, tanto da doutrina como também da jurisprudência, inclusive com total falta de consenso entre a maioria dos Ministros. Tal solução deve necessariamente contemplar algum tipo de comprometimento da Suprema Corte, e não o absoluto desligamento, como se verificou no julgamento em foco.[868]

Além disso, o STF acumula também funções institucionais e políticas que certamente densificam ainda mais o elevado encargo de sua função propriamente jurisdicional. Está em permanente diálogo com os outros Poderes da República e com a sociedade ao mesmo tempo.

Como aceitar que o STF possa julgar determinado caso, que contempla também em seu histórico a consolidação da jurisprudência de outro órgão jurisdicional a ele submetido? São fatos relevantes que geram efeitos na ordem jurídica nacional e que devem ser levados em consideração, embora sabidamente não determinem o curso do pronunciamento final.

Com muito mais razão, aumenta exponencialmente a sua responsabilidade em razão de julgamento que contemple caso que foi objeto de súmula pelo órgão de cúpula da legislação infraconstitucional e cuja função primordial é uniformizar a jurisprudência federal – enunciada em súmula –,[869] especialmente se o caso foi remetido diretamente pelo STJ em razão da prejudicialidade do recurso extraordinário, nos termos do art. 542, § 2º, do CPC.

A situação concreta se agrava ainda mais se, como ocorreu neste caso, o STF vinha decidindo de maneira sistemática no sentido de não conhecer ou negar provimento aos recursos com base no fundamento de que a eventual ofensa à Constituição da República seria meramente indireta ou reflexa. Com isso, emitia a mensagem clara e reiterada de que a questão se limitava ao seu aspecto infraconstitucional, e que, portanto, deveria ser definida no âmbito único e exclusivo do STJ (que editou em 2003 a Súmula n.276).[870]

---

[868] De um lado, é de conhecimento geral que o STF não permanece engessado aos seus pronunciamentos do passado. Neste sentido, pode sempre revisar e modificar o entendimento anterior, inclusive cancelando verbete de súmula, ainda que vinculante, se for o caso. De outro, observamos o crescente esforço no âmbito legislativo no sentido de uniformizar a jurisprudência nacional, tanto em sede judicial como na esfera administrativa. Exemplo disso é a possibilidade de proferir decisão monocrática com fulcro no art. 557 (e fundamentada pela jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores), de não receber apelação quando contrária à jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, consoante estabelece o § 1º do art. 518, ambos do Código de Processo Civil, e a regulamentação da Súmula Vinculante.

[869] No mesmo sentido: "Nos bancos de qualquer faculdade de direito se aprende que a última palavra é reservada ao Supremo. Mas exatamente por ser a última, a definitiva, a irrecorrível, a suprema é a que deveria ser a mais responsável, a mais abrangente, a mais justa. O Supremo deve olhar toda a floresta, e não só a árvore" (PASQUALIN, Roberto. O Supremo e a retroatividade da Cofins. **Migalhas**, n. 13.10.2008. Disponível em:: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=71040>. Acesso em: 13.10.2008).

[870] Repisando a questão: "É que a declaração de que um tributo é devido, após longo tempo em que a jurisprudência dos tribunais superiores indicou em sentido contrário, causa grave violação à confiança legítima do contribuinte, que, acreditando no posicionamento dos Tribunais Superiores, planejou os seus negócios, calculou seus custos e preços,

É precisamente neste momento que sobressai a violação aos princípios da proteção da confiança e da boa-fé, como sustentáculos do pilar da segurança jurídica, que, por sua vez, é inerente ao Estado Democrático de Direito. Depois de superados os pontos anteriores quando rapidamente mencionados no decurso do julgamento em foco, sobre este aspecto fulcral o Ministro Celso de Mello chamou bastante a atenção da Corte em voto primoroso (técnico, denso e objetivo). Afinal, a relação a ser estabilizada e pacificada não é entre contribuintes de um lado e o Supremo Tribunal Federal de outro.

Com base exatamente nesses elementos (proteção da confiança e da boa-fé), o Ministro Celso de Mello demonstrou de modo fundamentado a violação que enxergou ao princípio da segurança jurídica. Retomou as antigas lições de Victor Nunes Leal sobre as súmulas, explicitou que a confiança legítima do cidadão dirige-se ao Poder Público, no qual está abrangido o Poder Judiciário e, por fim, assumiu clara posição a respeito do comprometimento da Suprema Corte com a jurisprudência (sumulada) do STJ que, no caso, não poderia ter sido ignorada. E o impacto de suas considerações foi tamanho que os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto reformularam os entendimentos que tinham manifestado horas antes ao Pleno, quanto à modulação dos efeitos.

De fato, o primeiro tinha proferido voto adotando como premissa que a Corte "já havia sinalizado uma mudança de orientação" e o segundo que "a confiança do contribuinte não chegou a ser abalada, porque não fizemos senão confirmar" as lições doutrinárias sobre o tema, de modo que, de nenhum modo, isso teria ferido o chamado "princípio da proteção da confiança do contribuinte", como vimos. Depois do voto do Ministro Celso de Mello, ambos, de modo coerente, voltaram atrás nos seus respectivos entendimentos.

A Ministra Cármen Lúcia, ao seu turno, deixou passar oportunidade ímpar de voltar atrás no seu entendimento para, igualmente, manter-se coerente com o voto que proferiu. Com efeito, consignou em seu voto que a modulação dá-se em situações excepcionais e que envolvam a possibilidade de insegurança jurídica, verificável quando a sociedade mirava a jurisprudência que se desenvolvia em determinado sentido e fora surpreendida pela sua mudança abrupta em sentido diverso.

---

realizou investimentos, na lídima crença da inexistência da obrigação de pagar o tributo". Neste sentido, "é forçoso reconhecer que a posição sumulada do STJ, acompanhada da recusa inicial do Tribunal Constitucional em conhecer da questão, em posição posteriormente reformada, despertaram no contribuinte a certeza de que a discussão estava encerrada com a prevalência do entendimento de que o tributo não era devido, em crença que não pode ser deixada de ser amparada pelo princípio da segurança jurídica" (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, Dialética, n. 145, out 2007, p. 112-113). Confira ainda: RIBEIRO, Ricardo Lodi. A COFINS, a Súmula n. 276 do STJ e o princípio da proteção da confiança legítima. **Fiscosoft**. São Paulo, 04.01.2008.Disponível em:<http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?pid=162983>.Acesso em: 02.08.2009.

Depois do voto do Ministro Celso de Mello, em que restou evidente a ruptura abrupta do paradigma então sedimentado na orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), a Ministra Cármen Lúcia poderia, também ela, ter voltado atrás no seu entendimento. Contudo, permaneceu incoerente no resultado final do julgamento da questão relacionada à modulação.

Semelhante crítica cabe sob certa medida para o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes que, em apertada síntese deste ponto, sinalizou lembrando o teor da ADC 1. Com isso, demonstrou absoluta insensibilidade para o problema que estava posto no julgamento em questão (e que foi tão bem captado e explicitado pelo Ministro Celso de Mello).

De igual modo, o Ministro Joaquim Barbosa, no voto que proferiu sobre o mérito da questão, decidiu pela ausência de qualquer risco à segurança jurídica e, por conseguinte, inexistente eventual surpresa aos contribuintes. À luz do voto do Ministro Celso de Mello poderia ter voltado atrás no seu entendimento, já que foi demonstrada a clara violação à segurança jurídica.

