

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

**Rafaela Lora Franceschetto**

**MODULAÇÃO DE EFEITOS DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA**

**Mestrado em Direito Tributário**

**São Paulo**

**2012**

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

**Rafaela Lora Franceschetto**

**MODULAÇÃO DE EFEITOS DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA**

**Mestrado em Direito Tributário**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na área de concentração de Direito do Estado, subárea de Direito Tributário, sob a orientação da Professora Doutora Clarice von Oertzen de Araújo.

**São Paulo  
2012**

FRANCESCHETTO, Rafaela Lora. **Modulação de efeitos da norma jurídica tributária**. 2012. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

Folha	Linha	Onde se lê	Leia-se
3ª do Sumário	4	DE EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
3ª do Sumário	5	supremo tribunal federal	Supremo Tribunal Federal
21	26	organizaráa	organizará
26	11	temos que,,	temos que,
38	8	(princípio da legalidade lato sensu)	(princípio/regra da legalidade <i>lato sensu</i> )
38	10	(princípio da legalidade penal), XXXL (princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica), LIV e LV (princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa); do art. 150, incisos II (princípio da legalidade tributária) e III, alíneas “a” (princípio da irretroatividade da lei tributária), “b” (princípio da anterioridade de exercício) e “c” (princípio da anterioridade mínima). Da aplicação destes princípios e regras, concretiza-se a segurança jurídica.	(princípio/regra da legalidade penal), XXXL (princípio/regra da irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica), LIV e LV (princípio/regra do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa); do art. 150, incisos II (princípio/regra da legalidade tributária) e III, alíneas “a” (princípio/regra da irretroatividade da lei tributária), “b” (princípio/regra da anterioridade de exercício) e “c” (princípio/regra da anterioridade mínima). Da aplicação destes princípios e/ou regras, a depender da classificação adotada, concretiza-se a segurança jurídica.
46	14	aquela atinja o passado	ela atinja o passado
59	16	em busca em busca	em busca
73	19	compressão	compreensão
74	2	definido	definida
74	4	para o uso termo	para o uso do termo
75	6	desordem	surpresa
80	5	vão	vai
99	8	derivadas trata	derivadas, trata
105	27	controle constitucionalidade	controle de constitucionalidade
107	4	inválida	válida
110	22	fundante	fundantes
130	7	Anexo I	Anexos A e B
132	19	a relevância da segurança	a relevância das razões de

		jurídica envolvida	segurança jurídica envolvidas
134	32	12 (doze)	13 (treze)
143	33	se aquela mantenha	se mantenha
145	23	que a tenha	que tenha
150	11	jurisprudencial	jurisprudência
158	25	temática. O trabalho	temática, o trabalho
160	9	à sua medida	à medida
177	8	estrita”.	estrita”:
195	18	pelos Poder	pelo Poder
197	1	ser verá	se verá
200	9	o objeto serão	o objeto será
204	8	e outro também	e outra norma também
212	21	inválida	válida
213	13	sendo-lhe sendo negada	sendo-lhe negada
217	21	em que se suscitada	em que suscitada
221	1	RE 350.446/PR	RE 353.657/PR
233	14	ainda mais base	ainda mais a base
262	3	DE EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

A você, Henrique,  
que no meu ventre acompanhou a rotina de aulas e trabalhos,  
que desde o nascimento dividiu minha presença com esse projeto,  
que é minha fonte de inspiração e de perseverança,  
que é o sentido da minha vida,  
dedico essa dissertação.

## AGRADECIMENTOS

O que no começo parecia ser apenas um degrau; acabou se tornando uma escada...

No percurso de subida, muitas mãos foram ao encontro das minhas. A todos os seus “donos” serei eternamente grata.

Mas há alguns, que além das mãos, também me ofereceram um olhar esperançoso, um ombro para descansar e também para conter algumas lágrimas, um sorriso e até gargalhadas que encheram de alegria os meus dias nesses últimos três anos, a audição cuidadosa e criteriosa sobre as ideias desse projeto, uma batida de pé conjunta para firmar o ânimo de seguir em frente... Estes são:

Pai e Mãe: vocês me ofereceram tudo, e sempre. São meus exemplos de vida, de dignidade, de perseverança e de amor. Obrigada por tanto amor!

Ale: que surpresas a vida nos proporcionou, não é? Todas elas, hoje, compõem um diário que leremos juntos até o dia em que o lerão para nós... Obrigada pelos versos de amor, de carinho e de apoio escritos juntamente com as notas desse trabalho; como essas, foram decisivos para a sua conclusão.

Rossana e Caetano: meus irmãos amados. A presença de vocês na minha vida já é suficiente para que eu lhes seja profundamente grata.

Clarice: é difícil distinguir onde teve início a orientação acadêmica e onde tiveram início as orientações profissional, pessoal e de vida que você me dedicou... mas essa é você: de fato, e pelo Direito, uma Orientadora. Muito obrigada!

Nalva: obrigada por ser a alegria das minhas manhãs. Você tem sido uma das grandes responsáveis pela tranquilidade e a leveza do meu espírito.

Ana Amélia, Juliana, Roberta e Igor: queridos amigos do Jurídico da SAB Trading; Lucia, Roberta e Maria Ângela: amigas preciosas que encontrei durante o curso de mestrado; Andreza e Luís: compadres de uma vida. A todos vocês a minha gratidão pelo apoio, pelas confidências, por simplesmente sorrirem comigo nesses últimos anos.

Ao *De Goeye Advogados*, o meu agradecimento pela carinhosa acolhida nesses “45 do segundo tempo”; em especial, agradeço ao Dr. Carlos Eduardo

Ashikaga pelo apoio recebido e compreensão elástica conferida nas semanas que antecederam o depósito desse trabalho, e à queridíssima Carla Marchesini, pelos cafés diários, palavras de incentivo e pela tradução do resumo que complementa essa dissertação.

"Em todas as atividades é saudável, às vezes,  
colocar um ponto de interrogação sobre as coisas  
que têm sido dadas como seguras."

*Bertrand Russell*

## RESUMO

No presente trabalho, propomo-nos a estudar a figura da modulação de efeitos aplicada à norma de natureza jurídica tributária, tal como vem sendo analisada pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos julgados emitidos nesta seara, em contraste com o processo de construção de sentido normativo que qualificamos de legítimo; suas regras e elementos que o influenciam, como o tempo, os valores e os princípios que orientam a formação da base da norma e imputam ao seu intérprete construtor o dever de produzi-lo (sentido) para a coletividade, na medida em que é esta o sujeito passivo da norma jurídica tributária, que pode vir a ter com a modulação dos efeitos da eficácia temporal o resgate do equilíbrio do sistema, pelo reconhecimento de razões de segurança jurídica ou de um excepcional interesse social que conterão a retroatividade dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade ou da ruptura de um paradigma de orientação jurisprudencial. Visando a atingir esse objetivo, iniciamos pelo estudo do sentido e de suas regras aplicadas na atividade de interpretação, e na sequência abordamos os elementos principiológicos e a influência do tempo no percurso gerador de sentido do qual resultará a norma jurídica tributária. Em seguida, direcionamos nossos estudos para delimitar a natureza da norma jurídica que recebe a modulação de efeitos em seu critério temporal e explorar os pressupostos descritos no art. 27 da Lei nº 9.868/99, bem como outros não descritos expressamente, mas que, por força de interpretação sistemática, podem justificar a análise da modulação dos efeitos da eficácia temporal da norma jurídica tributária. Ao final, procedemos à análise de casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre questões de natureza tributária, nos quais a figura da modulação de efeitos foi pleiteada pelas partes litigantes e/ou foi objeto de questão de ordem apresentada pelos próprios Ministros da Corte Suprema.

**Palavras-chave:** Interpretação. Norma Jurídica. Tempo. Segurança Jurídica. Sanção. Modulação de Efeitos.

## ABSTRACT

In this work we propose to study the figure of prospective overruling applied to the tax rules as it is being considered by the Supreme Court on its latest judgments in contrast to the process of constructing a normative sense that we qualify as legitimate; the rules and elements that influences it, as the time, the values and principles that guides the formation of the base of the rule and imposes to its interpreter builder the duty to produce it (direction) to the community, who is, actually, submitted to the juridical rule that is likely to have, with the prospective overruling of the temporal validity, the recovery of the balance of the system, by the recognition of the reasons of juridical security or of the exceptional social interest that will contain the retroactivity of the effects of the declaration of unconstitutionality or of the break of a paradigm of judicial guidance. In order to achieve this goal, we initiated by the study of the meaning and its rules applied to the activity of interpretation, and in the sequence we studied the principles and the influence of the time on the generation of a sense that will result in legal tax rule. Then we directed our studies to define the nature of the legal rule that is submitted to the prospective overruling of its time criterion, and explored the assumptions described in the art. 27 of Law No. 9.868/99, as well as others not explicitly described, but by virtue of systematic interpretation can justify the analysis of the prospective overruling of temporal validity of the legal tax rule. At the end, we analyzed emblematic cases judged by the Supreme Court on matters of tax, in which the figure of the prospective overruling was pleaded by the disputing parties and / or was the subject of matter of order given by the Ministers of the Supreme Court.

**Keywords:** Interpretation. Juridical rule. Time. Juridical Security. Sanction. Prospective overruling.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>1 LINGUAGEM, DIREITO E INTERPRETAÇÃO</b> .....	<b>15</b>
<b>1.1 Estabelecendo premissas</b> .....	<b>15</b>
<b>1.2 O sentido: o que é e de onde vem</b> .....	<b>19</b>
1.2.1 O percurso gerador de sentido e a norma jurídica.....	21
1.2.1.1 Normas primárias e normas secundárias .....	23
1.2.1.2 A norma princípio.....	28
1.2.1.3 Princípios e regras constitucionais .....	32
1.2.1.4 O sobreprincípio da segurança jurídica: segurança jurídica como garantia do direito à segurança .....	35
1.2.1.4.1 Os estados ideais do princípio da segurança jurídica .....	38
1.2.1.4.2 Perspectivas do princípio da segurança jurídica .....	43
1.2.2 Regras que informam a construção do sentido .....	47
1.2.2.1 O papel do contexto na construção do sentido da norma jurídica .....	49
1.2.3 O porquê de se falar em limites para a construção de um sentido legítimo .....	51
1.2.3.1 As regras de uso como limite à construção do sentido e a legitimidade da norma jurídica aplicada.....	54
1.2.3.2 A historicidade e os valores como limites à construção do sentido .....	55
<b>2 TEMPO, DIREITO E SEGURANÇA</b> .....	<b>61</b>
<b>2.1 O tempo, por Ilya Prigogine</b> .....	<b>63</b>
<b>2.2 O tempo para o direito</b> .....	<b>66</b>
2.2.1 A entropia do direito.....	73
2.2.2 O freio do tempo explícito no ordenamento .....	78
2.2.3 A segurança do movimento .....	86
2.2.4 Segurança cognitiva no tempo do direito.....	91
<b>3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A MODULAÇÃO DE EFEITOS</b> .....	<b>99</b>
<b>3.1 Validade</b> .....	<b>105</b>
3.1.1 Invalidade .....	107
<b>3.2 Vigência</b> .....	<b>109</b>
<b>3.3 Eficácia</b> .....	<b>109</b>
<b>3.4 Validade, vigência e eficácia = norma presumidamente constitucional</b> ..	<b>110</b>
<b>3.5 A norma inconstitucional: natureza jurídica e efeitos</b> .....	<b>111</b>
<b>3.6 Os efeitos resultantes da decisão que declara a invalidade normativa</b> ...	<b>114</b>
3.6.1 A eficácia material da norma invalidante .....	115
3.6.2 A eficácia pessoal da norma invalidante.....	116
3.6.3 A eficácia espacial da norma invalidante .....	117
3.6.4 A eficácia temporal da norma invalidante .....	117
<b>3.7 A natureza jurídica da norma de modulação de efeitos</b> .....	<b>122</b>

<b>4 OS EFEITOS PROSPECTIVOS OU MODULAÇÃO DE EFEITOS .....</b>	<b>125</b>
<b>4.1 A origem do <i>prospective overruling</i> .....</b>	<b>125</b>
<b>4.2 A lei n° 9.868/99: críticas e aplicação positiva .....</b>	<b>128</b>
4.2.1 Requisitos para a modulação de efeitos .....	130
4.2.2.1 Controle concentrado de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo .....	133
4.2.2.1.1 Ruptura de Paradigma Jurisprudencial.....	136
4.2.2.1.2 A modificação de jurisprudência.....	144
4.2.2.2 Quórum superqualificado.....	153
4.2.2.3 Razões de segurança jurídica e excepcional interesse social: conceitos indeterminados .....	155
4.2.2.3.1 A influência do primado da segurança jurídica na construção de um conceito de <i>razões de segurança jurídica</i> .....	159
4.2.2.3.2 Positivismo absoluto: necessário temperamento na construção do conceito de razões de segurança jurídica para fins do <i>prospective overruling</i> .....	163
4.2.2.3.3 A atuação estatal x a conduta do contribuinte nas perspectivas e dimensões correlatas aos estados ideais que concretizam o princípio da segurança jurídica .....	167
4.2.2.3.4 O problema da retroatividade de efeitos do presente para o passado no processo de modulação de efeitos .....	170
4.2.2.3.5 A proibição da retroatividade de efeitos do presente para o passado pela regra constitucional da irretroatividade .....	172
4.2.2.3.6 A proibição da retroatividade de efeitos do presente para o passado pelo princípio da proteção da confiança .....	183
4.2.2.3.7 A proibição da retroatividade dos efeitos da nova orientação jurisprudencial pela protetividade da confiança .....	190
4.2.2.3.8 A proibição da proteção da confiança do Estado .....	195
4.2.3.4 Excepcional Interesse Social.....	198
4.2.3.5 Ponderação e Proporcionalidade .....	206
4.2.3.6 A faculdade de restrição de efeitos e os diferentes termos para a aplicação dos efeitos prospectivos .....	208
4.2.3.7 Nulidade e anulabilidade: os efeitos da decisão prospectiva.....	211
<b>5 A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>215</b>
<b>5.1 Do direito ao crédito de IPI sobre a aquisição de insumos beneficiados com alíquota zero.....</b>	<b>215</b>
5.1.1 Pontos em destaque:.....	217
5.1.2 Nossos comentários .....	219
<b>5.2 Isenção da COFINS das sociedades de profissão regulamentada.....</b>	<b>227</b>
5.2.1 Pontos em destaque .....	229
5.2.2 Nossos comentários .....	230
<b>5.3 Crédito-prêmio de IPI.....</b>	<b>234</b>
5.3.1 A modulação de efeitos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça .....	236
5.3.2 Pontos em destaque .....	239
5.3.3 Nossos comentários .....	240
<b>5.4 A prescrição e decadência decenais da Lei n° 8.212/91.....</b>	<b>241</b>
5.4.1 Pontos em destaque .....	242
5.4.2 Nossos comentários .....	243

<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>246</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>252</b>
<b>ANEXOS – EMENTAS DE ACÓRDÃOS EM CASOS NOS QUAIS FOI RECONHECIDA A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE (pesquisa efetuada no site do supremo tribunal federal em 17.02.2012).....</b>	<b>262</b>
<b>ANEXO A – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>263</b>
<b>ANEXO B – RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS.....</b>	<b>274</b>

## INTRODUÇÃO

O trabalho que aqui objetivamos desenvolver decorre de uma inquietude despertada ainda nos bancos da graduação, época em que foram semeados os primeiros conceitos de Direito Positivo, que ao longo do tempo vieram a aperfeiçoar-se pela desconstrução e seguida reconstrução próprias do avanço do conhecimento. Com a filiação à corrente defensora da Teoria da Linguagem e o estudo do Direito pelo prisma do Construtivismo Lógico-Semântico como método para o seu conhecimento, as convicções formadas deram "asas" à inquietude inicial a que nos referimos, e, em busca de uma compreensão de seus desdobramentos diretos e indiretos, ela nos rendeu a vontade de selecioná-la como tema da dissertação para a conclusão do Mestrado em Direito Tributário.

Até agora falamos da nossa motivação pessoal e nada sobre o próprio tema. Mas a ordem adotada tem um porquê que está ligado ao modo de compreensão do próprio objeto do estudo<sup>1</sup>: em todas e em quantas vezes se estudar o Direito, a probabilidade de vê-lo e de compreendê-lo de forma diferente é praticamente uma certeza, pois na linha do tempo o sujeito cognoscente de ontem não será o mesmo de hoje ou o de amanhã, e assim a sociedade, em razão da qual e para a qual o Direito existe – *ubi societas, ibi jus*<sup>2</sup> –, também vem tendo de lidar com esse efeito inexorável da dinâmica da evolução das relações sociais e as regras construídas para sua organização, que volta e meia põem em xeque o conceito de segurança jurídica ainda inspirado nas lições de Pontes de Miranda, exaradas à época em que o fenômeno da incidência da norma jurídica era compreendido pelos métodos da física clássica, ou seja, decorria de uma relação de causa e efeito já prevista na regra jurídica, independentemente da vontade do agente<sup>3</sup>, e com isso à certeza e à previsibilidade das relações era conferido um caráter mais estanque.

---

<sup>1</sup> Aqui a expressão *estudo* engloba o objeto macro, que é o Direito, assim como o recorte feito para o estudo do tema dessa dissertação.

<sup>2</sup> Onde houver sociedade, haverá direito, pois da natureza do agrupamento social depende a natureza do direito que a reflete e a rege.

<sup>3</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 10.

A inquietude a que nos referimos resulta da reunião de vários subtemas, como a segurança jurídica, o processo de interpretação, o direito no tempo e o tempo e seus efeitos frente às expectativas da sociedade, consequências e eventual responsabilidade, todos relacionados e imbricados no desenvolvimento do presente trabalho, capitaneado pelo corte eleito para os pontos centrais desta dissertação: o sentido dado aos efeitos prospectivos pelas Cortes máximas do País em matéria tributária e a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que rompem paradigmas de orientação jurisprudencial.

Iniciamos com o estudo e a análise das premissas adotadas pelos últimos intérpretes do Sistema<sup>4</sup> no julgamento de casos emblemáticos, como (i) o creditamento pela alíquota zero do IPI; (ii) a isenção da COFINS das sociedades uniprofissionais; (iii) a extinção/vigência do crédito-prêmio de IPI; e (iv) os prazos decenais de prescrição e decadência da Lei n° 8.212/91, e desenvolvemos um roteiro para explorar o processo de construção do sentido normativo e checar a legitimidade dessas normas, sem, contudo, pretender esgotar a abordagem sobre essa temática, mas tão-somente expor aspectos que culminaram em respostas para as indagações propostas ao longo do trabalho.

Assim, no Capítulo 1, empreendemos estudo sobre a norma jurídica e sua estrutura primária e secundária; o sentido normativo e as regras que informam a sua produção; o percurso gerador de sentido e a incidência normativa; as variáveis normativas que estão presentes no sistema, como os princípios e regras constitucionais; a influência que estas exercem na construção do sentido de todas as demais normas; e os eventuais limites a que o intérprete pode estar sujeito na atividade de interpretação.

No Capítulo 2, abordamos a influência do tempo no Direito e os efeitos que esse fenômeno físico gera segundo a própria disciplina que lhe é conferida pelo Direito.

No Capítulo 3, definimos os conceitos fundantes de validade, vigência e eficácia com os quais trabalhamos para poder oferecer uma análise da natureza jurídica da norma que resulta do processo de controle de constitucionalidade, assim como da natureza jurídica da norma que modula ou que recebe a figura da modulação de efeitos.

---

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

No Capítulo 4, apresentamos a figura do *prospective overruling* ou modulação de efeitos; seu significado; sua origem e aplicação histórica; o processo de introdução legislativa no ordenamento brasileiro; seus pressupostos de aplicação e efeitos.

E por fim, no Capítulo 5, retornamos ao estudo dos casos emblemáticos julgados na área tributária e, segundo os critérios que definimos para analisar o processo de construção de sentido das normas neles expedidas, tecemos nossos comentários sobre a possível aplicação da modulação de efeitos daquelas normas jurídicas tributárias.

O método utilizado para abordagem da temática escolhida foi o indutivo, pois partiu-se da leitura de textos da dogmática, da legislação e do posicionamento jurisprudencial para a análise da problemática apresentada, chegando-se à conclusão esposada ao final.

# 1 LINGUAGEM, DIREITO E INTERPRETAÇÃO

## 1.1 Estabelecendo premissas

Com a mudança de paradigma da filosofia do conhecimento, provocada pelo movimento do giro linguístico, que consagrou o princípio da autorreferencialidade da linguagem, passou-se a exigir o próprio conhecer da linguagem, como condição primeira para a apreensão do objeto<sup>5</sup>. Não só como instrumento de realização dos objetos (não os objetos físicos, mas o objeto como forma de consciência), a própria linguagem passou a ser um objeto do conhecimento, e sob essa nova perspectiva o conteúdo linguístico dos textos deixou de ser compreendido como algo dado, preexistente, para então ser *construído* e vinculado aos referenciais do intérprete. Foi nesse contexto que a compreensão do Direito como um texto formado pela linguagem resultante da típica realização do espírito humano passou a implicar um processo de conhecimento, para o qual, como ensinou o mestre Lourival Vilanova, deve-se interpretar, atribuir valores aos seus símbolos, adjudicando-lhes significações que referenciam os objetos do mundo<sup>6</sup>.

A atividade de interpretação passou a ter no texto do Direito Positivo o seu ponto de partida para o conhecimento das estruturas do fenômeno jurídico. Nessa atividade intelectual pela construção do sentido, do conteúdo e do alcance das normas jurídicas, o intérprete se conduz a partir da investigação dos planos sintático, semântico e pragmático<sup>7</sup> da linguagem positivada, para ao final do percurso compor

<sup>5</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 161.

<sup>6</sup> VILANOVA, Lourival. O Universo das Fórmulas Lógicas e o Direito. In: \_\_\_\_\_. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. v. 1. São Paulo: IBET/Axi Mundi, 2003, p. 15.

"Para Gregório Robles, o texto escrito é a forma pela qual o direito se manifesta na realidade. No entanto, a realidade do texto jurídico e o seu significado não são dados originalmente; o seu sentido é construído por meio da interpretação, entendida como a atividade intelectual desenvolvida com base nos princípios hermenêuticos, visando a construção do conteúdo, do sentido e do alcance das regras jurídicas." (apud PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 24).

<sup>7</sup> Segundo a Semiótica, no plano sintático se observam as relações que se estabelecem entre os enunciados prescritivos postos no sistema, desconsiderada qualquer interferência do mundo exterior. No plano semântico, a análise recai sobre o modo de referência à realidade, isto é, a qualificação que se faz dos fatos (âmbito de significação dos vocábulos qualificadores) para a alteração normativa de determinada conduta. E, pelo plano pragmático, observar-se-ão as formas de uso da linguagem jurídica pelos membros da sociedade para motivar seus comportamentos.

a adequada significação do texto legislado, que será conformada pelas ideologias e limites do seu universo de linguagem<sup>8</sup>.

Contudo, na construção de sentido da norma jurídica, não obstante permeada pelos axiomas da intertextualidade e da inesgotabilidade, o intérprete não está livre de limites. A intertextualidade<sup>9</sup> toma por base o texto: nele tem início, por ele se conduz e até o intercâmbio com outros discursos instaura-se a partir dele. Já o axioma da inesgotabilidade decorre da ideia de que toda a interpretação é infinita, não se restringindo a um único campo semântico, pois todo o texto pode ser reinterpretado. O sentido, portanto, não é único e sempre será mutável.

Paulo de Barros Carvalho acrescenta:

A instável relação entre os homens, no turbulento convívio social, gera inevitáveis mutações semânticas, numa sucessão crescente de alterações que se processam no interior do espírito humano. Aquilo que nos parecia objeto de inabalável convicção, em determinado momento de nossa existência, fica desde logo sujeito a novas conformações que os fatos e as pessoas vão suscitando, no intrincado entrelaçamento da convivência social. O mundo experimenta mudanças estruturais de configuração sob todos os ângulos de análise que se possa imaginar.<sup>10</sup>

Daí porque um mesmo texto ou uma mesma regra jurídica podem desencadear tantos processos interpretativos quantos forem os seus intérpretes, dando ensejo a infinitas formas de compreensão das mensagens neles objetivadas; o sentido que a partir deles se constrói é livre e mutável: o palco de sua criação é o pensamento do intérprete. Mas é certo que os parâmetros dessa mutabilidade são informados, são lidos no contexto social. Os signos do Direito e suas significações surgem e vão se transformando pela interferência do uso que a sociedade<sup>11</sup> lhes confere, e assim passam a definir, a delimitar e por vezes a alterar o *sentido* já aceito para conformar uma nova regra de conduta, em um movimento puro de atualização da língua<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Nas palavras de Wittgenstein, "os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo." (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 2001, proposição 5.6, p. 245).

<sup>9</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 194.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 198.

<sup>11</sup> A sociedade a que nos referimos é a sociedade em geral – participantes (agentes credenciados) ou não do sistema.

<sup>12</sup> A língua é o conjunto de signos utilizado para a comunicação dos homens. Todo o sistema linguístico se atualiza por meio da "fala", que consiste no ato individual do homem de seleção e atualização de seus signos. Como a língua é um código atemporal, pois se destina a viabilizar a comunicação independentemente do tempo cronológico em que pode ser praticada, somente quando

Por essa razão, é que a compreensão das recorrentes mudanças que tem se verificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores do País, relativamente a temas cujo *sentido* encontrava-se consagrado, como se verá nos Capítulos 4 e 5, despertou-nos a preocupação e o interesse pelo estudo da interpretação, especialmente pelo prisma da construção e da inesgotabilidade do sentido, porque associados ao questionamento quanto ao modo de atuação do denominado *Estado de Direito* na efetivação da segurança jurídica, dependente da correta condução dos meios instrumentais de realização do direito material para a entrega, com precisão, do direito de cada um.

Nada obstante os intérpretes autênticos (participantes do sistema) e os observadores (sociedade em geral e Dogmática) – intérpretes não autênticos – possam ter a mesma forma de construir o sentido a partir dos textos de direito positivo, como ressalta Tácio Lacerda Gama<sup>13</sup>, e que os sentidos construídos por uns e por outros possam dialogar entre si, é fato que o sentido definido pelo intérprete autêntico prevalecerá sobre o do observador (contribuinte nos casos estudados), mesmo quando este possa receber a condição de participante para a prática de algum ato determinado e autorizado pelo próprio sistema (*e.g.*, cumprimento de deveres instrumentais, contratos, etc.), uma vez que o sentido do intérprete autêntico é privilegiado, dizendo de uma forma simples, mas inquestionável: faz coisa julgada. É esse sentido privilegiado que determina o que é, como são e como devem ser cumpridas as regras positivadas para regular a convivência social. Como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr., "as decisões jurídicas e, em último grau, decisões jurisdicionais não resolvem conflitos porque lhes dão uma solução, mas porque lhes põem um ponto final"<sup>14</sup>.

E é por isso que a determinação e autorização referidas, recebidas pelo observador/contribuinte que passa a atuar como participante do sistema relativamente à prática de determinado ato e para o qual (ato) se orienta pelo sentido definido – a partir da significação de uso dos símbolos do Direito que culminam na orientação de como a conduta deve ser cumprida –, se realiza com a

---

se "fala" a língua, no caso do Direito, quando se aplica o Direito pelo processo de positivação, é que se pode ter dimensão dos possíveis sentidos a serem distribuídos aos seus signos.

<sup>13</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 180.

<sup>14</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antônio Carrazza e Nelson Nery Junior. São Paulo: Manole, 2009, p. 5.

expectativa de acerto e se frustra diante da alteração da orientação aceita, que retroage no mais das vezes, instalando a insegurança e semeando a incerteza do direito<sup>15</sup>, sem falar na repercussão patrimonial como um de seus efeitos devastadores.

Sendo o Direito composto essencialmente de mensagens dirigidas aos seus destinatários, definidoras da proibição, permissão e/ou obrigatoriedade das condutas que visa a regular, reconhece-se que a sua vocação está em comunicar as condutas esperadas, sendo esta a sua própria razão de ser.

Nesse contexto, como adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior, as 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<sup>16</sup>. Contudo, o abrupto, o inesperado, a mudança do sentido consagrado e comunicado à sociedade, emitida na contramão do seu anseio legítimo, põe em xeque o processo de construção da norma jurídica e o axioma da inesgotabilidade do sentido.

Nesse passo, vale lembrar a lição de Paulo de Barros Carvalho<sup>17</sup>, para quem, sendo o Direito um corpo de linguagem com função prescritiva, é temerário tratar do jurídico sem observar o seu meio de manifestação – a linguagem. E Eduardo Couture<sup>18</sup> complementa:

O juiz é uma partícula de substância humana que vive e se move dentro do processo. E se essa partícula de substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o Direito terá dignidade e hierarquia espiritual. Mas se o juiz, como homem, cede ante suas debilidades, o Direito cederá em sua última e definitiva revelação.

Assim, a segurança no Estado de Direito e a efetivada pelo Direito resultam da atividade de seus operadores. A atribuição de sentido na construção da norma

<sup>15</sup> "[...] a Segurança objetiva das leis dá ao Cidadão a subjetiva das ações justas, segundo o Direito." SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência* – Um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996, p. 27.

<sup>16</sup> Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antônio Carrazza e Nelson Nery Junior. São Paulo: Manole, 2009, p. 4.

<sup>17</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 162.

<sup>18</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Bueno Aires: Depalma, 1985.

jurídica é o problema e a solução. Do sentido colhe-se o equilíbrio, a legitimidade ou o timbre da insegurança.

Por essa razão, começaremos pelo seu estudo: o *sentido*, seus elementos, possíveis limites e circunstâncias que o afetam, como o tempo e sua influência perante o Direito, abordados no Capítulo 2, tudo com vistas a compreender e checar a construção das normas que ensejam mudanças nos conceitos aceitos pela sociedade, objetivadas em decisões proferidas pelas Cortes Superiores do País<sup>19</sup>, que, por sua natureza e grau de irrevisibilidade, consistem na última palavra sobre como a conduta normada deve ser entendida e seguida, para que, a partir do Capítulo 4, possamos trabalhar os elementos que propomos para a construção de sentido das normas que poderão modular a eficácia temporal das decisões que decretam a inconstitucionalidade de uma norma presumidamente válida e, particularmente, decisões que romperam paradigmas de orientação jurisprudencial.

## 1.2 O sentido: o que é e de onde vem

Segundo Raimundo Bezerra Falcão<sup>20</sup> a palavra *sentido* tem sido usada em várias acepções, subjetivas e objetivas. Na acepção subjetiva, o sentido se refere às potências do homem e dos outros animais que se destinem a captar de forma imediata ou intuitiva os fenômenos do mundo da natureza; na acepção objetiva, corresponde "ao significado de uma coisa em si mesma, mas que não se faz nela, porém no espírito do sujeito cognoscente."

O significado de qualquer coisa no mundo decorre do conhecimento que dela o seu intérprete tiver, isto é, de quanta linguagem ele puder dedicar à referida coisa. Pois, segundo o referencial filosófico que adotamos, as coisas não precedem à linguagem, só se tornam reais para o homem depois de terem sido, por ele, interpretadas. Algo só tem significado, isto é, se torna inteligível, a partir do momento em que lhe é atribuído um nome. A palavra torna o dado experimental articulável, intelectualmente permitindo que ele apareça como realidade para o ser humano<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Trataremos, neste trabalho, de normas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>20</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29.

<sup>21</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 16.

Baseado nos estudos de Johann Gottlob Frege, que entendeu que um só significado pode apresentar vários sentidos, Raimundo Bezerra Falcão<sup>22</sup> leciona que "as proposições significativas recebem seu sentido não do objeto que elas denotam, mas de elementos outros, alguns relacionados com a própria linguagem e – dizemos nós – também de alguns situados no sujeito cognoscente".

Com efeito, é segundo a aceção objetiva tomada, seguindo a linha desse autor, que o sentido enseja *interpretações*, pois o sentido se distingue do objeto a que faz referência; o sentido está no homem. A apreensão do sentido decorre da compreensão prévia que o sujeito cognoscente tem das coisas, do mundo, o que é sempre ato individual, pois o mundo de cada um é o mundo que cada um conhece. Nas palavras de Wittgenstein "os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo"<sup>23</sup>.

Um mesmo objeto pode ser interpretado de tantas formas diferentes quantos forem os seus intérpretes. A compreensão particular de cada sujeito cognoscente sobre o mundo e o objeto podem influenciar e resultar na conferência de um sentido diferente do concebido por outro sujeito cognoscente, assim como o sentido atribuído pelo intérprete X ao objeto Y no ano de 1940 pode ser diferente do sentido que o mesmo intérprete confira ao mesmo objeto cinco anos depois. Por isso a assertiva de que o sentido é livre e mutável; o sentido é histórico, tendo no pensamento o seu palco criador.

Contudo, o axioma da inesgotabilidade não implica na irracionalidade do sentido nem na incontrollabilidade do mesmo. Tácio Lacerda Gama<sup>24</sup> ressalta que estudar o sentido não é estudar o significado mesmo, mas as regras por meio das quais se pode vincular um significante a um significado. A investigação do sentido preconiza estabelecer as regras semânticas para a atribuição de significação a determinado significante (*e.g.*, o termo jurídico *lançamento*), de modo a relacioná-lo a determinada prescrição normativa de uma conduta que tenha como núcleo de conteúdo o referido termo jurídico (significado – *e.g.*, art. 142 do CTN – compete a autoridade administrativa constituir o crédito tributário por meio de lançamento...).

---

<sup>22</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31.

<sup>23</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 2001, proposição 5.6, p. 245.

<sup>24</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 163.

Por essa razão, antes de adentrar no estudo dessas regras, insta contextualizar o *sentido* na construção da norma jurídica, a se realizar por meio da atividade de interpretação dos textos de Direito Positivo, guiada pelo percurso gerador de sentido.

### 1.2.1 O percurso gerador de sentido e a norma jurídica

De acordo com as premissas estabelecidas neste trabalho, o Direito é constituído pela linguagem, consubstanciando um conjunto estruturado de signos que se apresentam na forma de textos. Como todo texto, apresenta um plano de expressão formado pelos enunciados prescritivos (*e.g.*, artigos, incisos e parágrafos de uma lei), também denominados significantes, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente para compor as significações das mensagens (significado), sempre voltadas à regulamentação das condutas intersubjetivas como proibidas, permitidas ou obrigatórias.

Da simples leitura isolada dos enunciados prescritivos que compõem os textos de direito positivo, dificilmente se compreenderá a mensagem do legislador em sua integralidade, pois os enunciados prescritivos se apresentam como frases soltas no texto e, embora sejam plenas de sentido, não encerram uma unidade completa de significação deôntica; isto é, como leciona Paulo de Barros Carvalho, individualmente não contêm todos os elementos necessários para a regulação da conduta, como a descrição do fato que dará ensejo à conduta normada, os sujeitos envolvidos, o objeto da obrigação que os une, etc.

Por isso, para a compreensão da ordem completa pelo seu destinatário, a mensagem precisa apresentar-se com um mínimo de estrutura formal, o que Paulo de Barros Carvalho<sup>25</sup> denomina de "unidade irreduzível de manifestação do deôntico". Esta se dá a partir da conjugação de dois ou mais enunciados prescritivos, aos quais o intérprete atribuirá sentido e os organizará na forma lógica dos juízos condicionais (H→C). Esta atividade importará na organização da mensagem por meio do "percurso gerador de sentido", que consiste no modelo de construção da norma jurídica criado pelo autor, formado por quatro subsistemas interpretativos. Confira-se:

---

<sup>25</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17.

- a) Subsistema S1: consiste no ponto inicial do processo de interpretação propriamente dito; compreende o contato do intérprete com as estruturas morfológicas e gramaticais prescritas nos textos de direito positivo.
- b) Subsistema S2: compreende a literalidade textual. O intérprete é desafiado a atribuir valores unitários aos vários signos que encontrou justapostos, selecionando significações e compondo segmentos portadores de sentido<sup>26</sup>. Neste subsistema, é construído o sentido de uma oração prescritiva, considerada na sua individualidade e sem qualquer forma específica de agrupamento lógico.
- c) Subsistema S3: nesse subsistema, o intérprete contextualiza os conteúdos obtidos no plano S2 para formar unidades completas de sentido para as mensagens deônticas – as normas jurídicas. As significações são estruturadas em uma forma lógica determinada pelo fator implicacional (estrutura condicional), de modo a expressar o antecedente e o conseqüente da norma jurídica (H→C).
- d) Subsistema S4: nesse subsistema, tem-se a organização das unidades construídas no nível S3 numa estrutura escalonada, com vínculos de coordenação e subordinação, para que as normas não fiquem soltas e efetivamente se integrem à totalidade sistêmica.

Importante destacar que esse processo é aplicado para a construção de toda e qualquer norma jurídica, tenha ela por objeto uma conduta modalizada como permitida, obrigatória ou proibida, ou o inadimplemento destas. Nesse ponto, cumpre-nos abrir um parêntese para abordar aspectos importantes acerca da estrutura da norma jurídica construída a partir deste modelo de percurso gerador de sentido, especialmente porque as ponderações relativas ao caráter sancionatório da norma jurídica informarão as conclusões do tema escolhido para o presente trabalho.

---

<sup>26</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 66.

### 1.2.1.1 Normas primárias e normas secundárias

Entende-se por norma primária aquela que apresenta, em seu antecedente, uma classe de fatos de possível ocorrência e, no conseqüente, prescreve deveres e direitos correlatos. Com base nessa definição, levando-se em consideração os modais deônticos permitido, obrigatório ou proibido, e utilizando-se da estrutura lógica  $H \rightarrow C$  = "dado um fato, dever ser a consequência prevista na norma", pode-se ilustrar a prescrição de condutas da seguinte forma: "dado o fato de o sinal estar verde, deve ser a *permissão* de cruzá-lo" (há a autorização implícita do legislador para que o motorista atravessasse o local sinalizado); "dado o fato de ter realizado a circulação de mercadoria, deve ser a *obrigação* de pagar ICMS"; "dado o fato de ser empresa comercial exportadora, deve ser a *proibição* de tomar crédito de PIS".

Utilizando a mesma estrutura lógica, ao intérprete também é dada a construção de normas jurídicas de cunho sancionatório, considerando o inadimplemento dos deveres correlatos ao cumprimento das condutas prescritas como proibidas, permitidas ou obrigatórias na norma jurídica primária. A representação lógica desta norma sancionatória se dá pela inclusão de um sinal negativo precedendo a hipótese, ( $- H \rightarrow C$ ), e a fórmula passa a ser lida da seguinte maneira: dado o fato de não ter pago o IPTU na data de seu vencimento, deve ser a obrigação de pagar multa de mora.

Contudo, em se tratando de normas sancionatórias, uma divisão há de ser feita: a sanção que se opõe no conseqüente da norma, ao relato de inadimplemento da norma primária contida na hipótese normativa, pode derivar de (i) uma norma processual sancionadora (denominada de norma secundária), construída a partir da associação de outras normas jurídicas prescritoras de deveres e direitos correlatos, como pode derivar (ii) da prescrição contida em enunciado prescritivo, organizado pelo intérprete no conseqüente de uma norma primária sancionatória. Sendo assim, reconhecem-se duas espécies de sanção: a *sanção processual*, decorrente da aplicação da norma secundária, e a *sanção material*, decorrente da aplicação da norma primária sancionatória.

A norma secundária preverá, em sua hipótese, a descrição do descumprimento da conduta prescrita na norma primária e, em seu conseqüente, a relação jurídica em que figurará o Estado-juiz que, em acolhida ao "direito

processual de ação do sujeito ativo ao órgão jurisdicional"<sup>27</sup>, exercerá a coercitividade para assegurar o cumprimento da conduta prescrita na norma primária. Já a norma primária sancionatória preverá, em sua hipótese, a descrição do descumprimento da conduta prescrita na norma primária e, em seu conseqüente, a imposição de uma penalidade ao sujeito passivo pelo inadimplemento da conduta prevista na norma primária.

Tais diferenças são importantes, e merecem ser aclaradas, como adverte Maria Ângela Lopes Paulino<sup>28</sup>, que fixa a classificação entre norma primária e norma secundária a partir dos fundamentos da Teoria Pura do Direito. A autora ensina que,

[...] embora em ambas as normas – na norma primária sancionatória e na norma secundária – o fato jurídico ao qual se imputa uma consequência também seja a não realização de um dever jurídico, a conduta omissiva, na secundária, resulta não só da transgressão à obrigação tributária e aos deveres instrumentais, mas também da inobservância da consequência material prescrita na norma primária sancionatória.

E as normas também se diferenciam pela análise quanto à

[...] existência ou não, no prescritor normativo, da sanção judicial, vale dizer, da possibilidade do uso da coação pelo Estado-juiz, a fim de assegurar o cumprimento efetivo de prestações estipuladas em outras normas. Se presente a coação estatal (coercitividade), temos a norma secundária; caso contrário, norma primária. Aquela, norma de direito substantivo (material); esta, norma de direito adjetivo (processual).