Ao contrário, o Ministro Marco Aurélio, decidiu de modo aparentemente paradoxal, mas guardando, em realidade, coerência com as suas convicções conhecidas. No final do seu voto sobre o mérito da questão, reconheceu evidente violação à segurança jurídica, na medida em que os contribuintes de boa-fé agiram de acordo com o entendimento emanado pelo próprio Estado (a súmula do STJ) e agora foram surpreendidos pela mudança no direcionamento.

Insta salientar que, neste trecho, o voto do Ministro Marco Aurélio (sobre o mérito) coincide com o voto do Ministro Celso de Mello (sobre a aplicação da modulação) e ambos se contrapõem ao voto da Ministra Cármen Lúcia e ao voto do Ministro Joaquim Barbosa, vez que estes reconheceram expressamente que inexistiu qualquer violação à segurança jurídica.

Este fundamento (da violação à segurança jurídica) foi suficientemente robusto para que o Ministro Marco Aurélio proferisse o seu voto sobre o mérito no sentido contrário à maioria, tendo permanecido vencido juntamente com o Ministro Eros Grau. Contudo, quando prolatou o voto acerca da aplicação do efeito *ex nunc* indeferiu-a, mantendo, simplesmente, a sua orientação que, invariavelmente, tem sido contrária à modulação.

Além disso, o Ministro Marco Aurélio consignou a sua perplexidade sobre as complicações engendradas pela dualidade recursal atualmente existente no sistema processual brasileiro e a constante preocupação em prestar a jurisdição, que foi direcionada à Corte pelas questões de ordem que suscitou (sobre a remessa dos autos do STJ para o STF, em vista da

possível prejudicialidade prevista no CPC). O tema permanece em aberto e carente de idéias e solução, tanto em sede doutrinária como também jurisprudencial. É interessante notar que, no julgamento, alguns Ministros mostraram-se igualmente preocupados com esta questão.[871]

Voltando ao voto da Ministra Cármen Lúcia, tecemos uma última crítica. É curioso que ela tenha se manifestado no sentido de que "a idéia de modular efeitos deve ter alguns parâmetros que a jurisprudência, ao longo do tempo, haverá de fixar". Quanto a isso, parece não haver qualquer dúvida. A dúvida consiste em saber por que ela, ocupando cargo do mais alto prestígio junto à Corte Suprema, não o fez nessa oportunidade.

Com efeito, excluindo-se o caso do IPI-Alíquota zero, suscitado e bravamente debatido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, as questões envolvendo o prazo qüinqüenal para prescrição e decadência de créditos tributários e a COFINS das sociedades profissionais foram exemplos tímidos de manifestação da Corte a respeito da modulação temporal dos efeitos de sua decisão em matéria tributária.[872]

Embora a Corte seja composta por mais dez Ministros, a crítica dirigida à Ministra Cármen Lúcia pode ser estendida aos demais, na medida em que cabe a cada um deles – e a todos juntos – estabelecer com urgência e, principalmente, de maneira fundamentada e objetiva, os tais parâmetros, especialmente quando as principais questões constitucionais-tributárias estão amontoadas no Pleno e pendentes de pronunciamento definitivo capaz de pacificar e estabilizar as relações entre cidadão e Poder Público.

Quanto ao voto do Ministro Menezes Direito, duas críticas positivas se impõem. A primeira diz respeito ao seu entendimento de que o STF está comprometido com o seu

---

[871] Embora o desenvolvimento de tais idéias seja estimulante, elas não são objeto deste estudo. Adianta-se, porém, que possivelmente parte das perplexidades levantadas pelo Ministro Marco Aurélio possam ser resolvidas pela natureza própria do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Uma vez declarada a inconstitucionalidade, por exemplo, então não caberá ao STJ julgar a questão infraconstitucional, que não resistirá e a jurisdição já terá sido prestada quando do julgamento da questão pelo STF, já que não é possível subsistir na ordem jurídica uma lei ou ato normativo legal e inconstitucional. Por outro lado, reconhecida a constitucionalidade pelo STF, então ele deverá devolver os autos para o STJ, que será responsável pelo julgamento da questão infraconstitucional ali posta, que poderá resultar tanto na legalidade como na ilegalidade, a depender da situação concreta apresentada, vez que a constitucionalidade convive com estas duas possibilidades sem qualquer contradição.

[872] Em tom francamente emotivo, confira o seguinte trecho de breve artigo veiculado pela internet logo depois do julgamento pelo STF do caso da COFINS das sociedades profissionais, especialmente levando-se em consideração aquele julgamento anterior sobre a prescrição qüinqüenal para prescrição e decadência de créditos tributários. Dentre tantas perplexidades expostas pelo articulista, destacamos a seguinte: "Causa-nos espécie o conceito de 'dois pesos e duas medidas' que foi utilizado no julgamento pela mais alta Corte do Brasil. Equivale a dizer: o Direito do Erário, do Público, do Interesse Coletivo é maior e melhor do que o Direito do Indivíduo, do Cidadão, do Contribuinte. Leis inconstitucionais não são nulas '*ab initio*'? O enriquecimento ilícito não é crime? O crime do contribuinte é punido sem excepcionalidades. É devido! Pague-se! O mesmo crime cometido pelo Poder Público é subjetivado ou relativizado, pois, através da modulação, valoriza a condição especial do criminoso, que tomou dos 'contribuintes de bem' o que não lhe cabia. Faz-se isso em homenagem à segurança jurídica? Se assim admitirmos, inverteremos por completo a matriz direcional do espírito constitucional" (BIASI, Enio de. Duas Medidas: Supremo frustra sociedade ao revogar isenção da Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 06.11.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-06/supremo_frustra_sociedade_revogar_isencao_cofins>. Acesso em: 06.11.2008.

relacionamento com a jurisprudência do STJ. A segunda, que é decorrência da primeira, refere-se à sua compreensão de que aquela decisão poderia gerar uma insegurança jurídica e conseqüências que denominou como "terrificantes". De fato, ele apontou ao longo do julgamento que os contribuintes que seriam atingidos com a decisão eram "pequenos", e não "grandes". Mantendo-se fiel ao tradicional argumento de cunho conseqüencialista de que tantas vezes lançava mão (neste caso, a conseqüência econômica que seria suportada pela classe de contribuintes que seriam atingidos pela decisão), decidiu no sentido de deferir o pleito de aplicação do efeito *ex nunc*. Neste ponto, é interessante notar que este argumento constou expressamente da petição inicial da ADI 4.071, da qual foi Relator.

O voto do Ministro Cezar Peluso merece alguns comentários, especialmente pela aparente contradição quando lançou seus três fundamentos. Inicialmente, a "densidade jurídica que justificasse uma confiança dos contribuintes a respeito da tese" foi demonstrada pelo Ministro Celso de Mello e, de modo tão claro, que serviu de base para a refomulação dos entendimentos anteriores dos Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto.

Aqui surge a aparente contradição. De um lado, o Ministro Cezar Peluso reconheceu que o Tribunal não pode "baratear o uso analógico da modulação para os julgamentos no controle dos processos subjetivos", no que está coberto de razão. Do contrário, tornar-se-ia indevidamente a exceção em regra.

De outro lado, ele asseverou que, em razão da constitucionalidade, o eventual uso analógico implicaria a concessão de "moratória fiscal". Como ele especifica que está cuidando do "caso concreto", surgem algumas perplexidades. Por vezes, quando houver o reconhecimento da constitucionalidade do ato normativo, eventual aplicação analógica (ou não, se for o caso de mudança de jurisprudência, como sustentando pelo Professor Luís Roberto Barroso no seu parecer sobre o assunto) levará sempre a tal "moratória fiscal".

Levando-se em consideração a natureza dúplice das ações diretas e a amplificação dos efeitos do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, como doutrina reiteradamente o Ministro Gilmar Mendes, qual seria o problema de conceder a tal "moratória fiscal", especialmente se contraposta ao outro lado da moeda, que seria o enriquecimento ilícito pelo Estado de quantias declaradas inconstitucionais e que foram indevidamente apropriadas (já que decorridas a prescrição e a decadência, conforme o caso)?

Parece-nos que o reconhecimento do que o Ministro Cezar Peluso chamou de "moratória fiscal" nada mais é do que a institucionalização do reverso da moeda que há tanto tempo vem enriquecendo o Estado. Ele entende que a concessão de "moratória fiscal" deve

sempre ser evitada, o que implica não utilizar o "uso analógico da modulação". Resta saber qual será o seu entendimento diante destas questões em suas próximas manifestações, sobretudo, quando reconhecida a constitucionalidade de determinada exação tributária.

Outra crítica do julgamento examinado que salta aos olhos refere-se ao erro material verificado no seu resultado, onde consta que o pleito de aplicação do efeito *ex nunc* foi "rejeitado pela maioria" de cinco Ministros, vencidos cinco Ministros.[873]

É curioso notar que em desfavor dos contribuintes nesse julgamento foram superados alguns pontos contraditórios como: a preocupação com o exagero no uso da modulação (preocupação que não se mostrou presente na "tarde inglória" do julgamento sobre a modulação na decisão acerca do prazo qünqüenal da prescrição e da decadência dos créditos tributários); a conclusão preferencial de julgamento dos recursos extraordinários que antecedeu a ADI ajuizada sobre o mesmo tema (ao contrário do que ocorreu com o RE 240.785, que versava sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e foi sobrestado para aguardar o início do julgamento da ADC 18 que o precedeu no julgamento da questão); o total desapreço que o Tribunal, como instituição, tem pelos seus precedentes e orientações, vez que pela terceira vez ignorou o conjunto francamente majoritário de suas decisões, acenando no sentido de ser sensível ao argumento conseqüencialista de cunho econômico e com o traço *ad terrorem*, já que pela terceira vez decidiu a questão em torno da modulação em favor do Fisco; e por fim, a verdadeira recompensa ao famigerado "dever legal de recorrer" em detrimento da necessária e esperada pacificação social que deve ser promovida no âmbito judicial.

Por fim, um último comentário que pode soar jocoso neste estado de coisas em que vivemos, mas que pode ter sólido fundamento jurídico. Tendo em vista que no RE 377.457 foram opostos embargos de declaração e levando em consideração a emblemática flutuação jurisprudencial acerca deste tema tributário específico, o Supremo Tribunal Federal tem uma oportunidade ímpar de solucionar este caso.

Com efeito, já vimos que a mudança de jurisprudência anteriormente consolidada, como indubitavelmente ocorreu nesse caso, deve respeitar os princípios da proteção da

---

[873] Com efeito, lembre-se de que a Ministra Ellen Gracie estava ausente neste julgamento que, portanto, terminou empatado. Este erro material foi objeto de parecer da lavra do Professor Luís Roberto Barroso, que serviu de base para a oposição dos embargos de declaração pelo Conselho Federal da OAB, como vimos. O principal argumento focou, de modo claro e suscinto, o aspecto de que os três sustentáculos constitucionais ali em jogo (regra da irretroatividade tributária e princípios da proteção da confiança e da boa-fé) que suportam o pilar da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito, leva à necessária inaplicação do art. 27 (de modo direto ou analógico), vez que a situação verificada não foi de mera declaração de inconstitucionalidade ou reconhecimento de constitucionalidade, mas de mudança de jurisprudência. Por conseguinte, descabe cogitar o *quorum* de dois terços previsto no dispositivo assinalado. Neste caso, deveria ter sido colhido o voto da Ministra Ellen Gracie (que prolataria o voto capaz de desempatar a questão referente à modulação), já que basta na hipótese a maioria de seis votos para o pronunciamento do resultado final.

confiança legítima do contribuinte, da boa-fé e da irretroatividade. Equivale, sob o ponto de vista prático, a instituição de tributo ou majoração de sua alíquota. Assim considerado, nada mais justo que submeter tal mudança de jurisprudência aos princípios e regras constitucionais dirigidas às limitações ao poder de tributar.

A despeito de reconhecer a constitucionalidade da lei, pode aplicar a decisão com efeito *ex nunc*, como pleiteado nos autos dos recursos extraordinários em foco, vez que se trata da hipótese de mudança de jurisprudência que ocorreu de modo contrário aos contribuintes.

Pergunta-se: e por que não a regra da anterioridade tributária? Com efeito, esta regra é uma limitação ao poder de tributar destinada a precaver os contribuintes das surpresas inesperadas em tema tributário. Levando-se em consideração que o resultado do julgamento implica majoração de zero (isenção) para certa alíquota da COFINS, nada mais justo e razoável do que aplicar a este novo entendimento jurisprudencial (formado ou reformado) a regra constitucional da anterioridade tributária que, no caso, é mitigada (por se cuidar de contribuição social).

A Corte poderia ir mais longe, respeitando a anterioridade nonagesimal prevista no § 6º do art. 195 da Constituição da República, que se aplica para a instituição ou majoração de contribuições sociais. Com efeito, têm-se valiosas defesas no sentido de que o princípio da irretroatividade tributária serve de sustentáculo do princípio da segurança jurídica, a qual é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Seguindo esta linha de raciocínio, a COFINS incidiria na atividade exercida pelas sociedades prestadoras de serviços profissionais a partir de noventa dias após a publicação do acórdão do STF, quando então ele produziria seus efeitos. À luz do cenário existente hoje, entendemos que esta seria a solução mais justa ao caso. Tratar-se-ia, em realidade, da aplicação do efeito prospectivo (na modalidade *pro futuro*), no qual produziria seus regulares efeitos a partir de noventa dias depois de transitado em julgado.

5 TESE PROPOSTA

Diante do exposto nos capítulos e tópicos do presente trabalho, formulamos as seguintes regras com vistas a sistematizar as considerações acerca do argumento pragmático ou conseqüêncialista de cunho econômico em matéria tributária:

> **Regra A**: O argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico não deve ser computado sozinho na decisão judicial em matéria tributária, sob pena de sua manifesta ilegitimidade.
>
> **Regra B**: O argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico pode ser legitimamente computado na decisão judicial em matéria tributária, desde que seja considerado de modo explícito, seja capaz de corroborar os argumentos jurídicos que a sustentam e seja fundamentado em sede constitucional de maneira clara.
>
> **Regra C**: Em nenhuma hipótese deve ser admitido, na decisão judicial, o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária sustentado de maneira implícita, camuflada ou de modo que não seja fundamentado em sede constitucional, sob pena de sua flagrante ilegitimidade.

Em congruência com essas três regras sobre a decisão judicial acerca do mérito em matéria tributária, colocamos agora a regra única, que diz respeito à modulação dos seus efeitos da seguinte maneira:

> **REGRA ÚNICA**: Tendo em vista que na modulação dos efeitos da decisão judicial consideram-se as suas conseqüências, elas somente serão válidas se forem reconduzidas aos enunciados normativos previstos na Constituição. Dentre as conseqüências válidas em jogo, prevalece aquela de maior valor axiológico ou que concretiza o texto na maior medida.

Objetivando otimizar parte das conclusões que alcançamos no presente trabalho, buscamos deixar contribuição que sirva como um ponto de partida para o aprofundamento deste debate. Fechamos com a seguinte proposta legislativa, consistente no acréscimo de parágrafos ao art. 27 da Lei n.9.868/99:

> **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.