Desta feita, cumpre observar que na hipótese de a norma primária sancionatória não garantir o cumprimento da conduta prevista na norma primária, a sanção a ser buscada será a contida na norma secundária.

Destas diferenças entre as normas que veiculam a sanção<sup>29</sup>, um aspecto mais há de ser abordado, pois constitui questionamento certo quando se trata dessa temática; qual seja: há norma jurídica sem sanção?

É cediço que no ordenamento vigente um enunciado prescritivo não corresponde a uma norma processual sancionadora (norma secundária), porque esta somente se associa com outras normas jurídicas prescritoras de deveres e

<sup>27</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 45.

<sup>28</sup> PAULINO, Maria Ângela Lopes. *Sanções Tributárias*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC-SP, 2012.

<sup>29</sup> "[...] O conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica, desde que com eles não se queira exprimir se não que a ordem jurídica, através destes atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e através desta reação, define a indesejabilidade desta situação de fato." (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 46).

direitos correlatos<sup>30</sup>. De igual modo, nem mesmo para todas as condutas prescritas no ordenamento, o legislador prescreveu enunciado sancionatório correspondente. Há enunciados que apenas estabelecem informações para a composição dos critérios normativos, por exemplo, em que momento se dará a ocorrência do fato<sup>31</sup>.

Sendo assim, de acordo com a lição de Maria Ângela Lopes Paulino, se

[...] considerarmos a expressão '*norma jurídica*' em sentido amplo (enunciados prescritivos e suas significações ainda não deonticamente estruturadas) a resposta é sim, existe norma jurídica sem sanção, pois nem todos os enunciados prescrevem condutas a serem sancionadas.

Por outro lado, se concebida a *norma jurídica em seu sentido estrito*, ensina a autora,

[...] com a sua estrutura deôntica completa, estatuidando deveres e direitos correlatos, a resposta à indagação seria negativa [*não há norma jurídica sem sanção*], uma vez que não há direito previsto em norma primária que não seja assegurado pelo exercício da coercitividade, fazendo cumprir, efetivamente, o dever estipulado materialmente.

Desta feita, concluímos como a citada autora:

[...] sanção, para solucionar o questionamento, deve ser compreendida como aquela de natureza processual, decorrente do poder coercitivo e prevista na norma secundária, qual seja: sanção como relação jurídica que autoriza o sujeito ativo a exercer seu direito subjetivo de acionar o Poder Judiciário com o escopo de garantir a efetivação dos direitos e deveres prescritos na norma primária<sup>32</sup>.

E nesse passo, podemos afirmar que *não existe norma jurídica em sentido estrito sem sanção*.

A sanção, aliás, presente no ordenamento jurídico, constitui o elemento diferencial entre as normas de natureza jurídica, e as normas de natureza moral, religiosa ou ética, pois essas não são coercitivas, não têm associado o uso da coação pelo seu descumprimento, tampouco indicam critérios que definam onde e quando podem ser aplicadas.

A presença da sanção traz a completude da norma jurídica. Nas palavras de Lourival Vilanova<sup>33</sup>, a estrutura completa da norma jurídica se dá:

<sup>30</sup> PAULINO, Maria Ângela Lopes. *Sanções Tributárias*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC-SP, 2012, p. 47.

<sup>31</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>32</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>33</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 175.

Fazendo um corte abstrato na série de normas que compõe unitariamente o sistema do direito positivo, vemos que uma regra jurídica completa consta de duas normas. Na norma primária, tem-se o pressuposto fático (ou hipótese de incidência) em relação-de-implicação com a consequência: a relação jurídica. Abstratamente, se ocorre o fato F, então A ficará numa relação R com b. Na norma secundária, a hipótese fática é a não-observância do dever da parte do sujeito passivo, a qual implica o exercício da sanção e da coação (já aqui através do órgão jurisdicional).

Pois bem. Fechando o parêntese aberto referente à estrutura das normas jurídicas, e retomando o processo de construção por meio do percurso gerador de sentido, temos que, ultimado o processo interpretativo, o intérprete terá construído o sentido da norma jurídica, que expressará o seu juízo de valor produzido a partir dos textos de direito positivo selecionados.

Sob o ponto de vista sintático, a norma apresentará a estrutura formal de todas as demais unidades normativas que pela interpretação dos textos de direito positivo puderem ser construídas. Contudo, sob os pontos de vista semântico e pragmático, a norma poderá apresentar peculiaridades que a diferenciem das demais normas que possam ser produzidas por outros intérpretes a partir do mesmo repertório de textos. Essa heterogeneidade decorre do efeito do axioma da inegostabilidade do sentido.

Neste aspecto, Paulo de Barros Carvalho<sup>34</sup> ressalta: **é na instância semântica que as diferenças se estabelecem**, pois,

[...] procurando cobrir todo o campo possível das condutas em interferência intersubjetiva, o legislador vai saturando as variáveis lógicas da norma com os conteúdos de significação dos fatos que recolhe da realidade social, depois de submetê-los ao juízo de valor que presidiu a escolha, ao mesmo tempo em que orienta os comportamentos dos sujeitos envolvidos, modalizando-os com os operadores 'obrigatório', 'proibido' e 'permitido'.

As diferenças sobre as quais queremos nos referir não dizem respeito às áreas sobre as quais as normas se vertem – civis, administrativas, comerciais, etc. (assim separadas para fins meramente didáticos), mas sim àquelas relativas aos "conteúdos de significação dos fatos recolhidos da realidade social" que, na aplicação do direito, serão ou poderão ser reconstruídos pelo intérprete autêntico, porquanto, como adverte Aurora Tomazini de Carvalho, "A idéia de significação e

---

<sup>34</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 91.

significado se misturam, pois a realidade a que se refere qualquer suporte físico é construída pelo intérprete e, portanto, sempre condicionada às suas vivências".<sup>35</sup>

Embora saibamos que a carga subjetiva do intérprete (valores e historicidade do intérprete) conformará a construção do sentido da norma jurídica e que esse ponto é intrínseco à atividade interpretativa a partir da premissa que adotamos, não podemos negar que ele também consiste num ponto de grande preocupação.

Diz-se isso porque, além dos enunciados expressos introduzidos no sistema (que pela conjugação com um ou mais outros enunciados indicam a conduta a ser regulada, assim como os fatos juridicizados, vinculando-se no subsistema S3), do altiplano da Constituição Federal também podem ser percebidas, mediante esforço indutivo e dedutivo de alguns ou de vários dispositivos, proposições<sup>36</sup> denominadas pela dogmática de *princípios*, por preconizarem um fim, um estado ideal de coisas a ser buscado<sup>37</sup> para a concretização de valores como segurança, liberdade, igualdade, entre outros, que conformam o Estado Social seguro e harmônico<sup>38</sup>.

Contudo, para o atingimento desse estado ideal de coisas, o legislador constituinte não delimitou especificamente os meios necessários, o comportamento que deve ser empreendido, de modo que ficou ao arbítrio do intérprete uma janela aberta, ainda maior, para a composição da significação dessas normas principiológicas, que exercem papel fundamental no sistema e são de extrema relevância na construção do sentido de outras normas jurídicas. Nesse sentido, veja-se a lição de Celso Bandeira de Mello, para quem os princípios constituem:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o

<sup>35</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 153.

<sup>36</sup> Cf. Aurora Tomazini de Carvalho, princípios são proposições, porque construídas na mente do intérprete sem que possam ser identificados como enunciados jurídicos. (ibid., p. 481).

<sup>37</sup> Cf. Humberto Ávila, estado de coisas pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71).

<sup>38</sup> O princípio do Estado Social exige que o Estado cumpra sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais, especialmente por meio da redistribuição de riquezas. (id. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 251).

conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que tem por nome sistema jurídico positivo.<sup>39</sup>

É fato que os indivíduos de uma sociedade tendem a ter um núcleo de valores semelhantes por viverem no mesmo território e no mesmo tempo histórico, e tal núcleo pode ser tomado como indicativo de estados ideais de coisas a serem buscados por meio do direito para a harmonia da convivência em sociedade. No entanto, a trajetória existencial de cada indivíduo contribui na soma de outros valores, que são recolhidos individualmente. A par disso, pode-se constatar que os padrões axiológicos das pessoas acabam apresentando variações que podem repercutir em fontes de divergências, como se verifica facilmente pelas inúmeras interpretações que dão azo a normas jurídicas construídas a partir do mesmo texto, visando a diferentes resultados e os atingindo.

Por essa razão, abriremos um novo parêntese para explorar esses elementos principiológicos contidos no sistema, pois, mais do que influentes, não raras as vezes são determinantes na construção do sentido da norma jurídica tributária.

### 1.2.1.2 A norma princípio

Dada a amplitude semântica do vocábulo *princípio*, é necessário delimitar a sua natureza e o sentido próprio que se deseja conferir ao vocábulo dentro de seu plano de irradiação semântica.

Relativamente à sua natureza, Paulo de Barros Carvalho<sup>40</sup> leciona que, tomado o estudo do Direito pelo prisma dogmático, tem-se que, isolando o universo normativo naquilo que ele tem de fenômeno linguístico, aparecerá um objeto que é uniforme: normas jurídicas. Ou seja, para se falar em princípios no universo normativo do Direito, não se pode atribuir a eles outra natureza que não a de norma jurídica. Segundo o autor, princípios não se sobrepõem ou se contrapõem a normas; princípios são normas jurídicas com igual natureza a de todas as demais que puderem ser construídas a partir dos textos de Direito Positivo.

---

<sup>39</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 545-546.

<sup>40</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 102, 2008.

Contudo, observamos duas peculiaridades: (i) são normas construídas especialmente a partir do texto da Constituição Federal; e (ii) são normas imediatamente finalísticas, ou seja, por opção do legislador, apenas indicam o fim a ser perseguido, nada dispondo acerca dos meios necessários para se chegar a ele, os quais ficarão ao arbítrio do intérprete. Esse aspecto diferencia a norma princípio das regras<sup>41</sup>, espécie normativa que também é construída a partir do Texto Constitucional e cuja aplicação exige a avaliação de correspondência entre a construção do conceito do fato e a construção do conceito da norma; pressuposto que reduz em muito a janela de possibilidades aberta a favor do intérprete para a construção do sentido normativo.

Essa segunda peculiaridade vai, inclusive, ao encontro do sentido que conferimos ao vocábulo *princípio*, definindo-o, em acolhida da lição de Humberto Ávila<sup>42</sup>, como sendo uma norma jurídica imediatamente finalística, que, ao instituir um fim, institui o ponto de partida para a procura dos meios necessários à sua promoção.

Mas que fins são esses? Nada obstante a abertura sintática e semântica envolvidas nesse percurso gerador de sentido, os fins objetivados não são quaisquer deliberados pelo intérprete; se restringem àqueles depositados pelo legislador constituinte no texto da Carta Magna, como se vê, por exemplo, pelo seu

---

<sup>41</sup> A definição adotada, apresentada por Humberto Ávila, decorre da proposta de dissociação heurística entre princípios e regras que, na condição de normas jurídicas, suscitem diferentes sentidos, não só no que diz respeito ao conteúdo valorativo, mas, especialmente, pelo fato de as regras contraporem-se aos princípios pelos critérios abaixo elencados.

Para o autor, as *regras* consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. Diferenciam-se dos princípios pela:

a) natureza da descrição normativa: enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas;

b) natureza da justificação que exigem para serem aplicadas: as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado ideal de coisas que deve ser promovido;

c) natureza da contribuição para a solução do problema: enquanto as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido ou antecipável, os princípios têm a pretensão de complementariedade, já que servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema. (Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83-84).

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 79.

Preâmbulo<sup>43</sup>, no qual foram destacados valores como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, que, positivados, constituem pontos de partida para o intérprete para a procura dos meios necessários à sua promoção<sup>44</sup>.

Mas por onde deve o intérprete começar ou que elementos deve considerar para promover o fim almejado pelo legislador? Os princípios não possuem uma estrutura dual de hipótese e consequência determinadas, mas sim uma conexão entre fins e meios<sup>45</sup>, que pode ser representada da seguinte maneira: "para X, então Y", ou seja, para o fim X, então será necessária a conduta Y. De olho nessa particularidade, Humberto Ávila equipara o fim objetivado pela norma-princípio a um estado ideal de coisas, que para ser atingido demanda a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuam para a sua promoção<sup>46</sup>. Ou seja, diante da inexistência de prescrição das condições necessárias/exigidas para a conquista do fim, ficará ao arbítrio do intérprete a eleição das mesmas, e por essa razão o fim poderá se revelar alcançado por mais de uma maneira, já que cada intérprete poderá eleger diferentes condições para alcançá-lo. Nesse passo, o estado ideal de coisas a que se refere o autor será formado por meios que podem representar de forma diferente a promoção gradual daquele fim. A máxima "os fins não justificam os meios" pode ser invocada, uma vez que seu sentido corroborará o conceito aqui pretendido: são os meios que justificam os fins, *in casu*, o fim positivado no Texto Constitucional.

Por outro lado, a ausência de determinação de condutas específicas para a promoção do fim principiológico não compreende a autorização, para se falar na impossibilidade de se encontrar comportamentos indispensáveis à realização do

<sup>43</sup> "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 liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional**, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus [...]" (grifos nossos).

<sup>44</sup> Esclareça-se que, como normas finalísticas, os princípios não são signos equivalentes aos valores. Sendo o princípio uma norma jurídica, ele se encontra no plano do dever-ser, estabelecendo a obrigação de adoção de uma conduta necessária para o alcance do conteúdo do estado ideal de coisas indicado como fim. Já o valor situa-se no plano axiológico, atribuindo apenas uma qualificação positiva a determinado elemento, que pode ser o estado ideal de coisas deduzido a partir da construção da proposição principiológica. Nada obstante à distinção dos elementos, princípio e valor estão intimamente relacionados (Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80).

<sup>45</sup> Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 146.

<sup>46</sup> Cf. *ibid.*, p. 109.

estado ideal de coisas a ser buscado. Como adverte Humberto Ávila<sup>47</sup>, a constatação de que o sentido é construído pelo intérprete não significa que inexistem significados algum antes do término do processo de interpretação. Há traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem e que constituem um limite ao intérprete ou, como preferimos e abordaremos no item 1.2.3.1, uma vez observados (significados originados no uso), legitimam a significação atribuída. Lembra o autor que, neste aspecto,

Wittgenstein refere-se aos jogos de linguagem: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação lingüística geral. E Heidegger menciona o enquanto hermenêutico: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou a priori, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem.<sup>48</sup>

Sendo assim, considerado o fim um estado ideal de coisas, podemos dizer que o intérprete tem uma direção a empregar no percurso gerador de sentido da norma jurídica princípio: recolherá do contexto traços mínimos que componham os significados vinculados ao fim pretendido, juntamente com hipóteses de condutas que, se postas em prática, poderão levá-lo à promoção gradual do fim objetivado.

E mais, como destaca Humberto Ávila, embora a norma princípio não determine quais as condições necessárias para a conquista do denominado estado ideal de coisas (diferente em cada princípio), ela institui como *um dever* a adoção dos meios que se fizerem necessários para o atingimento desse fim<sup>49</sup>. Isto é, se na construção do sentido de uma norma jurídica o intérprete conjugar a proposição principiológica a determinada regra (formada a partir de um ou mais enunciados que prescrevam elementos passíveis de promoverem o fim objetivado) e essa ainda não for suficiente para o atingimento do estado ideal de coisas a ser buscado, outros comportamentos poderão ser buscados para garanti-lo (elementos denominados pelo autor de "*outras razões*"). Isso porque os princípios exercem essa função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras; trata-se de uma eficácia interna direta da norma<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

<sup>48</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>49</sup> Cf. Ibid., p. 80.

<sup>50</sup> Cf. Ibid., p. 97.

Também por não prever os meios a serem empregados para a promoção do fim objetivado, a norma princípio não é capaz de gerar *de per se* uma solução específica; somente contribuirá ao lado de outras razões para a tomada de uma decisão, o que a classifica como uma norma primariamente complementar e preliminarmente parcial<sup>51</sup>.

Por fim, é importante lembrar que os princípios remetem o intérprete a valores que qualificarão diferentes modos de promover os resultados almejados, assim como a ordem dos próprios resultados (hierarquia, preferibilidade), pois a seleção de qualquer valor depende de uma avaliação eminentemente subjetiva. O que é valor para um pode constituir um desvalor para o outro. Os valores são atribuídos pelo intérprete de acordo com a sua visão de mundo, os pré-conceitos nele imbricados e a tradição (uso) na qual se inserem. Por essa razão, os comportamentos adequados à realização dos estados ideais de coisas e a própria delimitação dos seus contornos normativos dependerão da significação que lhes for atribuída pelo intérprete aplicador do Direito, e dessa dependerá o "fim" (princípio) para ganhar normatividade.

### 1.2.1.3 Princípios e regras constitucionais

O Direito Positivo se apresenta como um conjunto finito, mas indeterminado de normas jurídicas, sintaticamente homogêneas (pois todas as normas terão a mesma estrutura lógica) e semanticamente heterogêneas, que formam um verdadeiro sistema, assim entendido como um conjunto de elementos aglutinados em torno de um conceito fundamental<sup>52</sup>. Nesse ponto ressaltamos a contribuição de Kelsen<sup>53</sup>: a "norma fundamental" pressuposta juridicizou o fato que fecha o conjunto do Direito Positivo (consubstanciando o elemento aglutinador – a Constituição Federal), isolado na especificidade de seu objeto e uniforme porque só composto de normas jurídicas.

---

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 76.

<sup>52</sup> GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

<sup>53</sup> Citado por CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 252.

Como um sistema, as normas estão dispostas em estrutura hierarquizada regida pela fundamentação. Fundam-se e derivam de normas superiores, tanto materialmente como formalmente, e convergem para a norma fundamental. Por essa razão, foi na norma fundamental que o legislador depositou os enunciados (regras) e as razões que lhes são subjacentes -- que dão ensejo à construção de sentido das proposições<sup>54</sup> a que denominamos princípios, com o objetivo de que elas funcionem como um fator de agregação para as cadeias normativas, influenciando na orientação na construção e produção de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

Diversamente das regras, cuja estrutura lógico-formal é fator de sua fácil identificação, Aurora Tomazini de Carvalho pondera que não há no Texto legislado uma indicação do legislador acerca de quais proposições devem ser consideradas como "princípios". Disso resulta que caberia ao intérprete, valorando o sistema, eleger quais proposições são tão relevantes a ponto de informar a construção e estruturação de todas as outras normas<sup>55</sup>; o que foi feito pela Dogmática pátria, que, embora classifique em sua maioria regras e princípios como sendo todas normas principiológicas, valorou os estados ideais a serem buscados pelo aplicador do Direito, entre os quais citaremos alguns a exemplificar a divisão entre regras e princípios por nós adotada.

---

<sup>54</sup> Importante esclarecer que as normas construídas a partir de um esforço indutivo do Texto Constitucional, baseadas em elementos subjacentes à dicção do produto legislado, ou seja, construídas sem correspondência a nenhum enunciado prescritivo, como originárias de proposições (para nos mantermos coerentes com a doutrina adotada de Humberto Ávila), diferenciam-se das regras construídas a partir de enunciados prescritivos dispostos no Texto Constitucional, apenas quanto aos elementos de sua estrutura (a partir das proposições, não se forma uma estrutura implicacional direta como se constrói a partir das regras, com uma hipótese e uma consequência informadas pelos enunciados). A partir das proposições pode se formar a seguinte expressão: "para (o estado ideal de coisas), então é preciso" (meios de comportamento). As normas formadas a partir das proposições sacadas do Texto Constitucional são denominadas de princípios implícitos, e as construídas a partir dos enunciados postos são denominadas de princípios explícitos. Para boa parte da dogmática, em vista da posição privilegiada e por carregar valores que vão ao encontro das razões de origem e manutenção do Estado Democrático de Direito, proposições e regras que dão origem à construção de normas principiológicas são igualmente denominadas de princípios.

Não é nosso objetivo contestar ou afirmar aqui a melhor classificação baseada na distinção de critérios que diferenciam princípios implícitos (construídos a partir de proposições) e princípios explícitos (construídos a partir de enunciados expressos da Constituição Federal, aos quais denominamos de regras), pois entre essas figuras não há hierarquia. No processo de construção do sentido da norma, princípios ou regras, como normas formadas a partir do Texto Constitucional, destinam-se igualmente, como antes afirmado, a influenciar e funcionar como fator de agregação e orientação das cadeias normativas do sistema.

<sup>55</sup> Cf. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 483.

- Princípios*
- (i) do Estado de Direito;
  - (ii) do Estado Social de Direito;
  - (iii) da divisão funcional dos poderes;
  - (iv) democrático;
  - (v) da proteção da propriedade;
  - (vi) da liberdade de exercício de profissão e de atividade econômica;
  - (vii) da proteção da liberdade;
  - (viii) da proteção da família;
  - (ix) da igualdade;
  - (x) da dignidade humana;
  - (xi) da publicidade;
  - (xii) da segurança jurídica.

- Regras:*
- (i) proibição de modificação constitucional;
  - (ii) legalidade;
  - (iii) anterioridade;
  - (iv) irretroatividade;
  - (v) proibição de confisco;
  - (vi) reserva de lei complementar;
  - (vii) devido processo legal.

Independentemente da classificação adotada, se regras e princípios, se todos princípios, destaca-se que não há se falar numa escala de impregnação maior ou menor de valor (que qualificará os fins para o ordenamento jurídico) entre princípios e regras construídas a partir do Texto Constitucional. Pode-se falar, no entanto, de que há valores no contexto do Direito Positivo que se implementam pela aplicação de princípios ou regras constitucionais, e será a relevância desses valores que identificará princípios denominados de sobreníveis<sup>56</sup>, como é o caso do primado da segurança jurídica que elegemos estudar mais detidamente neste trabalho em razão da incomensurável influência que exerce sobre o processo de interpretação e a construção do sentido considerado como legítimo, particularmente na temática dos efeitos prospectivos.

---

<sup>56</sup> Que se sobrepõem a outras normas, influenciando na construção do sentido final da norma jurídica.

#### 1.2.1.4 O sobreprincípio da segurança jurídica: segurança jurídica como garantia do direito à segurança

No Livro Primeiro das *Metamorfoses*<sup>57</sup>, Ovídio (43 a.C. – 17-18 d.C.) descreve a doce e a mítica Idade de Ouro. Ali não havia leis, não havia advogados, juízes ou tribunais. Todos cumpriam espontaneamente os papéis que a sociedade lhes reservara.<sup>58</sup> Infelizmente, o ideal poético do Paraíso terrestre descrito por Ovídio nunca existiu. A história relata que, com o surgimento da sociedade e a necessidade de se garantir uma convivência pacífica entre seus membros, estes firmaram um pacto abdicando de parcela de suas liberdades em nome de um poder político que, representando a vontade geral, regularia suas condutas e lhes garantiria a proteção de direitos fundamentais, como a liberdade, a vida, a propriedade e a igualdade entre os indivíduos. A organização social por esse poder político fez surgir o Estado, e a ordem jurídica que se estabeleceu, imposta a governantes e governados, garantindo direitos civis e políticos, assumiu o significado de Estado de Direito<sup>59</sup>.

Segundo Luís Roberto Barroso, a cláusula comutativa "recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade" justificou a origem e a necessidade do Estado para as teorias democráticas de base contratualista<sup>60</sup>; e o direito à segurança, então segurança jurídica, porque derivada de uma organização

<sup>57</sup> *Metamorfoses* é considerada como a *magnum opus* do poeta latino Ovídio. Ao contrário do pensamento de ordem e estabilidade do imperador, os versos de *Metamorfoses* mostram um mundo em constante mutação. Até hoje, a obra é considerada como um dos trabalhos poéticos mais aclamados sobre mitologia, e o poema mais influente da história da poesia e da arte. Seu caráter social e espiritual acerca dos ciclos históricos do homem influenciou também a filosofia, notavelmente o Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens (1989), de Jean-Jacques Rousseau, e inspirou outros autores, como Dante, Shakespeare, Cruz e Sousa, Franz Kafka, Manoel de Barros, assim como pintores e escultores tão diversos como Michelangelo, Rafael, Tiziano, Correggio, Veronese, Caravaggio, Rubens, Bernini, Velásquez, Rembrant, Delacroix, entre tantos outros. Figura como uma das mais importantes obras clássicas da mitologia greco-romana e da literatura latina. (WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. s.v. *metamorfoeses*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Metamorfoses>>. Acesso em: 18 mar. 2012).

<sup>58</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Medida Provisória e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 261.

<sup>59</sup> Nesse sentido, OLIVEIRA, Aline Lima de. *A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Superior Tribunal Federal. In: PIZOLIO, Reinaldo (Org.). *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 145.

jurídica<sup>61</sup>, consistiu, no início, no principal objetivo do Estado de Direito, como observou J. J. Canotilho:

[...] o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito<sup>62</sup>.

O direito à segurança foi objeto de previsão expressa nos mais diversos pactos internacionais e Constituições. No entanto, não recebeu a referência expressa à segurança jurídica, mas apenas à segurança pessoal do indivíduo, como se constata na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (art. 2º); na Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (art. 3º); no Pacto Internacional da ONU de Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 9º); na Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (art. 7º, nº 1); na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 27/1); e na Constituição Espanhola de 1978 (art. 17.1), por exemplo. Apesar da ausência de referência expressa, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet<sup>63</sup>, não houve obstáculo ao reconhecimento de manifestações nas quais ela foi invocada.

Não se tem notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita<sup>64</sup>, mas sua existência (o direito à segurança jurídica) enquanto valor inerente ao Estado de Direito é inquestionável. Como enfatiza Recasens Siches, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à ideia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Que segundo Kelsen, "todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica". (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 353).

<sup>62</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1996, p. 256.

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais, e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 89.

<sup>64</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*, v. 61, n. 3, 1994, p. 86.

<sup>65</sup> Cf. CAVANCÂNTI FILHO, Theóphilo. *O Problema da Segurança no Direito*, p. 52-53 apud SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17.

Nesta concepção a vislumbramos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Incluído como valor fundamental expresso no Preâmbulo da Carta Magna<sup>66</sup>, o direito à segurança não recebeu a referência expressa como direito à segurança jurídica em nenhuma outra passagem do Texto Constitucional original<sup>67</sup>. Mas, como afirma José Afonso da Silva<sup>68</sup>, segurança jurídica é uma decorrência da segurança do direito. A segurança do direito é um estado ideal que exige a positividade do direito, e a segurança jurídica já é uma garantia que decorre dessa positividade, cujo fundamento de validade se encontra na Constituição Federal.

Paulo de Barros Carvalho pontifica:

A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade de jurisdição e outros mais. Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise de normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos suas projeções sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas, como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo; então será possível imitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do

<sup>66</sup> "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 liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

<sup>67</sup> A proteção da segurança, como expressamente jurídica, somente passou a constar do Texto Constitucional por ocasião da aprovação da Emenda Constitucional n° 45/2004, que introduziu o art. 103-A, criando a súmula vinculante, e assim dispôs em seu parágrafo primeiro: "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave **insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17.

primado da segurança jurídica, justamente porque neste ordenamento jurídico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo.<sup>69</sup>

Daí porque, mesmo na sua implicitude do alti plano constitucional, a segurança jurídica se revela no vetor finalístico dos parâmetros normativos que traçam limites e valores para a disciplina da vida em sociedade, denotando claro o objetivo da estabilidade das relações jurídicas. No ordenamento jurídico brasileiro, essa finalidade está contemplada em diversos dispositivos constitucionais, por exemplo, nas normas do art. 5º, incisos III (princípio da legalidade *lato sensu*), XXXVI (proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), XXXIX (princípio da legalidade penal), XXXL (princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica), LIV e LV (princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa); do art. 150, incisos II (princípio da legalidade tributária) e III, alíneas "a" (princípio da irretroatividade da lei tributária), "b" (princípio da anterioridade de exercício) e "c" (princípio da anterioridade mínima). Da aplicação desses princípios e regras, concretiza-se a segurança jurídica.

Não restam dúvidas de que o contorno da segurança jurídica, portanto, está definido no direito constitucional positivo versado no Texto e nas razões constitucionais que dele subjazem. A Constituição Brasileira, mais do que exigir a promoção do princípio da segurança jurídica, corporifica-o pela preocupação, do início ao fim, com o estado ideal que conforma esse primado, pois a segurança jurídica é um ideal normativo de primeira grandeza<sup>70</sup>, que abaixo da Justiça é o ideal maior do Direito<sup>71</sup>.

#### 1.2.1.4.1 Os estados ideais do princípio da segurança jurídica

Em face da sua natureza de direito fundamental, Christine Mendonça<sup>72</sup> relata três diferentes acepções atribuídas à expressão *segurança jurídica*: (i) *segurança jurídica como valor extrajurídico*, correspondendo às expectativas do meio em

<sup>69</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*, v. 61, n. 3, 1994, p. 86.

<sup>70</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 665.

<sup>71</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 102, 2008, p. 22.

<sup>72</sup> MENDONÇA, Christine. Segurança na Ordem Tributária Nacional e Internacional. In: *II Congresso Nacional de Estudos Tributários*, 2005, São Paulo. Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, 2005, p 46.

relação ao sistema de direito posto (garantia de que serão criadas normas que digam como devem se dar as consequências caso ocorram determinados eventos); (ii) *segurança jurídica vista como um conjunto de garantias constitucionais*, construída a partir do preâmbulo da Constituição Federal e do caput do art. 5º, que, positivada (por meio da aplicação), decorre de um "conjunto de direitos que aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral)"<sup>73</sup>; e (iii) *segurança jurídica vista como previsibilidade juridicizada*, correspondendo às previsões do Direito Positivo que objetivam evitar que o fator tempo cause instabilidade na produção de relações jurídicas (por essa acepção, destaca a autora, se vislumbra a condição de sobreprincípio desse primado, pois o estado ideal de coisas por ele objetivado se realizaria pela implementação de outras normas, como a irretroatividade, a anterioridade, a legalidade, assim como as normas que regulam a decadência, a prescrição, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito adquirido, etc.).

Pela análise do Texto Constitucional de 1988, verifica-se ter o legislador constituinte optado pela regulamentação pormenorizada das competências conferidas às pessoas de direito público, das matérias, dos procedimentos e das fontes em geral, o que proporcionou ao cidadão o conhecimento dos limites para o exercício da sua liberdade<sup>74</sup> e a possibilidade de programação digna de sua vida e de seu futuro. Tal organização legislativa denota a criação de um sistema dedicado a garantir a estabilidade das relações que pretende regular, por meio da positividade das condutas intersubjetivas de seus integrantes e da atuação estatal. Neste aspecto, a positividade do Direito lhe confere segurança: segurança como Instituição e segurança de ordem para a sociedade (Estado de Direito) no tempo.

A par disso, a acepção de segurança jurídica como previsibilidade juridicizada é a que melhor significa essa norma finalística, sendo também a adotada por grandes nomes da Dogmática nacional<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> José Afonso da Silva apud MENDONÇA, Christine. *Segurança na Ordem Tributária Nacional e Internacional*. In: *II Congresso Nacional de Estudos Tributários*, 2005, São Paulo. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 49.

<sup>74</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 199.

<sup>75</sup> Para **Alberto Xavier**, "a doutrina dominante – principalmente a alemã – tende a ver a essência da garantia da segurança jurídica na suscetibilidade de previsão objetiva, por parte dos particulares, das suas situações jurídicas (Vorhersehbarkeit e Vorausberechenbarkeit), de tal modo que estes possam ter uma expectativa precisa dos seus direitos e deveres, dos benefícios que lhes serão concedidos ou dos encargos que hajam de suportar. Daqui resulta que a idéia geral de segurança

Contudo, há que se esclarecer que essa previsibilidade não é absoluta; é relativa. Explicamos.

Sendo a segurança jurídica um princípio, importa em uma norma finalística que estabelece o dever de adoção de determinados comportamentos para a concretização da estabilidade das relações sociais. Humberto Ávila leciona que a estabilidade do sistema jurídico e social decorre da adoção de comportamentos que

jurídica se analise – como o observam Lohlein e Jaenke – num conteúdo formal, que é a estabilidade do Direito, e num conteúdo material, que consiste na chamada proteção da confiança [...] (Vertrauensschutz)". (XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 45).

**Geraldo Ataliba** narra, em sua obra *República e Constituição*, que o quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo – do ideário francês e norte-americano instalado no mundo ocidental, nos fins do século XVIII – e principalmente a adoção de instituições republicanas, em inúmeros Estados, cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa. Pelo contrário, postula absoluta e completa *previsibilidade* da ação estatal pelos cidadãos e administrados. O legislador atua representando o povo e expressando os seus desígnios. Seu trabalho é necessariamente público e desenvolvido em clima de amplo debate. Os negócios do Estado são públicos (se fazem abertamente, à vista do público), salvo raras as exceções, expressamente previstas em lei. A imprensa livre – condição necessária ao funcionamento do sistema (como viabilizadora do direito à informação) – serve de veículo aos mecanismos de fiscalização do governo pelo povo, e ao Judiciário competirá aplicar a lei, em processos contenciosos, sem discricção e na conformidade de padrões técnicos perfeitamente previsíveis. (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 171).

**Paulo de Barros Carvalho** ensina que o primado da segurança jurídica requer a *previsibilidade do conteúdo da coatividade normativa*. Aos destinatários dos comandos jurídicos deve ser assegurada a possibilidade de organizar suas condutas na conformidade dos teores normativos existentes (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 264).

Para **Humberto Ávila**, o princípio da segurança jurídica deriva do Estado de Direito e se infere a partir de normas constitucionais, como a da proteção ao direito adquirido, a ato jurídico perfeito, coisa julgada, legalidade, irretroatividade e anterioridade. (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 295). Consubstancia uma norma jurídica que diz respeito a um estado ideal de coisas a ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuem para a sua promoção. Nessa concepção, a segurança jurídica não significa a possibilidade de alguém prever as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos, mas, sim, a prescrição para alguém adotar comportamentos que aumentem o grau de previsibilidade. A segurança jurídica, neste aspecto, é matéria de direito posto. (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106-110).

**Ives Gandra da Silva Martins** leciona que certeza e segurança jurídica são direitos e garantias fundamentais; a segurança é ofertada pelas disposições dos textos legislativos e a certeza pela interpretação que os Tribunais lhes ofertam, de modo que a segurança a que se refere a Carta Magna só adquire certeza absoluta quando o Poder Judiciário oferta a decisão definitiva, a interpretação última, aquela que permite seja a interpretação seguida pelos cidadãos com confiança. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2006. p. 218-219).

**Tércio Sampaio Ferraz Junior** assinala que a segurança jurídica cria condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros. Esta certeza é reforçada, por outro lado, por decisões reiteradas de nossos Tribunais, no sentido de que as normas aplicáveis a determinada situação estão em consonância com os preceitos constitucionais. A alteração de entendimento representa um abalo nas relações jurídicas já consolidadas e na certeza imposta pelo princípio da segurança jurídica (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Segurança jurídica e normas gerais tributárias*. *Revista de direito Tributário*, Ano V, n. 17-18, jul./dez. 1981, p. 51).

promovam os estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade<sup>76</sup>. Vejamos cada um deles.

(i) Cognoscibilidade: este estado ideal refere-se ao conhecimento do ordenamento jurídico em uma perspectiva estática, a indicar o seu conhecimento pelo destinatário da norma no momento da prática da ação. Entretanto, é cediço que, para entender o Direito, é preciso conhecê-lo. A linguagem que consubstancia o seu corpo normativo é suscetível a mudanças pela atualização da língua<sup>77</sup>, fato esse que não permite a determinação fechada dos significados (sentido unívoco) de seus termos antes de iniciada a atividade de interpretação. Por isso, somente quando concluída a construção de sentido da norma jurídica é que se terá o sentido atual do comando normativo, temporalmente adequado do conceito legal que se pretendeu conhecer. Assim, a ideia de *cognoscibilidade* do ordenamento está associada à capacidade de o indivíduo ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito possa ter margens de indeterminação, a serem guiadas por um núcleo mínimo de significação determinado paulatinamente pela dogmática e pela jurisprudência<sup>78</sup>. Como meios para se chegar a esse estado de cognoscibilidade, pode-se citar a publicação das leis, a clareza dos textos normativos, a determinabilidade do conteúdo das leis, a intimação para a realização de determinados atos, entre outros. A partir dessa perspectiva de conhecimento do Direito, abandona-se a busca pela univocidade e certeza dos sentidos legais (determinação), para se compreender o conhecimento do Direito por meio do processo de construção de sentido intersubjetivo guiado por um mínimo de significação controlado (cognoscibilidade).

(ii) Confiabilidade: este estado ideal concretiza-se com a "estabilidade na mudança"<sup>79</sup>, ou seja, a *confiabilidade* não demanda a imutabilidade das normas, mas sim um estado em que assegure a estabilidade e continuidade normativas. O termo *confiabilidade* é empregado numa perspectiva retrospectiva, com foco na segurança do passado ou na transição das normas do passado para o presente, visando à permanência da estabilidade a partir de elementos que proíbam a modificação abrupta ou drástica, no presente, daquilo que foi conquistado no

---

<sup>76</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 112.

<sup>77</sup> Código de signos que informa os textos de Direito Positivo.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 124.

passado<sup>80</sup>. Isto é, o estado de confiabilidade exige a proteção de expectativas por meio da adoção de comportamentos que promovam mudanças estáveis, graduais no ordenamento, como o reconhecimento à proteção da confiança legítima, à consolidação fática das situações no tempo, o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, por exemplo, entre outros.

(iii) Calculabilidade: o estado de *calculabilidade* se coloca em substituição à previsibilidade absoluta, como a capacidade de o indivíduo antecipar parcialmente (e não totalmente) os conteúdos normativos e a atuação estatal final, em vista da indeterminação da linguagem já abordada e da inexistência de univocidade dos enunciados positivados. Nesse aspecto, a capacidade de antecipação da conduta estatal, segundo Humberto Ávila<sup>81</sup>, tanto deve se referir (a) à possibilidade de previsão do espectro das consequências jurídicas atribuíveis aos atos próprios ou alheios, assim como a previsão do espectro de tempo dentro do qual a conduta será definida, como (b) à possibilidade de previsão do espectro das consequências jurídicas que normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas. O estado de calculabilidade não é atendido quando o indivíduo apenas tem a capacidade de prever que a norma pode mudar, mas não possui a mínima aptidão para saber em que medida (*e.g.*, o contribuinte sabe que a alíquota do imposto de importação pode ser alterada pelo Poder Executivo; mas não pode esperar que um produto tributado à alíquota de 2% passe a ser tributado pela alíquota de 300%). O indivíduo deve poder interpretar a norma abstrata e prever com grande possibilidade de acerto, não a própria consequência futura que possa lhe ser imputada em razão de determinada ação que venha a praticar, mas um número reduzido de consequências alternativamente aplicáveis e em quanto tempo a consequência que tiver de lhe ser aplicada será definida. O estado ideal de calculabilidade visa a transição segura do Direito do presente para o futuro, e os comportamentos que podem ser adotados para a sua promoção implicam no respeito aos prazos para a exigência de novas condutas e/ou no estabelecimento de prazos para adequação de efeitos decorrentes de atos pretéritos afetados por novas normas.

Como se pôde perceber, o fenômeno do tempo está envolvido em todos os cenários abrangidos pelos estados ideais que concretizam o primado da segurança

---

<sup>80</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 341.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 252.

jurídica. A ciência da influência deste fenômeno físico na concepção do estado ideal de segurança jurídica afastou a exigência de uma realidade de predeterminação<sup>82</sup> do ordenamento, para exigir comportamentos que assegurem a sua cognoscibilidade, assim como índices de confiabilidade e de calculabilidade do sistema, aptos a garantir a estabilidade social desejada pela sociedade destinatária de suas normas.

Esse sentido conferido ao primado da segurança jurídica influencia sobremaneira na atividade de construção da norma jurídica, na medida em que o Estado, por seus representantes, é o responsável por determinar a cognoscibilidade do ordenamento, assim como por assegurar a sua confiabilidade e calculabilidade por meio da introdução de novas normas jurídicas (legislativas, executivas, administrativas ou judiciais).

#### **1.2.1.4.2 Perspectivas do princípio da segurança jurídica**

Como visto, a concepção de segurança jurídica como previsibilidade juridicizada é adotada de forma uníssona entre os autores pátrios cujas definições colacionamos nos itens antecedentes, embora a partir delas não se extraia um conceito unívoco. Mas isso se dá em razão das diferentes perspectivas ou dimensões – em sentido amplo ou em sentido estrito, objetiva ou subjetiva, estática ou dinâmica<sup>83</sup> – adotadas por cada autor ao tratar do tema; todas a influenciar sobremaneira na construção da norma jurídica e na aplicação do Direito, quando concebidas pelo intérprete autêntico. Vejamos as particularidades de cada uma.

---

<sup>82</sup> Decorrente de uma visão mecanicista das normas, para a qual há um sentido único para os comandos normativos; portanto, imutáveis e absolutamente previsíveis. Sobre este aspecto, Ricardo Lobo Torres, citado por Humberto Ávila, declara ser ingênua a crença de se obter segurança por meio da determinação de hipóteses de incidência. E Ávila complementa: é preciso insistir no fato de que a determinação conceitual permanece sendo importante, tendo em vista que há processos argumentativos anteriores à interpretação e à aplicação de determinados dispositivos que, pelo uso, já determinaram conceitualmente termos empregados pelo legislador. No entanto, continuar alicerçando a segurança jurídica – exclusivamente, insista-se, na exigência de determinação conceitual, apesar do caráter argumentativo do Direito e como se ele fosse uma patologia –, é edificá-la sobre pés claros e determinados... de argila. É, com a vênua para nova translação, deixar que um balão de plástico derrube um... avião. (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 277).

<sup>83</sup> Cf. SIMONE, Diego Caldas Rivas de. *Segurança Jurídica e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 67.

José Afonso da Silva<sup>84</sup> classifica a segurança jurídica, em um sentido amplo, quando correspondente a uma garantia geral, de proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica; e, em sentido estrito, quando correspondente a uma garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos<sup>85</sup>.

Já Humberto Ávila propõe a análise do primado da segurança em quatro dimensões: pela dimensão objetiva, verificam-se quais as qualidades que o Direito como tal deve possuir; pela dimensão subjetiva, verifica-se a eficácia concreta e objetiva que o Direito deve experimentar; pela dimensão estática, objetiva-se o exame de qual é o conteúdo do Direito; e pela dimensão dinâmica, investiga-se qual é a força do Direito. Confirmam-se mais detalhes de cada uma, agora, com mais vagar.

A *dimensão objetiva* da segurança jurídica demanda estabilidade e credibilidade do ordenamento jurídico, e a sua restrição requer, por parte de quem a alega, a demonstração de que uma determinada regra, ato ou decisão causará, sob o ponto de vista das pessoas e de acordo com critérios médios de racionalidade, forte abalo na própria credibilidade regular do Direito como Instituição<sup>86</sup>. Diversamente, na sua dimensão subjetiva, a segurança jurídica se referirá à aplicação concreta a determinado caso e a determinada pessoa. A restrição da segurança na dimensão subjetiva requer a demonstração de que alguém, confiando em determinada regra, ato ou decisão, exerceu concretamente atos de disposição dos seus direitos de liberdade e de propriedade<sup>87</sup>.

A *dimensão estática* se refere à cognoscibilidade do Direito e abarca os requisitos estruturais pelos quais o Direito pode ser empregado como um

<sup>84</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17.

<sup>85</sup> Essa classificação vai ao encontro da dimensão dinâmica da segurança jurídica, em seu aspecto subjetivo pessoal, como se demonstrará.

<sup>86</sup> Humberto Ávila exemplifica a dimensão objetiva da seguinte forma: "uma decisão judicial que, modificando orientação jurisprudencial consolidada anterior, atinja um sem-número de cidadãos que confiaram na orientação abandonada, causando uma desconfiança geral e abstrata da comunidade jurídica no Poder Judiciário e no Direito como instituições sociais". E a dimensão subjetiva com o seguinte fato: "uma decisão judicial que, modificando orientação jurisprudencial consolidada anteriormente, afete alguém em específico, que fez significativos investimentos causalmente vinculados à decisão modificada, que podia servir e que efetivamente serviu de orientação para a sua ação passada, causando uma significativa e imprevisível restrição individual e concreta nos seus direitos de liberdade e de propriedade". (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 139-140).

<sup>87</sup> *Ibid.*, loc. cit.

instrumento de orientação da conduta, de fundamento e de limite do exercício do poder. Para ser considerado "seguro", o Direito precisa ser compreensível e efetivo. Compreensível no sentido de ser acessível e inteligível, permitindo ao cidadão o conhecimento do significado de suas ordens positivadas, e efetivo a ponto de este (cidadão) agir com base naquele (Direito). Garantem essa cognoscibilidade as normas que regulamentam o (i) dever de publicação das leis, viabilizando o seu acesso a todos; as normas que regulamentam a (ii) intimação do indivíduo acerca dos fatos e atos que sejam de seu interesse; (iii) normas de vigência, que delimitam a partir de quando serão seus mandamentos exigíveis; (iv) normas de codificação, que agrupam em um só documento e de maneira lógica toda a disciplina sobre determinado assunto; (v) a clareza normativa e linguística; (vi) a determinabilidade do conteúdo das normas, ou seja, todos os elementos correspondentes à obrigação prescrita devem ter sido elencados no enunciado normativo; (vii) a coerência material, relativa à não contradição entre as normas tanto na fase da sua edição pelo Poder Legislativo, como na fase de sua aplicação. Para se ter conhecimento do Direito é preciso que haja conhecimento mínimo acerca da existência/da validade, da vigência e da eficácia das normas pelos seus destinatários. Ou a cognoscibilidade é integral, e conectada com a sua eficácia, ou ela não garante a segurança jurídica<sup>88</sup>.

A *dimensão dinâmica*, por sua vez, envolve os problemas de realização do Direito, particularmente os problemas da ação no tempo e da transição no Direito. O estudo da segurança jurídica nesta perspectiva implica no exame dos requisitos relativos aos atos indispensáveis à sua aplicação, quais sejam, a confiabilidade (a denotar aquilo que é do passado e deve permanecer no presente do Direito) e a calculabilidade (a identificar aquilo que do presente deve ser mantido na sua transição para o futuro)<sup>89</sup>. Humberto Ávila<sup>90</sup> enfatiza que essa opção semântica atribuída aos requisitos da confiabilidade e da calculabilidade harmoniza-se mais com o uso tradicional dos termos:

[...] confiabilidade é normalmente associada à idéia de proibição de mudança, onde se insere a questão da intangibilidade subjetiva<sup>91</sup> e da

<sup>88</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 199-337.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 341.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 342.

<sup>91</sup> A exemplo de situações intangíveis pela proteção da segurança jurídica estão aquelas que se subsumem as regras de decadência, de prescrição, do ato jurídico perfeito (decorrente de um

durabilidade objetiva, ao passo que a calculabilidade é tradicionalmente atrelada à concepção de suavidade ou de constância da mudança, em que se inclui a questão da continuidade.

Neste aspecto, o autor também pondera que a exigência de durabilidade do ordenamento jurídico decorre da *dimensão dinâmica objetiva* da segurança jurídica, que se relaciona ao ordenamento e ao conjunto de liberdades, que estabelecem a crença de que os atos praticados pelo Poder Público estão de acordo com a lei. A durabilidade se contrapõe à mudança, afetando a credibilidade institucional do Direito como pressuposto do exercício potencial das liberdades. Por outro lado, o autor relata que a "dimensão dinâmica detém uma face subjetiva", que exige a proteção da confiança, a qual examinaremos mais detidamente a partir do Capítulo 4, e que se refere ao exercício da liberdade de alguém juridicamente orientado. A proteção da confiança não se contrapõe à mudança, mas seus efeitos impedem que aquela atinja o passado de determinada liberdade<sup>92</sup>.

Como visto, o primado da segurança jurídica envolve com seus estados ideais a questão do tempo, fenômeno físico unidirecional, especialmente nos estados ideais da confiabilidade e da calculabilidade, que implicam na análise da bidirecionalidade do passado/futuro<sup>93</sup>, pois ora a segurança jurídica deverá ser analisada sob o foco retrospectivo, ora sob o foco prospectivo. Essas características e particularidades voltarão a ser mais bem estudadas no Capítulo 4, pois influenciam na construção do conceito de "*razões de segurança jurídica*" que condiciona, ao lado do conceito de "*excepcional interesse social*", a atribuição dos efeitos prospectivos pelo instituto da modulação de efeitos.

Como a construção de sentido da norma jurídica é o nosso objetivo, a refletir na análise das razões de segurança jurídica, assim como do excepcional interesse social – figuras condicionantes do instituto do *prospective overruling*<sup>94</sup> ou modulação de efeitos –, fechamos o parêntese aberto e retomamos agora a análise das regras que orientam a formação do sentido, por meio das quais se pode vincular um termo jurídico à prescrição de uma conduta normativa, assim como seguiremos com a

---

negócio, celebrado com base na lei), do direito adquirido (direito que surge com a lei) e da coisa julgada (consustanciada no fato de uma sentença não ser mais passível de recurso).

<sup>92</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 345-346.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 341.

<sup>94</sup> A técnica do "*prospective overruling*" foi definida por Gilmar Ferreira Mendes como "a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 172).

identificação de fatores outros que condicionam a subjetividade do intérprete na construção do sentido e, por consequência, eventuais limites, se existentes, na atividade de aplicação da norma pelo intérprete autêntico, considerada a função primordial que entendemos ter o Direito: solucionar conflitos.

### 1.2.2 Regras que informam a construção do sentido

Como premissa basilar adotada neste trabalho, manifestamos que o Direito é constituído pela linguagem, linguagem que, embora aproveite em quantidade considerável palavras e expressões pertinentes ao domínio das comunicações científicas, se assenta no discurso natural (em oposição à linguagem formalizada) e por essa razão está sujeita a todas as vicissitudes da língua natural, que é ambígua e não estabelece definições absolutas e precisas, o que contribui com a diversidade de sentidos que podem ser conferidos às normas jurídicas.

Contudo, não existem critérios fixos que estabeleçam quais dados informam o repertório de sentidos do intérprete do direito, dado que o sentido é inesgotável por definição. Mas, isso não significa que a atribuição de significação possa ser arbitrária. A arbitrariedade nesse contexto está para a inobservância de regras semânticas que informam as formas possíveis de se vincular determinado termo jurídico a determinada prescrição de conduta normativa, assim como para a inobservância dos fatores que conformam a cultura (porque o direito é um objeto cultural) e, nessa condição, se prestam a legitimar a definição do sentido.

Enumerando-as como elementos do sentido, Tácio Lacerda Gama<sup>95</sup> sintetiza com brilhantismo regras aptas a informar a vinculação de um termo jurídico à prescrição de uma conduta normativa, que culminam por auxiliar na seleção de um sentido das normas jurídicas. São elas:

- a) A compreensão da **diferença** existente **entre termo** – significante a partir do qual se constrói a uma significação acerca de um significado – e **conceito** – que corresponde à significação, à ideia que resulta do contato do intérprete com o termo e que permite classificar o sentido como conotativo ou denotativo.

---

<sup>95</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 164.

- b) O sentido será **conotativo** quando abarcar as características do conceito e **denotativo** quando se objetivar ajustar os objetos aos termos interpretados. Citando Irving M. Copi, Gama ressalta que a conotação e a denotação são âmbitos de significação de um termo que apontam para aspectos distintos, mas complementares, da relação entre significante e significado.
- c) A construção de sentido é prejudicada pela **vaguidade** e/ou **ambiguidade** dos termos jurídicos, vicissitudes próprias de uma linguagem que se assenta no discurso natural, como visto, e que em muito contribuem para a transmissão de mensagens jurídicas imprecisas, que ensejam conflitos de interesses. Segundo o autor, o termo será ambíguo quando denotar, ao mesmo tempo, objetos de naturezas distintas, e será vago quando o seu critério de uso (do termo) na comunidade jurídica não permitir a distinção entre o seu significado e o significado de outros termos. Esses ruídos da comunicação, como adverte Paulo de Barros Carvalho<sup>96</sup>, podem ser superados pela substituição do termo problemático por outro que não padeça do mesmo vício, ou por meio da definição do conceito vago ou ambíguo.
- d) Quando o conceito interpretado é originalmente vago e ambíguo, pode o intérprete proceder à sua reconstrução, levando em consideração as regras de uso, o que se faz por meio da **definição** que se denomina **estipulativa**, que consiste na percepção das características ou objetos que podem ser relacionados para esclarecer o sentido objetivado.
- e) A construção do sentido de um termo também pode ser informada pela sua **definição lexicográfica**; contudo, entre as acepções indicadas, deve o intérprete verificar se o sentido eleito está em conformidade com o seu uso vigente na comunidade linguística destinatária do discurso.
- f) O sentido também pode ser construído a partir do **reenvio de sentido da norma inferior para precisar o significado da norma superior**, como forma de superar a maior vaguidade que essa última apresenta. Entretanto, diante de um conflito entre os sentidos da norma inferior e da norma superior, deve-se adotar o sentido produzido pelo agente hierarquicamente

---

<sup>96</sup> Citado por Tácio Lacerda Gama (*Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 168).

superior, em conformidade com a escala de validade admitida pelo sistema vigente.

- g) A construção do **sentido por participantes do sistema** e pelos **seus observadores** parte do mesmo ponto: o texto de direito positivo, mas possuem regras de legitimação distintas. A atividade de interpretação dos participantes leva em consideração as referências do ordenamento jurídico e se volta para a prescrição de condutas. Já a atividade do observador vale-se de referências teóricas para descrever com coerência, consistência e precisão o objeto de seu estudo. Segundo o citado autor, esses sentidos dialogam entre si, na medida que o sentido dogmático influencia nas decisões judiciais, assim como o sentido dos participantes é tomado como referência mediata ou imediata na construção do sentido científico.
- h) E, por fim, o sentido construído a partir da relação entre **texto e contexto**. Dessa regra de legitimação do sentido nos ocuparemos especificamente no próximo item.

### 1.2.2.1 O papel do contexto na construção do sentido da norma jurídica

A interpretação do Direito, permeada pelo axioma da intertextualidade<sup>97</sup>, tem como ponto de partida o texto: nele tem início, por ele se conduz e, até o intercâmbio com outros discursos, instaura-se a partir dele. A partir desse contato com o texto e, simultaneamente à consideração de todos os aspectos informadores da formação do sentido referidos acima, o intérprete também projeta na construção da significação pretendida, instintivamente, toda a carga de subjetividade que carrega em função de condicionantes culturais, históricos e ideológicos, elementos esses que conformam o que se denomina de contexto.

O contexto é considerado então o conjunto de dados linguísticos (e.g., a linguagem social) e extralinguísticos (como os valores do próprio intérprete e os que representam os anseios da sociedade da qual ele participa) que, percebidos pelo

<sup>97</sup> Segundo Paulo de Barros Carvalho, a intertextualidade é formada pelo intenso diálogo que os textos mantêm entre si, sejam eles passados, presentes ou futuros, pouco importando as relações de dependência que houver entre eles. Na verdade, assim que inseridos no sistema, passam a conversar com outros conteúdos, intrassistêmicos e extrassistêmicos, num denso intercâmbio de comunicações (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 193).

exegeta – também como texto<sup>98</sup>, e por essa razão, passíveis de interpretação –, influenciam nas relações de significação, levando-o a elaborar o sentido de um modo ou de outro, notadamente nos pontos que se referem aos valores aceitos e praticados pela sociedade.

Neste aspecto, pode-se dizer que a associação dos textos que consubstanciam os significantes, com os textos que decorrem do contexto, legitima a significação deduzida pelo intérprete na mensagem enviada aos seus destinatários. Como ressalta Bezerra Falcão<sup>99</sup>, a consideração do contexto na construção do sentido enseja

[...] que a espiral em que ascende progressivamente o espírito objetivo, produzindo conexões cada vez mais sólidas entre os indivíduos, todavia sem os anular, gera um complexo de vínculos entre os seres humanos (sujeitos cognoscentes), tornando-os hábeis a acatar e a expressar valores e sentidos que, apesar de calcados na individualidade, tendem, untados pela força da objetividade, a redundar em conjunto de validade mais ou menos universal. Não se perdem necessariamente nos caprichos, nos egoísmos, nos interesses ou nas conveniências particulares, evitando, em decorrência, no caso específico da captação do sentido, que cada ser humano ou cada espírito se reduza a um insulamento que fragmentaria o saber a níveis reciprocamente incomunicáveis e condenaria a verdade a tamanha atomização que ela perderia as mínimas condições de comprobabilidade e de generalização. Assim, mantém-se a riqueza das potencialidades individuais, sem inviabilizar-se a estabilidade mínima assegurada pelo conjunto objetivo.

A importância da relação entre texto e contexto afasta a ideia de que o sentido é construído monologicamente, a partir de uma única perspectiva. O sentido é fruto da conjugação de textos que se articulam, criando e condicionando relações de significação<sup>100</sup>. Por isso, não pode o intérprete desconhecer que, apesar de o sentido produzir-se em seu espírito, ali se produz para operar efeitos no sistema. Interpreta-se para o social, uma vez que se interpreta para a convivência, que se faz no contexto sistêmico, tanto específico (sistema social e subsistemas respectivos) quanto amplo (sistema da natureza)<sup>101</sup>.

É nesse aspecto que a construção do sentido informada pela relação texto e contexto opera em prol do social, da convivência harmoniosa, promovendo um

<sup>98</sup> Aqui falamos em texto em sentido amplo, significando tudo aquilo que é constituído pela linguagem e nessa condição integra a realidade do intérprete, influenciando no juízo que esse fará acerca do texto *stricto sensu*, que se restringe aos enunciados prescritivos, considerados suporte físico da significação.

<sup>99</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

<sup>100</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Sentido, consistência e legitimação*, p. 12, no prelo.

<sup>101</sup> FALCÃO, op. cit., p. 247.

cenário onde as garantias da segurança jurídica se realizam, na medida em que construída a ordem para a sociedade destinatária segundo as regras que vão ao encontro das já incorporadas no seu cotidiano (de uso, de sentido) e que são aceitas como sinalizadoras da escoreita conduta a ser seguida. Como afirma Tácio Lacerda Gama<sup>102</sup>, construído o sentido a partir dessa relação de intertextualidade, tem-se por legítima a definição de termos presentes em um texto de direito positivo, que seja prevalecente entre aqueles a que se destina.

### **1.2.3 O porquê de se falar em limites para a construção de um sentido legítimo**

Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>103</sup>, na apresentação da obra *Legitimidade pelo Procedimento*, de Niklas Luhmann, disserta que o conceito jurídico de legitimidade surgiu na Idade Média e perdeu o seu fundamento moral com a positivação do direito, imposta no século XIX. Por essa razão, atualmente, o conceito representaria a convicção da legitimidade do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões ou dos valores que as justificam. A par disso, prossegue afirmando que Luhmann prega que a legitimidade está então no próprio processo decisório, que vai do ponto inicial do procedimento de tomada de decisão até a própria decisão tomada. É o procedimento mesmo que confere legitimidade e não uma de suas partes componentes. Nesse passo, para Luhmann a função legitimadora do procedimento empreendido pelo Poder Judiciário não estaria "em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão".

Assim, inspirados nessas premissas, adjetivamos de "legítimo" o sentido resultante do processo de construção da norma, no qual tenham sido observadas pelo aplicador do Direito as regras semânticas de vinculação de um significante a um significado, moldadas pelas balizas do contexto<sup>104</sup>; pois, nada obstante aceitemos o axioma da inegostabilidade do sentido como um dos elementos fundantes da

<sup>102</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Sentido, consistência e legitimação*, p. 12, no prelo.

<sup>103</sup> Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 1-5. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

<sup>104</sup> Contexto esse que abarca as regras de uso, a historicidade e os valores, assim como a flecha do tempo, que serão abordados nos próximos itens e Capítulo 2.

atividade de interpretação, entendemos que os fins só serão justificáveis se os meios forem legítimos. Com isso, queremos dizer que à norma se estenderá a qualidade de legítima, se o sentido que a permeiar gozar dessa qualidade por ser prevalecente entre aqueles a que ela se destina<sup>105</sup>.

Embora a legitimidade seja do procedimento, não se pode olvidar que pode ser confirmada por meio da eficácia social da norma. Segundo Ricardo Lobo Torres, a aceitação da norma e a obediência ao seu comando, como resultado de um acordo social a respeito da sua adequação a valores éticos e princípios de direito em permanente interação, informa a sua legitimidade<sup>106</sup>. Paulo Bonavides afirma que o conceito de legitimidade está recheado pelas crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência<sup>107</sup>. Ou seja, se pensarmos pelo prisma do observador do sistema, do destinatário da norma jurídica, embora os efeitos legais possam a ele ser impositivos, se ele os cumprir pacificamente, na sua conduta estará confirmada a legitimidade do sentido formador da norma jurídica.

Por outro lado, considerando o sentido ilegítimo, como no caso do sentido emergente de uma norma individual e concreta, uma sentença judicial, por exemplo, poderá o destinatário se valer dos recursos cabíveis visando à reforma e adequação do sentido esperado. Contudo, há uma situação em que a ilegitimidade do sentido não poderá ser mais revertida. A irreversibilidade<sup>108</sup> das decisões emitidas pelos Tribunais Superiores do País, que nos moldes da verticalização da jurisprudência hodierna influenciam todo o sistema de direito positivo<sup>109</sup>, nos leva a pensar que, além das regras já citadas que informam a construção do sentido da norma jurídica, há elementos que devem ser considerados como limites na atividade de aplicação do Direito<sup>110</sup>, mesmo que a sua negligência não dê ensejo a nenhuma sanção direta para o aplicador. Por outro lado, a consequência de uma interpretação irracional pode gerar um alto custo à sociedade, como se verá adiante.

---

<sup>105</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 177.

<sup>106</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 475.

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121.

<sup>108</sup> Observados os ditames processuais.

<sup>109</sup> Que abarca não só as normas gerais e abstratas, mas também as individuais e concretas.

<sup>110</sup> Limites esses que devem ser observados também por todo e qualquer intérprete, mas, especialmente, pelo aplicador do Direito, independentemente de sua colocação na estrutura do Poder Judiciário.

Por isso, entendemos que pensar em limites não infirma a inesgotabilidade da interpretação, não implica no aprisionamento do sentido de um termo jurídico em um único conceito, tampouco importa na negativa de evolução de uma sociedade – considerando a perspectiva de evolução como reflexo da parcela que cabe ao Poder Judiciário na orientação de direitos e deveres dos participantes dessa sociedade e que pode ser modificada ao longo do tempo para acompanhar a dinâmica de alteração dos conflitos sociais. Os limites aqui vislumbrados vão ao encontro da própria função do Direito, que opera para o social, para a harmonia da coletividade num dado contexto histórico-cultural. E nesse mister as normas devem ser voltadas para a observância das expectativas e dos valores da sociedade. Ou seja, o aplicador do Direito não pode se furtar à observação dos valores implícitos nas regras, assim como do referencial de uso das expressões objetivadas nos textos de direito positivo e da consciência histórica da sociedade destinatária da norma jurídica que naquele momento contrói o sentido.

Temos ciência de que não cabe aos operadores da Ciência do Direito – que se dedica a discorrer sobre o Direito Positivo, na condição de sobrelinguagem com função descritiva – dizer<sup>111</sup> qual é o *sentido* mais justo ou correto –, mas sim indicar os elementos para a construção de um sentido que possa ser considerado como legítimo, e, no caso do tema escolhido neste trabalho, investigar os elementos que influenciam a construção do próprio sentido, sua força criadora e implicações no sistema de Direito Positivo, para fins de sugerir diálogos que possam contribuir para com a estabilidade do sistema e, conseqüentemente, para o sentimento de segurança jurídica. Já afirmara Robert Alexy: "a legitimidade da ponderação no Direito depende da sua racionalidade. Quanto mais racional a ponderação, mais legítima será a prática das ponderações. Neste sentido, a estrutura da ponderação é decisiva para a sua racionalidade."<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 101

<sup>112</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Manuel Atienza e Isabel Espejo (Trad.). 2. ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 349.

### 1.2.3.1 As regras de uso como limite à construção do sentido e a legitimidade da norma jurídica aplicada

Para Tathiane dos Santos Piscitelli<sup>113</sup>, não existem critérios fixos que estabeleçam quais dados informam o repertório de sentidos dos operadores do direito. Mas, isso não significa, repetimos, que a atribuição de significação possa ser irracional. Ao falar em limites, não se nega a possibilidade de redefinição do sentido comum<sup>114</sup>, mas a modificação somente será legítima se devidamente justificada. E essa justificativa decorre, no nosso entender, da percepção da alteração das regras de uso acerca de expressões juridicizadas pela sociedade, de modo que o "direito aplicado" passe a coincidir e a refletir esses novos anseios na solução de conflitos relativos ao termo jurídico cujo sentido foi alterado.

A assertiva tem fundamento na premissa que adotamos, segundo a qual o Direito é constituído pela linguagem. A linguagem significa a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos cujo conjunto sistematizado é a língua<sup>115</sup>. Todo o sistema linguístico se atualiza por meio da "fala", que consiste no ato individual do homem de seleção e atualização de seus signos. Como a língua é um código atemporal, pois se destina a viabilizar a comunicação independentemente do tempo cronológico em que pode ser praticada, somente quando se "fala" a língua, no caso do Direito, quando se aplica o Direito pelo processo de positivação, é que se pode ter dimensão dos possíveis sentidos a serem distribuídos aos seus signos<sup>116</sup>.

Antes de produzido o discurso jurídico, do qual resulta a objetivação das normas jurídicas, como leciona Tathiane dos Santos Piscitelli<sup>117</sup>, tem-se apenas um emaranhado de signos, organizados em textos de direito positivo, que são atemporais, na medida em que não se referem a nenhum caso concreto, não tendo interlocutores específicos da mensagem produzida. São as decisões judiciais que conformam a aplicação do direito, como adverte a citada autora, ao conferirem conteúdo ao código que é o direito positivo, que re-contextualizam a norma jurídica,

---

<sup>113</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 84.

<sup>114</sup> Aceito pela comunidade jurídica.

<sup>115</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 32.

<sup>116</sup> Cf. PISCITELLI, op. cit., p. 85.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 85-86.

trazem-na para o contexto histórico atual e para as circunstâncias específicas do caso em discussão.

Nesse sentido, deverá o aplicador do direito empregar em seu discurso a língua (aplicar o direito positivo) segundo o contexto linguístico havido no momento da decisão, ocasião em que não poderá negar a relação de vinculação vigente (significação) entre o termo jurídico e a prescrição da conduta normativa envolvidos no processo de aplicação, ditada pelo uso da comunidade linguística.

A atribuição de sentido às normas jurídicas está limitada pelo uso habitual das expressões pela comunidade jurídica no exato momento em que o direito tenha de ser aplicado. Esse limite refere-se a uma base semântica possível de significação das normas jurídicas<sup>118</sup>, e a sua observância, no nosso entender, é o que conferirá legitimidade ao sentido escolhido e, conseqüentemente, à norma jurídica produzida, pois, como mencionado anteriormente,

[...] não pode o intérprete desconhecer que, apesar de o sentido produzir-se em seu espírito, ali se produz para operar efeitos no sistema. Interpreta-se para o social, uma vez que se interpreta para a convivência, que se faz no contexto sistêmico, tanto específico (sistema social e subsistemas respectivos) quanto amplo (sistema da natureza)<sup>119</sup>.

### 1.2.3.2 A historicidade e os valores como limites à construção do sentido

Como afirmado acima, a língua é um código atemporal. Sendo a língua do direito positivo a versada nos textos normativos, a sua significação, o seu sentido (da língua) somente será atualizado no processo de interpretação, que sofrerá, necessariamente, a inserção prévia da visão do seu intérprete acerca das coisas do mundo, uma vez que a construção de sentido é sempre um ato individual.

Tathiane dos Santos Piscitelli<sup>120</sup> ensina que essa experiência de apreensão conforme a visão de mundo do intérprete é exteriorizada pelo pré-juízos e pré-conceitos que formam o horizonte do sujeito cognoscente, isto é, denotam a historicidade da sua existência, indicando o tempo e o espaço da linguagem que lhe

<sup>118</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 97. Por exemplo, se ao tempo da aplicação do direito, o vocábulo *faturamento* era utilizado pela comunidade linguística para determinar a receita auferida em razão de vendas de mercadorias e de serviços prestados, não se pode atribuir ao vocábulo outra significação que não essa. Essa significação constitui um limite ao novo sentido, porque informada pelas regras de uso vigentes à época da aplicação do direito.

<sup>119</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 247.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 99.

cerca (uma vez que seu mundo é formado pela linguagem). Isso porque o homem só se conhece como um ser cognoscente em algum determinado tempo e local da história. Portanto, "os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que os seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser"<sup>121</sup>.

Será essa historicidade concebida como um limite à interpretação, pois, como observa a citada autora, ao decidir um caso concreto, o aplicador do direito deverá considerar esse dado da consciência histórica; não poderá negar a tradição, ou seja, o tempo histórico em que se encontra inserido, em nome de anseios e convicções pessoais. Até porque a consideração da consciência histórica e da tradição – na qual intérprete e texto interpretado se inserem – é condição para a compreensão do ordenamento interpretado<sup>122</sup>.

Nesse passo, e na linha da legitimidade do sentido que alertamos, confira-se a lição de Gadamer<sup>123</sup>:

A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade. (grifamos).

O destaque à legitimação esposada na lição de Gadamer tem lugar porque chama a atenção para um elemento inerente à historicidade que condiciona a interpretação dos textos positivados e, conseqüentemente, a construção do sentido que defendemos por legítimo a conformar a norma jurídica que dele resulta, qual seja, o valor. Os valores são preferências por núcleos de significação que expressam a preferibilidade do homem por certos conteúdos significativos<sup>124</sup>

<sup>121</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica filosófica. Trad. Flavio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2003, p. 356 apud PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 102.

<sup>122</sup> Cf. PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 102.

<sup>123</sup> GADAMER, op. cit., loc. cit.

<sup>124</sup> Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução do Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. tir. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111.

O valor é atributo do ser e, como tal, possui algumas características: a) bipolaridade (cada valor tem um desvalor que lhe é correspondente); b) implicação (é bipolar: um implica o outro); c) referibilidade (a qualidade importa sempre à tomada de posição do ser humano diante de alguma coisa); d) preferibilidade (prefere-se um valor a outro); e) incomensurabilidade (não há como medir o valor); f) hierarquia (o valor possui gradação hierárquica); g) o valor necessita de dados da experiência para receber sua densificação (os valores predicam objetos); h) historicidade (são construídos na evolução do processo histórico e social); i) inexauribilidade (o valor não se exaure em um objeto) e j) atributividade (característica relativa ao ato de não indiferença do homem para

construídos na evolução do processo histórico e social. Tais conteúdos significativos emergem da cultura, considerada o conjunto de práticas e ações sociais que seguem um padrão determinado no espaço histórico e, juntamente com as crenças, instituições e regras morais, permeiam e identificam uma sociedade.

A cultura nasce pelo ato do homem e se destina a ele e a seu grupo, assim como o Direito, sabido como um objeto cultural formado pela intervenção do homem no sentido de estabelecer regras para a convivência harmoniosa e organizada dos membros de uma comunidade. O Direito e a cultura mantêm uma relação simbiótica, interfaceada pela linguagem, que faz conhecer, comunicar e estabelecer as práticas e ações sociais que identificam e traduzem a identidade de uma determinada sociedade, para a qual o Direito se dedica na função de regulador de conflitos intersubjetivos, cujas hipóteses são selecionadas pelo legislador pela observação dos acontecimentos do real-social, para então regulá-los pelos três modais deônticos: obrigatório, permitido e proibido.

Paulo de Barros Carvalho<sup>125</sup> ensina que os modais deônticos trazem a marca de valores para o ordenamento jurídico. Os modais "obrigatório" e "permitido" trazem um valor positivo, porque revelam que a sociedade<sup>126</sup> aprova o comportamento prescrito ou mesmo o tem por necessário para o convívio social. Se o modal for o "proibido", significa a desaprovação social da conduta, a manifestar um valor negativo. Disso resulta, como conclui o autor, que o valor para o Direito está na raiz mesma do dever-ser, ou seja, na sua configuração lógico-formal, direcionado por um dos três modais deônticos.

Mas não é só. Além do valor-raiz, há também um valor implícito à norma, como adverte Tathiane dos Santos Piscitelli<sup>127</sup>, que se infere a partir da interpretação de sua finalidade e de seu objetivo, construídos em consonância com os valores do Texto Constitucional. Paulo de Barros Carvalho<sup>128</sup> afirma que os valores implícitos são aqueles depositados pelo constituinte (consciente ou inconscientemente) na linguagem da Carta Magna e se destinam a orientar e servir de fundamento de validade para todas as demais normas do sistema. Veja-se que no Preâmbulo da

---

com o objeto; ele o valora, atribui valor positivo ou negativo). (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 177-179).

<sup>125</sup> Ibid., p. 175.

<sup>126</sup> Por meio de seus representantes nas Casas Legislativas.

<sup>127</sup> Cf. PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 102.

<sup>128</sup> CARVALHO, op. cit., p. 261-262.

Constituição Federal e ao longo de seu texto, o legislador constituinte indicou vários direitos considerados como supremos (segurança, certeza, legalidade, igualdade, anterioridade, etc.), não podendo o intérprete desprezar esses pontos de partida para a construção das normas derivadas.

Com efeito, o próprio ordenamento jurídico estabelece quais são os valores a serem considerados e os fins a serem realizados, preservados e mantidos, assim como determina a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. Mas é fato, conforme leciona Fabiana Del Padre Tomé<sup>129</sup>, que

Os valores são sempre atribuídos pelo homem, quer pelo legislador, ao eleger atos para compor a hipótese normativa e escolher relações para figurarem como correspondente consequência na causalidade jurídica, quer pelo aplicador do direito ao interpretar as normas gerais e abstratas, os fatos alegados e provas apresentadas, fazendo a partir de suas vivências, de suas preferências, ainda que inconscientes, construindo, com base na combinação desses fatores, normas individuais e concretas.

Neste aspecto, a referencialidade<sup>130</sup> operada pelo homem, especialmente no ato de interpretação do Direito para a positivação de uma norma individual e concreta, reiteramos, não pode destoar ou contrariar os valores implícitos no Texto Constitucional. E isso implica reconhecer que a valoração deverá referendar os valores envolvidos pela significação emergente da história, pois, como leciona Tathiane dos Santos Piscitelli<sup>131</sup>, invocando a teoria dos valores de Miguel Reale, o "valor não é resultado da consciência individual e isolada, mas sim proveniente da consciência coletiva, que representa a 'interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas'." Os pré-conceitos do intérprete terão de ser legitimados ou conformarem-se à consciência histórica relativa aos valores implícitos à norma interpretada, para que o sentido da norma construída receba o *status* de legítimo.

Nesse passo, confira-se a análise sobre a simbiose entre indivíduo e sociedade feita por Bezerrão Falcão<sup>132</sup> em sua obra *Hermenêutica*:

<sup>129</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 242.

<sup>130</sup> Característica do valor que diz respeito à qualidade atribuída quando da tomada de posição do ser humano diante de alguma coisa.

<sup>131</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 206 apud PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 105.

<sup>132</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 248.

[...] tendo por base comum a natureza humana, desenvolvem-se indivíduo e sociedade. O intérprete precisa perceber que o indivíduo tanto cresce verticalmente, no sentido de sua iluminação espiritual e do seu aperfeiçoamento ético, quanto cresce ampliando-se no rumo do social, em cuja interação também se aperfeiçoa, realizando a si e ao outro, de modo que se realiza também no outro. É vice-versa. A sociedade também cresce verticalmente como resultado da normal evolução interativa, fortificando-se no espírito objetivo. **Não sente por si, mas espelha o sentir dos indivíduos, efetivos construtores de seu amálgama.** Por esse motivo, a sociedade, enquanto cresce verticalmente, precisa também crescer na direção do crescimento do indivíduo, onde reside sua causa primeira. Compete ao intérprete levar em conta esse crescimento do indivíduo e da sociedade. O indivíduo vai crescendo e fazendo a convivência crescer no entendimento, que somente é possível na verdadeira justiça. A sociedade vai desenvolvendo-se e fazendo a interação legitimar-se em busca em busca da afirmação do indivíduo, isto é, tendendo para o crescimento deste pela iluminação de seu espírito e aperfeiçoamento de sua conduta. Acontece que pode chegar-se a um ponto em que a interpretação se afaste de tal modo do indivíduo e se encaminhe tanto para o social que isso acarrete ao indivíduo uma ameaça de descaracterização de sua dignidade intrínseca, dado ao fato da ênfase ao social haver suplantado o individual, ocasionando conflitos. De igual maneira, pode acontecer de a interpretação distanciar-se tanto do social, tendendo para os interesses individuais, que num determinado ponto, comecem os conflitos, em razão de o social ter sido demasiadamente relegado em favor do indivíduo. Não se verificando qualquer desses exacerbamentos, o campo da convivência estará limpo e tranquilo. Ocorrendo o contrário, estabelecer-se-ão o choque e o tumulto". (grifamos).

Com efeito, serão valores da norma jurídica aquele informado pelo seu modal deôntico (valor-raiz), mas também, e especialmente, o predicado que resultar da apreensão da consciência histórica da sociedade no momento da enunciação da valoração<sup>133</sup> (valor implícito à norma), não podendo o intérprete dispor de nenhum na construção do sentido que conformará a norma jurídica que dele resultar. E neste aspecto tem-se que o conteúdo do que será o valor da norma (particularmente o implícito) é contingente, pois dependerá dos pré-conceitos do intérprete acerca do texto legislado, assim como da tradição em que ambos se inserirem no momento da aplicação do Direito. A partir disso, podemos afirmar que a carga semântica dos valores é construída pela história e pode no curso dela se modificar<sup>134</sup>, razão pela qual entendemos que o intérprete autêntico não poderá decidir em oposição aos valores consagrados pela tradição (que é marcada cronologicamente no tempo), assim como em contrariedade com os demais elementos informadores da legitimidade do sentido histórico que defendemos.

<sup>133</sup> Cf. PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 105-106.

<sup>134</sup> Cf. *ibid.*, p. 110.

Tal assertiva impõe-nos o dever de investigar os efeitos do fenômeno do tempo em relação à atividade de interpretação e aplicação do Direito. E, como se verá a partir do próximo Capítulo, todos os elementos envolvidos no processo de interpretação, especialmente os elencados como informadores do sentido legítimo, estão visceralmente ligados aos efeitos da flecha do tempo.

## 2 TEMPO, DIREITO E SEGURANÇA

Pontes de Miranda<sup>135</sup> dizia que mundo jurídico leva consigo muito da imitação do mundo natural; pela regra jurídica, o homem submeteu o mundo social (e os homens, sobre os quais incide a norma jurídica) à mesma ordenação e coordenação a que ele, como parte do mundo físico, estava submetido. Por isso, para o autor, a técnica da incidência foi a que de mais perto copiou a mecânica das leis físicas<sup>136</sup>.

O paradigma mecanicista adotado pela física clássica, e que revolucionou a Idade Moderna, teve o determinismo como método durante os séculos XVII, XVIII e XIX. Consubstanciado na adoção do conceito de causalidade necessária em todos os fenômenos naturais, o determinismo foi considerado o método ou princípio diretivo na elaboração das pesquisas científicas da época.

Karl Popper<sup>137</sup> dizia que o senso comum tende a afirmar que

[...] todo acontecimento é causado por um acontecimento que o precede, de modo que se poderia prever ou explicar qualquer acontecimento [...] Por outro lado, o senso comum atribui às pessoas sãs e adultas a capacidade de escolherem entre várias vias de acção distintas.

Foi essa tensão intrínseca ao senso comum que traduziu-se no pensamento ocidental como um problema maior, a que William James<sup>138</sup> chamou de *o dilema do determinismo*, enraizado na nossa reação com o mundo e particularmente com o tempo; o futuro está predestinado ou antes em construção perpétua?<sup>139</sup>

Não obstante não nos filiemos à visão determinista de Pontes, que lecionava que "a incidência da lei não depende da sua aplicação"<sup>140</sup>, pois quando ocorrem no mundo social "certos fatos-conteúdo, ou suportes-fáticos, que têm de ser regrados, a regra jurídica incide", uma vez que "a incidência da regra jurídica é indiferente ao que se passa nas pessoas e até mesmo no que diz respeito aos seus atos de

<sup>135</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 9.

<sup>136</sup> A mecânica clássica é a ciência que fundamenta a visão de uma natureza regida por leis deterministas e reversíveis em relação ao tempo.

<sup>137</sup> POPPER, Karl. *L'univers irrésolu*. Plaidoyer pour l'indéterminisme. Paris: Hermann, 1984, p. xv apud PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, Caos e as Leis da Natureza. Tradução de Jorge Alves. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 9.

<sup>138</sup> JAMES, William. The Dilemma of Determinism. In: \_\_\_\_\_. *The Will to Believe*. Nova Iorque: Dover, 1956 apud PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, Caos e as Leis da Natureza. Tradução de Jorge Alves. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 9.

<sup>139</sup> PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, Caos e as Leis da Natureza. Tradução de Jorge Alves. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 9.