§ 1º. *Após a decisão em torno da inconstitucionalidade de legislação tributária, o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico somente será considerado na restrição de seus efeitos para dar maior concretude às normas constitucionais.*

§ 2º. *Antes da restrição dos efeitos e depois da decisão sobre o juízo de constitucionalidade as partes devem manifestar-se exclusivamente sobre esta parte remanescente do julgamento.*[874]

[874] Os trechos destacados em *itálico* representam o acréscimo que sugerimos.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **As Emendas Constitucionais Tributárias e os 20 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 256 p.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**: fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte, 2006. 444 p.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. 142 p.

AGAMBEN, Giorgio. **Il Regno e la Gloria**: Per una genealogia teológica dell'economia e del governo. Vicenza: Neri Pozza Editore, 2007. 333 p.

AGOSTINHO, Theodoro Vicente. O instituto da prescrição e da decadência das contribuições de seguridade social. Súmula Vinculante n.08 do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2085, 17 mar, 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12475>. Acesso em: 17.03.2009.

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: *Jus*PODIVM, 2008. 191 p.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 166 p.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 355 p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**: A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Lisboa, 27 a 30.04.1987.

ALMEIDA, Vânia Hack de. **A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. mimeo. 198 p.

ALVES JR. Luis Carlos Martins. IPI. Insumos não tributados ou tributados à alíquota zero. Agravo regimental. Nova jurisprudência do STF. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1574, out, 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=811>. Acesso em: 19.01.2009.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. O creditamento do IPI na aquisição de insumos desonerados. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1876, 20 ago 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11619>. Acesso em: 16.01.2009.

ALVIM, Daniel Pincowscy Cardoso Martins de Andrade. **Tributação Inconstitucional e Prazo para o Exercício da Pretensão Restitutória**: O controle jurisdicional do abuso do poder de tributar como forma de reforço do princípio da legalidade. Monografia – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2008. mimeo. 129 p.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Retrospectiva 2008: Espaço do Supremo em assuntos constitucionais aumentou. **Revista Consultor Jurídico**, 06.01.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-06/espaco_supremo_assuntos_ constitucionais_aumentou>. Acesso em: 07.01.2009.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 272 p.

ANDRADE, André Martins de. A Base de Cálculo da Contribuição ao PIS. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.1, p. 11-14, out. 1995.

ANDRADE, André Martins de. A Perigosa Extensão ao Direito Tributário da Teoria Geral das Nulidades. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.5, p. 09-12, fev. 1996.

ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial**: Uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 413 p.

ANDRADE, André Martins de. PIS: os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.3, p. 9-11, dez. 1995.

ANDRADE, Fábio Martins de. A (in)aplicação dos efeitos prospectivos na jurisprudência do STF em matéria tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Dialética, n. 175, p. 44-55, abr. 2010.

ANDRADE, Fábio Martins de. A ADC 18 e a modulação temporal dos efeitos: por que a eventual decisão acerca da inconstitucionalidade da inclusão da parcela do ICMS na base de cálculo da Cofins e do Pis na ADC 18 não deve ter efeito ex nunc em benefício da Fazenda Nacional. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Dialética, n. 166, p. 61-77, jul. 2009.

ANDRADE, Fábio Martins de. A ADC 18, a modulação e o dilema do STF. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, ano 10, n.2.318, Legislação & Tributos/SP, p. E 2, 10.08.2009.

ANDRADE, Fábio Martins de. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da repercussão geral em matéria tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n.85, p. 148-192, mar./abr. 2009.

ANDRADE, Fábio Martins de. A regulamentação da repercussão geral das questões constitucionais nos recursos extraordinários: EC n.45/2004, Lei n.11.418/2006 e Emenda Regimental do STF n.21/2007. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 45, n.177, p. 83-94, jan./mar. 2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. A Repercussão Geral das Questões Constitucionais nos Recursos Extraordinários (EC n.45/2004 e Lei n.11.418, de 19.12.2006). **Informativo Eletrônico Dialex**. Brasília, ano XXV, edição n.17, 24.01.2007.

ANDRADE, Fábio Martins de. A Repercussão Geral em Matéria Tributária no Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 13, n. 1962, 14 nov, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11963>. Acesso em: 14.11.2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. COFINS das sociedades civis de prestação de serviços: compatibilidade da Súmula 276 do STJ com o julgamento do STF (RE 377.457-PR e 381.964-MG). **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 15, n.75, p. 387-393, jul./ago. 2007.

ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC n.45/2004 e Lei n.11.417, de 19.12.2006). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 44, n.174, p. 49-72, abr./jun. 2007.

ANDRADE, Fábio Martins de. Ensaio sobre o inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n.147, p. 175-198, maio 2007.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário**: A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 445 p.

ANDRADE, Fábio Martins de. O conseqüencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Dialética, n. 172, p. 34-43, jan. 2010.

ANDRADE, Fábio Martins de. O dilema do Supremo Tribunal Federal. **Jornal do Commercio**. Rio de Janeiro, ano CLXXXII, n.154, Opinião, p. A13, 14.05.2009.

ANDRADE, Fábio Martins de. O dilema do Supremo Tribunal Federal. **Correio Braziliense**. Brasília, 22.06.2009 (Direito & Justiça), p.03. Disponível em: <http://www2. correioweb.com.br/direitojustica/sup_dej_7.htm>. Acesso em: 27.06.2009.

ANDRADE, Fábio Martins de. O Poder Judiciário e a governabilidade. Comprometimento ou independência? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2.375, 01.01.2010. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14109>. Acesso em: 01.01.2010.

ANDRADE, Fábio Martins de. Procedimento para o Julgamento de Recursos Repetitivos no Âmbito do STJ – Anotações à Lei n.11.672/2008 (Acréscimo do art. 543-C no CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Ed. Dialética, n. 65, p. 17-27, ago, 2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. Procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos repetitivos – anotações à Resolução do STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008 (regulamenta a Lei n. 11.672/2008). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Ed. Dialética, n. 67, p. 54-66, out. 2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário: Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 43, n.171, p. 177-197, jul./set. 2006.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008. 160 p.

APPIO, Eduardo. Linha do Tempo: Modulação dos efeitos de decisão é poder político do STF. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 25.07.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-25/modulacao_efeitos_decisao_poder_ politico_stf>. Acesso em: 25.07.2008.

APPIO, Eduardo. Teoria Política: Ativismo judicial só é admissível para as minorias. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 21.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel-tutela-direitos-minorias>. Acesso em: 21.05.2009.

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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 21-37, 2001.

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 171-211, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A justificação conseqüencialista de decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. mimeo. 220 p.

ATHENIENSE, Aristóteles. Democracia em Risco: Ao usar arbitrariedade fiscal, Executivo ameaça cidadania. **Revista Consultor Jurídico**, 15.03.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-15/usar_arbitrariedade_fiscal_executivo_ameaca_ cidadania>. Acesso em: 15.03.2007.

ATIENZA, Manuel. **Derecho y Argumentación**. Bogotá; Universidad Externado de Colombia, 1997. 138 p.

ÁVILA, Ana Paula. **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. 182 p.

ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. 431 p.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-157, 2003.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30.06.2008.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**: De acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004. 601 p.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**: De acordo com a emenda constitucional n. 53, de 19.12.2006. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 623 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. 208 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. 127 p.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7.ed. Atual.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004. 142 p.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2003. 204 p.

BARBOSA, Rui. **Discursos no Instituto dos Advogados Brasileiros**. CARMO, Laura do; SENNA, Marta de; PEREIRA, Soraia Farias Reolon (Orgs.). Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro, vol. XIX, 1892, t. III, MEC, 1956, p. 355-361. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11.07.2008.