<sup>140</sup> MIRANDA, op. cit., p. 11-13.

infringência", de modo que "a incidência das regras jurídicas não falha, o que falha é o atendimento a elas"; não podemos negar que o método determinista (conhecida a causa, se conhece o seu efeito) teve grande influência no denominado mundo jurídico.

Segundo Ilya Prigogine, as ciências humanas, ao tomarem como modelo as ciências naturais, pretenderam, de algum modo, se aproximar delas, introduzindo em suas concepções uma dosagem considerável de determinismo<sup>141</sup>. E neste aspecto, o sentimento de previsibilidade positivado das condutas, a garantia de segurança, de segurança jurídica emergente das razões constitucionais, na nossa opinião, é a sua maior representante.

Por essa razão, o dilema do determinismo presente na nossa reação com o mundo e particularmente com o tempo demanda a investigação desse fenômeno<sup>142</sup> físico na sua relação com o mundo jurídico construído a partir das premissas da Teoria da Linguagem e especialmente a sua relação com o princípio da segurança jurídica.

Para a abordagem dos aspectos técnicos<sup>143</sup> relativamente à Ciência da Física, valer-nos-emos especialmente das lições do já citado autor, Ilya Prigogine, químico russo nascido em 1917, prêmio Nobel de Química em 1977, considerado um autor audaz, que com refinamento se insurge contra as separações da cultura científica e da cultura das humanidades. Para Prigogine, o pensamento ocidental é marcado pela imagem do autômato e pela ideia de um mundo regido por Deus: tudo funciona como os mecanismos de um relógio eficaz e preciso, em detrimento de uma inteligibilidade aberta e dialógica do mundo<sup>144</sup>. Suas ideias permitem estabelecer paralelos com o comportamento humano a partir de suas experiências em Termodinâmica. Vejamos.

---

<sup>141</sup> PRIGOGINE, Ilya. *Ciência, razão e paixão*. Tradução de Assis Carvalho e Maria da Conceição de Almeida. São Paulo: Livraria da Física, 2009, p. 40.

<sup>142</sup> Entendendo-se por fenômeno qualquer coisa que esteja de algum modo e em qualquer sentido presente à mente, isto é, qualquer coisa que apareça, seja ela externa, interna ou visceral. A fenomenologia, segundo Pierce, importa na descrição e análise das experiências que estão em aberto para todo homem, a cada dia e hora, em cada canto e esquina de nosso cotidiano. (SANTAELLA, Lucia. *O que é Semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 32).

<sup>143</sup> Porque falta a essa aluna linguagem competente para discorrer sobre a física clássica ou quântica.

<sup>144</sup> PRIGOGINE, op. cit., p. 7-8.

## 2.1 O tempo, por Ilya Prigogine<sup>145</sup>

Para Einstein o tempo era uma ilusão, e como tal foi incorporado na física clássica por Newton, não autorizando distinção entre o passado e o futuro. O modelo newtoniano concebia o mundo numa simetria completa entre o passado e o futuro; tratava-se de uma visão quase teológica: tal como Deus, não precisávamos distinguir entre passado e futuro e, também como ele, poderíamos atingir certezas.

No entanto, nas demais ciências como a química, a geologia, a cosmologia, a biologia e as ciências humanas, passado e futuro desempenhavam papéis diferentes, o que criou um *paradoxo do tempo*: de um lado as leis determinísticas e reversíveis<sup>146</sup> no tempo, segundo as lições da física clássica ou quântica; e de outro, a noção de entropia<sup>147</sup> associada à unidirecionalidade do tempo e à irreversibilidade verificadas pela flecha do tempo<sup>148</sup>, segundo as concepções evolucionistas da termodinâmica.

Melhor explicando: a dinâmica do universo mecanicista também era instável e convivia com o caos. Contudo, pelas leis deterministas, não seríamos capazes de compreender as duas principais características da natureza: a sua unidade (o meu futuro é o seu futuro – questão do tempo) e a sua diversidade (as várias moléculas coexistentes de diversos objetos, por exemplo, em um mesmo ambiente); a compreensão era a de um universo estático (segundo as leis de Newton), em que a flecha do tempo decorria do não tempo, pois não havia distinção entre passado e

<sup>145</sup> A descrição das qualidades do autor e as passagens utilizadas neste item 2.1 foram extraídas de suas obras: PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, Caos e as Leis da Natureza. Tradução de Jorge Alves. Lisboa: Gradiva, 1996, e PRIGOGINE, Ilya. *Ciência, razão e paixão*. Tradução de Assis Carvalho e Maria da Conceição de Almeida. São Paulo: Livraria da Física, 2009.

<sup>146</sup> As leis determinísticas informam que, se soubermos a condição inicial de um corpo material, podemos calcular sua posição em qualquer momento no passado ou no futuro. E a reversibilidade refere-se ao fato de que passado e futuro desempenham o mesmo papel.

<sup>147</sup> A entropia é uma grandeza termodinâmica que aparece geralmente associada ao que se denomina, não em senso comum, ao "grau de desordem" de um sistema termodinâmico. De acordo com a segunda lei da termodinâmica, trabalho pode ser completamente convertido em calor, e este em energia térmica, mas energia térmica não pode ser completamente convertida em trabalho. Com a entropia, procura-se mensurar a parcela de energia que não pode mais ser transformada em trabalho em transformações termodinâmicas. (WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. s.v. *entropia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Entropia>>. Acesso em: 18 mar. 2012). Para Décio Pignatari, o conceito de entropia aplicado à informação transmitida por um conjunto de mensagens é uma medida de organização. Sendo assim, é possível interpretar a informação por uma mensagem essencialmente como o negativo de sua entropia e o logaritmo de sua probabilidade. Isto é, quanto mais provável é a mensagem, menor é a informação fornecida. (PIGNATARI, Décio. *Informação, Linguagem, Comunicação*. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 47).

<sup>148</sup> A flecha do tempo consiste em uma diferença intrínseca entre o papel desempenhado pelo passado e pelo futuro, que denota um elemento na existência humana.

futuro, o tempo era uma simetria linear. Do outro lado do paradoxo, a compreensão dos diferentes papéis desempenhados pelo passado e futuro permitia a descrição evolutiva de um universo associado à entropia. A entropia<sup>149</sup> é o elemento essencial introduzido na termodinâmica, a ciência dos processos irreversíveis orientados no tempo. A irreversibilidade tem uma direção privilegiada no tempo (pois implica uma quebra da simetria temporal) em contraste com os processos reversíveis, descritos por equações de evolução invariantes em relação à inversão do tempo, conforme a equação de Newton: como um movimento de um pêndulo sem atrito, pelo qual não se distinguiria entre passado e futuro.

Instalado o paradoxo, a física passou a enfrentar o dilema do determinismo, e a flecha do tempo foi relegada ao domínio da fenomenologia, segundo a qual seriam os observadores humanos os responsáveis por ditar as diferenças entre os tempos do passado e do futuro.

Posteriormente, em um momento de revisão da noção do tempo formulada por Galileu, surgiu a física do não equilíbrio, objetivando estudar processos dissipativos, caracterizados por um tempo unidirecional, verificados em sistemas vivos não lineares, afastados do equilíbrio, nos quais a instabilidade (caos) leva a novas formas de comportamento e, conseqüentemente, a novas ordens e estruturas, diferentes das anteriores<sup>150</sup>. A experiência conferiu um novo significado à irreversibilidade dos fenômenos associado à noção de probabilidades, e não mais à certeza decorrente das leis determinísticas. Com isso também conferiu um novo sentido para a flecha do tempo, traduzido no segundo princípio da termodinâmica<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> A distinção entre processos reversíveis e irreversíveis foi introduzida na termodinâmica pelo conceito de entropia, que Clausius associa, desde 1865, ao segundo princípio da termodinâmica.

<sup>150</sup> Prigogine atuou sobre líquidos ou gases, provocando turbulências, criando uma instabilidade (por meio de variações de pressão, temperatura etc.). Percebeu que, após cessar essa ação, as estruturas moleculares das novas ordens geradas eram diferentes das anteriores e, às vezes, mais complexas. "A instabilidade, a desordem e a imprevisibilidade são fatores preponderantes nessas novas formações, às vezes mais complexas na sua organização." (FACILITA – Criatividade. *Aceleração*. Disponível em: <[http://www.facilita.com.br/facartigo\\_aceleracao.htm](http://www.facilita.com.br/facartigo_aceleracao.htm)> Acesso em: 20 fev. 2012).

<sup>151</sup> A segunda lei da termodinâmica ou segundo princípio da termodinâmica expressa, de uma forma concisa, que "a quantidade de entropia de qualquer sistema isolado termodinamicamente tende a incrementar-se com o tempo, até alcançar um valor máximo". Mais sensivelmente, quando uma parte de um sistema fechado interage com outra parte, a energia tende a dividir-se por igual, até que o sistema alcance um equilíbrio térmico. A primeira lei da termodinâmica estabelece a conservação de energia em qualquer transformação, a segunda lei estabelece condições para que as transformações termodinâmicas possam ocorrer. (WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. s.v. *segunda lei da termodinâmica*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Segunda\\_lei\\_da\\_termodinamica](http://pt.wikipedia.org/wiki/Segunda_lei_da_termodinamica)>. Acesso em: 18 mar. 2012).

A partir desse momento, o papel atribuído aos seres humanos como observadores das diferenças entre passado e futuro foi entendido como imperfeito, visto que, no mundo em que vivemos, as diferenças se equiparam irreversivelmente e os seres vivos nascem e morrem. Então, a tese de que a flecha do tempo – distinção entre o passado e o futuro – seria apenas fenomenológica passa a ser absurda diante da constatação de que o tempo não é produzido pelos homens; pelo contrário, eles são filhos dele<sup>152</sup>.

Pela física do não equilíbrio, considerada a auto-organização das estruturas dissipativas, mesmo que conhecido o estado inicial do sistema, ou seja, o processo do qual ele é sede e as condições fronteiriças, não se pode prever qual dos regimes de atividade o sistema vai escolher; há possibilidades, não há certeza do resultado. Isso porque o caos<sup>153</sup>, o acaso existente na dinâmica é um fenômeno inesperado – as equações de movimento são determinísticas, mas seus resultados são aleatórios.

As noções de instabilidade e o caos conduziram então a uma nova formulação das leis da natureza que não se apoia sobre certezas, como as leis determinísticas, mas sim sobre possibilidades, que destroem a simetria temporal e imprimem o caráter evolutivo do universo nas leis da física.

Ilya Prigogine então leciona: "o futuro não é um dado; vivemos o fim das certezas."<sup>154</sup>

A flecha do tempo não é apenas um fenômeno humano, mas se encontra em todas as escalas na natureza, pois a natureza tanto quanto a história conhecem novidades. Neste aspecto, o autor associa o acontecimento ao incerto e assevera que a existência de acontecimentos na escala humana deixa claro que nela as estruturas sociais escapam do determinismo.

Isto porque todos os sistemas sociais, como aquele em que o Direito incide, são trivialmente não lineares e estão longe do equilíbrio (como todo sistema vivo); neles há instabilidade e caos. Cada ação tem um *feedback* negativo ou positivo, e verificam-se presentes as condições para o aparecimento de estruturas dissipativas e de auto-organização. Por essa razão, para o autor, a instabilidade esperada em sistemas sociais não permite que as decisões sejam associadas a nenhuma regra

<sup>152</sup> Segundo as leis clássicas da física, o homem seria o pai do tempo, em vez de seu filho.

<sup>153</sup> Elemento que emerge de todos os sistemas em que as variáveis interagem, havendo diversas alternativas de soluções. As interferências e acasos no seu percurso tornam imprevisível seu comportamento futuro.

<sup>154</sup> PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, Caos e as Leis da Natureza. Tradução de Jorge Alves. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 193.

determinística. Cada decisão implica a lembrança do passado e a antecipação do futuro. E para nós, aqui a lição de Paulo de Barros Carvalho sobre o tempo no fato e o tempo do fato se encaixa com precisão, como a seguir demonstraremos.

Por fim, a observação de Prigogine no sentido de que a nossa previsão de futuro também muda de significado, pois não se relaciona mais a um universo já dado, mas sim a um mundo de possibilidades no qual não devemos estimar apenas probabilidades, mas manter esse elemento de inventividade e de criatividade em toda projeção do presente para o futuro, na linha de H. Bergson, para quem "o tempo ou é uma invenção ou não é nada", vai ao encontro da temática desse trabalho, haja vista que a modulação de efeitos tem desafiado os intérpretes autênticos na solução de conflitos que têm, no transcurso do tempo, entre outros elementos, o seu grande vilão.

## **2.2 O tempo para o direito**

O Direito é constituído pela linguagem correspondente à capacidade do homem para comunicar-se por intermédio de signos sistematizados pela língua. A língua, por sua vez, é um organismo vivo e, portanto, sujeito a mudanças. Todo o sistema linguístico se atualiza por meio da "fala", que consiste no ato individual do homem de seleção e atualização de seus signos. Nesse ciclo de atualização, a linguagem funciona como o principal instrumento da comunicação informativa e fundamento próprio da cultura<sup>155</sup> de determinada comunidade linguística e, sendo linguagem jurídica, agrega a função de disciplinar as condutas intersubjetivas entre os seus membros.

Recapitulamos tais premissas para que possamos trabalhar a relação do tempo com o Direito na linha das lições de Ilya Prigogine, haja vista que, na qualidade de estrutura de um sistema social, que é considerado não linear e longe do equilíbrio (como todo sistema vivo), o Direito estará sujeito à instabilidade e ao caos que irão influir na atualização da língua (bojo da cultura da sociedade) e, por consequência, na realidade sobre a qual o Direito incide.

---

<sup>155</sup> JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. São Paulo: Cultrix, s/d, p. 18.

É importante abrir um rápido parêntese para melhor identificar, conforme as lições de Niklas Luhmann<sup>156</sup>, a relação de interdependência recíproca havida entre o Direito e a sociedade, que torna o Direito estrutura do sistema social, ou seja, constitui parte da sociedade, a ponto de toda alteração sofrida por esse meio social repercutir na própria estrutura.

Para Luhmann, existem três classes de sistemas autorreferenciais e autopoieticos<sup>157</sup>: (i) os sistemas vivos ou biológicos, como as células, cérebro e os organismos, que se constituem e se mantêm através de processos vitais físico-químicos de ordem intracelular, orgânica e neurológica; (ii) os sistemas psíquicos ou de consciência (representações, processamento da atenção), que experimentam ou percebem o sentido por meio do pensamento, enquanto consciência do indivíduo; e (iii) os sistemas sociais, tidos como as interações, organizações e as sociedades, que reproduzem o sentido por meio da comunicação, considerada a única operação genuinamente social.

Para o autor, os sistemas sociais são formados por comunicações, enquanto suas unidades mínimas, e os homens estão no entorno desse sistema social. Pelo processo de comunicação, objetiva-se transmitir informações; é o elemento de produção autopoietica do sistema social: comunicação gera comunicação. Somente há comunicação quando o destinatário compreende a informação, aceitando-a ou recusando-a, e orienta a sua conduta de acordo com este entendimento. Neste aspecto, embora o autor coloque o homem fora do sistema social, o considera elemento fundamental na comunicação, pois essa somente ocorre se mediada pelo sistema psíquico do indivíduo. Isso porque a comunicação gera comunicação, mas não é capaz de percebê-la. A consciência é o único sistema com capacidade de perceber a comunicação, mas não pode gerá-la. Diante disso, é fato que o sistema social e o sistema psíquico estão estruturalmente acoplados (interpenetração), explicando a relação entre indivíduo e sociedade.

Neste contexto, para Luhmann, o Direito é o fato social que garante aquele patamar mínimo e imprescindível de orientação de condutas, base da ordem social, que é o objeto da comunicação. O Direito é a generalização, a estabilização

---

<sup>156</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petil y Dorothee Schmitz, Introducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1997, p. 47, 60 et seq.

<sup>157</sup> São sistemas que produzem a sua estrutura e seus elementos (auto-organização) e determinam seu estado seguinte a partir da limitação anterior obtida com a operação.

temporal, social e material de expectativas de comportamento, que se dá por meio das normas jurídicas. Sem o Direito, não há orientação de condutas no meio social; mas é o meio quem informa a materialidade dos fatos que serão/estarão na dependência de juridicização.

Diante disso, e retomando agora a relação entre o tempo e o Direito, vejamos como se dá a flecha do tempo segundo a Teoria da Linguagem, especialmente os efeitos em relação ao futuro que não está dado e decorre de possibilidades.

Pela leis da física do não equilíbrio, segundo Ilya Prigogine, a irreversibilidade do tempo verificada nos processos dissipativos confirmou a distinção entre os papéis desempenhados pelo passado e pelo futuro. Mas como se compreende o tempo? E a diferença entre o tempo do passado, do presente e o tempo do futuro como é medida?

Misabel Derzi, citando Heidegger, esclarece a existência de duas noções diferenciadas de tempo: o tempo medido pelo relógio, que é unidimensional, pois compreende o intervalo entre dois acontecimentos; e o tempo autêntico ou histórico-social, que é quadridimensional, no qual se miscigenam e se equilibram o presente, o passado, o futuro e a unidade dessas três dimensões<sup>158</sup>. Tais dimensões, como ensina Tárek Moussalem<sup>159</sup>, pressupõem a existência de uma diferença básica entre o tempo do mundo (o que é medido pelo relógio), a duração causal (tempo medido entre um intervalo e outro) e a duração que *aparece* como tal. A medida do tempo se refere à duração do tempo que *aparece* como tal, que, segundo o autor, se objetiva na linguagem, pois "ninguém ousaria dizer que o passado e o futuro não existem, pois seu ser está ligado à linguagem, uma vez que as pessoas podem predizer o futuro (cecinerunt) e narrar (narrant) o passado"<sup>160</sup>.

Nesse passo, a representação objetiva do tempo (a que Tárek Moussalém denomina de tempo crônico) consiste em "uma ordem serial de intervalos regulares,

<sup>158</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 198: "É no iluminador alcançar-se recíproco de futuro, passado e presente que repousa o elemento próprio do espaço-de-tempo do tempo autêntico. De acordo com isso, é próprio do tempo autêntico, e só dele, aquilo que, com risco constante de sermos mal compreendidos, denominamos dimensão, diâmetro. Esta repousa no alcançar iluminador caracterizado como aquilo em que o futuro traz o passado, o passado o futuro, e a relação mútua de ambos à clareira do aberto".

<sup>159</sup> Cf. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 28.

<sup>160</sup> FORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo*. São Paulo: Ática, 1996, p. 131 apud MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 28.

habilitando-se a tornar imprescindível instrumento de regulação da vida social e do conhecimento científico da natureza"<sup>161</sup>. Essa representação da medida do tempo foi socializada pelo calendário de cada comunidade linguística. O calendário determina um marco zero (como o nascimento de Jesus, por exemplo) a partir do qual se infere o antes e o depois, e por fim fixa as unidades de medida que denominarão os referidos intervalos de dia, de meses e de anos<sup>162</sup>. Por essa linguagem, estabelece o passado, o presente e o futuro relativo a qualquer acontecimento.

Contudo, essa medida social do tempo, objetivada na linguagem social, não é suficiente para demarcar o tempo linguístico do Direito, que requer a linguagem por ele produzida. Como já exposto no Capítulo 1, e diferentemente da teoria da incidência Ponteano mencionada, entendemos que a incidência do Direito ocorre ao mesmo tempo de sua aplicação, ou seja, o fato<sup>163</sup> do mundo fenomênico só passa a gerar alguma repercussão no mundo jurídico quando reconhecido pela linguagem jurídica (transformado em fato jurídico) no bojo de uma norma individual e concreta emitida por agente credenciado pelo próprio ordenamento. Essa assertiva implica reconhecer uma diferença entre o tempo real do fato social e o tempo em que o Direito considera como jurídico o fato por ele juridicizado; mas tal diferença não representa uma oposição, e sim uma relação de complementaridade, pois o tempo linguístico do Direito se valerá do marco temporal do tempo real (crônico) como forma de objetivação do discurso<sup>164</sup>. José Luiz Fiorin afirma que "o meio de tornar inteligíveis os marcadores do tempo linguístico é a ancoragem numa divisão do tempo crônico"<sup>165</sup>. A data é um exemplo dessa divisão do tempo crônico. Nesse sentido, teremos que as datas da ocorrência do fato social e da aplicação do Direito de uma operação do sistema indicarão o passado e o presente em relação ao produto fato jurídico, respectivamente, e o intervalo de dia que lhe for posterior, indicará a dimensão de tempo futuro.

<sup>161</sup> BLANC, Mafalda Faria. *Metafísica do Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 128 apud MOUSSALLEM, Tárek Moisés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 29.

<sup>162</sup> MOUSSALLEM, op. cit., p. 30.

<sup>163</sup> Falamos em *fato* já concebendo a ideia de que ele recebeu alguma linguagem social. Do contrário, o termo correto a identificar a ocorrência fenomenológica seria *evento*.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>165</sup> FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo*. São Paulo: Atica, 1996, p. 143 apud *ibid.*, loc. cit.

Neste aspecto, precisa é a lição de Paulo de Barros Carvalho sobre o *tempo no fato* e o *tempo do fato*<sup>166</sup> como indicativa da diferença entre o tempo do mundo e o tempo do direito, assim como da relação de complementaridade entre ambos:

O *tempo do fato* é aquele instante no qual o enunciado denotativo, perfeitamente integrado com expressão dotada de sentido, ingressa no ordenamento do direito posto, não importando se veiculado por sentença, por acórdão, por ato administrativo ou por qualquer outro instrumento introdutório de normas.

[...]

Algo diverso, porém, é o *tempo no fato*, isto é, a ocasião a que alude o enunciado factual, dando conta da ocorrência concreta de um evento.

O fato social recolhido pelo Direito representará a dimensão do *tempo no fato*, e o fato jurídico que dele resultou pela incidência normativa representará a dimensão do *tempo do fato*, equivalentes, respectivamente, às dimensões do passado e do presente. E o futuro decorre da mesma operação de incidência ou pode ser vislumbrado nela?

Sim, decorre da mesma operação de incidência e pode ser vislumbrado nela. Como ensina Misabel Derzi<sup>167</sup>, toda norma jurídica individual ou concreta (especialmente a posta pelo Poder Judiciário) ou ato interno, como operação do sistema, tem a vocação para se estender normativamente aos casos iguais. Ela mesclará passado e futuro. Citando Luhmann, a autora diz que "isso explica a existência de uma forma de abstração que tende a tipos gerais nos quais pode ser subsumida uma pluralidade de casos"; e conclui:

[...] se as decisões judiciais voltam precipuamente para o input (*passado*) do sistema, trabalham – por meio das leis, dos precedentes e da Dogmática – as informações seletivamente, através de conceitos universalísticos e de tipos (quer sejam conceitos cerrados ou tipos propriamente ditos), técnica a partir da qual elas envolvem o futuro, possibilitando a extensão das decisões a partes desconhecidas, em casos ainda não ocorridos. As decisões sobretudo, permitirão prever as decisões futuras, internas ao sistema, formando-se expectativas normativas, o que significará mais segurança, mais confiança em um sistema próprio das sociedades de alto risco (com isso, mais risco será possível suportar).

Com efeito, não obstante a desconexão temporal entre o tempo interno do sistema (*tempo do fato*) e o tempo do mundo (*tempo no fato*), da realidade social, verificamos que entre eles há uma relação de complementaridade. E é importante

<sup>166</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 229

<sup>167</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 212, 219.

ressaltar que essa complementaridade decorrente da apropriação do fato social pela linguagem jurídica informa, além do dado temporal, todo o aspecto cultural inerente à ocorrência fenomenológica e com ele o "sentido" conferido à conduta recolhida para o mundo jurídico na época de sua prática pelo sujeito que a realizou.

Entendemos esse ponto importante, porque nos permite abordar outros dois aspectos que resultam do descompasso entre o tempo real e o tempo do direito. Vejamos.

Conforme dispõem os artigos 1º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e o artigo 116 do Código Tributário Nacional, sob o ponto de vista do direito material, *ao tempo no fato* se aplicará a legislação vigente à época da ocorrência do fato social/evento, com exceção da superveniência de lei mais benéfica, hipótese em que essa será aplicada<sup>168</sup>; e, em relação ao direito processual, a legislação a ser aplicada será a vigente no *tempo do fato*. Porém, não obstante o direito material seja o vigente na época do *tempo no fato*, a construção do "sentido" sobre os termos da lei se dará baseada nas regras de uso, nos valores e na historicidade do intérprete vigentes no *tempo do fato*, pois, como já indicado no Capítulo 1, somente quando se "fala" o Direito, ou seja, no momento de sua interpretação (doutrinária ou judicial), é que se pode ter a dimensão dos possíveis sentidos a serem atribuídos às normas. Antes disso, somente há um emaranhado de signos atemporais (porque a língua é atemporal), que não se referem a um sujeito ou interlocutor específicos<sup>169</sup>.

Desse cenário, pode-se extrair a possibilidade de serem verificados "sentidos" diferentes entre a data que corresponde ao *tempo no fato* e a data que corresponde ao *tempo do fato*, possibilidade essa que vai ao encontro da temática escolhida para esse trabalho. A alteração do sentido no tempo provoca efeitos não só no mundo real, mas também no mundo jurídico. Se o sentido que orientou a conduta praticada na data correspondente ao *tempo no fato* diferencia-se do sentido construído pelo intérprete na data do *tempo do fato*, tem-se por instalado um conflito, que cabe ao Direito resolver.

<sup>168</sup> Art. 5º, inciso XL da CF/88 - A lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Art. 106, II do CTN – A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

<sup>169</sup> Cf. PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 85.

Ilya Prigogine afirma que "as descrições marcadas pela flecha do tempo caracterizam os limites da consciência humana"<sup>170</sup> e que

[...] os conflitos se inserem na concepção de um universo complexo. Constituem um dos motores das flutuações. De certo modo a idéia de conflito é a base das bifurcações e da criatividade. Num sistema físico, podem aparecer 'contradições microscópicas' que tendem a transformar o sistema atingindo o nível macroscópico. O conflito é gerador de mudança. O problema reside, talvez, em encará-lo de uma nova maneira, não de associá-lo às guerras e exterminações, mas a modelos que permitam fazer uma escolha racional e gerar a incerteza. [...] Pensar o incerto significa também elaborar modelos correspondentes às diferentes soluções que possamos visualizar. Trata-se no fundo, de tomar consciência, da condição humana de modo mais racional possível. Muitas coisas são tratadas do modo dogmático, *a priori*, ou dissimuladas sob grandes sentimentos. Pensar o incerto implica acentuar o irracional e, desse modo, progredir<sup>171</sup>.

A ruptura de um paradigma jurisprudencial instala, no mais da vezes, um cenário de conflitos, e a modulação de efeitos da novel decisão é um dos meios que o sistema hoje mais claramente disponibiliza para a solução.

Sabemos que a decisão judicial proporciona uma visão do passado, do presente e especialmente do futuro, considerando a sua vocação de extensão aos casos semelhantes; contudo, essa previsibilidade, em um sistema vivo como é o Direito, está sujeita à instabilidade e ao caos decorrentes da dinâmica da sociedade.

Neste aspecto, é forçoso reconhecer que a nossa previsão de futuro também pode mudar de significado, pois não se relaciona mais a um universo já dado, mas sim a um mundo de possibilidades, e como adverte Ilya Prigogine, para o qual não devemos estimar apenas probabilidades, mas manter o elemento de inventividade e de criatividade em toda projeção do presente para o futuro. Nesse contexto, diante da mudança de cenário de orientação de condutas, as expectativas normativas devem ser asseguradas quando possível pelos meios tradicionais, e, não o sendo, deve o intérprete contornar a falibilidade<sup>172</sup> do determinismo e se propor a tratar o incerto a partir da elaboração de modelos correspondentes a diferentes soluções fundadas no próprio ordenamento, que somente dependem do espírito empreendedor

<sup>170</sup> PRIGOGINE, Ilya. *Ciência, razão e paixão*. Tradução de Assis Carvalho e Maria da Conceição de Almeida. São Paulo: Livraria da Física, 2009, p. 57.

<sup>171</sup> Ibid., p. 43.

<sup>172</sup> A teoria do falibilismo, de Charles S. Pierce, afirma ser o nosso conhecimento essencialmente falível, não meramente pela veracidade da máxima *errare humanum est*, mas, também, por toda uma construção de mundo que reconhece um princípio do Acaso atuante na Natureza. (IBRI, Ivo Assad. Sobre a incerteza. *Revista Trans/Form/Ação*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, v. 23, n.1, 2000, p. 97).

de construção do "sentido" de seu intérprete, que sempre deverá ser balizado pelo contexto, de modo a não colocar em risco o equilíbrio do sistema.

Com efeito, a flecha do tempo e a irreversibilidade dos efeitos desse fenômeno não podem ser desprezados, pois se relacionam de forma intrínseca com o Direito.

### 2.2.1 A entropia do direito

A entropia consiste na medida estatística referente à perda de energia em processos físicos considerados irreversíveis. Pela Segunda Lei da Termodinâmica, a quantidade de calor na qual se transformou uma certa quantidade de trabalho não pode mais ser inteiramente recuperada na mesma quantidade de trabalho originária. Há uma perda, um consumo de energia, e o processo é irreversível, o que parece indicar tendências preferenciais da natureza, que tenderia a estados mais uniformes e não a estados menos uniformes.

Claude Shannon, conhecido como "o pai da teoria da informação" foi o primeiro a considerar a comunicação como um problema matemático rigorosamente embasado na estatística. Sua teoria indicou um modo de determinar a capacidade de um canal de comunicação em termos de ocorrência de *bits*, não se preocupando com a semântica dos dados; envolvia aspectos relacionados com a perda de informação na compressão e na transmissão de mensagens com ruído no canal. Foi Shannon quem pela primeira vez ligou o conceito de entropia à informação. Em seu modelo de comunicação (fonte-canal, emissor-receptor), a quantidade de informação em uma mensagem é uma função da previsibilidade da mensagem. "A medida da informação se opõe à parte da mensagem que é estritamente determinada" (portanto previsível) por estruturas inerentes, "por exemplo a redundância da estrutura" das linguagens ou das propriedades estatísticas de uma linguagem, relacionadas às frequências de ocorrência de diferentes letras (monemas) ou de pares, trios, (fonemas) etc., de palavras. O estado de entropia estaria ligado ao grau de desorganização existente na fonte. **Quanto maior a desorganização (entropia, incerteza), maior o potencial de informação dessa fonte.** Por exemplo, uma fonte que responda com uma única e mesma mensagem a toda e qualquer pergunta não

transmite informação, já que não há redução de incerteza<sup>173</sup>. A entropia definida por Shannon está intimamente ligada à entropia definido pelos físicos. Os físicos Boltzmann e Gibbs fizeram um trabalho de estatística e termodinâmica que foi a inspiração para o uso termo *entropia* dentro da teoria da informação, onde há uma profunda relação entre entropia nos sentidos termodinâmico e informacional<sup>174</sup>.

Décio Pignatari<sup>175</sup> leciona sobre a proposta de relação de Norbert Wiener entre o conceito de entropia e o conceito de informação:

[...] enquanto a entropia aumenta, o universo e todos os sistemas isolados do universo tendem naturalmente a se deteriorar e perder seu caráter distintivo, a ir de um estado menos provável, de um estado de diferenciação e organização, em que há distinções e formas, para um estado de caos e indistinção. Em Gibbs, a ordem do universo é menos provável, e o caos, mais provável. Porém, enquanto o universo como um todo, se realmente puder ser considerado como tal, tende a se deteriorar, existem certas áreas nas quais a direção parece ser oposta àquela do universo como um todo e onde há uma tendência limitada e temporária no sentido de uma organização crescente. A vida se enquadra em alguma dessas áreas. [...] As mensagens são em si uma forma de padrão e de organização. Com efeito, é possível tratar conjuntos de mensagens como tendo uma entropia, tais como conjuntos de estados do mundo exterior. Assim como a entropia é uma medida de desorganização, a informação transmitida por um conjunto de mensagens é uma medida de organização. De fato, é possível interpretar a informação por uma mensagem essencialmente como o negativo de sua entropia e o logaritmo de sua probabilidade. Isto é, quanto mais provável é a mensagem, menor é a informação fornecida. Lugares-comuns, por exemplo, são menos esclarecedores do que grandes poemas.

E conclui:

[...] entropia negativa = informação. A idéia de informação está ligada, mesmo intuitivamente, à idéia de surpresa, de inesperado, de originalidade. Quanto menos previsível, ou mais rara, uma mensagem, maior sua informação – sempre lembrando que a estrutura, o padrão (pattern) é a informação mais importante de um sistema. De outra parte, como todo e qualquer sistema de comunicação possui uma tendência entrópica, a noção de "ruído" tende a se identificar com a noção de "entropia". Assim a diferenciação de formas e funções significa ordem, enquanto que a gradativa indiferenciação de formas e funções aponta para a desordem; quanto mais cresce a tendência organizativa, maior a sua capacidade informacional – não importando aqui se falamos de sistemas cósmicos ou térmicos, de mensagens escritas ou de sociedades. Na desdiferenciação de formas e funções teríamos a tendência caótica ou entrópica, cujo ponto

<sup>173</sup> Cf. ARAUJO, Vânia Maria Rodrigues Hermes de. Sistemas de informação: nova abordagem teórico-conceitual. *Ciência da Informação*, v. 24, n. 1, 1995, p. 18.

<sup>174</sup> WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. s.v. *Teoria da informação*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria\\_da\\_informação](http://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_da_informação)>. Acesso em: 18 mar. 2012.

GREGÓRIO, Sérgio Biagi. Comunicação interpessoal. In: *CEISMAEL* – Centro Espírita Ismael. Disponível em : <[http://www.ceismael.com.br/oratoria/oratoria020.htm#\\_ednref2](http://www.ceismael.com.br/oratoria/oratoria020.htm#_ednref2)>. Acesso em: 04 abr. 2012.

<sup>175</sup> Citado por Décio Pignatari (*Informação, Linguagem, Comunicação*. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 48).

extremo seria a uniformidade geral, o caos, onde não haveria possibilidade de informação nem troca possível de informação, pois esta só começa a existir onde houver um mínimo de diferenciação, um mínimo de alternativa sim/não, ou seja, um bit de informação. (grifamos).

Com efeito, o fenômeno da entropia aplicado na comunicação identifica um cenário em que a maior quantidade de informação é indicativa da desordem, e, a contrário senso, quanto mais previsível a mensagem, menor será a medida entrópica do sistema.

Pois bem, a par desse conceito, temos que a entropia é o fenômeno que muito bem identifica a falibilidade do determinismo já anunciada e que existe em todos os sistemas vivos e não lineares<sup>176</sup>, como é o sistema social estruturado pelo Direito e, conseqüentemente, o próprio sistema jurídico.

Sendo o Direito composto essencialmente de mensagens dirigidas aos seus destinatários, definidoras da proibição, permissão e/ou obrigatoriedade das condutas que visa a regular, reconhece-se que a sua vocação está em **comunicar** as condutas esperadas, sendo esta a sua própria razão de ser. A par disso, espera-se que os comandos legais sejam revestidos da máxima clareza e objetividade, propiciando a ampla compreensão do destinatário sobre o teor da conduta disciplinada, de modo a ensejar o adimplemento da norma como resultado de uma atitude consciente do destinatário e não como produto da falta de sua compreensão.

Contudo, mesmo que fosse real o cenário ideal acima, isto é, não pairassem dúvidas sobre o teor dos comandos legais (revelando uma medida entrópica negativa, pois a ampla compreensão da mensagem revelaria a previsibilidade da conduta normada, assim como as possíveis conseqüências dela decorrentes), ainda assim há um fator que não pode ser desconsiderado e que é expressivamente responsável pela entropia do Direito: a inesgotabilidade do sentido. A antítese do determinismo é o acaso, a probabilidade<sup>177</sup>, que significa que a descrição de um grande número de eventos pode se comportar de forma típica, mesmo quando eventos individuais são imprevisíveis. Nesse sentido da imprevisibilidade dos eventos individuais, relacionamos a entropia ao Direito. Os eventos individuais se referem aos sentidos conferidos pelo intérprete na construção da norma jurídica de uma maneira ou de outra, mesmo que apoiado num cenário ideal de clareza e

<sup>176</sup> Sistemas não lineares são aqueles que apresentam respostas não proporcionais a estímulos recebidos.

<sup>177</sup> Por exemplo, em um grande número de lance de moedas, sabe-se que a probabilidade de cara ou coroa é de 50%, embora seja imprevisível prever o lance individual de cada moeda.

objetividade legislativa como o narrado acima<sup>178</sup>. O sentido, como vimos, está umbilicalmente ligado à cultura, e esta atualiza os signos legais quando da aplicação do Direito. Ou seja, quando da aplicação da norma, o efeito previsível para aquela causa pode não ser mais o que vigia outrora (quando da prática da conduta) em razão da alteração do sentido conferido pelo intérprete na construção da norma jurídica atual; essa mudança imporá a ele (ao intérprete) uma nova realidade e, em consequência, a responsabilidade por uma nova solução que dentro da novidade ainda assegure a estabilidade do sistema.

Esse efeito do curso do tempo, gerador de mudanças na realidade sobre a qual incide o Direito e que influencia visceralmente o intérprete em suas escolhas e convicções, quando verificado na aplicação do Direito, comprova que a irreversibilidade é um fator que não só não pode ser desprezado, como demanda tratamento responsável, sob pena de permitir a introdução de normas no sistema que podem impor-lhe um alto custo social, como se abordará no item 2.2.5.

Outro ponto que se correlaciona com a entropia do sistema jurídico está na variedade de significações conferidas para um mesmo termo ou norma por intérpretes autênticos, responsáveis pela orientação de conduta dos destinatários do ordenamento. Na estrutura do Poder Judiciário, colhem-se pelas inúmeras decisões proferidas em controle difuso pelos Tribunais Superiores, que ora acolhem, por exemplo, a tese do contribuinte, ora a tese da Fazenda Pública, diversas significações que confirmam ser uma ou várias as significações para determinado vocábulo que, conseqüentemente, afetam o cumprimento da conduta tipificada, uma vez que, admitida mais de uma opção para o adimplemento<sup>179</sup>, fica ao "gosto do freguês" a escolha por uma delas. Esse fluxo de informação, relacionando-o aqui às lições de Shannon, infla o repertório de sentidos admitidos e tidos a partir daí como "certos" em razão do exercício da função de solução e orientação últimas conferidas às Cortes Máximas pelo sistema.

À variedade de significações disponíveis como sendo "certas", que ensejam nos "observadores" do sistema o sentimento de insegurança, é o que a teoria da

<sup>178</sup> Exemplo disso é a interpretação feita pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre o inciso II do §3º do artigo 153 da CF e que determinou uma nova orientação acerca da (im)possibilidade de creditamento do IPI sobre os insumos adquiridos com alíquota zero e não tributados.

<sup>179</sup> Por exemplo, as decisões proferidas pelas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, em que uma reconhecia a não extinção do crédito-prêmio de IPI e outra que, na mesma época, declarava ter sido extinto o benefício fiscal em 05.10.1990 pela incidência do art. 41 do Ato das Disposições Transitórias (REsp nº 652.379/RS e EREsp nº 396.836/RS).

comunicação denominaria de desordem ou imprevisibilidade da informação, que é medida pela entropia. Quanto maior a desorganização (entropia, incerteza), maior o potencial de informação dessa fonte. Para o Direito, o aumento de informação significa o aumento do número de sentidos conferidos e apontados como "certos" ao mesmo termo jurídico, por exemplo, e, por consequência, o aumento da desorganização do sistema. A maior quantidade de informação, o aumento da entropia, não é um fator desejável para o Direito (pois quanto mais provável é a mensagem, menor é a informação fornecida), mas dele o sistema não está livre, como vimos<sup>180</sup>.

A instabilidade, a desordem e a imprevisibilidade são fatores preponderantes na complexa organização da sociedade atual, que se vê diante da evolução de conflitos sociais muitas vezes não alcançados pelo Direito legislado e positivo. Mas, como enfatiza Ilya Prigogine, o conflito é gerador de mudança, e encará-lo de uma nova maneira, associando-o à inevitável incerteza, ou seja, à ausência de previsibilidade, propiciará a elaboração de "modelos correspondentes a diferentes soluções que possamos visualizar". O que não implica em abrir mão da garantia da segurança jurídica, qual seja, o direito à previsibilidade das normas que assegura ao homem a possibilidade de organizar sua vida de um modo geral, mas sim encarar que o sistema social estruturado pelo Direito é naturalmente entrópico e que a irreversibilidade do tempo e a complexidade que acomete cada vez mais a sociedade ensejará a imprevisibilidade da regulamentação dos conflitos, assim como a conformação do homem, como produto de um meio que está em constante evolução (sob o ponto de vista da continuidade e da inifinitude do tempo), cuja consequência muito provavelmente afetará o mundo jurídico por meio da possível alteração na compreensão e interpretação da norma. Daí a importância, na nossa opinião, da advertência de Prigogine quanto a postura diante do incerto: "trata-se no fundo, de tomar consciência, da condição humana de modo mais racional possível. Muitas coisas são tratadas do modo dogmático, *a priori*, ou dissimuladas sob

---

<sup>180</sup> Seja em razão da alteração do sentido no tempo, apresentada no bojo de uma norma jurídica emitida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, a ensejar o sentimento de certeza quanto à conduta normada e identificada em seu sentido nos destinatários do ordenamento; seja em razão das múltiplas interpretações possíveis e decorrentes da estrutura do Poder Judiciário, que introduzem normas no sistema, passíveis de serem identificadas como orientação final para o caso em específico e como espelho do sentido ali definido para todos que dela quiserem se valer, mesmo cientes de que aquela norma não lhes pode garantir um direito subjetivo.

grandes sentimentos. Pensar o incerto implica acentuar o irracional e, desse modo, progredir"<sup>181</sup>.

O progresso<sup>182</sup> decorrente do incerto tem no instituto dos efeitos prospectivos um competente meio a proporcionar a retomada da ordem e da tendência organizativa do sistema<sup>183</sup>.

## 2.2.2 O freio do tempo explícito no ordenamento

Desde Heráclito<sup>184</sup>, "a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui". Como vimos, para o Direito tal destino se revela inexorável<sup>185</sup>. Contudo, como já anotado, embora seja o Direito suscetível aos efeitos da flecha do tempo para a realidade que cria, o sistema de normas exerce o poder de temporalizá-lo (o tempo), isto é, reconstruí-lo à sua medida, a de sua cultura. A temporalização é o tempo das construções sociais. O direito afeta a temporalização e o tempo determina a força instituinte do direito, seu elemento fundante. O direito temporaliza, ao passo que o tempo institui, segundo afirma Eduardo Torres Vignoli<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> PRIGOGINE, Ilya. *Ciência, razão e paixão*. Tradução de Assis Carvalho e Maria da Conceição de Almeida. São Paulo: Livraria da Física, 2009, p. 43.

<sup>182</sup> É importante esclarecer que há uma contradição aparente entre os conceitos de entropia, vida e evolução, que se resume na seguinte questão: como se pode conciliar a ideia de um universo em evolução, onde a vida se organiza, espécies adaptam-se, organismos de complexidade surgem, com a ideia de desordem, caos e degradação contidas na entropia? Parte dessa contradição é de origem polissêmica, pois os termos *ordem*, *morte* e *equilíbrio* são empregados com diferentes significados em diferentes contextos. Os conceitos *ordem* e *equilíbrio*, na biologia (vida) e em outros sistemas vivos, conotam ideias de processo, progresso, para atingir algo ideal, progredir, evoluir. Em relação à entropia, esses mesmos conceitos, equilíbrio e ordem, concretizam-se apenas quando mais nenhuma ação é possível, isto é, não há no sistema desequilíbrio, por exemplo, térmico capaz de gerar trabalho ou ação. Nesse contexto, equilíbrio e ordem equivalem à morte entrópica, exatamente o oposto da equivalência no sistema da biologia.

<sup>183</sup> Uma vez que a sua aplicação consubstanciará um divisor de águas, no sentido de minimizar eventual prejuízo para o passado e equacionar o futuro a partir da definição concreta e inquestionável acerca do novo sentido da norma jurídica "*sub judice*" (seja na hipótese de inconstitucionalização de uma norma, seja na hipótese de redefinição da orientação em vista de uma ruptura jurisprudencial).

<sup>184</sup> Heráclito de Éfeso foi um filósofo pré-socrático, considerado o "pai da dialética". Na vulgata filosófica, Heraclito é o pensador do "tudo flui" (*panta rei*). Partia do princípio de que tudo é movimento e que nada podia permanecer estático; "tudo se move", exceto o próprio movimento.

<sup>185</sup> Cf. MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma Teoria Híbrida dos Direitos de Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>186</sup> VIGNOLI, Eduardo Torres. *A obra O tempo do direito, de François Ost: um diálogo entre o tempo e o direito*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300407.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

Essa instituição promovida pelo tempo afirmada por Vignoli diz respeito ao tempo crônico, aquele contado pelo calendário em intervalos de dias, meses e anos, que em determinada medida prescrita pelo Direito confere ao homem a faculdade de pleitear o reconhecimento da titularidade de um direito subjetivo e/ou impõe ao Poder Judiciário o reconhecimento ou a negativa de tal direito a favor do litigante que o reclama ou que o contesta. A expressão de Vignoli – "o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui" – vai ao encontro da relação de complementaridade havida entre as linguagens social e jurídica relativas ao tempo que abordamos no item 2.2.1: a linguagem do Direito reconhece a linguagem social do tempo e a partir dela cria uma realidade jurídica que incidirá sobre a realidade social, regulando-a.

A instituição jurídica age tanto como *ruptura* do tempo (e.g., as hipóteses de prescrição e decadência, que rompem com a fluência do tempo e põem um ponto final em determinada realidade jurídica) quanto como *ligação* dele (do tempo – exemplo da ligação do tempo para determinado fim reconhecido pelo direito é a contagem do prazo prescricional, que pode ser suspensa pelo período de 180 dias para que a Fazenda Pública inscreva seu débito em dívida ativa, nos termos do art. 2º, §3º da Lei nº 6.830/80). A temporalização do tempo operada pelo Direito impede a eternização de um poder/faculdade conferido ao homem para o exercício de determinado direito subjetivo, assim como acomoda a irreversibilidade gerada pela flecha do tempo (hipótese de aplicação dos efeitos prospectivos). Pela operação do Direito, pode-se controlar o tempo; e esse controle implica na garantia da segurança jurídica, que se realiza por meio da implementação de outras normas introduzidas pelo legislador no sistema, como se verifica particularmente na seara tributária, sobre a qual desenvolvemos o nosso estudo.

Ao exemplo desse controle jurídico prescrito com a função de ruptura do tempo crônico, podemos citar as seguintes regras:

- (i) *anterioridade* (art. 150, III, "b" da CF) e *anterioridade nonagesimal* (art. 150, III, "c" da CF), por meio das quais se impede a cobrança de novo tributo ou majoração de tributo já existente no mesmo exercício em que instituída a sua criação ou aumento, respectivamente, ou em prazo inferior a noventa dias contados da data da lei que o instituiu ou o aumentou;
- (ii) *irretroatividade* (art. 150, III, "a" da CF), que impede a aplicação de uma lei nova a fatos anteriores à sua edição e vigência;

- (iii) *prescrição* (arts. 150, § 4º; 168, 169 e 174, todos do CTN, e art. 8º, § 2º e art. 40, ambos da Lei nº 6.830/80), que assegura o exercício do direito de ação em determinado lapso de tempo;
- (iv) *decadência* (arts. 150, § 4º e 173, I ambos do CTN) que impede a eternização do direito à constituição do crédito pela Fazenda Pública e vão ao encontro da máxima *dormientibus non succurrit jus*;
- (v) do *Decreto nº 20.910/32*, que regulamenta o prazo quinquenal para a prescrição de ações contra as Fazendas Públicas;
- (vi) do *Decreto nº 70.235/72 e da Lei nº 9.784/99*, que regulamentam diversos prazos para o exercício de direitos/atos no âmbito do processo administrativo, sob pena de preclusão;
- (vii) da *Lei nº 5.869/73* (Código de Processo Civil), que disciplina, subsidiariamente, o exercício de direitos/atos no âmbitos dos processos administrativo e judicial quando não prescritos por lei específica, que, uma vez não exercidos, igualmente, precluem.

Ao exemplo do controle jurídico cuja função é a ligação do tempo, podemos citar a regra de suspensão da prescrição prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.830/80, no art. 151 e incisos do CTN, e de interrupção da decadência prevista no art. 173, II do CTN, que acabam por conferir um tempo crônico superior para a prática do ato do que o primeiramente fixado pelo legislador.

Com efeito, por esse controle do tempo para a prática dos atos jurídicos (seja comissiva, seja omissiva), ao qual denominamos de freio explícito do sistema, objetivou o legislador conferir segurança jurídica aos destinatários do sistema, evitando, pela previsibilidade de prazos, a desordem e o caos. Neste aspecto, a fluência do tempo não será vítima do acaso a ponto de tornar o dado futuro incerto. Poderá ser ele incerto quanto ao conteúdo da ação ou do direito envolvido<sup>187</sup>, mas a regra temporal a ele aplicável, se vigente, assegurará a previsibilidade garantida pela segurança jurídica. O controle do tempo pela aquisição ou pelo decurso de lapsos de tempo (prazos) confere pacificidade às relações sociais, pois é corolário da dignidade da pessoa humana não ter sobre si "a espada de Dâmocles" eternamente<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> Que poderá sofrer alteração no sentido que lhe é conferido.

<sup>188</sup> Dâmocles é protagonista de uma anedota moral que figurou originalmente na história perdida da Sicília, por Timaeus de Tauromenium (c. 356 - 260 a.C.). Dâmocles era um cortesão bastante

Nada obstante, é cediço que no Direito Brasileiro há hipóteses para as quais não há determinação de prazo para o exercício do direito. Ao exemplo disso, citam-se as normas constantes do art. 5º, incisos XLII e XLIV do Texto Constitucional, que prescrevem a imprescritibilidade do crime de racismo e o exercício do direito de ação contra grupos armados, civis e militares, que atentem contra a ordem constitucional e o estado democrático. No artigo 1.601 do Código Civil, também o legislador previu a imprescritibilidade do direito à contestação, pelo pai registral, da paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Em relação a essas hipóteses, a falta de controle do tempo crônico pelo Direito apenas deixa de ser um dos requisitos a ser demonstrado pelo pretendente do direito subjetivo que objetivar o seu reconhecimento. Contudo, o tempo crônico relativo ao tempo no fato será/poderá ser levado em consideração para outros efeitos, como um pedido de indenização pelos danos incorridos pelo pai, referentes ao pagamento de alimentos, quando a paternidade tiver sido judicialmente afastada em ação negatória de paternidade, por exemplo.

Ainda em relação à atemporalidade de direitos, citamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos editada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, que prevê a universalidade e a atemporalidade dos direitos da pessoa humana, devendo ser aplicados a todos os povos, independentemente de sua cor, raça, credo ou sexo.

Por fim, cumpre abordar dois institutos que influenciam diretamente na temática estudada e que propiciam, mesmo sem a expressa previsão legal, a abreviação do tempo crônico que se relaciona com o tempo do Direito, assim como a temporalização do primeiro operada pelo segundo, evitando o aumento da entropia no sistema: referimo-nos aos efeitos gerados pelos institutos da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos. Vejamos.

---

bajulador na corte do tirano Dionísio, de Siracusa. Ele dizia que, como um grande homem de poder e autoridade, Dionísio era verdadeiramente afortunado. Então, Dionísio ofereceu-se para trocar de lugar com ele por um dia, para que ele também pudesse sentir o gosto de toda esta sorte, sendo servido em ouro e prata, atendido por rapazes de extraordinária beleza, e servido com as melhores comidas. No meio de todo o luxo, Dionísio ordenou que uma espada fosse pendurada sobre o pescoço de Dâmocles, presa apenas por um fio de rabo de cavalo. Ao ver a espada afiada suspensa diretamente sobre sua cabeça, perdeu o interesse pela excelente comida e pelos belos rapazes e abdicou de seu posto, dizendo que não queria mais ser tão afortunado. A espada de Dâmocles é uma alusão frequentemente usada para remeter a este conto, representando a insegurança daqueles com grande poder (devido à possibilidade deste poder lhes ser tomado de repente) ou, mais genericamente, a qualquer sentimento de danação iminente. Entalhes em madeira da espada de Dâmocles aparecem como símbolo em manuais europeus dos séculos XVI e XVII. (WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. s.v. *Dâmocles*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Dâmocles>>. Acesso em: 10 abr. 2012).

*(viii) Repercussão Geral*

O instituto da Repercussão Geral foi instituído no § 3º do art. 102 da Constituição Federal <sup>189</sup>, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A norma somente foi regulamentada com a edição da Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Contudo, como a Lei nº 11.418/2006 determinou que o Supremo Tribunal Federal estabelecesse as normas necessárias à execução da repercussão geral, o requisito de admissibilidade recursal passou a vigor apenas em 03.05.2007, data em que entrou em vigor a Emenda nº 21/2007 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A repercussão geral da questão constitucional é um instrumento delimitador da competência da Corte Máxima ao julgamento de questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Nada obstante o objetivo evidente na Portaria nº 277/2007, relativa à redução do número de processos judiciais submetidos à análise do STF, é fato que a racionalização da atuação da Corte em tempo favorável aos casos selecionados (pelo menos é o que deveria ocorrer) tende a favorecer a satisfação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Isso porque a uniformização da interpretação constitucional – decorrente do fato de que o STF não mais decidirá múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional, o compartilhamento de informações entre órgãos do Poder Judiciário (no que diz respeito a temas em julgamento; feitos sobrestados), a sistematização das decisões judiciais e a padronização de procedimentos são consequências diretas da aplicação da repercussão geral no sistema.

Uma vez negada a existência de repercussão geral, todos os recursos sobrestados pelos Tribunais de origem serão automaticamente considerados não admitidos<sup>190</sup>. Já a admissão e o julgamento do mérito do recurso selecionado poderão resultar na declaração de prejuízo dos recursos extraordinários sobrestados, se contrários à decisão do STF ou na retratação dos Tribunais de origem, que poderão conformar as decisões recorridas à orientação final da Corte

---

<sup>189</sup> "Art. 102, §3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

<sup>190</sup> A não admissão será objeto de anotação expressa em cada auto de processo, de modo a propiciar ao Recorrente que entender que a sua controvérsia não guarda identidade com o caso paradigma a interposição de agravo.

Maior em relação à questão constitucional definida. Em caso de não adoção de nenhuma dessas alternativas pelos Tribunais de origem, os autos sobrestados serão encaminhados ao STF para que ele proceda à análise do indeferimento do recurso ou à confirmação da decisão impugnada, se de acordo com o paradigma julgado pela Corte. Independentemente da autoria da aplicação do instituto, se pelo STF ou pelo Tribunal de origem nas alternativas citadas, esse efeito tem sido equiparado pela doutrina, como leciona Didier Junior, a um "um mecanismo processual do controle abstrato de constitucionalidade", também chamado de objetivação do recurso extraordinário. Com isso, o recurso extraordinário deixa de ter um caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva, uma vez que as decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade vêm adquirindo interpretação extensiva, vinculando horizontal<sup>191</sup> e verticalmente<sup>192</sup>, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante<sup>193</sup>. Essa "vinculação" tem o objetivo de atribuir maior eficácia e racionalização aos julgamentos do Supremo, pois "encurta-se o procedimento, com flagrante economia dos atos processuais"<sup>194</sup>.

Por estes aspectos é que relacionamos esse instituto com os efeitos do tempo até então estudados. O julgamento de um recurso em sede de repercussão geral abrevia o tempo de julgamento de todos os demais recursos sobrestados, assim como antecipa a orientação final da Corte que, não obstante não vincule, acaba por influenciar as demais instâncias no julgamento de lides novas ou em curso, que eventualmente apresentem teses opostas à orientação final do Supremo. Ou seja, o tempo cronológico que cada processo deveria/poderia ter para construir a sua

<sup>191</sup> A vinculação horizontal ocorre quando o órgão prolator da decisão respeita seus próprios precedentes. É o que ocorre na previsão do § 5º do artigo 543-A do CPC, que autoriza o Supremo Tribunal Federal a indeferir, liminarmente, recursos que não apresentem repercussão conforme decisão anteriormente proferida com idêntica matéria. Esta eficácia vinculante só ocorrerá em relação às decisões que negarem a presença da repercussão geral.

<sup>192</sup> A vinculação vertical se dá quando uma decisão prolatada por um órgão superior é seguida pelos órgãos inferiores. É o que ocorre no caso do artigo 543-B do CPC, hipótese em que o pronunciamento do Plenário do STF, sobre a repercussão geral de determinada questão, vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a novo exame do Plenário, quando tratar de controvérsia idêntica à já decidida pelo Supremo, mesmo que haja enunciado sumulado a respeito. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Transformações do recurso extraordinário*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao prof. Coord. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 998).

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 982.

<sup>194</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

realidade jurídica será afetado pela temporalização da repercussão geral decidida pelo STF quando contiver controvérsia sobre a mesma questão de direito definida no *leading case* da repercussão geral.

*(ix) Recursos Repetitivos*

A mesma conclusão se aplica ao instituto dos Recursos Repetitivos, instituído pela Lei nº 11.672/08, que introduziu o art. 543-C no Código de Processo Civil<sup>195</sup> com vistas a desafogar o Poder Judiciário por meio do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e com isso tornar mais efetiva a prestação jurisdicional. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ. Segundo a Resolução STJ nº 8/08, o agrupamento dos recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões arguidas no mesmo recurso. Os demais não selecionados e que versarem sobre o mesmo tema ficarão suspensos até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal, aplicando-se-lhes o destino da prejudicialidade ou da retratação da decisão recorrida, dependendo do resultado do *leading case* julgado pela Corte Superior de Justiça.

Esclareça-se que o efeito das decisões dos Tribunais Superiores pela sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos não é dotado de obrigatoriedade; as decisões funcionam apenas como "orientações modelos". Nesse sentido, as instâncias inferiores não podem ser impedidas de manter a decisão proferida originalmente, mesmo que contrárias ao entendimento do Supremo ou do Superior Tribunal de Justiça. Mas não se pode negar que tais decisões acabam por "vincular psicologicamente" as demais instâncias quanto à orientação vigente acerca da matéria julgada, uma vez que serão indeferidos os recursos cuja tese for contrária à solução já posta pela Corte.

*(x) Súmula Vinculante*

A vinculação efetiva das decisões somente surge com o instituto da súmula vinculante, que impõe o seguimento da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal a todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, pois representa a uniformização da jurisprudência acerca da matéria julgada.

---

<sup>195</sup> "Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo."

Registre-se, no entanto, que, embora tenham o condão de obrigar as instâncias inferiores a seguir o mesmo posicionamento adotado pela Corte Suprema, as súmulas vinculantes não são imutáveis, podendo ser revistas ou até mesmo canceladas, conforme o disposto no artigo 103-A da Constituição Federal.

Até o momento, foram editadas 32 súmulas vinculantes pelo STF<sup>196</sup>, das quais quatro se referem à matéria tributária. Confira-se:

Súmula Vinculante 08 – São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Súmula Vinculante 19 – A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Súmula Vinculante 31 – É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

Súmula Vinculante 32 – O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras.

Enfim, como disserta Eurico Marcos Diniz de Santi<sup>197</sup>, o Direito sempre se preocupou com o tempo: pensá-lo significa ocupar-se da fugacidade das condutas, da efemeridade dos fatos e da inexorabilidade da linguagem que os cristaliza, por meio de provas jurídicas que propiciam o conhecimento e a manipulação dos acontecimentos relevantes para o Direito. O tempo está presente em tudo o que é disciplinado, regulado ou criado pelo Direito, influenciando o futuro, o presente e o passado. Em um lapso de tempo adquirem-se e extinguem-se direitos – *dormientibus non succurrit jus* –; no tempo a irreversibilidade da mudança física do mundo e psicológica a que está sujeita o homem são implacáveis. Por isso, a ciência desses efeitos da flecha do tempo impõe ao intérprete a busca do elo histórico-cultural do *passado* para o *futuro*<sup>198</sup>, a qual, aplicada ao Direito em um processo de

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes 1 a 29, 31 e 32*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_Vinculante\\_STF\\_1\\_a\\_29\\_31\\_e\\_32.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2012.

<sup>197</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 41.

<sup>198</sup> "As decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do 'Direito' (Nelson Sampaio)" (REsp nº 6.548/GO, Rel. p/acórdão Ministro César Asfor Rocha, DJU de 05.03.2001).

positivação da norma, tende a resultar na promoção da estabilidade e segurança jurídica almejadas nas relações intersubjetivas.

### 2.2.3 A segurança do movimento

Paulo de Barros Carvalho identifica com maestria os elementos que compõem o cenário de estabilidade normativa desejável pelo destinatário do sistema ao definir o princípio da segurança jurídica como sendo um cânone

[...] dirigido à implementação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social **o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta**. Tal sentimento **tranquiliza** os cidadãos, abrindo espaço para o **planejamento de ações futuras**, cuja **disciplina jurídica conhecem, confiantes** que estão no **modo** pelo qual a **aplicação das normas** do direito se realiza. Concomitantemente, **a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados**, dos **direitos adquiridos** e da força da **coisa julgada**, lhes dá a **garantia do passado**. Essa **bidirecionalidade passado/futuro** é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas [...] <sup>199</sup>. (grifamos).

Com efeito, o *conhecimento* do Direito garantido pela acessibilidade e inteligibilidade de suas normas aos olhos do cidadão comum, assim como o sentimento de *confiança* de que os atos praticados no passado gozam da proteção de intangibilidade, aliados à *percepção* das possíveis consequências jurídicas a serem imputadas a atos e fatos futuros, traduzem a previsibilidade almejada pelo homem para que ele organize com dignidade a sua vida.

Contudo, é cediço que a previbilidade total é utópica, pois a realidade é um fato, um dado construído pela linguagem, e a linguagem, como já abordado, está sujeita às vicissitudes da língua, que também é atualizada pela cultura emergente, influenciada pelas mazelas de um universo sujeito ao acaso. Por essa razão, a busca pela concretização dos estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade, rechaça a ideia de uma norma de segurança jurídica que exija uma predeterminação, ou seja, que todas as causas e efeitos estejam postos no ordenamento vigente<sup>200</sup>, e a coloca como uma prescrição que impõe o dever de controle sobre a atividade de construção de sentido, na medida em que serão os

<sup>199</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146.

<sup>200</sup> Fruto de uma visão mecanicista das normas.

agentes competentes responsáveis pela movimentação do sistema e por inserir/garantir a segurança na perspectiva de algo que é mutável.

O tempo, como fenômeno que controla o curso da vida, impõe ao homem um paradoxo. De um lado, a mudança, o avanço da tecnologia, a evolução da cultura, o aumento do dinamismo social, a complexidade econômica e plural da sociedade; fatos vistos sob o prisma do progresso desejável. De outro, a necessidade de segurança e de certeza para a prática dos atos da vida e planejamento do futuro revelam sua dependência e anseio de estabilidade. Com isso, o tempo acaba sendo para o homem fonte de uma das suas maiores inseguranças<sup>201</sup>, cabendo ao Direito, como instrumento de organização social, lidar com a antinomia de servir ao propósito de certeza e segurança e, ao mesmo tempo, responder às necessidades suscitadas pelas mudanças sociais e pelo desejo de progresso<sup>202</sup>, que se consubstancia no conteúdo de outro princípio, do Estado Social do Direito, a exigir que o Estado cumpra sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais, especialmente por meio da redistribuição de riquezas<sup>203</sup>.

A conciliação entre a mutabilidade provocada pela flecha do tempo e pela imprevisibilidade do acaso e as exigências de confiabilidade e de calculabilidade que conformam os estados ideais objetivados para a concretização do primado da segurança jurídica nesta perspectiva dinâmica constituem um desafio para o operador do Direito. O jurista americano Roscoe Pound, citado por Diego de Simone, ilustra com precisão essa questão:

[...] o Direito deve ser estável e, apesar disso, não pode permanecer inalterável. Por isso mesmo, toda meditação a respeito do direito tem se esforçado por conciliar as exigências contraditórias de estabilidade e transformação. O interesse da sociedade em que seja mantida uma segurança geral há conduzido os homens a buscar um valor absoluto, capaz de assegurar uma ordem social firme e estável. Contudo, a incessante transformação que se opera nas condições de vida social está sempre a exigir novas adaptações, em consequência da pressão de outros interesses sociais e de novas causas suscetíveis de prejudicar a segurança estabelecida. É assim necessário que a ordem jurídica seja flexível, por um lado, e por outro também estável. Daí a necessidade de submetê-la às alterações que se operam na vida que deve reger. Os princípios que buscamos, portanto, devem ser tanto de evolução como de segurança. Por tudo isso, o problema fundamental, que os juristas têm afrontado, consiste

<sup>201</sup> TORRES, Heleno. Temporalidade e Segurança jurídica – irretroatividade e anterioridade tributárias. *Revista da PGFN*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-i/heleno.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2012.

<sup>202</sup> SIMONE, Diego Caldas Rivas de. *Segurança Jurídica e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 43.

<sup>203</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 251.

em encontrar a maneira mais adequada de poder conciliar a idéia de um sistema de direito fixo, que não deixe margem ao arbítrio individual, com as idéias de transformação, desenvolvimento e criação de um novo Direito; quer dizer, é preciso realizar uma tentativa de unificação da teoria do Direito com a de sua criação e a da idéia de justiça, promovida de acordo com o direito, com a realidade da administração de justiça pelos magistrados"<sup>204</sup>.

Nesse passo, a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha é preciosa: "a segurança não é imutabilidade, pois esta é a própria morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade como o direito que nela e para ela se cria, é móvel [...]". Por isso, adverte: "o que o Estado e a sociedade devem buscar, em verdade, é a **segurança do movimento**"<sup>205</sup>. Ou seja, a segurança adequada ao tempo em que é demandada.

A aplicação do princípio da segurança no movimento se identifica com a perspectiva *dinâmica* estudada no item 1.2.1.4.2, que envolve os problemas que surgem na aplicação do Direito, particularmente referentes à ação no tempo e à transição provocada no processo de positivação pela bidirecionalidade passado/futuro. Os estados ideais de confiabilidade<sup>206</sup> e de calculabilidade<sup>207</sup> visam à proteção de situações do passado que não devem ser afetadas pelo presente (em respeito ao sentimento de confiança de quem com base no Direito orientou a sua conduta), assim como a proteção de situações do presente que deverão permanecer no futuro (em respeito à previsão da atuação estatal e das consequências da conduta informadas pelo ordenamento conhecido), demandando a adoção de comportamentos que garantam a tranquilidade dessa transição do Direito no tempo.

Um Estado "confiável" é o que detém um ordenamento jurídico estável, que não sofra modificações contantes a ponto de colocar em risco o exercício das liberdades, e impedir o planejamento de vida dos seus cidadãos. A durabilidade do ordenamento no tempo não se confunde com a imutabilidade, pois a falta dela gera a estagnação. Entretanto, a alteração contínua de um ordenamento põe em risco o seu conhecimento por parte dos destinatários de suas normas, assim como incita a desconfiança do Poder alterador (Legislativo, Executivo ou Judiciário) pela frustração

<sup>204</sup> SIMONE, Diego Caldas Rivas de. *Segurança Jurídica e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 43-44.

<sup>205</sup> Apud *ibid.*, p. 44.

<sup>206</sup> A confiabilidade está associada à ideia de proibição de mudança, em que se insere a questão da intangibilidade subjetiva (que consubstancia a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada) e da durabilidade objetiva (respeito às normas postas).

<sup>207</sup> A calculabilidade está associada à concepção de suavidade (afastando a mudança abrupta e/ou inesperada) ou de constância da mudança, em que se inclui a questão da continuidade.

que é imposta a quem com base nas regras alteradas planejou e organizou a sua vida<sup>208</sup>.

A estabilidade do ordenamento atende aos estados ideais de cognoscibilidade e de confiabilidade voltados à proteção da transição do Direito do passado para o presente, compreendendo a proteção da confiança legítima, quando demonstrado o exercício juridicamente orientado de uma liberdade com base nas regras alteradas, assim como a proteção do próprio ordenamento jurídico, em benefício do conjunto das liberdades e da crença de que o Poder Público pratica atos em conformidade com a Lei (credibilidade institucional)<sup>209</sup>.

Da legislação hodierna podem ser citadas as regras de decadência, de prescrição, de garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, da não tributação do fato anterior à vigência da nova lei (irretroatividade), como expressão da expressa preocupação do legislador para com a estabilidade normativa. E pela atuação do Poder Judiciário, visando a garantir a promoção do ideal de confiabilidade na função que lhe compete, pode-se citar a proteção à consolidação de situações fáticas no tempo, ou seja, o reconhecimento da intangibilidade de fatos que, ocorridos em determinado lapso de tempo, demandam proteção pela consolidação gerada; da intangibilidade de atos cuja finalidade legal é atingida por via transversa, sem impor prejuízo de nenhuma ordem; da intangibilidade de atos praticados a partir de orientação jurídica aparentemente válida e regular (proteção da confiança).

Já um Estado "previsível" (parcial e não absolutamente, como já anotado) é o que protege a transição do Direito do presente para o futuro, provendo a continuidade normativa com alterações graduais. Isto é, permite que o cidadão tenha a ampla possibilidade de calcular as possíveis consequências abstratas atribuíveis a atos e fatos, próprios e alheios, assim como de estimar o tempo que, se praticar determinada conduta, terá aplicada a consequência definitiva<sup>210</sup>. Esse estado de calculabilidade é promovido pela inserção de mudanças gradativas no sistema.

O estado ideal de calculabilidade visa a proteger o cidadão da surpresa de uma mudança brusca ou drástica, não antecipável (pois não era esperada em momento nenhum) e que termine por frustrar-lhe a confiança, se praticados atos

---

<sup>208</sup> Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 344.

<sup>209</sup> Cf. *ibid.*, p. 345.

<sup>210</sup> Cf. *ibid.*, p. 595.

com a expectativa de que a norma alterada continuaria vigendo<sup>211</sup>. Neste aspecto, o princípio da segurança jurídica exige do operador do Direito, como adverte Humberto Ávila, citando Zimmer: "uma gestão prudencial do tempo no Direito"<sup>212</sup>.

Regras como a irretroatividade, a anterioridade e a anterioridade mínima, são exemplos que, realizados em conformidade, asseguram a continuidade normativa sem atropelos e prejuízos. Por parte do Poder Judiciário, a promoção do estado ideal de calculabilidade nas hipóteses de mudança de orientação deve se exteriorizar pela eficácia prospectiva dos efeitos quando a eficácia declaratória comprometer a credibilidade institucional do Direito ou for frustrar atos de disposição legitimamente praticados com base na orientação abandonada, seguida de regras de transição para evitar a abrupta alteração e permitir que a mudança seja assimilada gradualmente<sup>213</sup>.

Enfim, nas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social. [...] O homem, ser intranquilo em sua aventura humana, quer se fazer, pois, tranquilo ao menos no que concerne aos seus negócios, sobre os quais as normas incidem segundo o sistema que lhe é previamente apresentado, dado ao seu conhecimento e ao seu saber quanto à eficácia a se produzir.<sup>214</sup>

A segurança não é a imutabilidade; ela está voltada para uma realidade mutável, e o movimento decorrente da flecha do tempo deve ser assimilado para a idealização e promoção dos estados ideais por meio dos quais ela será realizada. Diante da inexistência de predeterminação e da incerteza que pode acometer o futuro, a segurança se realizará na transição normativa cognoscível, confiável e calculável. A legitimidade do sentido será a mola propulsora dessa "**segurança do movimento**".

<sup>211</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 596.

<sup>212</sup> ZIMMER, Willy. *Constitution et securité juridique – Allemagne*. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1999, Paris, Economica, 2000, p. 101 apud ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 597.

<sup>213</sup> ÁVILA, op. cit., p. 597.

<sup>214</sup> ROCHA, Cármem Lucia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 169.

## 2.2.4 Segurança cognitiva no tempo do direito<sup>215</sup>

O estudo do tempo e de sua relação com o Direito proposto neste Capítulo 2 reitera a preocupação traçada desde o início deste trabalho para com os elementos informadores do sentido produzido pelo intérprete (especialmente o autêntico) a partir da interpretação dos textos de Direito Positivo e que possa resultar na formação de uma norma jurídica a ser introduzida no sistema para produzir efeitos na realidade jurídica e social.

Como também já destacamos, temos ciência de que não cabe aos operadores da Ciência do Direito dizer<sup>216</sup> qual é o *sentido* mais justo ou correto que deve resultar na norma jurídica aplicada, mas entendemos que nos compete fornecer indicadores visando a contribuir para a construção do sentido, e não de um sentido qualquer, mas daquele que possa ser alcunhado de legítimo, que, mesmo de permeio à essencial inesgotabilidade, revista-se das melhores condições de atender aos fins maiores da interpretação, que não podem fugir à função social desta<sup>217</sup>. Isto é, um sentido que reflita o adimplemento funcional do Direito enquanto instrumento de solução de conflitos, emissor de orientações que se esperam estáveis e que objetivem uma convivência social harmoniosa entre os membros da comunidade destinatária de suas normas. Um sentido produzido, como leciona Bezerra Falcão:

[...] dentro de um dinamismo de sentido apto a não engessar a vocação que o espírito tem para progredir. Estabilizando, sem imobilizar, e deixando que a riqueza do sentido flua sem que isso importe que fique vagando à solta, destituída de quaisquer compromissos com os destinos convivenciais do ser humano, caso em que viria muito mais em benefício da insegurança do que do ideal de justiça, o qual encontra seu modelo exatamente na amoldabilidade que se possa conseguir frente a cada situação real de conflito concreto.

E a conquista desse sentido legítimo, colaborador do cenário social harmônico, pode emergir da segurança, não da jurídica (que dele resultará, pois é o próprio estado ideal objetivado), mas da segurança de aplicação das normas. Como

<sup>215</sup> Grifamos a expressão "*tempo do direito*", visando chamar a atenção para a analogia que propomos com a expressão "*tempo do fato*", anteriormente utilizada, pela qual identificamos o momento (e, conseqüentemente, todos os vieses decorrentes do tempo crônico) da aplicação do direito, que fenomenologicamente é concomitante com o momento da interpretação e da construção do sentido da norma jurídica.

<sup>216</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 101.

<sup>217</sup> Nesse sentido, FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 242.

adverte Humberto Ávila<sup>218</sup>, essa segurança depende de elementos argumentativos e processuais. Os elementos argumentativos dizem respeito ao uso de estruturas claras e objetivas de raciocínio, presentes quando as conclusões do raciocínio jurídico são esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico, bem como sua construção obedece a critérios racionais, baseados na sua consistência formal e na sua coerência material. Os elementos processuais dizem respeito a um procedimento, administrativo ou judicial, que permita e considere a ampla defesa e o contraditório, bem como garanta a fundamentação escrita e lógica das decisões.

No mesmo sentido, Bezerra Falcão<sup>219</sup> leciona quanto à importância da segurança cognitiva aplicada à atividade de interpretação, que segundo o autor decorrerá da adoção de um método pelo intérprete, além da correta avaliação dos efeitos que o sentido selecionado possa vir a provocar no sistema.

Para isso, adverte Bezerra Falcão, que há como o intérprete encontrar padrões de aferição prévia, hábeis a assegurar-lhe razoável grau de segurança, relativamente ao custo social da sua interpretação, o qual pode ser avaliado por três razões<sup>220</sup>:

- a) interpretações reveladoras de um custo social muito elevado tendem a ser pouco aceitas pelo grupo, decorrendo dessa ilegitimidade uma provável perda de eficácia da norma;
- b) o custo social também se pode exprimir sob a forma de uma interpretação conducente à injustiça, a qual termina por desautorizar a norma, ilegitimando-a e, por consequência, também ineficacizando-a; e
- c) a ineficácia da norma produz efeitos capazes de aumento do custo social subsequente à ineficacização, uma vez que a norma ineficaz não contribui com vantagem alguma para a boa convivência e pode diminuir a eficiência do ordenamento (sistema), que tão mais frágil será no cumprimento de seu papel quanto mais ineficazes forem as normas que o compõem, seja referentemente à quantidade de normas ineficazes, seja no que diz respeito à profundidade da ineficácia a que a norma tenha sido levada.

---

<sup>218</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 144.

<sup>219</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 246.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 247.

Na linha do raciocínio traçado por Bezerra Falcão, com a qual concordamos e aplicamos na qualidade de estudiosos do Direito, o custo social decorrente de uma interpretação ilegítima, pode ser medido pela (in)eficácia da norma que dela resultou. Paulo de Barros Carvalho<sup>221</sup> leciona que a eficácia de uma norma jurídica pode ser estudada sob três ângulos: (i) eficácia jurídica, consubstanciada na propriedade de que está investido o fato jurídico<sup>222</sup> de provocar a irradiação dos efeitos que lhe são próprios; (ii) eficácia técnica, relativa à condição ostentada pela norma jurídica para irradiar seus efeitos, porque já removidos os obstáculos de ordem material<sup>223</sup> que pudessem impedir tal propagação; e (iii) eficácia social, que diz respeito aos padrões de acatamento com que uma comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada.

A par dessas definições, entendemos que o custo social de um sentido ilegítimo está associado ao ângulo da eficácia social, ou melhor, da ineficácia social da norma jurídica que daquela resultou. Contudo, entendemos que a eficácia social, também equiparada à "efetividade" do direito, no sentido da efetiva consecução na realidade dos objetivos pretendidos normativamente, dá-se tanto pela decisão que efetiva a aplicação da norma, quanto pelo resultado concreto decorrente desta aplicação<sup>224</sup>. Paulo Dourado de Gusmão ensina que

[...] a eficiência (*Getung*) do direito depende do fato de sua observância no meio no qual é vigente. Eficaz é o direito capaz de se fazer ser observado e de atingir sua finalidade. A eficácia é um fato, consistindo na observância efetiva da norma por parte de seus destinatários e, no caso de inobservância, na sua aplicação compulsória pelos órgãos com competência de aplicá-la. Significa, com palavras de Kelsen, direito que é 'realmente aplicado e obedecido'<sup>225</sup>.

Nesse aspecto, com objetivo de melhor identificar as razões do custo social que podem se originar da construção de um sentido ilegítimo, trabalharemos os indicativos para a aferição da medida de ineficácia de forma separada, associando o

<sup>221</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 82-83.

<sup>222</sup> Como ensina Paulo de Barros Carvalho, a eficácia jurídica é o próprio mecanismo lógico da incidência: efetivando-se o fato previsto no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no conseqüente. É a chamada causalidade jurídica. (ibid., p. 82).

<sup>223</sup> Tais como (i) a falta de regras superiores, que, na escala hierárquica, lhe dariam fundamento de validade; ou (ii) a existência de outra norma inibidora de sua incidência. (Cf. ibid., loc. cit.).

<sup>224</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais, e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 240.

<sup>225</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 83.

resultado concreto verificado na realidade em decorrência da aplicação da norma como um indicador externo da (in)eficácia de uma norma, e a medida de (in)eficácia que se pode conferir à própria decisão que efetiva a aplicação da norma não cumprida espontaneamente pelo seu sujeito passivo, ou ainda a relacionada à qualidade do sentido produzido pelo intérprete, que pode ensejar a fragilidade do sistema, como índices do indicador interno da (in)eficácia, ou seja, visto sob o ângulo interno da própria norma. Vejamos.

O indicador externo associado ao resultado concreto verificado na realidade em decorrência do não acatamento de uma norma, geral e abstrata ou individual e concreta, pode refletir os seguintes cenários: (i) a não concordância com a obrigação imposta por uma norma geral pode dar ensejo à busca de uma decisão judicial que exima o sujeito passivo de seu cumprimento e, nessa hipótese, o não acatamento pode ser tomado como um índice da ilegitimidade do sentido legislado, contrário às expectativas normativas construídas a partir das demais normas do ordenamento; (ii) a não concordância com uma norma judicial pode revelar o inconformismo do sucumbente face ao seu teor, o seu sentido, e este também pode ser tomado como um índice de medida da sua ineficácia; porém, a não concordância com uma norma judicial pode revelar também (iii) a intenção do sujeito passivo de meramente postergar o cumprimento da obrigação reclamada, fazendo-o com base na elástica recorribilidade vigente aliada à mora do Judiciário para o julgamento de um volume de feitos que a cada ano é ainda maior. Essa hipótese não pode ser tomada como um índice para aferir a in(eficácia) da norma.

Por outro lado, a eficácia social de uma norma pode ser medida pela decisão que dá efetividade a um direito reclamado e que não foi observado espontaneamente pelo sujeito passivo cujo adimplemento do dever contraposto lhe competia (*e.g.*, eficácia da decisão na exigência da obrigação e na aplicação de sanção). Neste caso, a medida de eficácia é vista pelo ângulo da própria decisão (o que chamamos de indicador interno) que deu efetividade à outra norma inadimplida. Mas a medida de ineficácia que nos preocupa é a que decorre da construção de um sentido ilegítimo, produzido pelo intérprete autêntico em última instância – pelos Tribunais Superiores – e materializado em uma decisão que mais contribua para com a insegurança do que com o ideal de justiça, já que o inconformismo nessa fase não terá mais lugar.