BARBOSA, Ruy**. Commentarios á Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, Vol. I, p. 18. Originário de: Anistia Inversa, 2.ed. Rio, 1896.

BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 335 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 356 p.

BARRETTO, Vicente (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 874 p.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional:** Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 424 p.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstituição Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 790 p.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 233-268.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 21.04.2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 427p.

BARROSO, Luís Roberto. Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. *Quorum* de deliberação. Leia estudo que diz que o STF errou ao cobrar COFINS retroativa. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-24/leia_estudo_stf_errou_decidir_cofins>. Acesso em: 05.02.2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

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. 388 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 479 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 345 p.

BARROSO, Luís Roberto. Parecer: 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**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n.2, p. 261-288, abr.-jun. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, t. I, 2001. 661 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2003. 704 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, t. III, 2005. 604 p.

BASILE, Juliano e JAYME, Thiago Vitale. Judiciário favorece aumento de juros, diz Jobim – Entrevista com o Ministro Nelson Jobim. **Valor Econômico**. São Paulo, 13.12.2004. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 12.04.2008.

BASILE, Juliano. 'Modulação' de efeitos de decisão do Supremo evita perdas à União. **Valor Econômico**. Disponível na em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 13.06.2008.

BASILE, Juliano. Governo economiza R$ 55,4 bilhões com vitórias nos tribunais em 2008. **Valor Online**. São Paulo, 12.01.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com. br>. Acesso em: 12.01.2009.

BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 312 p.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2.ed. São Paulo: Lejus, 2004. 151 p.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. 275 p.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. 190 p.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 384 p.

BERNARDES, Juliano Taveira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In:* **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, ano 1, n.8, jan 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/revista08.htm>. Acesso em: 05.04.2000.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Súmulas do STJ comentadas**: súmulas selecionadas relativas aos temas: direito empresarial, direito falimentar, direito bancário, direito securitário, direito marcário: efeito vinculante versus stare decisis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BIASI, Enio de. Duas Medidas: Supremo frustra sociedade ao revogar isenção da Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 06.11.2008. Disponível em: <http:// www.conjur.com.br/2008-nov-06/supremo_frustra_sociedade_revogar_isencao_cofins> Acesso em: 06.11.2008.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986, 303 p.

BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei n.9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 139-165, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 275 p.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 897 p.

BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,868 p.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione**. Trad. Corrado Bertani. Brescia: Editrice Morcelliana, 2006. 73 p.

BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha**: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 532 p.

BORGES, Eduardo. Intenção Salvadora: Justiça protege contribuintes que agem de boa-fé. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 16.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-16/justica-protege-contribuintes-mesmo-errando-agem-boa-fe>. Acesso em: 16.05.2009.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, abril/maio/junho 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 29.04.2008.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 380 p.

BRASIL, Assembléia Nacional Constituinte. **Anais**: Atas da 153º à 161º Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 9, 02 set./28 out. 1987.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Anais**: Atas da 237º à 247º Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 16, 04 abr./13 abr. 1988.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Anais**: Atas da 322º à 330º Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 23,23 ago./27 ago. 1988.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Diário**: Atas da Sessão da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 2, n. 218, p. 200-205, abr. 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002. 140 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Secretaria de Documentação. **Sessão solene de Instalação do Ano Judiciário de 2007: 1º-2-2007**. Brasília: Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2007.

BRÍGIDO, Carolina. STF proíbe créditos de IPI de produtos com alíquota zero. **O Globo Online.** 15.02.2007. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2007/02/15/294596029.asp>. Acesso em: 19.01.2009.

BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade Humana entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 276 p.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei n.9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.59, p. 113-123, ago 2000.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial**: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2007. mimeo. 479 p.

BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 55, n.179, set/out 1958.

CAGGIANO, Monica Herman. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo. *In:* MORAES, Alexandre (Coord.). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, p. 99-123, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma contribuição ao estudo do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 294 p.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **"Custos dos Direitos" e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. 310 p.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Exclusão do ICMS da Base de Cálculo de Tributos Federais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.145, p. 7-22, out 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 273 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, 96 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. 134 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. 142 p.

CARBONELL, Miguel (Coord.). **El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 340 p.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. 334 p.

CARDOSO, Maurício e CRISTO, Alessandro. Herança Constitucional: Judiciário está maduro para usar poder político – Entrevista com o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 03.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-03/entrevista-manoel-goncalves-ferreira-filho-advogado>. Acesso em: 03.05.2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Milão: Padova, vol. IV: La funzione del processo di cognizione (parte III), p. 418-455, 1930.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional & Democracia – Integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2007. 273 p.

CARVALHO, Luiza de, IGNACIO, Laura e AGUIAR, Adriana. Escritórios têm nova derrota no caso da Cofins. **Valor Online**. São Paulo, 23.04.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 23.04.2009.

CASSONE, Vittorio. Parecer PGFN n.405, de 12.03.2003. Informativo **Tributário Deloitte Touche Tohmatsu** – n.4/2003. Disponível em: <http://www.deloitte.com.br/ publicacoes/2003all/042003/ipi/Par405.pdf>. Acesso em: 16.01.2009.

CASTILHO, Thiago. Isensção da Cofins para as sociedades civis: qual dos fins, enfim? **Migalhas**, n.1.986, 18.09.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_ noticia_articuladas.aspx?cod=69005>. Acesso em: 18.09.2008.

CASTRO, Anna Karina Lopes de. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Conteúdo Jurídico**. Brasília, 09 out 2008. Disponível em: <http:www.conteudojuridico.com.br/?content=2.21317>. Acesso em: 02.06.2009.

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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 39-99, 2001.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira (1891)**. Ed. Fac-similar (1902). Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. 2.ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1952, vol. IV.

CHAER, Márcio e PINHEIRO, Aline. Cofins para Advogados – Cofins: Marco Aurélio dá esperança para sociedades de advogados. **Revista Consultor Jurídico**, 11.02.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-fev-11/ministro_marco_aurelio_ esperanca_advocacia>. Acesso em: 14.02.2008.

CIMINELLI, Selma. Contribuições Previdenciárias – Prescrição e Decadência – o Entendimento do STF – uma Questão de Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.159, p. 115-122, dez 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/ inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, ano 2, n.13, jun 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/ques_politica.htm>. Acesso em: 28.09.2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. STF reconheceu que só lei complementar regula matéria tributária. **Revista Consultor Jurídico**. 23.06.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jun-23/lei_complementar_regular_materia_tributaria>. Acesso em: 02.02.2009.

CONJUR EDITORIAL. **Anuário da Justiça 2007**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2007.

CONJUR EDITORIAL. **Anuário da Justiça 2008**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2008.

CONJUR EDITORIAL. **Anuário da Justiça 2009**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2009.

COSTA, Priscyla. Farra dos Tributos: Em 2007, 83% das empresas cometeram equívoco fiscal. **Revista Consultor Jurídico**, 04.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-04/2007_83_empresas_cometeram_equivoco_ fiscal>. Acesso em: 05.10.2008.

COSTA, Priscyla. Fim da Isenção: Escritório de advocacia tem de pagar Cofins, decide STF. **Revista Consultor Jurídico**, 17.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/ 2008-set-17/escritorio_advocacia_pagar_cofins_decide_stf> Acesso em: 17.09.2008.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009. 452 p.

COUTINHO, Filipe. Congresso aprovou menos de 3% dos projetos de 2008. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 11.04.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-11/chegaram-congresso-55-mil-projetos-2008-149-viram-lei>. Acesso em: 11.04.2009.

COY, Peter. Ei vocês, gênios da economia, o que houve? **Valor Online**. São Paulo, 22.04.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 22.04.2009.

CRISTO, Alessandro. Batalha Perdida: Fazenda briga por teses já consolidadas pelo Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, 30.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-30/fazenda_briga_teses_consolidadas_supremo>. Acesso em: 31.10.2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu . **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009. 673 p.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.55, p. 50-70, abr 2000.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de tributos com efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 280 p.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. 308 p.

DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007. 290 p.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 572 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

DWORKIN, Ronald. **The Supreme Court phalanx**: The Court's new right-wing bloc. New York: New York Review Books, 2008. 71 p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.

EDITORIAL. Atrito de Poderes: Chinaglia reclama de interferência do Judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, 09.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-09/chinaglia_reclama_interferencia_judiciario>. Acesso em: 12.09.2008.

EDITORIAL. Audiência Pública: STF – Luís Roberto Barroso propõe soluções para racionalizar judicialização da saúde no Brasil. **Migalhas**, n.2.136. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 07.05.2009.

EDITORIAL. Cobrança Retroativa: Leia estudo que diz que STF errou ao decidir sobre Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 24.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-24/leia_estudo_stf_errou_decidir_cofins>. Acesso em: 24.10.2008.

EDITORIAL. Cofins: STF decide que profissionais liberais terão de pagar Cofins. **Migalhas**, n.18.09.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia. aspx?cod=69325>. Acesso em: 18.09.2008.

EDITORIAL. Desequilíbrio de Poderes: Constituição de 88 tornou país ingovernável, diz Sarney – Entrevista com José Sarney. **Revista Consultor Jurídico**, 14.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-14/constituicao_ 88_tornou_pais_ ingovernavel_sarney>. Acesso em: 16.09.2008.

EDITORIAL. Escritórios de Pernambuco devem pagar Cofins, decide TRF-5. **Revista Consultor Jurídico**. 04.10.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-out-04/escritorios_pernambuco_pagar_cofins>. Acesso em: 05.02.2009.

EDITORIAL. Executivo lista ações tributárias no STF. **Revista Consultor Jurídico**, 05.03.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-05/representantes-executivo-entregam-lista-acoes-tributarias-stf>. Acesso em: 07.03.2009.

EDITORIAL. Exportadores aguardam acordo sobre crédito-prêmio no Senado – Entrevista com Roberto Giannetti. **Valor Online**. São Paulo, 27.04.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 27.04.2009.

EDITORIAL. Gilmar Mendes admite a possibilidade de modular decisão da Cofins. **Revista Consultor Jurídico**. 21.02.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-fev-21/gilmar_mendes_admite_modulacao_decisao_ cofins>. Acesso em: 05.02.2009.

EDITORIAL. Procuradoria instala divisão de gestão da dívida ativa da União – Entrevista com Luis Inácio Adams. **Valor Online**. São Paulo, 26.02.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 26.02.2009.

EDITORIAL. Quorum desnecessário. OAB briga para advogados não pagarem Cofins retroativa. **Revista Consultor Jurídico**, 30.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-30/oab_briga_advogados_nao_pagarem_cofins_ retroativa>. Acesso em: 30.09.2008.

EDITORIAL. União insiste em cobrar Cofins de sociedade de advogados no Rio. **Revista Consultor Jurídico**. 26.10.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-out-26/uniao_insiste_cobrar_sociedade_advogados>. Acesso em: 05.02.2009.

EDITORIAL. União pode cobrar Cofins de escritórios de advocacia do Rio. **Revista Consultor Jurídico.** 04.07.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul-04/uniao_cobrar_cofins_escritorios_rio>. Acesso em: 05.02.2009.

EDITORIAL. Vagas em Comissões: É vetado ao Judiciário avaliar escolhas do Legislativo. **Revista Consultor Jurídico**, 31.03.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-31/judiciario-nao-avalia-fundamentos-politicos-escolhas-legislativo>. Acesso em: 01.04.2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, p. 05-16, out/dez 1989.

ERDELYI, Maria Fernanda. Supremo confirma retroatividade para IPI com alíquota zero. **Revista Consultor Jurídico**. 25.06.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 19.01.2009.

FAIDIGA, Daniel Bijos. **Abstrativização dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade e estabilidade da jurisdição constitucional a partir do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. Dissertação de Mestrado em Função Social do Direito - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, 2007. 251 p.

FALSITTA, Gaspare. **Giustizia tributaria e tirannia fiscale**. Milano: Giuffrè Editore, 2008. 550 p.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009. 313 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional**: Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007. 587 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009. 110 p.

FERRAZ, Marcos Bosi. Dilemas da Saúde: Constituição reconhece escassez de recursos. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 09.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-09/constituicao-reconhece-escassez-recursos-publicos-saude>. Acesso em: 09.05.2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 163 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 302 p.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 44, n. 173, p. 193-207, jan-mar 2007.

FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003. 161 p.

FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 378 p.

FRASÃO, Stanley Martins. A solução contra a quebra e a Cofins. **Migalhas**, n.2.015, 29.10.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_ noticia_articuladas.aspx?cod=72293>. Acesso em: 29.10.2008.

FRASÃO, Stanley Martins. Quitação dos débitos. Em breve, novas sociedades deverão pagar Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 11.11.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-11/breve_novas_sociedades_deverao_pagar_ cofins>. Acesso em: 12.11.2008.

FROEHLICH, Charles Andrade; HAMMES, Elia Denise. **Manual do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. 282 p.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 380 p.

GERA, Renata Coelho Padilha. **A Natureza e os Efeitos da Inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. 157 p.

GODOI, Marciano Seabra. Por que a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.18 (Incidência de PIS/Cofins sobre a Parcela do ICMS) não deve ser Admitida pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.150, p. 79-84, mar 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Parecer PGFN/CAT n.1.617/2008**. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Coordenação-Geral de Assuntos Tributários, 1º.08.2008.

GOUVEIA, Humberto. **Limites à atividade tributária e o desenvolvimento nacional**: Dignidade da pessoa humana e capacidade contributiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. 263 p.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. 209 p.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006. 214 p.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 291 p.

GUASTINI, Ricardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2008. 102 p.

GUERREIRO, Rutnéa Navarro. O Papel do Advogado Tributarista na Sociedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.1, p. 69-70, out. 1995.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 445 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 55 p.

HAIDAR, Raul. Do ponto de vista tributário, 2008 foi o ano do rato. **Revista Consultor Jurídico**, 09.01.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-09/ponto_vista_tributario_2008_foi_ano_rato>. Acesso em: 12.01.2009.

HAIDAR, Raul. Parabéns sem Festa: Constituição faz vinte anos com insegurança tributária. **Revista Consultor Jurídico**, 15.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-15/constituicao_ faz_vinte_anos_inseguranca_tributaria?pagina=2>. Acesso em: 16.09.2008.

HAIDAR, Rodrigo. Anabolizante Judicial: Quando o Legislativo vai mal, o Judiciário toma conta – Entrevista com o Prof. Luis Roberto Barroso. **Revista Consultor Jurídico**, 21.09.2008. Disponível em: <http:// www.conjur.com.br/2008-set21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta>. Acesso em: 22.09.2008.

HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional**: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 88 p.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999. 255 p.

HORWITZ, Paul. Review Constitutional Conscience: The moral dimension of judicial decision by Jefferson Powell and How judges think by Richard A. Posner. **Social Science Research Network Electronic Paper Collection**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1131406>. Acesso em: 18.04.2009.

HUBER, Rudolf. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. México: Konrad Adenauer, 2009.

IGNACIO, Laura. Pesquisa mostra que quase todos os artigos do CTN são contestados. **Valor Econômico**. São Paulo, Legislação & Tributos, 06.01.2009, p. E2.