Vistas as hipóteses, o custo social a que nos referimos pode ser medido tanto pelo volume de ações que objetivam afastar a obrigação de cumprimento de determinada norma geral e abstrata, revelador da ilegitimidade do sentido que conformou a norma legislada, como em todas as etapas da positivação da norma judicial, revelado também pelo volume de recursos interpostos por contrariedade ao sentido ilegítimo consubstanciado na norma individual e concreta. Já o índice do custo social que decorre da qualidade do sentido produzido pelos Tribunais Superiores, materializado em decisão que é tomada como orientadora de condutas e elucidadora do sentido certo de determinada norma, será aferido pela descrença e pela falta de confiança da comunidade observadora e disciplinada pelo sistema em relação ao Poder Judiciário. Como adverte Bezerra Falcão, já citado, são os efeitos posteriores à ineficacização da norma que fragilizam o cumprimento do papel do intérprete autêntico, seja em razão da quantidade de normas ineficazes postas no sistema, seja no que diz respeito à profundidade da ineficácia a que a norma tenha sido levada.

A não crença na orientação da Corte, decorrente da experiência anterior de uma norma tida por ineficaz sob o ponto de vista do sentido ilegítimo que nela restou estampado, provocará a propositura de uma enxurrada de ações para que cada interessado obtenha segurança para a prática dos seus atos com o timbre da individualidade passível de coisa julgada. Por mais que essa seja a conduta esperada diante do positivismo que ainda impera no ordenamento brasileiro, não se pode olvidar que a não confiança em precedente produzido no julgamento de caso análogo, sob a ótica de que a orientação dos Tribunais Superiores não é segura e legítima para fins de orientação da conduta alheia, importa em um custo social, sem dúvida nenhuma, expressivo.

Bezerra Falcão<sup>226</sup> adverte que a aferição equilibrada do custo social não é algo fácil de ser conseguido. Por isso, a interpretação realizada para a aplicação reveste-se de uma responsabilidade muito maior do que a interpretação que todo o ser humano está a cada instante fazendo (interpretação pura), pois a interpretação para a aplicação atua pela circunstância mesma da necessidade de aplicação do sentido então captado sobre a liberdade dos seres humanos a que se destine, atingindo-lhes os bens e valores em benefício de bens e valores de outros seres

---

<sup>226</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 248.

humanos, também seus destinatários, e tudo isso em nome de um contexto de realização de liberdade comum a todos. O ato de julgar, disserta Tércio Sampaio Ferraz Jr., por mais objetivo que seja, sempre envolve discernimento, critério, bom senso, imparcialidade muito mais que interesse a defender, ponto de vista defensável, estratégia de vitória. E, embora isso seja uma característica muito mais marcante no juiz que na atividade (partidária) de advogados, promotores, o julgamento, como um processo de muitos atores, assim dizer, dá o tom do processo decisório, donde há exigência de correção, certeza, segurança, justiça. A interpretação da lei, nesses termos, não é um posicionamento frio e estático sobre texto e seu sentido, mas uma operação que integra o texto no contexto jurisprudencial, com sua relevância casuística e generalização doutrinária, que bem observa poder a decisão jurídica ser vista como o resultado de uma *technè* judicativa que procura "razões" ou fundamentos para um caso concreto, sendo a lei mesma, mais propriamente, concebida como decisão concreta de concretos casos jurídicos futuros<sup>227</sup>.

Pelas razões alinhavadas, a construção do sentido legítimo, colaborador de um cenário jurídico-social seguro e harmônico, demanda que a atividade interpretativa autêntica seja realizada com vistas à segurança cognitiva ora estudada, a se revelar na segurança de aplicação das normas, a qual perpassa pelo sopesamento de todas as regras informadoras do sentido<sup>228</sup>, pela análise do contexto e eventual impacto com as regras de uso ou com a consciência histórica e valores da comunidade destinatária da orientação, assim como pela ciência dos irreversíveis efeitos da flecha do tempo e da forte influência deste sobre o Direito, refletidos na promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade que concretizam a garantia da segurança jurídica, e que estão absolutamente vinculados à atividade de aplicação do Direito.

---

<sup>227</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antônio Carrazza e Nelson Nery Junior. São Paulo: Manole, 2009, p. 5.

<sup>228</sup> Denominadas por Tácio Lacerda Gama de "elementos do sentido", e que estão aptas a informar a vinculação de um termo jurídico à prescrição de uma conduta normativa, e, com isso, auxiliar na seleção do sentido mais adequado, ou legítimo, como o denominamos. (GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 164).

Como leciona Eduardo Torres Vignoli<sup>229</sup>, o Direito afeta a temporalização e o tempo determina a força instituinte do Direito, seu elemento fundante. O Direito temporaliza, ao passo que o tempo institui, e disso resulta que

As forças instituintes (tempo) se moldarão às formas instituídas (direito), que, com o desenvolvimento social (com o passar do tempo), pedirão para serem substituídas por novos modelos instituintes. Esse ritmo nos conduz à "temperança" que é a sabedoria do tempo, a justa medida da continuidade e da mudança que assegura o equilíbrio das relações sociais. O direito deve contribuir para esta justa medida que torna livres os cidadãos e harmoniosas as cidades.

[...]

Somente nós, seres humanos, podemos "voltar a ampulheta", retomando refletidamente o passado. A idéia de que existe intervenção direta e recíproca entre tempo e direito, diante de uma perspectiva histórica não-linear, nos oferece, por meio de uma teia reflexiva, elementos consistentes para a compreensão do desenvolvimento da Teoria do Direito, a partir de articulação crítica dos conceitos teóricos referentes às categorias temporais e os *locus* sociais formadores do discurso legal.

Com efeito, a norma jurídica deve ser inserida na temporalidade, e, contra o peso do determinismo histórico, é preciso abrir a brecha da iniciativa e da alternativa, pensar o incerto<sup>230</sup> e progredir, seguindo a linha de Prigogine. Nesse espírito, vale citar a lição de Bezerra Falcão, constante de sua obra *Hermenêutica*, publicada em 1997 (anterior à Lei nº 9868/99, mas, por certo, sabedor de todos os movimentos legislativos havidos em torno do tema do *prospective overruling*, como se abordará no Capítulo seguinte), na qual, manifestando preocupação com o custo social decorrente da introdução de norma jurídica com sentido inadequado (denominado por nós de ilegítimo) no sistema, o autor sugere a criação de um instituto que

[...] possibilitasse o **diferimento dos efeitos de certas interpretações aplicadoras**, de maneira que se pudesse deixar para mais adiante esses efeitos **se**, num determinado momento, **a distância entre a interpretação justa e as possibilidades de implementação dos seus efeitos fosse muito grande**, a ponto de inviabilizar a prática momentânea daquela interpretação. Isso poderia ser adotado até para a hipótese de um **descompasso** enorme entre o que seria a justiça do momento e o texto normativo clara e irremediavelmente ultrapassado, numa providência que não anularia por inteiro o **princípio da legalidade – que deve ser entendido num conteúdo de possibilitação da justiça** – e evitaria, por outro lado, **que o Direito, que tem na justiça valor fundamental, servisse de instrumento para a consumação de injustiças**. O diferimento seria por

<sup>229</sup> VIGNOLI, Eduardo Torres. *A obra O tempo do direito, de François Ost: um diálogo entre o tempo e o direito*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300407.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

<sup>230</sup> Pensar o incerto é pensar que nem tudo está dado pelo Direito e que a construção jurisprudencial pelo Poder Judiciário, baseada nos princípios gerais do direito, está autorizada a promover um estado seguro, sem que seja acusado de invasão de competências do Poder Legislativo.

um tempo razoavelmente adequado à recomposição do ordenamento positivo, a ser levado aos ideais incontestes de justiça<sup>231</sup>. (grifamos)

Como se verá, de algum modo, o instituto do diferimento dos efeitos da novel interpretação sugerido por Bezerra Falcão, cujo objetivo seria o de conferir tempo razoavelmente adequado à recomposição do ordenamento positivo, e com isso levá-lo aos ideais incontestes de justiça, pode ser vislumbrado na figura de modulação de efeitos criada pelo legislador nos termos do art. 27 da Lei n° 9.868/99.

Pensando nisso, e em contribuir com diálogos que explicitem a importância da consideração de todos os elementos informadores do sentido citados na atividade de interpretação autêntica, é que escolhemos a temática da construção do sentido legítimo associada ao *prospective overruling* e particularmente à defesa da modulação de efeitos decorrentes da ruptura de um paradigma de orientação jurisprudencial, a qual trabalharemos no Capítulo 4, pois um Estado de Direito que se planeja garantidor eficaz de estabilidade e de segurança, não deve avalizar imobilismos em algo que se destemporalizou. No entanto, deve buscar alternativas que confirmem efetividade à sua função primordial. Daí a imperiosa e premente segurança cognitiva no tempo do Direito que motivou a escrita deste item.

---

<sup>231</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 250.

### 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

A essência de um sistema jurídico está na supremacia de sua Constituição, fruto da vontade soberana de seu povo. Seu Texto constitui fundamento de validade para todas as demais normas introduzidas no sistema. A desarmonia entre as regras do escalão inferior<sup>232</sup> e o Texto Constitucional pode provocar conflitos no repertório passíveis de atingir a própria estrutura do sistema. Denominado de inconstitucionalidade o fenômeno de desencontro entre as normas fundantes e as delas derivadas trata de um problema de relação internormativa, superado, até então, pelo chamado mecanismo de controle de constitucionalidade.

Foi nos Estados Unidos da América que ocorreu o episódio criador do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno. No julgamento do caso "Marbury v. Madison", a Suprema Corte Americana assentou o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os seus Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe infringissem<sup>233</sup>.

Por influência do modelo norte americano, o controle difuso de constitucionalidade foi introduzido no Brasil no início da República pela Constituição de 1891, assentando-se na teoria da nulidade absoluta, segundo a qual uma lei declarada inconstitucional não pode gerar efeitos válidos no sistema<sup>234</sup>. Fazia-se referência aos denominados efeitos *ex tunc*, destinados a invalidar todos os fatos constituídos com base na norma inconstitucional, desde o momento de sua vigência.

Já o controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato foi introduzido no ordenamento brasileiro somente em 1965, com o advento da Emenda Constitucional n° 16, e igualmente foi construído com base no dogma da nulidade da lei declarada inconstitucional, confirmando a retroatividade *ab ovo*<sup>235</sup> dos efeitos da decisão que reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma.

<sup>232</sup> Em conformidade com a pirâmide Kelseniana.

<sup>233</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

<sup>234</sup> Segundo Ruy Barbosa, "toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula". (Barbosa, Ruy. *Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*, 1893, p. 47 apud BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18).

<sup>235</sup> Desde o início.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>236</sup> leciona que a decisão de inconstitucionalidade é uma escolha pelo equilíbrio do sistema; é uma escolha que absorve a insegurança gerada pela inconstitucionalidade no plano normativo e das relações individuais.

Nesse passo, é cediço que nem sempre o reequilíbrio e/ou a absorção da insegurança decorrentes da inconstitucionalidade de uma norma que até o momento do decreto de sua inconstitucionalidade estava em vigor e era eficaz são assegurados pela supressão de sua vigência e eficácia. Há situações no mundo fenomênico que pela passagem do tempo não são mais reversíveis, os efeitos jurídicos concretos produzidos pela norma declarada inconstitucional não podem mais ser desfeitos ou a insegurança gerada pela possibilidade de revisão e anulação de todos os atos praticados com fundamento na norma inconstitucional é maior do que o equilíbrio que se supõe formar a partir do decreto de inconstitucionalidade daquela.

Diante de cenários como estes, já há um bom tempo os efeitos *ex tunc*, fundados no princípio da nulidade, vêm sendo sopesados pelo STF<sup>237</sup>. Do repertório de jurisprudência da Corte, verifica-se que a partir de 1974, o STF parece ter caminhado para a atenuação na rigidez da aplicação da teoria da nulidade absoluta<sup>238</sup>. Em nome da segurança jurídica, da boa-fé e de outros valores<sup>239</sup> subjacentes à Carta Magna, emergentes de situações excepcionalíssimas<sup>240</sup>, a Corte passou a conferir efeitos *ex nunc* ao decreto de inconstitucionalidade de algumas normas, mantendo com isso a eficácia de fatos ocorridos na vigência da norma inconstitucional. Nesse sentido, confira-se a ementa produzida no acórdão lavrado nos autos do RE n° 79.628/SP, julgado em 22.10.1974, cujo relator foi o Min. Aliomar Baleeiro:

OFICIAIS DE JUSTIÇA - EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR AGENTES DO EXECUTIVO. 1. Mesmo declarada a inconstitucionalidade da lei que colocou agentes do executivo a disposição dos juízes, para exercício das funções de oficiais de justiça, esses serventuários não são usurpadores, mas funcionários do Estado com defeito de competência. 2. Se o direito

<sup>236</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC-SP, 2001, p. 42-43.

<sup>237</sup> A quem compete decidir, em definitivo, pela inconstitucionalidade de uma norma.

<sup>238</sup> RE 79.628/SP (DJ de 13.12.1974); RE 78.279/SP (DJ de 28.06.1974); RE 78.209 (DJ de 11.10.1974).

<sup>239</sup> Positivados e que valoram finalidades objetivadas pelas normas finalísticas dos Princípios.

<sup>240</sup> Vide casos citados no Capítulo 4.

reconhece a validade dos atos até de funcionários de fato, estranhos aos quadros do pessoal público, com maior razão há de reconhecê-la se praticados por agentes do estado no exercício daquelas atribuições por força de lei, que veio a ser declarada inconstitucional. 3. É válida a penhora feita por agentes do executivo, sob as ordens dos juízes, nos termos da Lei Estadual de São Paulo, s/n, de 03.12.1971, mormente se nenhum prejuízo disso adveio para o executado.

Em 1977, por ocasião do julgamento do RE nº 79.343/BA<sup>241</sup>, no qual era discutida a inconstitucionalidade incidental do Decreto-Lei nº 322/67 – que regulava o reajuste periódico do valor do aluguel fixado em contrato de locação não residencial, em demonstração explícita da necessidade de flexibilização da teoria da nulidade –, o Ministro Leitão de Abreu defendeu a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional sob a ótica da preservação da boa-fé nas relações contratuais consumadas com base em norma presumidamente constitucional. Nas palavras do Ministro, "até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo" e "razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade".

Em 1986, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados foi ponderada em oposição à inconstitucionalidade reconhecida da norma contida no parágrafo único do art. 104<sup>242</sup> da Constituição do Estado de Minas Gerais nos autos do RE 105.789-1, julgado em 15.04.1986, e o Ministro Relator Carlos Madeira conferiu efeitos *ex nunc* à decisão com o seguinte fundamento:

A inconformação do recorrente se refere, pois, à modificação dos efeitos financeiros de averbação de seu tempo de serviço, já que lhe suprimiram a gratificação adicional do tempo de empresa pública averbado [...]. Tenho que, na hipótese, a modificação da qualificação do tempo de serviço averbado, malfere a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados [...]. Daí porque tal garantia supera o efeito *ex-nunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma, pois a averbação não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, como previa o dispositivo da Constituição do Estado, mas para o de adição de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência no cargo.

<sup>241</sup> RE 73.943/BA, DJ de 02.09.1977. No mesmo sentido RE 93.356-5, DJ 04.05.1981.

<sup>242</sup> Reconhecia o direito a quinquênios relacionados ao tempo de serviço prestado por servidor público em sociedade de economia mista.

Nos debates da Assembleia Constituinte, ocorridos entre 1986 e 1988, buscou-se a introdução de regra de competência para que o Supremo, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em sede abstrata, pudesse definir pela perda de eficácia *ex tunc* ou pela limitação da eficácia da norma inconstitucional somente a partir da publicação da decisão que assim a declarasse. A iniciativa foi do então senador à época, Maurício Corrêa, que propôs emenda ao projeto para inclusão do parágrafo 3º ao art. 127 da Constituição Federal:

§3º. 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.

Na oportunidade, o citado senador advertiu ao final de sua manifestação: "Quero suplicar a esta douta Casa não permita que a votação de uma lei tributária, por exemplo, injusta, iníqua, vá produzir efeitos para tirar do mapa legal aquele imposto indevido só depois que o Senado Federal se pronunciar"<sup>243</sup> (hipótese do artigo 61, X, da CF). Tal proposição foi rejeitada<sup>244</sup>.

Nada obstante à rejeição de norma expressa a autorizar a aplicação dos efeitos da teoria da anulabilidade a situações em que, na ponderação entre a nulidade e a retroatividade decorrentes da inconstitucionalidade de determinada norma e outros valores relevantes no sistema, esses teriam superado o vício de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal deu nova mostra da flexibilização da teoria da nulidade absoluta. Em 10.08.1993, no julgamento do RE nº 122.202-6 relatado pelo Ministro Francisco Rezek, no qual o Estado de Minas Gerais, com fundamento na inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei Estadual nº 9.262/86, pleiteava receber o montante indevidamente pago aos magistrados a título de gratificação progressiva por tempo de serviço, o Supremo decidiu que "a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem".

Alguns anos depois, em 1998, referindo-se à ortodoxia da nulidade *ab initio* predominante nos julgados da Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto apresentado no julgamento do RE nº 147.776, reconheceu a legitimidade do

<sup>243</sup> Cf. ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: o Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 241.

<sup>244</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 316.

Ministério Público para propor ação de ressarcimento de dano resultante de crime quando o titular do direito for pessoa pobre, e manifestou a necessidade de mudança no sistema de efeitos no controle abstrato de constitucionalidade:

EMENTA: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): **processo de inconstitucionalização das leis**. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.

Enfim, em 1999, com o advento da Lei n° 9.868, a relativização da nulidade absoluta foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro, não para trazer a disciplina entre a norma inconstitucional passível de ser anulada e a norma a ser declarada nula, mas, a teor do seu art. 27, para a restrição da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade em situações em que a retroatividade dos efeitos da decisão puder colocar em risco a segurança jurídica e/ou excepcional interesse social.

Desde então, a teoria da nulidade inerente ao reconhecimento do vício de inconstitucionalidade, concebida desde os primórdios do mecanismo de controle de constitucionalidade brasileiro, vem "concorrendo" com o instituto da modulação de efeitos, não sendo mais, em consequência, considerada absoluta no processo de reestabelecimento da unidade do sistema.

Como o propósito deste trabalho é o de estudar os elementos envolvidos na construção do sentido legítimo da norma jurídica, particularmente das normas que alteram a orientação jurisprudencial consolidada, faremos um corte epistemológico na temática "controle de constitucionalidade" e voltaremos nossos esforços somente ao resultado dessa fiscalização, qual seja, o estudo da (i) norma que declara a

inconstitucionalidade de outra, suas diferenças e/ou semelhanças com a (ii) norma que modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ambas resultantes do processo de fiscalização, visando, com isso, a subsidiar as conclusões que traremos nos próximos Capítulos dedicados exclusivamente à figura da modulação de efeitos, também denominada de *prospective overruling*.

Por isso, esclarecemos que a nossa proposta neste Capítulo e trabalho não é a de estudar propriamente o mecanismo do controle de constitucionalidade e os procedimentos por meio dos quais esse se desenvolve, ou seja, o passo a passo dos processos de controle difuso e concentrado, mas sim o resultado deles, a norma produzida nestes exercícios de reestabelecimento da unidade do ordenamento, haja vista sua influência na compreensão do instituto da modulação de efeitos e suas nuances.

Mas é claro que, na medida em que as nossas ideias forem sendo apresentadas, não nos furtaremos de contextualizar, pontualmente, as diferenças geradas pela adoção de um ou outro modelo de controle, especialmente quando elas influenciarem na construção de sentido da norma final.

Iniciamos, portanto, com a advertência e a lição do já citado autor, Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>245</sup>, segundo o qual os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devem ser analisados à luz das categorias da Teoria Geral do Direito, uma vez que a inconstitucionalidade é um tipo de invalidade da norma jurídica.

Nesse passo, é necessário que identifiquemos o sistema de referência que será adotado, pois é sabido que as conclusões podem ser diferentes em função das premissas que desencadeiam o raciocínio<sup>246</sup>. Por isso, passamos à análise dos conceitos fundantes do sistema de direito positivo, entendido como um conjunto de normas válidas em um determinado País, em um determinado lapso de tempo.

---

<sup>245</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC-SP, 2001, p. 6.

<sup>246</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

### 3.1 Validade

Dizemos que a validade não é um atributo da norma; ela decorre da sua relação de pertinência para com o sistema, a qual se estabelece pela observância da forma definida pelo próprio sistema, assim como pela competência de seu agente emissor.

Tais pressupostos estão compreendidos por aquela que é chamada de norma de competência. Segundo Tácio Lacerda Gama<sup>247</sup>, norma de competência em sentido amplo é toda proposição prescritiva que estabelece disposições voltadas a informar a criação de outras normas; e, em sentido estrito, corresponde ao juízo condicional que vincula, em sua estrutura, os elementos fundamentais que informam como deve ser a produção da norma inferior; quais sejam: (i) qualificação do sujeito que pode criar a norma; (ii) indicação do processo e sugestão dos respectivos atos que deverão ser praticados por aqueles para que a norma seja criada; (iii) indicação das coordenadas de espaço e de tempo em que a norma deve ser criada; (iv) indicação do vínculo existente entre o criador da norma e de quem a ela estará sujeito; (v) indicação da modalização da conduta de criação da norma, se permitida, proibida ou obrigatória; e (vi) indicação da programação material da norma a ser criada segundo as variáveis de sujeito, tempo, espaço e comportamento.

Destaca, ainda, o referido autor, que todos esses elementos organizados em uma estrutura lógica-implicacional informam a hipótese (comportamento, local e tempo do fato-enunciação de novos fatos de direito positivo) e o conseqüente da norma de competência (relação entre o sujeito competente e o sujeito a cujo comportamento estará obrigado).

Como norma integrante do sistema, a norma de competência também possui sua versão coercitiva/sancionatória, por meio da qual prescreve sanção preordenada a assegurar o seu cumprimento nas situações de exercício indevido da competência. A relação de pertinência será aferida, para efeito de controle constitucionalidade, mediante o confronto com a norma superior, que, dentro da hierarquia do sistema, lhe confira fundamento de validade.

---

<sup>247</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 343-344.

Contudo, como observa Tácio Lacerda Gama<sup>248</sup>, essa relação de pertinência pode apresentar variações em conformidade com o ponto de vista do intérprete ou do sistema de referência adotado. O autor identifica com esmero o ponto de vista daqueles a que chama de participantes do sistema, a quem é dado o poder de decisão e de provocar mudanças efetivas pela aplicação do Direito, tais como os Magistrados, membros do Poder Legislativo e Executivo que detenham competência para a emissão de normas prescritivas, assim como o ponto de vista dos observadores, os quais descrevem o Direito, sem, contudo, provocar interferências no mundo jurídico a partir das opiniões externadas. São exemplos de observadores os cidadãos que interpretam o ordenamento para fins de conhecê-lo e seguir as suas regras, bem como os estudiosos do Direito, cujas convicções não têm o condão de alterar o sistema, por mais persuasivos que sejam esses estudiosos.

Os distintos pontos de vista trazem à tona a velha e sempre atual discussão sobre a diferença entre validade e existência. Para os participantes do sistema, validade equivale a existência, pois não há se falar em valer sem existir. Uma norma só é jurídica se pertencente ao sistema. O pertencer ao sistema, portanto, já garante à norma o *status* de presumidamente válida. Já para os observadores, observa o citado autor que a distinção feita entre validade e existência da norma é inconsistente, pois o juízo de validade é necessariamente prescritivo, ou seja, a opinião da dogmática acerca da invalidade de determinada norma, que seria considerada somente existente porque não introduzida no sistema segundo as regras por ele determinadas e/ou por agente incompetente, em nada o modifica, pois a norma continua pertencendo ao sistema.

Ou seja, mesmo tendo sido introduzida por agente incompetente ou em desrespeito ao procedimento legal, só será rompido o vínculo de pertinência da norma com o sistema, com o efeito de rechaçar a sua validade, quando expedido enunciado prescritivo para esse fim por um participante do sistema.

Outra não é a lição de Lourival Vilanova<sup>249</sup>:

[...] o processo de geração de normas é sempre este: norma geratriz incidindo na subjetividade de um ato, cujo sentido objetivo (em virtude de norma incidente) é outra norma válida. Se ocorrer defeituosidade no percurso procedimental, a norma gerada não nasce nula, na espécie do

---

<sup>248</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 308.

<sup>249</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 307-308.

inexistente. É anulável, o que requer outro procedimento, normativamente estruturado, para desconstituir a norma impugnável.

E continua: "substancialmente o mesmo ocorre com a norma inconstitucional que violar o processo de produção de normas. A norma inconstitucional é inválida, enquanto não desconstituída pelo órgão de competência para tal".

Validade, portanto, corresponde ao existir jurídico. Uma norma só será jurídica se pertencente ao sistema jurídico, e essa pertinência somente será afastada se, quando ab-rogada, a norma cumprir o tempo de sua possível aplicação. Sobre este ponto, falaremos mais adiante, no item 3.6 e seguintes. Antes, falemos da invalidade normativa.

### 3.1.1 Invalidade

Afirmamos que a validade de uma norma decorre da sua relação de pertinência com o sistema, que decorre, por sua vez, do fato de nele ter sido posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante o procedimento estabelecido para esse fim<sup>250</sup>, ou seja, em conformidade com a regra de competência.

Exercida a atividade de criação de normas em conformidade com a norma de competência, terá o agente emissor, credenciado pelo sistema, desenvolvido atividade lícita; por outro lado, indo de encontro aos pressupostos normativos da competência, a atividade criadora de normas será tida como um ato ilícito<sup>251</sup>. Nesse sentido é a lição de Tácio Lacerda Gama<sup>252</sup>:

Se criar normas pode ser entendido como uma ação juridicamente regulada, é possível, também, que essa ação seja considerada lícita ou ilícita, conforme tenha sido praticada segundo a norma que prescreve a licitude – norma de competência – ou segundo aquela que estabelece os efeitos da ilicitude – norma sancionatória de competência.

Neste aspecto, a validade está para a constitucionalidade, que está para a licitude, assim como a invalidade está para a inconstitucionalidade, que está para a ilicitude.

<sup>250</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79-80.

<sup>251</sup> Código binário operacional próprio do Direito: lícito/ilícito.

<sup>252</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 341.

Portanto, a relação de pertinência de uma norma com o sistema lhe assegura o *status* de presumidamente válida. Apurada a ilicitude de seu ato introdutor a partir da verificação de inobservância dos pressupostos da norma de competência, será reconhecida a sua invalidade por meio da norma sancionatória da norma de competência. A sanção pelo exercício ilícito da competência é a nulidade da norma<sup>253</sup>.

Disso se conclui que a invalidade assim como a validade normativa são juízos construídos a partir do sistema e, para os fins perseguidos no presente trabalho, informam a conclusão, no sentido de que o reconhecimento da inconstitucionalidade decorre da aplicação de uma sanção pela prática de um ato ilícito, consubstanciado no descumprimento da norma de competência.

Em resumo, podemos fazer as seguintes relações:

Válida	Inválida
Lícito	Ilícito
Constitucional	Inconstitucional

Efetivamente, o sistema jurídico prescreve tanto os efeitos da validade quanto os da invalidade. O que está fora do sistema é o juridicamente irrelevante, o inexistente, e não o inválido<sup>254</sup>. Portanto, reafirmamos a premissa de que uma norma que contrarie a Constituição, seja por vício formal ou material, não é considerada inexistente<sup>255</sup>. Ela ingressou no sistema e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva. Uma vez reconhecida a sua invalidade por força da incidência da norma sancionatória, seus efeitos poderão ensejar a suspensão de sua vigência ou somente de sua eficácia<sup>256</sup>, e ainda a projeção da não aplicação das normas inferiores ilegítimas<sup>257</sup>. Sobre este ponto, voltaremos a falar mais adiante, ao tratar especificamente dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma, assim como dos efeitos que decorrem da decisão que modula os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

<sup>253</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 341.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>254</sup> Código binário operacional

<sup>255</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

<sup>256</sup> Que poderá ser parcial, a depender dos pontos em que a invalidade for conflitante com a norma de competência.

<sup>257</sup> GAMA, op. cit., p. 345.

### 3.2 Vigência

A vigência consiste na aptidão da norma jurídica de produzir os efeitos que lhe são próprios. Tácio Lacerda Gama<sup>258</sup> divide-os em quatro dimensões: (i) subjetiva, relativa aos sujeitos que têm o seu comportamento regulado pela norma; (ii) espacial, referente ao local onde a norma produzirá seus efeitos; (iii) temporal, que delimita o início e o fim da vigência da norma no tempo; e (iv) material, em sentido estrito, consubstanciada no comportamento disciplinado pela norma.

Uma norma válida, pertencente ao sistema, em regra adquire vigência após 45 dias da publicação oficial de seu texto normativo, salvo se indicado outro prazo em seu veículo introdutor ou se, em respeito aos princípios da anterioridade e anterioridade nonagesimal, outra *vacatio legis* lhe for exigida para passar a produzir efeitos.

Uma vez vigente, a norma só perde essa aptidão por ato de revogação ou de suspensão decorrentes de decisão que tenha declarado a sua inconstitucionalidade. Pelo processo de controle difuso de constitucionalidade, certamente a norma perderá sua vigência para o caso particular tratado, não podendo mais ser imposta às partes envolvidas naquela situação *sub judice*. Já no controle de constitucionalidade concentrado, a decisão retirará o seu vigor, podendo ou não retirar a sua validade<sup>259</sup>.

### 3.3 Eficácia

Paulo de Barros Carvalho<sup>260</sup> leciona que a eficácia de uma norma jurídica pode ser estudada sob três ângulos: (i) *eficácia jurídica*, consubstanciada na propriedade de que está investido o fato jurídico (formado a partir da incidência da norma) de provocar a irradiação dos efeitos que lhe são próprios; (ii) *eficácia técnica*,

---

<sup>258</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 316.

<sup>259</sup> Esse desdobramento dos efeitos da sanção da inconstitucionalidade será visto mais detidamente adiante. Ainda em relação à perda de vigência, cumpre acrescentar a lição de Robson Mais Lins, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado pode impedir que a norma adquira vigência, se esta ainda se encontrar no período da *vacatio legis* (LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 84).

<sup>260</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 82-83.

relativa à condição ostentada pela norma jurídica para irradiar seus efeitos, porque já removidos os obstáculos de ordem material, como a falta de regra superior que pudesse lhe dar fundamento de validade ou a existência de regra inibidora de sua incidência, por exemplo, e que pudessem impedir tal propagação de efeitos; e (iii) *eficácia social*, que diz respeito aos padrões de acatamento com que uma comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada.

Dentre todos os ângulos, à eficácia técnica pode-se atribuir a condição de efeito típico da norma jurídica. Uma norma eficaz tecnicamente está apta a regular as situações nela indicadas. Incidindo, a norma propicia que o fato juridicizado (transformado em fato jurídico) gere efeitos reconhecidos pelo Direito (eficácia jurídica).

Já o reconhecimento da invalidade de uma norma provoca a perquirição quanto à eficácia técnica que lhe restará, pois serão analisados os seus campos de vigência e de validade. De um lado, e *a priori*, a norma inconstitucional não mais poderá incidir, juridicizar suportes fáticos, transformando-os em fatos jurídicos, que gerariam, por sua vez, efeitos jurídicos (eficácia jurídica). De outro lado, o decreto de inconstitucionalidade é insuficiente para apagar os fatos jurídicos gerados pela norma inconstitucional. A decisão invalidante atinge o plano da norma (eficácia técnica), e não o dos fatos jurídicos<sup>261</sup> (eficácia jurídica).

### **3.4 Validade, vigência e eficácia = norma presumidamente constitucional**

Diante dos conceitos fundante adotados, uma norma constitucional é aquela introduzida no sistema segundo os procedimentos previstos na norma de competência. A observância destes pressupostos garantirá à norma o *status* de presumidamente válida. Nesse passo, a norma válida adquirirá vigência tão logo findo o período determinado para a sua *vacatio legis* e, uma vez vigente, concomitantemente adquirirá eficácia para juridicizar os fatos que ocorrerem no mundo fenomênico, tornando-os por meio da linguagem (aplicação do Direito) fatos jurídicos plenos para irradiar os efeitos que lhe forem próprios.

---

<sup>261</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.

A sequência cronológica, portanto, é essa: validade → vigência → eficácia, sendo que estas duas últimas nascem para o mundo jurídico simultaneamente.

Já ao reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, contudo, não se pode conferir um esquema passo a passo tão linear, pois estão envolvidos dois planos: o plano da norma e o plano dos fatos jurídicos, cujos efeitos implicam na perquirição de aspectos casuísticos que não permitem o esboço de um conceito padrão acerca da sequência cronológica das perdas de relação de pertinência, de vigência e ou eficácia que a norma decretada inconstitucional sofrerá em relação ao sistema.

Referidas perdas serão dosadas na aplicação da sanção, que embasará o reconhecimento de sua invalidade, como se passa a demonstrar pelo estudo da norma inconstitucional.

### **3.5 A norma inconstitucional: natureza jurídica e efeitos**

A inconstitucionalidade constitui um vício aferido no plano de validade da norma, decorrente da sua introdução no sistema, operada por agente não credenciado ou pela inobservância dos demais procedimentos previstos na norma de competência.

Partindo dessa premissa, constituirão objeto de análise pelo Poder Judiciário os atos normativos e omissões do Poder Público (no inadimplemento do dever de legislar) que importarem violação à Constituição, pois os comportamentos privados ingressam na seara da legalidade.

Com efeito, o mecanismo de controle exercido via controle concentrado, ou por meio do controle difuso, objetivará alcançar quem detém o poder de elaborar normas; pois, como a Constituição é dotada de supremacia formal e material em relação às demais normas jurídicas, ela constitui limite à atividade dos órgãos com competência normativa e, por essa razão, legitima a fiscalização da elaboração e introdução de novas normas<sup>262</sup> no sistema. Neste aspecto, o controle de constitucionalidade culmina funcionar como um controle também do poder político<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

<sup>263</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 26.

Pelo controle de constitucionalidade, então, visa-se a eliminar no plano normativo a antinomia existente entre determinada lei infraconstitucional e a Constituição Federal. No sistema brasileiro, este provimento judicial tanto poderá ser veiculado por uma norma individual e concreta emitida em controle difuso pelo juiz de primeiro grau, pelo Tribunal de segunda instância, como pelo Supremo Tribunal Federal (instância definitiva), como, ainda, por meio do controle concentrado, nos autos de uma ação direta de inconstitucionalidade, hipótese em que a decisão terá natureza de norma geral e concreta.

Seja qual for o veículo, tratar-se-á de uma norma secundária<sup>264</sup>, decorrente do exercício da coercitividade própria do Direito. Por meio do exercício de ação, o titular do direito subjetivo pleiteará a aplicação de penalidade pelo descumprimento do direito violado, e o Estado-juiz promoverá a providência processual-punitiva consistente no objeto do dever a ser cumprido pelo sujeito infrator, autor do ilícito. *In casu*, a norma relatará em sua hipótese o descumprimento da Constituição Federal, e, no conseqüente, como sanção, a certificação da invalidade da norma reconhecida como inconstitucional<sup>265</sup>: "dado o fato da existência de uma inconstitucionalidade, então deve ser a certificação de invalidade da norma inconstitucional e sua desaplicação ao caso concreto (difuso) ou a sua expulsão do ordenamento (abstrato)"<sup>266</sup>.

O decreto de nulidade, portanto, será a sanção desta norma anulatória.

Nesse sentido, a sanção da invalidade representará uma reação do ordenamento jurídico pelo descumprimento da Constituição Federal. Representará a penalidade a ser imposta ao Poder Público legiferante pela emissão de norma contrária à Carta Magna.

Contudo, como adverte Paulo Roberto Lyrio Pimenta, esta sanção detém uma peculiaridade, qual seja, ela nem sempre atinge diretamente o sujeito que realizou a conduta prevista na hipótese normativa, a qual funciona como pressuposto para a aplicação do ato de restrição do direito. Isto é, a consequência jurídica pela invalidação não incide sobre os representantes do Poder Público que editaram a

---

<sup>264</sup> Cujas características já foram abordadas no Capítulo 1, item 1.2.1.1.

<sup>265</sup> Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50.

<sup>266</sup> A assertiva da expulsão da norma resultante do reconhecimento de sua invalidade no controle concentrado requer ressalvas, as quais serão expostas nos itens relativos aos efeitos da norma invalidante.

norma inválida<sup>267</sup>, mas nem por isso deixa de ser sanção; uma vez que acarreta ao Poder emissor da norma inválida a impossibilidade de dela se valer para atingir o objetivo desejado. Por exemplo: declarada inconstitucional a regra-matriz de determinado tributo, o Poder emissor desta norma não poderá dela se valer para arrecadar o tributo pretendido.

Nesse sentido é a lição de Marcos Bernardes de Mello<sup>268</sup>. O Autor afirma que a sanção consubstanciada na certificação de invalidade de uma norma

[...] aparenta diferenças relativamente às sanções que, de modo positivo, punem diretamente as pessoas, impondo-lhes ônus (como a perda da liberdade) e obrigações reparativas (como as de indenizar), porque a invalidade, em qualquer de seus graus (= nulidade ou anulabilidade), tem efeitos negativos. Mas só aparenta. Em essência não há diferenças. Em qualquer das espécies há punição ao infrator da norma, só que **a invalidade**, se não o alcança em sua pessoa, diretamente, ou em seus bens, **o atinge recusando-lhe possa obter o objetivo colimado com a prática do ato jurídico invalidado**. (grifamos).

Assim, a norma resultante do processo de controle de constitucionalidade, do ponto de vista do conteúdo, prescreve sanção consistente na certificação da invalidade da norma *sub judice*, impedindo que o seu emissor dela possa se valer para juridicizar os fatos que ocorrerem no mundo fenomênico e que poderiam ensejar a sua incidência.

Já, sob a perspectiva dos efeitos, Riccardo Guastini<sup>269</sup>, citado por Lyrio Pimenta, ensina que a decisão de inconstitucionalidade, uma vez proferida em sede de controle abstrato, provoca a expulsão da norma inválida do sistema; se proferida em sede de controle difuso, provoca a retirada de sua eficácia no caso concreto, invalidando-a somente em relação às partes do processo.

Esta é uma perspectiva quanto aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade em relação à qual imprimimos reservas, que serão adiante expostas. Nada obstante, a referida norma também produz efeitos de natureza material, pessoal e espacial. Passemos, então, ao estudo de todos e à contextualização de nossa opinião.

<sup>267</sup> Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50.

<sup>268</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46 apud *ibid.*, loc. cit.

<sup>269</sup> GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 160 apud PIMENTA, loc. cit., p. 51.

### 3.6 Os efeitos resultantes da decisão que declara a invalidade normativa

Como partimos da premissa de que uma vez introduzida no sistema a norma goza do *status* de presumidamente válida, sem ainda adentrar nos detalhes dos efeitos gerados em cada modelo de controle – difuso e concentrado –, entendemos que a norma reconhecida como inconstitucional é norma aplicável e apta a produzir efeitos jurídicos. Explicamos.

A adoção em nosso sistema do princípio da nulidade por herança e tradição, enseja a imposição de efeitos *ex tunc* à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma. Por essa retroatividade, a invalidade alcança, no plano do dever-ser, o tempo de ingresso da norma inválida no ordenamento.

Contudo, como adverte Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>270</sup>, a norma inconstitucional, enquanto presumidamente válida, juridicizou suportes fáticos e os transformou em fatos jurídicos passíveis de gerar efeitos jurídicos. Por outro lado, a decisão que a reconhece inválida não tem o condão de apagar os efeitos dos fatos jurídicos decorrentes da sua aplicação enquanto norma válida. A decisão invalidante atinge apenas o plano da norma<sup>271</sup>, sua eficácia técnica, mas não atinge o plano dos fatos jurídicos (eficácia jurídica).

Tal aspecto implica reconhecer que a declaração de inconstitucionalidade não importará necessariamente em uma pronúncia de nulidade a conferir eficácia retroativa à decisão; especialmente se os efeitos jurídicos dos fatos por ela juridicizados puderem encontrar amparo em outros princípios constitucionais (como o da segurança jurídica, da boa-fé, etc.).

Tal óbice vem sendo investigado até mesmo em sede de controle concentrado de constitucionalidade, porque já há algum tempo, como observa Luís Roberto Barroso, vem se consolidando a ideia de que a interpretação jurídica não é uma atividade que possa ser desenvolvida de modo pleno e satisfatório no plano puramente abstrato, sem ter em conta uma situação concreta e um contexto de

---

<sup>270</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.

<sup>271</sup> Exceto se o Supremo Tribunal Federal conseguir abranger todos os fatos que, com base nela, tenham sido juridicizados.

fato<sup>272</sup>. Por essa razão é que a citada "expulsão" da norma inconstitucional do sistema (perda da validade) vem recebendo temperamentos.

Tácio Lacerda Gama ensina que o âmbito material das normas anulatórias<sup>273</sup>, como é o caso da decisão que reconhece a invalidade de uma norma, consistirá na determinação de que ela não seja mais válida, vigente ou eficaz<sup>274</sup>. Entretanto, é cediço que a validade, a vigência e a eficácia da norma inválida (norma declarada inconstitucional) ficarão na dependência da definição predominante do aspecto da eficácia temporal conferida à norma invalidante (decisão que declara a inconstitucionalidade), sem prejuízo, é claro, de outros aspectos, como o material, o pessoal e o espacial, também serem destacados pela decisão anulatória.

### 3.6.1 A eficácia material da norma invalidante

No âmbito material da eficácia da norma invalidante, dois aspectos devem ser considerados: a eficácia material da norma quanto à espécie de decisão que ela conforma, se declaratória ou constitutiva; e a eficácia material relativa à conduta regradada pela norma inválida.

Quanto à espécie de decisão produzida pela norma anulatória, temos que predomina no controle abstrato uma decisão com eficácia declaratória, pois a certificação da invalidade de uma norma remonta a circunstâncias que antecedem à decisão. Neste aspecto, a decisão confere certeza à existência do estado de inconstitucionalidade. No controle difuso, a inconstitucionalidade consiste em causa de pedir e não em pedido da ação, razão pela qual o pedido de reconhecimento de invalidade da norma configurará causa prejudicial que afetará a conduta ofendida pela inconstitucionalidade, nos limites, inclusive temporais, informados nos autos.

Por outro lado, a norma anulatória também contém eficácia constitutiva da ineficácia da norma inconstitucional (constitutivo-negativa); a decisão de inconstitucionalidade corta, elimina a eficácia da norma inconstitucional<sup>275</sup>. Essa

---

<sup>272</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 216.

<sup>273</sup> Fala-se em anulabilidade porquanto a norma enquanto presumidamente válida gerou efeitos no mundo jurídico, e esses não são atingidos de plano pela decisão de invalidade.

<sup>274</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 111.

<sup>275</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56-57.

eficácia material diz respeito ao comportamento regrado pela norma inválida e que pode ser restrito em parte ou totalmente pela norma invalidante<sup>276</sup>.

Por essa razão, se a regulação de tal conduta obedeceu aos pressupostos da norma de competência, está assegurada a sua validade. Por outro lado, se houver divergência entre a proposição da norma (o seu sentido) e a norma superior que lhe serve de fundamento de validade, naquilo que a norma inferior for conflitante, tal ponto será abarcado pela eficácia da norma invalidante; ou seja, o ponto conflitante terá sua aplicação obstada: se para o futuro ou também para o passado, isto dependerá da eficácia temporal da norma invalidante.

### 3.6.2 A eficácia pessoal da norma invalidante

Este é o aspecto segundo o qual a natureza do veículo introdutor da norma invalidante será determinante para a diferenciação do alcance dos efeitos por ela gerados. No âmbito do processo de controle concentrado, no qual a norma invalidante será dirigida a todos os sujeitos destinatários da norma geral e abstrata reconhecida inválida, a sua eficácia será *erga omnes*. Diferentemente, no âmbito do processo de controle difuso de constitucionalidade, no qual a norma invalidante será dirigida a apenas às partes do processo, dizemos que sua eficácia será *erga singulum*. Contudo, é fato que, se a invalidade for objeto de Resolução publicada pelo Senado Federal, a norma invalidante, além de projetar seus efeitos para as partes do processo, também terá eficácia *erga omnes*; hipótese em que se suspenderá também a vigência da norma inválida.

Vale ainda destacar, quanto à eficácia pessoal das decisões invalidantes proferidas pelo controle difuso de constitucionalidade, uma particularidade que tem se apresentado na prática desde a introdução do instituto da Repercussão Geral dos Recursos no sistema, já pincelada no item 2.2.3. Com a representação dos *leading cases*, o recurso extraordinário deixou de ser privativamente subjetivo para assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva, haja vista que as decisões proferidas pelo STF vêm adquirindo interpretação extensiva, vinculando horizontal<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 111.

<sup>277</sup> A vinculação horizontal ocorre quando o órgão prolator da decisão respeita seus próprios precedentes. É o que ocorre na previsão do § 5º do artigo 543-A do CPC, que autoriza o Supremo Tribunal Federal a indeferir, liminarmente, recursos que não apresentem repercussão conforme

e verticalmente<sup>278</sup>, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante<sup>279</sup>. Nesse passo, não se pode negar também que a orientação da Corte antecipada pelo julgamento do *leading case*, não obstante não detenha eficácia *erga omnes*, acaba por influenciar no julgamento de lides novas ou em curso, que eventualmente apresentem teses opostas à orientação final do Supremo. Com isso, a eficácia pessoal da decisão invalidante proferida em caráter *erga singulum*, acaba indiretamente atingindo sujeitos que não vinculados ao caso líder.

### 3.6.3 A eficácia espacial da norma invalidante

Este aspecto da eficácia diz respeito à abrangência da norma no território de competência do seu órgão emissor.

Segundo a lição de Tácio Lacerda Gama<sup>280</sup>, pode-se falar em redução indevida do âmbito de vigência espacial da norma, quando esta não alcança, de forma isonômica, sujeitos que estão em igualdade de condições, mas situados em lugares diferentes. Nesse caso, a norma invalidante pode revogar o critério discriminatório irregular e ampliar o âmbito de incidência espacial da norma (eficácia parcial dos demais elementos), como também pode declarar a ilegitimidade total do critério espacial, o que comprometerá a própria validade da norma (eficácia total espacial da norma invalidante).

### 3.6.4 A eficácia temporal da norma invalidante

O reconhecimento da invalidade de uma norma pela norma anulatória (sancionatória de competência) não implica necessariamente na expulsão daquela

---

decisão anteriormente proferida com idêntica matéria. Esta eficácia vinculante só ocorrerá em relação às decisões que negarem a presença da repercussão geral.

<sup>278</sup> A vinculação vertical se dá quando uma decisão prolatada por um órgão superior é seguida pelos órgãos inferiores. É o que ocorre no caso do artigo 543-B do CPC, hipótese em que o pronunciamento do Plenário do STF, sobre a repercussão geral de determinada questão, vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a novo exame do Plenário, quando tratar de controvérsia idêntica a já decida pelo Supremo, mesmo que haja ou não enunciado sumulado a respeito. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao prof. Coord. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 998).

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 982.

<sup>280</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 114.

do sistema. Aliás, temos que a imposição da quebra do vínculo de pertinência com o sistema deve ser analisada com cautela, pois, como afirmado acima, entendemos que uma lei "entendida" como inconstitucional, enquanto assim não reconhecida em decisão competente, é norma apta a produzir efeitos jurídicos; nesse contexto é sabido, como já abordado no Capítulo 2, item 2, que o tempo do Direito flui em descompasso com o tempo do mundo factual.

Por meio da decisão invalidante, os efeitos de natureza jurídica serão expurgados do plano jurídico, mas não do plano dos fatos. Os fatos jurídicos nascidos a partir da norma inconstitucional não poderão ser eliminados, pois a retroatividade não opera no plano factual, mas tão somente no plano jurídico-normativo (abstrato). O Direito não tem a aptidão de fazer voltar o tempo já decorrido, mas também haverá circunstâncias em razão das quais não poderá reconhecer para o mundo jurídico os efeitos de determinados acontecimentos já decorridos<sup>281</sup>.

Na hipótese de tensão alarmante no cenário factual jurídico afetado com a invalidade declarada, a restrição da eficácia temporal da decisão invalidante poderá auxiliar na composição do reequilíbrio do sistema. Neste aspecto, em situações excepcionais, como se verá, a decisão de inconstitucionalidade poderá apresentar eficácia temporal prospectiva (*ex nunc*), assegurando a manutenção dos efeitos dos fatos jurídicos constituídos com base na norma inconstitucional. No entanto, é a eficácia retroativa (*ex tunc*) dos efeitos da decisão invalidante que implica na desconsideração, para o mundo do direito, da eficácia dos fatos jurídicos constituídos com base na norma reconhecida inválida (que retroage até a data de sua publicação), a hipótese padrão dos mecanismos de controle em nosso ordenamento. Começemos, então, por ela.

No modelo de controle difuso, a inconstitucionalidade consiste na causa de pedir, que é prejudicial ao pedido. Por essa razão, reconhecida a invalidade da norma, esta será afastada no caso concreto; terá cortada a sua eficácia sobre a situação fática que envolve os sujeitos da lide, mas continuará válida, vigente e eficaz para aplicação a outros fatos sociais. Os efeitos *ex tunc* da decisão invalidante afetarão tão-somente as partes do processo nos autos do qual foi emitida.

---

<sup>281</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63.

Já no controle abstrato, em sede doutrinária e jurisprudencial, é defendida a eficácia retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade com base no princípio da nulidade. A imposição de efeitos *ex tunc* à norma invalidante tem gerado a suspensão da eficácia e da vigência da norma geral e abstrata na quase totalidade dos casos julgados pelo STF e, em algumas circunstâncias, afetado a própria validade da norma julgada inconstitucional.

Porém, nesse ponto, insta esclarecer que a perda da validade da norma não é instantânea à sua revogação pela norma invalidante, pois como se justificará a validade dos efeitos gerados pelos fatos jurídicos com base nela constituídos e que não podem mais ser alcançados pelo Direito, porque consolidados no tempo (hipótese da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, da prescrição, etc.)? Ou, tendo em vista que a eficácia da norma invalidante somente alcança o plano normativo, e não o plano factual, como serão considerados os fatos jurídicos e seus efeitos não consolidados no tempo, decorrentes da incidência da norma invalidada, se aquela não os atinge diretamente?

Como ponderado acima, o tempo do Direito flui em descompasso com o tempo do mundo fenomênico, e essa circunstância faz com que não haja uma solução padrão para a eficácia temporal dos efeitos da norma invalidante. A eficácia terá de ser vista caso a caso.

A esse respeito, Robson Maia Lins<sup>282</sup>, em sua obra *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária*, é categórico ao afirmar que as normas individuais e concretas produzidas com base na norma geral e abstrata declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado, permanecerão válidas no sistema até que outra norma as retire. Isso implica dizer que, enquanto não retiradas todas as normas individuais e concretas produzidas a partir da incidência da norma geral e abstrata declarada inconstitucional, esta perderá apenas sua vigência e eficácia, mantendo, contudo, a sua validade.

Parece um paradoxo, mas não é: a norma mantém a sua validade (por determinado período) mesmo quando reconhecida a sua invalidade. Isso se dá porque o valer diz respeito à sua relação de pertinência com o sistema, e, uma vez pertencente ao sistema, a norma vigente está apta a produzir efeitos, que, produzidos, não podem ser desconsiderados no reequilíbrio pretendido por meio dos

---

<sup>282</sup> LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 84.

mecanismos de controle da constitucionalidade. Na lição de Paulo de Barros Carvalho<sup>283</sup>, a norma ab-rogada (declarada inválida)

[...] permanecerá válida no sistema até que se cumpra o tempo de sua possível aplicação. Vencido o trato de tempo, pela ocorrência dos fatos extintivos que a legislação prevê, agora sim poderemos falar em desaparecimento da validade. O sistema 'S' não conterà mais a norma 'n'.

Essa é a solução da qual compartilhamos. Reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma, esta terá afetada a sua eficácia técnica e vigência futura (mantendo a sua validade intacta), e, em relação aos fatos passados, a decisão invalidante será fundamento de validade para a anulação dos efeitos gerados com base na norma inconstitucional. Ao findar o tempo em que forem passíveis de regulamentação os fatos ocorridos no intervalo que antecedeu o reconhecimento de sua invalidade (quando todas as normas individuais e concretas tiverem sido extintas diante da falta de fundamento de validade), a norma perderá, enfim, o seu vínculo com o sistema.

Diferentemente ocorre quando a eficácia temporal atribuída à decisão de inconstitucionalidade for prospectiva, ou seja, os efeitos conferidos forem *ex nunc*. Nessa hipótese, a validade, a vigência e a eficácia técnica<sup>284</sup> da norma inconstitucional serão mantidas para o fim de resguardar os efeitos gerados pelos fatos jurídicos com base nela constituídos, ocorridos desde a sua publicação até o momento em que for determinado pela decisão invalidante que a sua vigência deve cessar. Este tema é tratado no ordenamento atual pelo instituto da modulação de efeitos previsto no art. 27 da Lei n° 9.868/99.

Por esse instituto, a eficácia temporal da norma anulatória que prescreve a invalidade de outra norma por ofensa à Constituição Federal pode ser conferida de três formas diferentes: **(i)** eficácia retroativa ou *ex tunc* (os efeitos da norma invalidante retroagirão à data de publicação da norma inválida ou a outro momento situado entre o início da vigência e a norma invalidante); **(ii)** eficácia propriamente prospectiva ou *ex nunc* (os efeitos da norma invalidante suspenderão a vigência da norma inválida a partir da publicação da invalidade no Diário Oficial); e **(iii)** eficácia *pro futuro* (os efeitos abarcarão período posterior à publicação da decisão invalidante).

---

<sup>283</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61.

<sup>284</sup> Que garante o poder de incidência da norma, haja vista que a eficácia jurídica é do fato.

A determinação do tipo de eficácia prospectiva está condicionada à decisão do Plenário do STF pela modulação dos efeitos decorrentes da norma invalidante, que resultará da ponderação entre a aplicação do princípio da nulidade (e, conseqüentemente, a atribuição dos efeitos *ex tunc*) e os efeitos gerados pelos fatos jurídicos constituídos com base na norma declarada inválida, tutelados (ou não) por razões que colocam em risco a segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Numa breve síntese, a análise quanto à modulação de efeitos decorre de um processo de ponderação entre valores positivados pelo legislador constituinte, que prestigiam a finalidade objetivada por normas construídas a partir do Texto Constitucional, as quais denominamos Princípios. A solução deste processo de ponderação será capitaneada pela regra da proporcionalidade em sentido estrito, que ponderará no caso concreto a desvantagem do meio, qual seja, o sacrifício do princípio da nulidade, em relação à vantagem do fim, consistente na proteção de outro princípio, como a segurança jurídica, a boa-fé, entre outros.

Por essa razão, os efeitos temporais da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma deverão ser fixados sempre em vista do caso concreto, e, nesse aspecto, a sua modulação será resultado de um juízo de ponderação exercido pelo intérprete autêntico, que, entre outros óbices, não poderá atuar de maneira desvinculada<sup>285</sup>.

Particularidades como essa serão estudadas no Capítulo 4, seguinte, totalmente dedicado ao estudo feito sobre a figura jurídica da Modulação de Efeitos. Essa foi a razão pela qual propusemos tratar no presente Capítulo sobre a natureza jurídica da norma resultante da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade e seus respectivos efeitos, porque é em seu bojo (no bojo dessa norma anulatória) que a modulação de efeitos poderá ser aplicada. E, como se verá, tal condição de origem será determinante para a compreensão de algumas características desta figura jurídica.

Sendo assim, passemos ao propósito final da análise pretendida neste Capítulo.

---

<sup>285</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65.

### 3.7 A natureza jurídica da norma de modulação de efeitos

Ao falarmos sobre o percurso de construção de sentido e a estrutura lógica e prescritiva da norma jurídica, no item 1.2.1.1, afirmamos que toda a norma primária descreve, em seu antecedente, uma classe de fatos de possível ocorrência e, no seu conseqüente, prescreve deveres e direitos correlatos. Já a norma secundária, decorrente do exercício da coercitividade própria do Direito, descreve, em sua hipótese, o não cumprimento da conduta prevista na norma primária e, no seu conseqüente, estabelece a relação jurídica em que figura o Estado-juiz, o sujeito ativo titular do direito subjetivo de requerer o cumprimento da conduta prevista na norma primária (que o faz por meio do direito de petição) e o infrator da conduta. Por meio do exercício de ação, o titular do direito subjetivo pleiteia a aplicação de penalidade pelo descumprimento do direito violado, e o Estado-juiz, por sua vez, promove a providência processual-punitiva, que consiste no objeto do dever a ser cumprido pelo sujeito infrator, autor do ilícito.

Esta última é a estrutura da norma anulatória (sancionatória de competência), ou invalidante, como também temos nos referido nos últimos itens, nascida do exercício de controle da constitucionalidade. Trata-se de uma norma processual aplicada pelo Estado jurisdição em acolhida a pedido de sujeito ativo legitimado pelo sistema, que reclama o constrangimento efetivo ou potencial decorrente da vigência de norma posta no ordenamento em contrariedade aos limites da Constituição Federal e, por essa razão, requer a aplicação de sanção consistente na certificação da invalidade da norma reclamada.

A inconstitucionalidade, portanto, consiste na reação do sistema à prática do ilícito da competência; sua natureza sancionatória é voltada a coibir a criação das normas feitas em descompasso com a respectiva norma de competência e suspender os efeitos da norma ilicitamente criada<sup>286</sup>. É nesse cenário, nessa estrutura e natureza normativas que a modulação de efeitos será, ou não, aplicada. Isso porque a modulação de efeitos nasce, quando aplicada, no bojo de uma norma invalidante. Não há uma norma modulatória à parte da norma anulatória. Ela é um elemento que agrega o processo de construção da norma invalidante, influenciando

---

<sup>286</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 341.

diretamente na definição da eficácia temporal dessa norma, ou melhor, é um elemento que altera o critério temporal dessa norma<sup>287</sup>.

Fala-se em elemento para dimensionar a sua existência como o resultado do exercício de ponderação entre a norma em processo de inconstitucionalização (que poderá ter afetada a sua vigência pela adoção do princípio da nulidade e eficácia *ex tunc* da norma invalidante) e a norma constitucional que justifica a preservação dos efeitos produzidos pela regra inconstitucional (ou seja, aquela que no caso concreto pode-se traduzir por segurança jurídica ou excepcional interesse social). Finda a ponderação, tendo prevalecido o princípio da nulidade, a decisão invalidante propagará efeitos retroativos para alcançar a data da publicação da norma inválida, com vistas a anular todos os fatos jurídicos com base nela praticados<sup>288</sup>. Por outro lado, definido o resguardo da eficácia da norma declarada inválida, a eficácia temporal da norma invalidante será "programada" para propagar efeitos em momento posterior à publicação da norma inválida e anterior ao decreto de invalidade (eficácia *ex tunc* mitigada); após a sua publicação no Diário Oficial (eficácia *ex nunc*); ou em momento futuro determinado pelo Supremo Tribunal Federal (eficácia *pro futuro*).

Por essa razão, concluímos que a modulação de efeitos não altera a natureza sancionatória da decisão de inconstitucionalidade conformada na estrutura de uma norma anulatória; ela a incorpora, pois pela norma invalidante é incorporada.

Com isso queremos dizer que a modulação de efeitos, enquanto elemento que interfere na determinação do critério temporal da norma invalidante, também se apresenta como uma sanção, pois decorre da certificação da invalidade de uma norma, e atua como um instrumento de redimensionamento dos efeitos desta invalidade. Ao influenciar na definição da eficácia temporal da inconstitucionalidade reconhecida, não obstante essa não seja totalmente retroativa (*ex tunc mitigada*), ainda assim implicará em sanção para o órgão emissor daquela, porquanto este não poderá mais se valer da norma inválida para atingir o objetivo normativo pretendido em sua integralidade.

Nesse sentido, podemos antecipar o ponto que será abordado no próximo Capítulo, no sentido de que a modulação de efeitos, por incorporar a natureza

---

<sup>287</sup> Não falamos do critério temporal de seu veículo introdutor – a norma anulatória; mas do critério temporal da norma (conteúdo) por ele veiculada: essa poder dispor de um comando de data diverso da data de publicação do veículo introdutor.

<sup>288</sup> *Vide* particularidade dos efeitos temporais da norma invalidante descritos no item 3.6.4.

sancionatória dirigida aos órgãos públicos legiferantes, pois decorrente da certificação da invalidade de uma norma posta no sistema em contrariedade aos limites da Constituição, não poderá ser invocada, muito menos deferida, em benefício do Poder Público emissor da norma inválida.

Diante das premissas postas, passamos ao estudo do instituto da modulação de efeitos propriamente dito.

## 4 OS EFEITOS PROSPECTIVOS OU MODULAÇÃO DE EFEITOS

### 4.1 A origem do *prospective overruling*

A figura do *prospective overruling*, definida por Gilmar Ferreira Mendes como "a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação"<sup>289</sup>, surgiu em diversos países e recentemente no Brasil como o meio de dar dinamicidade aos Tribunais Constitucionais no julgamento de questões em que verificada a superação da realidade pela evolução dos conflitos sociais em relação ao precedente vinculante<sup>290</sup>, nas hipóteses em que a mudança de entendimento decorre da desarrazoabilidade ou erronia da solução que vinha sendo adotada ou, ainda, em casos em que a aplicação da nulidade retroativa possa ensejar um caos social, jurídico e econômico potencialmente prejudicial para a sociedade e para o sistema<sup>291</sup>.

No direito americano, derivado do direito Inglês e seguidor da *Common Law*, a doutrina do *stare decisis*, que determina a vinculação da Corte aos precedentes já existentes, visando à edição de uma jurisprudência coerente, coesa e estável, vem sendo flexibilizada, excepcionalmente, pela aplicação do *overruling*<sup>292</sup>. A técnica foi aplicada pela primeira vez pela Suprema Corte Americana em 1965, no caso "Linkletter v. Walker" para mitigar os efeitos de uma reversão de precedentes em matéria penal<sup>293</sup>. Em nome de uma política judiciária, que a partir de então deveria ser vista caso a caso, a Corte afastou a retroatividade da decisão, sob o fundamento de que a Constituição americana não proibia e não exigia o efeito retroativo<sup>294</sup>.

<sup>289</sup> Definição de Gilmar Ferreira Mendes apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 172.

<sup>290</sup> Os precedentes das Cortes Superiores têm força vinculante nos casos em que há identidade de fatos ou de questões de direito.

<sup>291</sup> O caos decorrente da aplicação da nulidade retroativa, tanto em sede de declaração de inconstitucionalidade, como em razão da ruptura de paradigma jurisprudencial, será sentido pelo Judiciário, como receptor de todas as reclamações e emissor de um sem número de decisões objetivando o reequilíbrio do sistema.

<sup>292</sup> E também pela técnica do *distinguishing*, que importa na definição de que as particularidades do caso *sub judice* diferem das particularidades dos precedentes. Daí a aplicação da figura do "*prospective overruling*" para a emissão de uma decisão desvinculada ao *stare decisis*.

<sup>293</sup> Referente à não admissão de provas obtidas por meios ilegais – regra de exclusão, baseada na 4ª Emenda da Constituição dos EUA.

<sup>294</sup> Assim, decidiu a Corte Americana: "Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa

Na Alemanha, desde 1954, a Corte Constitucional denominou a concessão de efeitos restritivos à decisão de inconstitucionalidade de uma lei de "*decisão de apelo*". Por esta, a Corte recomendava ao legislador que determinada lei, sujeita ao decreto de inconstitucionalidade, fosse corrigida nos pontos indicados. Desse modo, a lei questionada seria ainda constitucional, evitando a imediata declaração de sua inconstitucionalidade. Em 1970, a autorização para a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (a lei declarada inconstitucional, mas que não teve sua nulidade decretada, não poderá ser mais aplicada – efeitos *pro futuro*) foi introduzida expressamente na Lei Orgânica da Corte Constitucional.

Em Portugal, em 1982 foi instituída a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no próprio texto da Constitucional, exigindo para sua aplicação prejuízo para a segurança jurídica, ou razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo.

Na Espanha, desde 1989, mesmo sem previsão legal, mas por influência do direito alemão, a Corte Constitucional passou a adotar a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Já na Itália foram adotadas as técnicas da inconstitucionalidade superveniente em sentido amplo ou diferida (com efeitos *pro futuro*) e da constitucionalidade provisória (que guarda semelhança com a variante alemã do apelo ao legislador)<sup>295</sup>.

No Brasil, até o advento da Lei n° 9.868/99, não havia no ordenamento jurídico autorização expressa para a atribuição de efeitos que não o *ex tunc* às decisões que decretassem a inconstitucionalidade de uma norma, embora o Supremo Tribunal Federal tenha relativizado o princípio da nulidade absoluta em alguns casos, como abordado no Capítulo 3, em nome de outros princípios como a segurança jurídica, a boa-fé, etc. Pela Lei n° 9.868/99 foi outorgada competência ao Supremo Tribunal Federal para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou estabelecer que tais efeitos somente tenham eficácia após

---

abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de 'depreciar' a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que 'na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência.' (UNITED STATES REPORTS apud MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 438).

<sup>295</sup> OLIVEIRA, Aline Lima de. *A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/feitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

o seu trânsito em julgado ou, ainda, em outro momento considerado oportuno pela Corte, se constatada que a retroatividade da declaração poderia colocar em risco a segurança jurídica ou algum excepcional interesse social.

Com exceção da Alemanha, Portugal e do Brasil, que positivaram em seus ordenamentos a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos demais países que primaram por mitigar os efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade, o *overruling* nasceu na prática das Cortes Constitucionais, que passaram a modificar suas antigas posições e a conceder, em casos específicos, eficácia diferenciada às suas decisões.

No Brasil, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, com a edição da Lei n° 9.868/99, os Tribunais puderam deixar de se abster de emitir um *juízo de censura*<sup>296</sup>, que os obrigava, muitas vezes, a declarar a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. Isso porque a restrição da eficácia temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como ensina o jurista português Jorge Miranda,

[...] destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance, e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir das conseqüências demasiado gravosas da declaração, o tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.<sup>297</sup>

No mesmo sentido é a lição de Eduardo García de Enterría, para quem

[...] a alternativa para a prospectividade das decisões não é, portanto, a retroatividade da mesma, mas a abstenção da descoberta de novos critérios de efetividade da Constituição, a estagnação da interpretação, a renúncia dos Tribunais de cumprir sua função capital constitucional, de fazer uma Constituição viva, e lentamente adaptá-la às novas condições sociais<sup>298</sup>.

<sup>296</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDC), n.19, jul./ago./set. 2009. p. 8. Disponível em: <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/controlodeconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

<sup>297</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 500-502.

<sup>298</sup> Tradução livre. Texto original: "[...] la alternativa a la prospectividad de las Sentencias no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitución, la de adaptar paulatinamente esta a las nuevas condiciones sociales". (apud CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos face das Leis números 9.868 2 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 53).

E mais, em nosso entendimento, a figura do *prospective overruling* ou modulação de efeitos veio ao encontro da limitação enfrentada pelos Tribunais relativamente à adequação jurídica, econômica<sup>299</sup> e social do Direito do tempo em relação ao Direito no tempo.

#### 4.2 A lei n° 9.868/99: críticas e aplicação positiva

Produto do PL n° 2.960/97 (Câmara dos Deputados) e do PLV n° 10/99 (Senado Federal), a Lei n° 9.868/99, particularmente em relação à norma do art. 27, foi alvo de muitas contestações e pedidos de supressão apresentados por parlamentares nacionais<sup>300</sup>. Contudo, ao final o projeto foi convertido em lei com a sua redação original, mas a constitucionalidade do art. 27, entre outros dispositivos da Lei n° 9.868/99 voltaram a ser questionados no âmbito judicial por meio das ADINs 2154 e 2.258, propostas pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente. Desde a sua propositura, as ações aguardam julgamento.

Por essa razão, fiel às premissas adotadas, tratamos o tema a partir da concepção de que o elemento da modulação de efeitos decorre de norma válida, vigente e eficaz no ordenamento brasileiro, deixando de lado eventuais nuances de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n° 9.868/99, porque o que nos interessa é colaborar para a construção do sentido da norma que receberá a eficácia temporal modulada; e, enquanto as referidas ADIns não forem julgadas, será a aplicação do sentido legítimo, pensamos nós, que importará para os operadores e participantes do sistema.

Esclarecido esse ponto, vislumbramos, diferentemente das irresignações manifestadas no processo legiferante da Lei n° 9.868/99, uma expectativa positiva na Dogmática pela introdução dessa figura de restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes, Ada Pellegrini Grinover, Luís Roberto

---

<sup>299</sup> Nos aspectos absorvidos/juridicizados pelo Direito.

<sup>300</sup> O relatório emitido pela Comissão de Constituição e Justiça sobre o PL 2.960/97 tramitado na Câmara dos Deputados, registra vários votos contrários à manutenção do art. 27 no texto final que veio a se tornar a Lei n. 9.868/99, tais como: a norma trará a "[...] criação de situações desiguais, pois uma lei inválida será aplicada em certo período como se válida fosse (voto do Deputado Jarbas Lima); a norma trás "[...] preceito de insegurança jurídica. Reduz-se sensivelmente à supremacia da Constituição, que passa a ser substituída pela supremacia dos Ministros do STF." (voto do Deputado Aldo Arantes).

Barroso, Caio Tácito, entre outros, integraram a Comissão de Juristas que laborou na elaboração de propostas de reforma das leis que dispunham sobre a ADIN e a ADECON, entre outros temas. Parte das razões pela inserção do instituto da modulação de efeitos pode ser vista na Exposição de Motivos n° 189 do Projeto-Lei n° 2.960/97, de 07.04.1997:

Coerente com a 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 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 que 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 ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade, **possa dar ensejo ao surgimento em uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional** [...]. (grifamos).

Na nossa opinião, a inovação legislativa promoveu o estado ideal de cognoscibilidade do Direito<sup>301</sup>, vertente da segurança jurídica realizado na positivação do art. 27 da Lei n° 9.868/99.

O Direito como um objeto cultural sofre a dinâmica impiedosa da evolução dos conflitos sociais. O número de relações e negócios jurídicos que hoje são celebrados e demandam por uma solução judicial – seja por falta de clareza da lei ou por alguma lacuna – é diametralmente oposto (e muito inferior) ao número das lides absorvidas pelo Poder Judiciário num tempo razoável para a sua solução. É nesse cenário que a irreversibilidade muitas vezes passa a ser a regra<sup>302</sup>; mas

<sup>301</sup> Entendido no sentido do comportamento que previu normativamente a restrição de efeitos que pode ser atribuída a uma decisão que julgar a inconstitucionalidade de determinada norma, afastando, com isso, eventual dúvida acerca da possibilidade desta restrição ser objeto de construção pretoriana, questionada quanto à sua legitimidade.

<sup>302</sup> "Não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegalidade cuja correção, todavia, acarreta dano fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa a ter como resultado o da manutenção de uma situação ilegítima." (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 40-50 apud ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Constituição e*

também é nele que "a fixação dos efeitos de inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar"<sup>303</sup>.

Caminhando nesse sentido é que, nada obstante a pendência de julgamento das ADIns pela inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n° 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal tem se valido da fórmula posta pelo legislador ordinário em vários de seus julgamentos (*vide* Anexo I) como fundamento para a limitação da eficácia retroativa das decisões em que reconhecida a inconstitucionalidade de alguma norma.

Passemos agora então a ela, à figura da modulação de efeitos tal como disciplinada no art. 27 da Lei n° 9.868/99.

#### **4.2.1 Requisitos para a modulação de efeitos**

No item 3.7, afirmamos que a modulação de efeitos nasce, quando aplicada, no bojo de uma norma invalidante, que não há uma norma modulatória à parte da norma anulatória, que a modulação de efeitos perfaz um elemento que se agrega ao processo de construção da norma invalidante, influenciando diretamente na definição da eficácia temporal desta última.

E também afirmamos que nos valem da expressão *elemento*, para simbolizar a sua existência como o resultado de um exercício de ponderação entre a norma em processo de inconstitucionalização (que poderá ter afetada a sua vigência pela adoção do princípio da nulidade e eficácia *ex tunc* da norma invalidante) e a norma constitucional que justifica a preservação dos efeitos produzidos pela norma inválida (qual seja, a que no caso concreto se traduzir por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social).

Como se depreende do disposto no art. 27 da Lei n° 9.868/99, o exercício de ponderação a que fizemos alusão foi pontualmente detalhado pelo legislador ordinário no que se refere aos pressupostos necessários para que a modulação dele resultante possa ditar os efeitos da norma invalidante. Trata-se de pressupostos

---

*Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005).

<sup>303</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* t. II, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 500-501.

internos (razões de segurança jurídica e excepcional interesse social) ao processo de ponderação e externos (quórum qualificado e tipos de efeitos). Vejamos agora, com mais vagar, cada um deles.

O art. 27 da Lei n° 9.868/99 dispõe:

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.

Cortando a norma para fins do nosso estudo, teremos os seguintes itens a abordar: controle concentrado de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo + 2/3 dos votos dos membros do Plenário + risco para a segurança jurídica ou para excepcional interesse social = faculdade para a (i) restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou (ii) atribuição de eficácia da declaração a partir do seu trânsito em julgado, ou (iii) em outro momento posterior fixado pela Corte.

Antes de passar ao estudo propriamente dito de cada um dos pressupostos da modulação de efeitos, cumpre observar que o legislador não disciplinou específica e/ou restritivamente o momento em que a modulação de efeitos pode ser requerida, tampouco por quem ela pode ser requerida. Tal lacuna, parece-nos, vem sendo preenchida com lastro indireto nas máximas que fundamentam a ambição de exclusividade do sistema normativo em regulamentar as condutas intersubjetivas, quais sejam, "tudo o que não estiver juridicamente proibido, estará juridicamente permitido" (aplicável ao direito privado) e "tudo o que não estiver juridicamente permitido, estará juridicamente proibido"<sup>304</sup>, pois, além do pedido de modulação apresentado pelas partes do processo, têm sido admitidas questões de ordem suscitadas pelos próprios Ministros da Suprema Corte, que, sensíveis à problemática *sub judice*, tem proposto a aplicação dos efeitos prospectivos.

A iniciativa dos doutos guardiões da Constituição Federal nesse sentido, aliás, tem sido constatada com frequência, especialmente nos julgamentos de questões tributárias como as que trataremos mais adiante. Mas, aqui, queremos registrar a

---

<sup>304</sup> Também denominadas de leis ontológicas por Paulo de Barros Carvalho (*Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 249).

iniciativa *ex officio* expressa na ementa do acórdão lavrado nos autos da ADIN 3601, relatado pelo Ministro Dias Toffoli (DJ 12.12.2010):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE "DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL". AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. [...]. (grifamos).

Quanto ao momento oportuno para o pleito da modulação de efeitos, observou-se nas lides nas quais foi analisada e debatida a possibilidade de concessão da prospecção de efeitos, que o pedido e/ou a proposta modulatória foram, em sua maioria, apresentados antes do julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou do Recurso Extraordinário. Contudo, a relevância da segurança jurídica envolvida no caso *sub judice* já foi acolhida como justificativa para o conhecimento de embargos de declaração opostos contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade da lei, mas que não fixou os efeitos da decisão. Na ADIN 2791, o relator Min. Gilmar Mendes, não obstante a parte não tenha requerido a modulação de efeitos no julgamento de mérito, acolheu embargos declaratórios opostos com essa finalidade:

[...] no caso, o sistema de seguridade funcional do Estado do Paraná foi instituído pela Lei estadual 12.398/98, que estava em vigor há mais de 8 anos, e que, nesse íterim, situações jurídicas foram consolidadas, reputou evidente que o princípio da segurança jurídica teria um peso incontestável, capaz de afetar o próprio princípio da nulidade absoluta da lei inconstitucional.

Passemos agora ao estudo dos itens, ou como denominado pelo Ministro Dias Toffoli no julgado retrotranscrito, ao estudo das condições necessárias à modulação de efeitos que proclama a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

#### 4.2.2.1 Controle concentrado de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo

Previsto para a solução de problemas de relação internormativa havidos entre as normas infraconstitucionais e o Texto Constitucional, o mecanismo de controle de constitucionalidade visa ao reequilíbrio do sistema por meio da expedição de decisões de inconstitucionalidade que, ao mesmo tempo em que relatam o descumprimento da norma de competência por determinado agente público (H), impõem-lhe, como sanção ao inadimplemento, a certificação da invalidade da norma por ele introduzida no ordenamento (C) ou a impossibilidade de adoção de determinado sentido na construção da norma, porque somente um definido, naquele momento, conforme a Constituição.

Nesse passo, embora o Supremo Tribunal Federal tenha recebido autorização pela norma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, a absorver a figura da modulação de efeitos na emissão da norma invalidante expedida em sede de controle concentrado, somente em 2002 lançou mão da técnica modulatória de efeitos, e o fez nos autos de um Recurso Extraordinário, o RE nº 197.917<sup>305</sup>.

---

<sup>305</sup> Caso emblemático dos vereadores do município de Mira Estrela, no qual restou julgada a inconstitucionalidade da fixação desproporcional do número de vereadores municipais. Entretanto, "a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente", fato que gerou a opção do Supremo por assegurar a prevalência do interesse público e fixar, "em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade". Confira-se a ementa desse julgado: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da

Nessa oportunidade, a Corte Máxima reconheceu a possibilidade de estender o instituto da modulação de efeitos também ao controle de constitucionalidade realizado de forma difusa. Os motivos foram externados em trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que colocamos a seguir:

[...] a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. O excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social; [e que] essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que nesses casos o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-á ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.<sup>306</sup>

Até a data da elaboração desse item<sup>307</sup>, localizamos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal 12 (doze) decisões moduladas pelo Plenário em controle concentrado de constitucionalidade e 05 (cinco) em controle difuso.

Vale destacar, ainda, que, embora o legislador tenha se referido ao controle de inconstitucionalidade de "lei" ou "ato normativo", a par da literalidade do artigo 27

---

autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido." (grifamos). (RE nº 197.917-8/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 07.05.2004).

<sup>306</sup> Trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes (ibid.).

<sup>307</sup> São Paulo, 17 fev. 2012.

da Lei n° 9.868/99, nessa expressão, como leciona Fábio Martins de Andrade<sup>308</sup>, também estão compreendidos os seguintes instrumentos legais: emenda à Constituição (arts. 59, I e 60); lei complementar (arts. 59, II e 69); lei ordinária (arts. 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). De igual modo, nada obstante não tenham sido relacionados pelo legislador, é cediço que também são passíveis de controle abstrato de constitucionalidade 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 e que tenham adquirido caráter normativo), os decretos autônomos e as resoluções dos tribunais que concedem aumento remuneratório.

Outro aspecto a destacar é que a inconstitucionalidade reclamada deverá ser verificada de forma frontal e direta ao Texto Constitucional, não sendo admitidas reclamações no sentido de ofensa reflexa ou indireta (quando a inconstitucionalidade decorre do confronto da Constituição Federal com uma norma interposta) para fins desse controle modulado<sup>309</sup>.

Por fim, relativamente ao conteúdo da norma e à forma do modelo de controle a ser exercido para a restrição dos efeitos temporais de uma decisão pelo instituto da modulação de efeitos, cumpre falarmos sobre a hipótese de modulação dos efeitos de decisão que introduz nova orientação jurisprudencial, que altera outra já posta no ordenamento e que com ela diverge diametralmente. Tal hipótese não está positivada e ainda não foi objeto de aplicação efetiva pelo Supremo Tribunal Federal, embora, segundo Misabel Derzi<sup>310</sup>, a Corte Suprema já tenha deixado clara a possibilidade de modular os efeitos das decisões modificativas de jurisprudência quando do julgamento do RE 370.682-9/SC, por meio do qual foi revisto o entendimento quanto ao direito ao crédito de IPI decorrente da aquisição de matérias-primas com entrada isenta; apesar de neste não ter modulado a eficácia temporal.

---

<sup>308</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: o Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 266-267.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>310</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 520.

Contudo, a modulação dos efeitos nestas hipóteses de ruptura abrupta de paradigmas jurisprudenciais tem sido debatida no julgamento de muitos casos pelo Supremo Tribunal Federal, entre os quais estão as lides tributárias que comentaremos no Capítulo 5.

Por essa razão, abriremos um parêntese, agora, para explorar alguns aspectos dessa hipótese fática – ruptura abrupta de paradigmas jurisprudenciais – não prevista pelo legislador, mas que já foi muito debatida pelos Ministros da Corte Máxima como sendo passível de receber a modulação de efeitos. Na sequência, retomaremos a apresentação dos denominados pressupostos nucleares da modulação de efeitos previstos no artigo 27 da Lei n° 9.868/99.

#### **4.2.2.1.1 Ruptura de Paradigma Jurisprudencial**

Ao falarmos sobre os critérios perquiridos para a qualificação de uma lei como válida (ou não), ressaltamos as diferenças relativas aos pontos de vista manifestados pelos observadores do sistema e pelos seus participantes, bem como os respectivos efeitos decorrentes da interpretação empreendida por ambos. A conclusão apresentada vai ao encontro da lição de Kelsen acerca do que o autor denominou de interpretação autêntica e não autêntica, classificação que bem sinaliza um dos "dramas" enfrentados pelo jurisdicionados no Brasil.