ITO, Marina. ABC Tributário: Veja quais são os tributos que os advogados têm que pagar. **Revista Consultor Jurídico**, 27.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-27/veja_quais_sao_tributos advogados_pagar>. Acesso em: 27.10.2008.

ITO, Marina. Furos na Lei – Entrevista: Patrícia Perrone Campos Mello. **Revista Consultor Jurídico**, 07.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar>. Acesso em: 16.09.2008.

ITO, Marina. Reflexos Positivos: Crise vai pressionar regulamentação do mercado nos EUA. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 16.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-16/crise-economica-pressionar-regulamentacao-mercado-eua>. Acesso em: 16.05.2009.

ITO, Marina. Risco de Politização. "Judicialização é fato, ativismo é atitude". **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 17.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>. Acesso em: 18.05.2009.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

JAMES, William. Pragmatismo. São Paulo: Martins Claret, 2005. 174 p.

JANCZESKI, Célio Armando. A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.157, p. 17-26, out. 2008.

JANINI, Tiago Cappi. Os Efeitos Produzidos pela Modulação da Declaração de Inconstitucionalidade do Prazo Prescricional de Dez Anos para a Cobrança dos Créditos Previdenciários na Hipótese de Parcelamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.159, dez 2008.

JANINI, Tiago Cappi. Os Efeitos Produzidos pela Modulação da Declaração de Inconstitucionalidade do Prazo Prescricional de Dez Anos para a Cobrança dos Créditos Previdenciários na Hipótese de Parcelamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.159, p. 123-130, dez. 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992. 433 p.

LEAL, Fernando. **Decidindo com Normas Vagas**: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. mimeo. 280 p.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a Adoção da Doutrina Prospectiva negando Direitos aos Contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.158, p. 78-86, nov 2008.

LEAL, Saul Tourinho; PISANI, José Roberto. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n.36, p. 101-122, nov/dez 2008.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**: Limitações constitucionais ao poder de tributar. Recife: Nossa Livraria, 2005. 292 p.

LOPES, Idevan César Rauen. Estado Regulador: A Constituição de 1988 e o desenvolvimento econômico. **Revista Consultor Jurídico**, 13.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-13/constituicao_1988_ desenvolvimento_economico>. Acesso em: 15.10.2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.57, p. 72-87, jun. 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Segurança Jurídica e Lei Complementar. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.152, p. 103-113, mai. 2008.

MACIEL NETO, Pedro Benedito. Viés antidemocrático: Sistema judicial e político estão em rota de colisão. **Revista Consultor Jurídico**, 26.09.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-26/sistema_judicial_politico_rota_colisao>. Acesso em: 26.09.2008.

MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Orgs.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 556 p.

MALLET, Estêvão. **Ensaio sobre A Interpretação das Decisões Judiciais**. São Paulo: LTr, 2009. 80 p.

MANCUSO, Rodolfo de C. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos; ROTHERNBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, p. 239-243, 2003.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Controle de Constitucionalidade e Ação Rescisória em Matéria Tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 147 p.

MARIANO, Cynara Monteiro. Efeitos do controle de constitucionalidade em matéria tributária e as garantias fundamentais dos contribuintes. *In:* BONAVIDES, Paulo (Dir.). **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 341-355, jan.-jun. 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer: Leis municipais com declaração de inconstitucionalidade cinco anos após sua edição – Eficácia 'ex nunc' justificável. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n.77, p. 138-152, ago 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevidéo: Konrad Adenauer, 2005.

MARTINS. Ives Gandra da Silva. Emaranhado Tributário: Legislação existente é confusa, complexa e mal elaborada. **Revista Consultor Jurídico**, 23.07.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/legislacao_existente_confusa_complexa_mal_elaborada>. Acesso em: 24.07.2008.

MATSUURA, Lilian. Produção Legislativa: Judiciário de Portugal sofre com leis confusas. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 30.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-30/assim-brasil-judiciario-portugal-sofre-leis-confusas>. Acesso em: 30.05.2009.

MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 945 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n.6, p. 327-338, abr.-jun. 2007.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 315 p.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**: As Cortes Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Marco Aurélio de. **Vencedor e Vencido (Seleção de notas e pronunciamentos no Supremo Tribunal Federal)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 256 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996. 446 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental e a aplicação do artigo 27 da lei n° 9.868/99. **Síntese Jornal.** Porto Alegre, ano 9, n.99, p.14-18, maio 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1.364 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008. 447 p.

MISABEL, Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 859 p.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORAIS, Roberto Rodrigues de. Carga tributária hoje é maior que no Brasil colônia. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 21.04.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com. br/2009-abr-21/carga-tributaria-pais-alta-brasil-colonia>. Acesso em: 21.04.2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. 587 p.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NABAIS, José Casalta. **Estudos de Direito Fiscal**: Por um Estado Fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. 638 p.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2.ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, p. 75-110, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 303 p.

NOGIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 144 p.

NOGUEIRA, Rui. Visão de Mundo: Respeito à toga – Entrevista com o Ministro Marco Aurélio Mello. **Vencedor e Vencido (Seleção de notas e pronunciamentos no Supremo Tribunal Federal)**. Rio de Janeiro: Forense, p. 251-256, 2006.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. CD-ROM e Imunidade Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.83, p. 168-170, ago 2002.

OLIVEIRA, Bruno Patrício. O Judiciário e a Economia: Bom funcionamento do Judiciário contribui com a economia. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 01.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/bom-funcionamento-judiciario-contribui-desenvolvimento-economico>. Acesso em: 02.05.2009.

PASQUALIN, Roberto. O Supremo e a retroatividade da Cofins. **Migalhas**, n.13.10.2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op= true&cod=71040>. Acesso em: 13.10.2008.

PASQUALIN, Roberto. Olhar Superficial: STF não fez justiça ao autorizar cobrança da Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, 09.10.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-out-09/stf_nao_fez_justica_autorizar_cobranca_ cofins>. Acesso em: 09.10.2008.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: A concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 176 p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 722 p.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: A nova retórica. 2.ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 653 p.

PETTIT, Philip (Org.). **Consequentialism**. Aldershot: Dartmouth, 1993. 490 p.

PIMENTA, Dalmar. Fim retroativo do crédito IPI causará prejuízo abrupto. **Revista Consultor Jurídico**. 14.07.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em:19.01.2009

PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. A Súmula Vinculante n.08 e o Lançamento Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.167, p. 99-106, ago 2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. 223 p.

PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Orgs.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1.070 p.

PISANI, José Roberto; LEAL, Saul Tourinho. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 6, n.36, p. 101-122, nov./dez. 2008.

PISTOLESI, Francesco. **La Giustizia Tributaria**: I cittadini e Il fisco. Bologna: Il Mulino, 2006. 138 p.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. 193 p.

PONS, Marcos Caleffi. Contribuições Previdenciárias. Inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n.8.212/91 – Efeitos da Súmula Vinculante n.8 e da Decisão Proferida no RE n.559.882-9 em Relação a Processos Judiciais em Andamento e com Decisões Transitadas em Julgado. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.162, p. 40-49, mar 2009.

PORFÍRIO, Fernando. Troca de Poderes: Omissão legislativa faz TJ paulista legislar. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 02.04.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-02/judiciario-paulista-aponta-omissao-legislativo-legisla-lugar>. Acesso em: 05.04.2009.

POSNER, Richard A. **A failure of capitalism**: The crisis of '08 and the descent into depression. Cambridge: Harvard University Press, 2009. 346 p.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. 387 p.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. 398 p.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647 p.

POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983, 415 p.

PULIDO, Carlos Bernal. **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Editorial Trotta, 2006. 67 p.

QUEIROZ, Antônio Augusto. Retrospectiva 2008: Legislativo produziu leis demais com qualidade de menos. **Revista Consultor Jurídico**, 27.12.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-27/legislativo_produziu_leis_demais_qualidade>. Acesso em: 29.12.2008.

RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**: Vício e Sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. 255 p.

RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. Democracia e Controle da Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 219-231

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A COFINS, a Súmula n.276 do STJ e o princípio da proteção da confiança legítima. **Fiscosoft**. São Paulo, 04.01.2008. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?pid=162983>. Acesso em: 02.08.2009.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legitíma do Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.145, p. 99-115, out 2007.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Segurança Jurídica do Contribuinte** (Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 300 p.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os Conceitos Indeterminados no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.149, p. 63-76, fev 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Temas de Direito Constitucional Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 401 p.

RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sergio André. **Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 264 p.

RONCAGLIA, Daniel. Retrospectiva 2008: Congresso tem ano apático enquanto Justiça cresce de importância. **Revista Consultor Jurídico**, 03.01.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-03/congresso_ano_apatico_enquanto_judiciario_cresce>. Acesso em: 04.01.2009.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**: Comentários às sumulas do STF e do STJ. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n.9.868/99. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 269-292, 2001.

SÁ FILHO, Francisco. **Relações entre os Poderes do Estado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia**: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 163 p.

SADEK, Maria Tereza. Ativismo Judiciário: Hoje, é inquestionável o papel político do Judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, 31.08.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ago-31/hoje_inquestionavel_papel_politico_judiciario>. Acesso em: 02.09.2008.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: Uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 140 p.

SALAZAR, Andrea Lazzarini e GROU, Karina Bozola. Causas e Conseqüências: Justiça garantindo remédios não prejudicam orçamento. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 09.05.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-09/ma-administracao-prejudica-orcamento-nao-remedios-dados-justica>. Acesso em: 09.05.2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de Legitimidade da Jurisdição Constitucional e as Mudanças Legais do Regime de Constitucionalidade no Brasil. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 165-218, 2001.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2008. 1.146 p.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Ed. Fac-similar (1918). Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**: Homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 507 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Belo Horizonte: Livraria dos Advogados Editora, 2008. 389 p.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 655 p.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus Interesses privados**: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 246 p.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 9-45, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 219 p.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 308 p.

SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 868p.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 816 p.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 184 p.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004. 311p.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 1991. 254 p.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 160 p.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 234 p.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade**: Estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 311 p.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**: Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. 326 p.

SILVA, Celso de Albuquerque. Cofins das Sociedades Civis de Profissão Regulamentada e o Princípio da Segurança Jurídica. Um Caso de Modulação de Efeitos Temporais da Decisão a ser Proferida pelo Supremo Tribunal Federal? **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.155, p. 7-17, ago 2008.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua Legitimação e Aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 319 p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1.501 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. Harmonia entre os Poderes e Governabilidade. BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **Revista de direito do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n.1, p. 25-35, jan-mar 2006.

SILVA, Neusa Cardim da. **Roteiro para normalização de dissertações e teses**. Rio de Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2003. 64 p.

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**. São Paulo: Dialética, n.83, p. 150-167, ago. 2002.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre, Síntese, 2004.

SOUZA NETO, Claúdio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 344 p.

SOUZA NETO, Claúdio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 868 p.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista CEJ**. Brasília, ano XII, n.41, p. 74-84, abr./jun. 2008, p. 75; **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 9, n.89, p. 01-23, fev./mar. 2008.

SOUZA, Giselle. Código está ultrapassado. **Jornal do Commercio**. Rio de Janeiro, Direito & Justiça, 27.02.2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de Souza. **Do precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 272 p.

STERNICK, Daniel. **Modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária: parâmetros para a aplicação do art. 27 da Lei n.9.868/99**. Monografia – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008. mimeo. 149 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas do Direito Brasileiro**: Eficácia, Poder e Função. A ilegitimidade do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. mimeo. 191 p.

STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 463-482, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series, n.56 (2d Series), Public Law and Legal Theory Working Paper n.28, 48 p. **The Social Science Research Network Electronic Paper Collection**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=320245>. Acesso em: 09.01.2008.

TAVARES, Alexandre Macedo. A Responsabilidade Estatal pelo Desempenho Irregular da Função de legislar como Engrenagem do Sistema de Freios e Contrapesos à Possibilidade de o STF atribuir Eficácia Prospectiva às Decisões de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.159, p. 7-18, dez 2008.

TEIXEIRA, Fernando. Justiça consolida aplicação da ‘modulação’ de decisões. **Valor Online**. São Paulo, 19.01.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 19.01.2009.

TEIXEIRA, Fernando. STJ usa mecanismo da ‘modulação’ em processo de licitação. **Valor Online**. São Paulo, 16.02.2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 16.02.2009.

TEIXEIRA, Fernando. Supremo analisará neste ano temas que envolvem R$ 100 bi. **Valor Econômico**, São Paulo, 03.01.2008.

TEIXEIRA, Fernando. TRF limita impactos de decisões judiciais. **Valor Online**. São Paulo, 20.11.2008. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br>. Acesso em: 20.11.2008.

TEIXEIRA, Gianfrancesco N. Falta de Oxigênio: Sistema Tributário Nacional está sofrendo de esquizofrenia. **Revista Consultor Jurídico**, 17.01.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jan-17/ sistema_tributario_nacional_sofrendo_ esquizofrenia>. Acesso em: 18.01.2008.

TOKARSKI, Marcelo. Cinco anos de perdão para devedores do INSS. Governo perde R$ 83 bilhões. **Correio Braziliense**. 14.06.2008. Disponível em: <http://cbnews.correioweb.com.br/html/sessão_1/2008/06/14/noticia_interna,id_sessao.../noticia_interna.shtml>. Acesso em: 02.02.2009.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 358 p.

TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 200 p.

TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade Tributária e Riscos Sociais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.59, p. 95-112, ago 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352 p.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional e financeiro tributário**: O orçamento na constituição. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. V, 2000. 519 p.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional e financeiro tributário**: Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidade e Isonomia. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. III, 2005. 624 p.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 158 p.

ULHÔA, Raquel. Oposição ameaça recorrer ao Supremo contra CSS. **Valor Online**. São Paulo, 21.08.2009. Disponível em: <http://www.valoronline. com.br>. Acesso em: 23.08.2009.

VALE, André Rufino. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009. 274 p.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009. 152 p.

VAZ, Deivid Sarmento. A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o papel do Senado Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2.051, 11 fev 2009. Disponível em: <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12318>. Acesso em: 02.06.2009.

VELANO, Emilia Maria. **A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias**: a "segurança jurídica" e o "interesse social relevante" à luz dos princípios tributários constitucionais. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2003. mimeo. 250 p.

VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária "Modulação" dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.157, p. 7-16, out 2008.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000.

VIANNA, Ataliba Pereira. **A Constitucionalidade das Leis**. Tese para concurso à Cadeira de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Rio de Janeiro: [S.l.], 1947.

VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 Anos da Constituição Cidadã de 1988**: Efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008. 520 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: Jurisprudência política. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 233 p.

VINCENTI, Umberto. **Diritto senza identità**: La crisi delle categorie giuridiche tradizionali. Roma: Editori Laterza, 2007. 174 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contro l'etica della verità**. Roma: Laterza, 2008. 172 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**: El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008. 109 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. **La exigencia de justicia**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2006. 70 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 256 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 166 p.

ZULETA, Hugo R. **Normas y Justificación**: Una investigación lógica. Madrid: Marcial Pons, 2008. 151 p.