Para o autor austríaco, se o indivíduo quiser observar uma norma que entende regular a sua conduta para fins de cumprir um dever jurídico, e com isso afastar a prática da conduta oposta, regulada por norma que preveja a aplicação de uma sanção, poderá se deparar com uma porção de enunciados que muito provavelmente apresentarão algum índice de vaguidade e/ou ambiguidade, por exemplo (porque outros óbices podem ser constatados), e terá então de realizar uma escolha entre as diferentes possibilidades. Contudo, ressalta o autor que essa escolha não será autêntica; ela não será vinculante para o órgão ao qual compete aplicar a norma, que poderá impor ao indivíduo a sanção que ele quis evitar<sup>311</sup> em razão da escolha "incorreta" do modo de cumprir a conduta pretendida.

---

<sup>311</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 395.

Diante desse cenário, lembramo-nos da lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>312</sup>, que afirma que "o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da segurança". Ou seja, mesmo que o indivíduo detivesse amplo conhecimento do sistema de direito prescritivo, ainda assim ele seria insuficiente para garantir-lhe segurança, pois essa adviria de uma condição que não foi outorgada à sua interpretação, qual seja, a autenticidade, inerente apenas à interpretação realizada pelos membros do Poder Judiciário.

Em um estudo sobre as diferenças entre o sistema da *common law* e da *civil law*, este último implementado no Brasil, Luiz Guilherme Marinoni sublinha

[...] que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode — conforme o juiz sorteado para analisar o caso — ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário<sup>313</sup>. (grifamos).

Com esse introito queremos chamar a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo em que a inesgotabilidade do sentido assegura o não engessamento do sistema, enquanto destinado à solução dos conflitos de uma sociedade imersa no curso do dinamismo da passagem do tempo, o sentido normativo somente proverá a segurança necessária à vida social quando timbrado pela autenticidade.

Nos últimos anos, a jurisprudência dos tribunais, particularmente a do Supremo Tribunal Federal, tornou-se elemento fundamental para a estabilidade e a harmonia do sistema jurídico, e paulatinamente vem se observando uma mudança na concepção quanto à importância dos precedentes. Luiz Guilherme Marinoni anota que

[...] atualmente, em virtude do impacto do constitucionalismo, não só há nítida aproximação entre as funções dos juízes de *common law* e *civil law*, como visível proximidade entre os precedentes ditos de criação do direito e os interpretativos. Mais do que tudo, essa proximidade permite evidenciar a

<sup>312</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Podivm, 2010, p. 211-226.

<sup>313</sup> *Ibid.*, loc. cit.

importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro, em que os precedentes têm e terão nítida feição interpretativa<sup>314</sup>. (grifamos).

A atual formatação do sistema brasileiro aponta para uma verticalização da jurisprudência, que revela a opção pela estabilidade resultante da aplicação do precedente, da qual também decorre o respeito à isonomia e à duração razoável do processo. Os artigos 285-A, 475 § 3º, 518 § 1º, 543, 544 § 3º e 4º, 557, todos do Código de Processo Civil, assim como a súmula vinculante prevista no art. 103-A da Constituição Federal, demonstram um movimento de curvatura dos entendimentos singulares e dispersos à jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores. Aliás, nesse sentido, não se pode olvidar que os artigos 102 e 105 da Constituição Federal há tempos já anunciam a preocupação do legislador constituinte com a uniformidade das decisões judiciais, bem como com o efeito que dela decorre e aproveita o sistema.

O respeito aos precedentes está associado a valores essenciais de um Estado de Direito democrático, como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia.<sup>315</sup> Misabel Derzi, em sua obra *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*, ao elencar as funções dos Tribunais Superiores no exercício da atividade jurisdicional, indiretamente também descreve, em nosso entendimento, as benesses que resultam do respeito aos precedentes no exercício do controle da legalidade e da constitucionalidade pelos Tribunais Superiores. São elas:

(i) *estabilizar o sistema*, especificando o fato e a conduta regradados pela norma; (ii) realizar a *segurança jurídica*, instaurando como previsível o conteúdo da coatividade normativa; (iii) promover a *orientação jurisprudencial*, para indicar a referida compreensão aos tribunais judiciários de inferior hierarquia, bem como aos magistrados que viessem a prolatar decisões sobre a matéria, ou seja, estabilizando a jurisprudência segundo a diretriz que os Tribunais Superiores consolidaram; (iv) operar no sentido da *simplificação da atividade processual*, pois, ao julgar de idêntica forma os casos semelhantes, acelera o processo decisório e garante a igualdade na prestação jurisdicional, além de reduzir, sensivelmente, o volume de processos existentes a respeito daquele objeto; e, por fim a (v) *previsibilidade decisória*, porquanto em decorrência da uniformização dos

<sup>314</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Podivm, 2010, p. 255.

<sup>315</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Superior Tribunal Federal. In: PIZOLIO, Reinaldo (Org.). *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

julgados, alimenta a expectativa dos destinatários quanto ao desfecho das causas, tornando previsíveis os resultados<sup>316</sup>.

(i) Estabilidade, (ii) segurança jurídica, (iii) orientação jurisprudencial, (iv) simplificação da atividade processual e (v) previsibilidade decisória = confiança do jurisdicionado.

Sem dúvidas, não se pode ignorar a autoridade da atividade jurisdicional. O precedente, particularmente dos Tribunais Superiores, estabelece o horizonte do sentido do intérprete não autêntico, a partir do qual ele compreenderá de forma objetificante ou desobjetificante o Direito<sup>317</sup>. Para Lênio Streck, "esse horizonte de sentido é uma espécie de teto hermenêutico, isto é, o limite do sentido e o sentido do limite do processo interpretativo"<sup>318</sup>, entendidos como sendo a orientação final de um processo interpretativo, que pode ser alterado por outro processo de interpretação; mas, enquanto mantido, conformará o ponto de vista acerca do que será admitido por lícito, ilícito, obrigatório, proibido e permitido no cenário jurídico normativo.

Contudo, no contexto atual, faz-se necessária uma nova reflexão acerca da segurança efetivamente transmitida pelo intérprete autêntico. As decisões judiciais devem ser capazes de suprir a demanda de estabilidade, de previsibilidade e de confiança dos jurisdicionados; no entanto, temos nos deparado com oscilações da jurisprudência que se apresentava estável, agravadas por análises conduzidas por "juízos pré-formados", que têm dissipado a insegurança e a descredibilidade no Poder Judiciário.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>319</sup> observa que vivemos hoje uma situação de crise. No entanto, pondera que uma crise deveria nos obrigar a voltar às questões mesmas e exigir respostas, novas ou velhas, mas, de qualquer modo, julgamentos diretos. No entanto, quando na crise as soluções são respondidas com juízos pré-formados, isto é, com preconceitos, o resultado pode ser desastroso, pois não se

<sup>316</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. XV.

<sup>317</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 274.

<sup>318</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>319</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Leite Cordeiro dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 17.

terá apenas aguçado a crise, mas se imporá uma privação da experiência da realidade e da oportunidade que ela proporciona à reflexão.

A revisão da orientação jurisprudencial acerca de algumas obrigações e deveres tributários, como o direito ao creditamento do IPI alíquota zero, a apropriação e utilização do crédito-prêmio de IPI, a isenção quanto à COFINS das sociedades uniprofissionais, são exemplos de lides que levaram a comunidade jurídica e os contribuintes brasileiros a momentos críticos, nos quais a reavaliação de conceitos e premissas foi alvo de grande preocupação, de temor pela insegurança, de temor pela perda da confiança naquele que tem de ser o guardião do sistema, do equilíbrio e da unidade do ordenamento.

Lamentavelmente, no nosso entender, a perda da confiança se efetivou, o temor pela insegurança jurídica também virou realidade. E entendemos isso não porque modificada a orientação jurisprudencial já consolidada, porque defendemos o não engessamento do sistema, mas porque rompidos paradigmas de forma abrupta, não tendo sido avaliadas as mazelas decorrentes da ruptura com a profundidade que uma crise demanda, com a isenção de preconceito que o novo, que o incerto requer.

Nada obstante, a perda, de um modo geral, inspira o sentimento de reavaliação, projeta uma obrigação de fazer algo a respeito, seja para compreensão da lição deixada pela perda, seja para o começo de um movimento em prol de uma maior discussão sobre os efeitos que futuros processos, como os gerados pela revisão de uma orientação jurisprudencial, deverão demandar.

Esta é a proposta do nosso trabalho: pela análise da construção do sentido legítimo da norma jurídica, especialmente da norma emitida em controle de constitucionalidade, entendido como o processo de escolha pelo reequilíbrio do sistema e do qual pode resultar uma sanção, identificar, nos cenários que põem em risco a segurança jurídica, entre os quais não se incluem apenas a inconstitucionalidade por vício formal ou material de uma norma, mas também uma mudança de paradigma jurisprudencial – tendo em vista que a interpretação autêntica é a que orienta verdadeiramente e define o *modus* de agir dos jurisdicionados, dada a falta de "autenticidade" de suas escolhas –, critérios que se ajustem e auxiliem na definição dos efeitos sancionatórios, sem prejuízo da proteção às garantias que justificam a existência do Estado Democrático de Direito.

O questionamento e a análise detalhada da aplicação da modulação dos efeitos da eficácia temporal de decisões que não tenham por conteúdo a certificação de invalidade de uma norma, mas sim a definição pelo afastamento de um determinado sentido antes aceito, são absolutamente necessários. Não se pode negar que a avaliação quanto à prospecção de efeitos de uma decisão que rompe um paradigma jurisprudencial vai ao encontro da finalidade objetivada pelo mecanismo de controle, qual seja, por meio da nova orientação, objetiva-se igualmente o reequilíbrio do sistema, a absorção da insegurança gerada no plano normativo das relações individuais. Portanto, não se pode olvidar que essa insegurança é tão significativa quanto à gerada pela invalidade de uma norma de origem legislativa, pois uma norma judicial posta pelas Cortes Máximas não apenas orienta as partes envolvidas na ação que a recebe (no bojo de seus autos), mas dela transcende, como efeito pragmático, a orientação do sentido entendido como correto, o qual instruirá a toda comunidade jurídica e aos contribuintes que estiverem sujeitos à norma apreciada.

Com efeito, a inadmissão da modulação de efeitos da decisão que altera uma orientação jurisprudencial é inadmissível; a aplicação da figura modulatória não pode ser obstada nesta hipótese pela falta de previsão legal. A prospectividade dos efeitos da decisão invalidante já foi estendida para o controle difuso a despeito de previsão legal, por puro "senso jurídico" da Corte Suprema, assim como a relativização dos efeitos *ex tunc* há muito já vem sendo aplicada pelo STF baseada na segurança jurídica e em outros valores que prestigiam fins objetivados pelos princípios constitucionais.

Não se está propondo o desprezo aos termos do enunciado do art. 27 da Lei nº 9.868/99, mas sim proposta de nele identificar uma autorização do legislador (porque a norma é válida, vigente e eficaz), antes inexistente de forma expressa, para que, em situações nas quais se vislumbre risco maior ao sistema, a afetar a segurança jurídica ou excepcional interesse social, os efeitos sancionatórios inerentes à nulidade, destinados a invalidar o veículo introdutor ou o sentido atribuído à norma (que poderá ser retroativo), sejam ponderados.

Também é possível se reconheça a analogia para com a hipótese envolvida no exercício de controle de constitucionalidade, na qual é aplicada a técnica de decisão de interpretação conforme a Constituição e para a qual o *prospective overruling* não é negado, uma vez que a hipótese trata da declaração de

inconstitucionalidade de um determinado sentido em favor de outro. Explicamos. A decisão do STF que altera uma orientação jurisprudencial consolidada, imprimindo um novo sentido para determinada norma em substituição àquele até então admitido, tem origem em um cenário fático e jurídico muitíssimo semelhante ao cenário no qual se aplica a técnica de decisão<sup>320</sup> de interpretação conforme a Constituição. Ambas as decisões nascem de um processo de controle difuso<sup>321</sup> de constitucionalidade, e o seu conteúdo relata a eleição de "uma hipótese de interpretação como constitucional, rechaçando, implicitamente, os demais significados possíveis do texto, sem que ocorra a invalidação do texto ou de qualquer dispositivo legal (enunciado prescritivo) nele inserido"<sup>322</sup>.

Ou seja, se a declaração de inconstitucionalidade exigida como um dos pressupostos da decisão que pode vir a sofrer a alteração de seu critério temporal pela aplicação da figura da modulação de efeitos admite que o enunciado *sub judice* não seja prejudicado em sua validade, mas tão somente não dê ensejo a determinado(s) sentido(s), considerado(s), *a contrario sensu*, inconstitucional(is), é forçoso reconhecer que o objetivo primordial do mecanismo do controle é o de recuperar o equilíbrio do sistema, sendo a certificação da invalidade de uma norma, com a sua posterior expulsão (ou não) do sistema, apenas um de seus efeitos. Com efeito, a decisão que altera uma orientação jurisprudencial também nasce em um processo de controle de constitucionalidade (modelo difuso) e nele reconhece a não conformidade de um sentido, conferido a determinada norma, porque discrepante da interpretação atribuída à Constituição Federal. A norma igualmente não é afetada em sua validade, sofrendo apenas a limitação de sentidos que poderia produzir. Por

---

<sup>320</sup> No exercício do controle de constitucionalidade, a certificação de invalidade de uma norma pode importar na pronúncia de sua nulidade (primeira técnica de decisão) e resultar na sua retirada ou não do sistema (a depender do modelo de controle, se abstrato ou difuso); pode implicar na sua declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (segunda técnica de decisão), consubstanciada na impossibilidade de sua incidência em determinadas situações; e pode declarar, a despeito do pedido de inconstitucionalidade formulado, que determinada interpretação está conforme a Constituição (terceira técnica de decisão). É eleita uma hipótese de interpretação como constitucional, afastando-se implicitamente os demais significados possíveis para o texto *sub judice*, sem que ocorra a invalidação do texto interpretado ou de qualquer dispositivo legal nele inserido.

<sup>321</sup> Segundo Paulo Roberto Lyrio Pimenta, as três técnicas de decisão empregadas no controle abstrato de constitucionalidade poderão ser utilizadas na fiscalização difusa das leis. (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 122).

<sup>322</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

essa decisão, igualmente visa-se à unidade do ordenamento, lesada pelo sentido afastado.

Enfim, o que queremos frisar é que a hipótese de modulação de efeitos de uma norma que altera orientação jurisprudencial dominante não só é totalmente possível, como plenamente necessária quando o sentido afastado tiver motivado a confiança dos contribuintes. O respeito aos precedentes imprime efetividade e credibilidade ao Judiciário e ao próprio Direito, na medida em que confere uma maior previsibilidade aos cidadãos acerca das expectativas que podem criar em relação ao Estado e à efetivação da justiça.

Vale destacar que a preocupação com a instabilidade jurisprudencial não é manifestada apenas pela dogmática. Está em trâmite na Assembleia dos Deputados, em fase de revisão, o projeto do novo Código de Processo Civil, que, além de positivar a hipótese de modulação de efeitos para a alteração de jurisprudência em um de seus dispositivos, é precedido por uma Exposição de Motivos que bem retrata a insegurança jurídica hoje vivenciada. Veja-se um trecho:

[...] haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize<sup>323</sup>.

No artigo 847, IV, do projeto da nova Lei processual, o legislador prescreve expressamente que "a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia", desde que, é claro, que a jurisprudência daquelas Cortes se aquela mantenha razoavelmente estável<sup>324</sup>. E, no seu inciso V, a clareza do mandamento quanto à modulação de

---

<sup>323</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15. ago. 2012.

<sup>324</sup> Ibid.

efeitos nas hipóteses de alteração da jurisprudência dominante não deixa nenhuma dúvida:

Art. 847.

[...]

V - Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver **modulação** dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (grifo original).

Assim, como "a arte imita a vida", o Direito recolhe do mundo fenomênico os fatos sociais que escaparam à previsão legislativa, e sobre os quais a sociedade manifesta anseio por disciplina, e os insere em seu arcabouço normativo. É exatamente o que se terá com a aprovação do projeto do novo Código de Processo Civil. Até lá, a segurança e o atendimento aos anseios da sociedade dependerão da legitimidade do sentido que será conferido pelo Poder Judiciário.

E por falar em sentido legítimo contemplado em norma considerada para fins de orientação de conduta, é preciso estabelecer o que entendemos por esta: circunscrever as características e/ou elementos que atribuem a uma norma o *status* de precedente, de jurisprudência dominante ou de *leading case*, entre outros nomes que poderiam conferir a ela o destaque e a importância que demandam um tratamento diferenciado no que concerne à análise da proteção de seus efeitos na hipótese de sua alteração por outra norma de orientação jurisprudencial.

#### 4.2.2.1.2 A modificação de jurisprudência

Em profícuo estudo sobre a modificação da jurisprudência no direito tributário, Misabel Derzi explica que a norma judicial em relação à qual pode ser analisada a possibilidade de modulação de efeitos, em função de sua alteração por outra norma judicial – o denominado fenômeno da mudança jurisprudencial – será qualquer uma, tomada em caráter definitivo, que tenha respondido a uma questão jurídica geral. Nas palavras da autora:

[...] uma jurisprudência consolidada, fixa ou precedente, firmada pelo Supremo Tribunal Federal ou outro Tribunal Superior será qualquer decisão, tomada em caráter definitivo pelo Plenário (ou órgão equivalente), que tenha dado resposta a uma questão jurídica geral, verdadeira norma

judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se única decisão ou se são repetidas, em série.<sup>325</sup>

Para a respeitável jurista, haverá mudança jurisprudencial quando uma norma judicial obtiver, para a mesma pergunta geral (que se extrai de vários casos similares), uma resposta também geral, contrária à resposta dada por norma que emitiu orientação anterior, e desde que esta tenha sido exarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de outro Tribunal Superior, e conte com o seu trânsito em julgado.

Humberto Ávila, por sua vez, define ocorrido o fenômeno da mudança jurisprudencial quando "uma decisão judicial afasta-se pela primeira vez de uma outra decisão judicial eficaz sobre a mesma questão"<sup>326</sup>. E explicita: "há modificação de jurisprudência quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvam o mesmo fundamento e a mesma situação fática"<sup>327</sup>. Para o autor, a decisão modificada será considerada eficaz se tiver tido seu trânsito em julgado "ou, no mínimo, possa razoavelmente ter produzido efeitos orientadores relativamente àquele que suscita a resistência dos seus efeitos referentemente à decisão modificadora"<sup>328</sup>.

Para o Supremo Tribunal Federal, como se verá mais detalhadamente no Capítulo V deste trabalho, no qual serão explorados pontualmente casos emblemáticos que envolveram questões tributárias e nos quais a aplicação da figura da modulação de efeitos foi analisada (afastada a necessidade de uma declaração de inconstitucionalidade precedente), haverá modificação de jurisprudência quando modificada decisão proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal que a tenha transitado em julgado. Para o guardião da Carta Magna, o contribuinte que se orientou em decisão provisória, ou seja, não transitada em julgado, "agiu por conta e risco, *influenciado* pela jurisprudência anterior, mas ciente de que seu hipotético direito só estaria garantido após o trânsito em julgado da decisão"<sup>329</sup>.

Pois bem. Da análise destas posições, o fenômeno da alteração jurisprudencial teria de apresentar três aspectos distintos para que possa ser passível de eventual modulação de efeitos (que ainda depende da investigação das

<sup>325</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 588.

<sup>326</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 466.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 467.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 467-468.

<sup>329</sup> RE 350.446-1, voto do Ministro César Peluzo, p. 560.

razões de segurança jurídica e/ou do excepcional interesse social): (i) decisão dominante; já (ii) transitada em julgado; e (iii) proferida pelo próprio Tribunal. Passemos a análise de cada um desses.

(i) *Decisão dominante*

Também denominada de precedente, de jurisprudência consolidada ou de *leading case*. Relativamente a esse aspecto, concordamos com Misabel Derzi, que, das posições selecionadas, é a que mais claramente enfatiza a desnecessidade de ser ter mais do que uma decisão para que essa possa ser considerada dominante. O ponto considerado pela jurista diz respeito ao fato de a decisão "sanear" determinada controvérsia considerada de alcance geral. No mesmo sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni: "o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina".<sup>330</sup>

Aliás, é para essa última concepção empregada por Marinoni, no sentido de que a decisão dominante é a que definitivamente delinea uma tese jurídica, deixando-a cristalina, que queremos chamar a atenção. A solução de dúvidas havidas sobre determinada conduta ou sobre determinada interpretação, promovida por decisão do intérprete autêntico, não se restringe apenas às partes envolvidas nos autos em que proferida. É inegável o efeito de direção e de correção do sentido que essa decisão produz. Não é razoável pensar que o contribuinte, a par de uma decisão do Plenário em sentido contrário ao modo como interpreta determina norma, não se deixe "influenciar" por tal sentido. Ele pode não optar por adotá-lo, mas o poder de influência estará presente e é inegável.

(ii) *Decisão dominante transitada em julgado*

Este é o aspecto que consideramos mais delicado, pois a premissa da coisa julgada foi associada à decisão dominante com o intuito de delimitar o momento em que uma decisão passa a ser considerada veículo de orientação a jurisdicionados que não integraram a lide. Nessa sentença, estão envolvidos vários aspectos que abordaremos separadamente, pois se desdobram em questões que, se não exploradas em seu total alcance, culminam por não conformar um critério que efetivamente traduza segurança.

---

<sup>330</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

Hoje temos que a modulação de efeitos de uma decisão que modificou orientação jurisprudencial dominante somente poderá ser pleiteada no bojo de um recurso extraordinário (pois não há se falar em controle abstrato nessa hipótese), no qual a questão de constitucionalidade será considerada prejudicial ao direito objetivado por uma das partes, desde que esse tenha sido considerado relevante e tenha ultrapassado os interesses subjetivos da causa<sup>331</sup>. Nesse passo, em razão do instituto da repercussão geral, alguns poucos casos semelhantes serão julgados, e a decisão tomada influirá definitivamente no destino de milhares de outros casos que versarem sobre as mesmas condições nucleares de direito.

No entendimento de Misabel Derzi e do Supremo Tribunal Federal, assim como em parte do entendimento manifestado por Humberto Ávila, a decisão "modificada" deverá ter transitado em julgado para ser passível de ter seus efeitos mantidos até a data de publicação da decisão "modificadora" (ou outro momento definido pela Corte), pois só a partir deste momento será levantada a "sombra da provisoriedade" que sobre ela tinha sido depositada. Esse critério foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 350.446-1 (IPI alíquota zero), primeiro caso tributário no qual foi questionada a aplicação da modulação de efeitos, e passou a ser replicado nas demais lides em que questionada a aplicação da modulação de efeitos em razão de modificação na jurisprudência.

Dessa premissa extraímos o seguinte cenário: uma questão individual, pois o trânsito em julgado de uma decisão é dependente do movimento processual das partes envolvidas na lide, foi colocada como condição determinante para uma decisão que vai se estender a uma coletividade. Não nos parece, e nos perdoem a ousadia aqueles que concordarem com essa premissa, que a segurança prestigiada, qual seja, a decorrente da coisa julgada da decisão "modificada", seja o critério mais adequado a informar o exercício de ponderação de valores a ser realizado para a definição da modulação de efeitos da decisão que altera a jurisprudência dominante.

Exemplo da inadequação referida se verifica pelo deslinde do *leading case*, em face do qual foi adotada a referida premissa. A decisão tomada no RE nº 350.446/PR, que autorizou o creditamento de IPI pela aquisição de insumos tributados a alíquota zero, foi oposta no julgamento do citado RE nº 363.777, que revisou a posição da Corte, negando ao contribuinte aquele direito de crédito. O

---

<sup>331</sup> Art. 543-A, § 1º do CPC: instituto da Repercussão Geral.

argumento vencedor para a negativa de modulação de efeitos à decisão proferida no RE n° 363.777 (que negou o direito ao crédito de IPI) foi o de que o RE n° 350.446/PR não havia transitado em julgado. A decisão foi proferida em 15.02.2007, na mesma sessão em que foi negado provimento aos Embargos Declaratórios opostos pela União para a reforma da decisão proferida no RE n° 350.446/PR (mantendo o acórdão que conferiu direito de crédito ao contribuinte). Não fosse o bastante, em 23.06.2010 novos embargos da União, opostos nos autos do RE n° 350.446/PR, foram rejeitados pelo Pleno do STF, e em 26.10.2010 a decisão que autorizou o contribuinte a se creditar de IPI decorrente da aquisição de insumos com alíquota zero transitou em julgado, garantindo a ele (individualmente), o total êxito do seu pedido.

Vejam-se os acórdãos proferidos à época:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. Os embargos declaratórios não são meio para chegar-se à revisão de acórdão proferido. Pressupõem haver, no ato impugnado, omissão, contradição ou obscuridade. (RE 350446 ED, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2007, DJ 30-03-2007 PP-00069 EMENT VOL-02270-03 PP-00468).

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - ACÓRDÃO PROFERIDO POR FORÇA DE IDÊNTICO RECURSO - ADEQUAÇÃO. Os segundos embargos de declaração somente são adequados quando o vício haja surgido pela vez primeira no julgamento dos anteriores. (RE **350446** ED-ED, JULG-23-06-2010 UF-PR TURMA-TP MIN-MARCO AURÉLIO N.PÁG-006, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010, EMENT VOL-02412-04 PP-00750).

Ou seja, o acórdão que ensejou a discussão acerca da modulação de efeitos efetivamente transitou em julgado sem ter sofrido reforma em suas razões. Os embargos opostos pela Fazenda não tinham o condão de reformar a decisão, tendo ficado nítido o caráter protelatório. Na mesma sessão em que definido o critério da condicionante coisa julgada para a modulação de efeitos de decisões que alteram orientação jurisprudencial, os primeiros Embargos da Fazenda foram rejeitados, confirmando o direito ao creditamento pelo IPI reconhecido no RE 350.446/PR.

Enfim, por essa breve síntese do primeiro caso emblemático envolvendo questões tributárias nesta temática da modulação de efeitos, queremos demonstrar a ilogicidade do critério eleito pela Corte Suprema: não se pode eleger em nome da segurança jurídica circunstância fática que esteja condicionada à vontade individual de alguns ou que seja suscetível de manipulação. E mais, a segurança jurídica é

matéria de direito posto, isto é, busca no arcabouço normativo a previsibilidade dos atos do Estado, expectada pelo cidadão. Não tendo havido mudança fática tampouco normativa sobre a situação jurídica reapreciada, eventual mudança na definição do sentido pode ser admitida, desde que não se oponha e prejudique a previsibilidade expectada. Essa é o objeto de proteção da segurança jurídica.

A manutenção do critério da coisa julgada para balizar a segurança que se deve garantir por meio do respeito aos precedentes implica no retorno ao método mecanicista já há muito rechaçado pela acolhida dos efeitos da flecha do tempo. Tal critério destoa, inclusive, da própria razão de ser do instituto da modulação de efeitos, introduzido como um meio de temporalizar os efeitos do tempo do fato e preservar a segurança do movimento.

Isso não quer dizer que nenhum critério de estabilização no sistema deva balizar a aplicação da modulação de efeitos na hipótese de alteração da jurisprudência dominante. Em nossa opinião, o próprio decurso do tempo deve ser o mecanismo de estabilização da jurisprudência, da segurança que ela transmite aos jurisdicionados, assim como a garantia de que orientar-se pelas decisões da Corte Máxima é uma escolha que não se faz por conta e risco, mas sim visando à segurança de agir em conformidade com o sentido da conduta definido pelo maior intérprete do sistema. No item relativo à irretroatividade das decisões modificadoras da orientação jurisprudencial, desenvolveremos mais detalhadamente o critério temporal, no qual nos apoiamos para defender a garantia de estabilidade das decisões "modificadas" no sistema.

Não pelas mesmas razões, mas por outras que também apoiamos e que receberão a nossa dedicação com mais ênfase no item sobre a proteção da confiança, Humberto Ávila, não obstante afirme que a decisão modificada será considerada eficaz se tiver tido seu trânsito em julgado (merecendo a proteção de seus efeitos), afirma paralelamente que a decisão modificada enseja a preservação de seus efeitos, se razoavelmente tiver produzido efeitos orientadores relativamente àquele que suscita a resistência dos seus efeitos referentemente à decisão modificadora<sup>332</sup>.

Nesse ponto, o citado autor, com o rigor erudito e lógico que lhe são próprios, direciona-nos para uma premissa que não pode passar em branco: se o que move a

---

<sup>332</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 467-468.

modulação de efeitos são razões que, em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, demandam proteção em relação à nova ordem (à nova decisão), o prisma da investigação e da definição dos critérios que devem balizar a alteração no critério temporal da novel decisão deve se dar a partir dos efeitos concretos gerados pela decisão modificada, e não pela capacidade de esta decisão produzir efeitos (como o critério da coisa julgada). Confira-se a lição do autor:

Ademais, se a questão relativa à proteção da confiança diz respeito à restrição causada pela mudança jurisprudencial nos direitos fundamentais, é preciso analisar não a capacidade de a decisão produzir efeitos, mas os efeitos concretamente produzidos, relativamente ao exercício dos referidos direitos. Daí se poder afirmar que o conceito de mudança de jurisprudencial depende da força normativa da decisão e dos efeitos concretos que, efetiva ou presumidamente, produziu<sup>333</sup>.

Como já posicionado, não entendemos adequado o critério da coisa julgada como condicionante a ensejar a investigação quanto à possibilidade da preservação dos efeitos da decisão dominante. A preservação dos efeitos da decisão modificada deve ser avaliada pela sua estabilidade no tempo, informadora da vedação à retroatividade, assim como pelos efeitos concretos por ela gerados, quando dignos de proteção da confiança, pois, quando se pensa em insegurança (o que por meio da modulação de efeitos se pretende evitar/minimizar), o ponto de partida são os efeitos deixados pela norma inválida ou pela norma modificada (haja vista ela ter produzido efeitos até o momento da decretação de sua invalidade ou da declaração de inconstitucionalidade de determinado sentido que lhe era atribuído); não se pode fazer o raciocínio contrário: condicionar a peculiaridades da norma o direito ao saneamento dos efeitos.

(iii) *Decisão dominante proferida pelo próprio Tribunal*

Em artigo sobre precedentes e a organização judiciária, o Ministro Sidnei Agostinho Beneti ressalta a necessidade de valorização das decisões judiciais e a sua vinculação em prol da estabilidade social. Confira-se:

Um tribunal é um todo orgânico, cujas partes têm de dispor-se no sentido da consecução de um objetivo. No caso do Tribunal, tomado como um todo, o objetivo é a produção de uma jurisprudência o mais possível estável, e não apenas de precedentes isolados para casos individualísticos — ou quase egoísticos — das partes litigantes em cada processo.

---

<sup>333</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 473.

Em época de sociedade de massas, não há mais como imaginar a satisfação jurisdicional apenas em cada caso concreto, e de modo contraditório. A comunicação social, divulgando, em massa, a contradição, destrói a crença no Poder Judiciário e incrementa o surgimento de lides, realimentando-se a si própria. O Brasil precisa de construção de jurisprudência capaz do respeito da sociedade, não mais apenas de produção de precedentes individuais. A melhor organização dos tribunais é imprescindível ao aprimoramento da sociedade brasileira.<sup>334</sup>

Da lição do ilustre Ministro nos inspiramos e defendemos a contrariedade ao terceiro critério que vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos últimos casos em matéria tributária nos quais se analisou (e se negou em um deles, e no outro sequer foi admitida a análise) a aplicação da modulação de efeitos à decisão que modificou a orientação jurisprudencial – já transitada em julgado acerca da isenção da COFINS das sociedades uniprofissionais e ao direito ao crédito-prêmio de IPI – proferida por outro tribunal superior, *in casu*, o Superior Tribunal de Justiça. A premissa adotada para a justificação do critério é de que só há de se falar em alteração de jurisprudência entre decisões proferidas pela mesma Casa de Justiça.

Nossa discordância se apoia nos fundamentos que concebemos ter o instituto da modulação de efeitos, destinado a temporalizar os efeitos do tempo do fato em nome de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, e na concepção que temos quanto ao dever de respeito aos precedentes, especialmente quando emitidos no exercício da competência do controle da legalidade.

Uma vez admitida a modulação de efeitos para a hipótese de modificação da jurisprudência como resultado do exercício de bom senso jurídico, independentemente de previsão expressa na lei, os critérios para a definição do fenômeno a ser modulado devem ser eleitos pelo mesmo princípio: exercício do bom senso jurídico. Não é razoável admitir-se a revisão do mérito de uma orientação pacificada há anos por uma Casa de Justiça, emitida no exercício de competência do controle da legalidade, e entender que essa revisão não caracteriza uma alteração de jurisprudência dominante para os jurisdicionados de todo um País.

---

<sup>334</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX Luiz et al. (Coords.). *Processo e constituição* (estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 apud FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antônio Carrazza e Nelson Nery Junior. São Paulo: Manole, 2009, p. 35-74.

Como defendido linhas atrás, a decisão dominante é a que definitivamente delinea uma tese jurídica, deixando-a cristalina. Como negar essa natureza às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça por mais de 15 anos confirmando o direito ao crédito-prêmio de IPI? Como negar essa natureza à Súmula n° 276 daquela Corte<sup>335</sup>, que pacificou o direito à isenção da COFINS para as sociedades uniprofissionais? Como aceitar que interpretação diversa dada às mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas não seja considerada uma "alteração"?

Na linha da lição do Ministro Beneti, a destruição na crença no Poder Judiciário não decorre tão-somente da contradição promovida pela comunicação em massa, mas também da falta de respeito aos precedentes, mais do que estáveis nos casos comentados, e que, independentemente de sua fonte emissora (o que não lhes retira a força; no nosso entender, confirma-a por ser produto do exercício da competência legal), foram rechaçados por propósitos despropositados do ponto de vista de que a decisão não se destinava a um caso individual, mas a um sem número de casos, a uma coletividade que acreditou na orientação de uma das Casas de Justiça desse país.

Não se pretende fazer aqui um *jus esperiandi* ou defender um "sentimentalismo jurídico", mas propor reflexão sobre assunto que não dispõe de regra expressa a dar início ao seu processo de construção de sentido. Ou seja, os critérios de modificação de jurisprudência têm de ser construídos a partir de ampla e profunda interpretação sistemática, e, ao lado desta, não se pode ignorar o sentimento das pessoas para as quais o Poder Judiciário é dirigido.

A permanência arraigada a antigos dogmas que não mais atendem as necessidades da vida atual, em nome de elucubrações acadêmicas, não asseguram a segurança do movimento. É necessário buscar dentro do panorama constitucional brasileiro os subsídios necessários ao aprimoramento do sistema, especialmente do Poder Judiciário, que em última análise é seu guardião por excelência<sup>336</sup>.

Com isso, fechamos o parêntese aberto acerca da hipótese de modulação de efeitos para decisões que alteram orientação jurisprudencial dominante e retomamos

---

<sup>335</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 276*. "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado". Publicação: DJ 02 jun. 2003.

<sup>336</sup> POLICHUK, Renata. *Segurança jurídica dos atos jurisdicionais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: UFPR, 2011, p. 48.

os pressupostos descritos no art. 27 da Lei n° 9.868/99 para a aplicação deste instituto.

#### 4.2.2.2 Quórum superqualificado

No ordenamento brasileiro, o reconhecimento da invalidade<sup>337</sup> de uma norma pelo controle difuso de inconstitucionalidade pode se dar em qualquer uma das três instâncias do Poder Judiciário. Entretanto, quando a declaração de inconstitucionalidade for objeto de pedido recursal, todos os Tribunais do País – de segunda instância, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, inclusive no exercício do controle de constitucionalidade concentrado – estão sujeitos ao princípio da reserva de plenário disposto no art. 97 da Constituição Federal: "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."

Isso implica dizer que a nenhuma Turma, Seção ou Câmara é dado declarar a inconstitucionalidade de uma norma posta no sistema. Essa decisão somente caberá ao órgão especial ou Plenário das Cortes.

Em razão da recorrente inobservância desse postulado pelos órgãos fracionários, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante de n° 10:

Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF/artigo 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.

O princípio da reserva de plenário também foi incorporado na Lei n° 9.868/99, em seu artigo 23, que foi expresso ao citar o número de Ministros que compõem a maioria (seis) do Plenário exigida para que se confira legitimidade à decisão que reconhecer a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) de uma norma. Tal princípio foi reforçado – maioria absoluta – mesmo diante da definição do quórum

---

<sup>337</sup> No controle difuso, a inconstitucionalidade é causa de pedir e não o pedido. Este será a não incidência da norma alegada inconstitucional sobre o fato, de modo a não constituir nenhuma relação jurídica. Nesse sentido, o efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade no juízo monocrático e nos Tribunais inferiores implicará na não aplicação da norma inconstitucional à relação jurídica *sub judice*. Se reconhecida a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, os efeitos poderão se dar *erga omnes*, quando editada Resolução competente pelo Senado Federal.

mínimo de presença dos Ministros para a sessão em que for reconhecida a inconstitucionalidade da norma questionada (art. 22):

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. (grifamos).

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros. (grifamos).

Por outro lado, a Lei nº 9.868/99, para efeito da concessão de efeitos prospectivos à decisão que decretar a inconstitucionalidade de uma norma, criou um quórum ainda mais rigoroso do que o exigido para o próprio decreto de inconstitucionalidade. A teor do art. 27, a modulação de efeitos somente pode ser aplicada se a maioria de 2/3 (dois terços) dos membros da Corte, ou seja, 08 (oito) dos 11 (onze) Ministros manifestarem-se conclusivamente pela restrição da eficácia temporal da norma declarada inconstitucional.

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.

Sobre a inovação do quórum, citamos a lição de Daniel Sarmento, para quem a "exigência de um quórum qualificado de dois terços para a modificação da eficácia temporal da decisão, também se afigura positiva, na medida em que visa a impedir uma possível banalização das decisões prospectivas no controle de constitucionalidade das leis"<sup>338</sup>.

---

<sup>338</sup> Citado por ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: o Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 309.

#### 4.2.2.3 Razões de segurança jurídica e excepcional interesse social: conceitos indeterminados

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>339</sup>, conceitos indeterminados

[...] são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das conseqüências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma explícita determinação. [...] São conceitos indeterminados, por exemplo, "repouso noturno", "ruído excessivo", "perigo iminente" etc., mas também alguns estritamente jurídicos como "antijuridicidade", "ato administrativo" etc. Os conceitos normativos também pedem do decisor uma co-participação na determinação do seu sentido, porque são indeterminados como os anteriores e, além disso, constituem, de per si valoração de comportamento cujos limites serão especificados na decisão. Assim o são, por exemplo, o conceito de "mulher honesta", "dignidade", "honra" etc.

Na perspectiva do autor, o fenômeno da indeterminação dos conceitos jurídicos coincide com o que se passou a identificar por descodificação, derivada da crise do positivismo e marcada pelo acréscimo de complexidade observado nas relações sociais. E efeito daquela é a coparticipação do aplicador cada vez mais exigida pelo legislador para a determinação do sentido dos conceitos indeterminados, tornando ainda mais amplo o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.

Na mesma linha, Fábio Martins de Andrade<sup>340</sup> leciona que, devido à

[...] superação do uso (quase) exclusivo do método subsuntivo, muito em voga nos tempos áureos da corrente do pensamento positivista, alguns dogmas foram fortemente abalados (e hoje estão ultrapassados), como aqueles da completude e fechamento (ou autossuficiência exclusiva) do sistema jurídico,

contexto no qual, Ana Paula Ávila pondera que o fato de se operar em um sistema aberto que não prevê 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<sup>341</sup>, com vistas a

<sup>339</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 96.

<sup>340</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: o Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 269.

<sup>341</sup> Cf. 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 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76-77.

promover "a adaptação da norma às circunstâncias especiais do caso concreto que, devido à sua particularidade, não contam com previsão específica nas normas gerais"<sup>342</sup>.

Em nosso sentir, é exatamente esta particularidade funcional que alinha de indeterminado o conceito<sup>343</sup> do termo *razões de segurança jurídica*, e na mesma esteira o conceito do termo *excepcional interesse social*, que mais adiante será abordado. A indeterminação confere ao aplicador a coparticipação para a determinação do sentido do termo, que já era ampla do ponto de vista da inescrutabilidade axiomática, e agora é ainda um tanto maior do ponto de vista da discricionariedade, porque autorizada na letra da lei, razão pela qual nos dedicamos nesse trabalho a discorrer sobre a importância da construção do sentido legítimo.

Para começar, dentro de uma generalidade, podemos tratar referidos pressupostos<sup>344</sup> internos da figura da modulação de efeitos – razões de segurança jurídica e excepcional interesse social – como mecanismos introduzidos pelo legislador, para que, uma vez significados, definidos pelo intérprete aplicador, associem-se às circunstâncias especiais do caso concreto não previsto pela legislação. Em outras palavras: diante da inexistência de solução específica prevista no sistema para o caso concreto, as suas circunstâncias fáticas, a depender da ponderação realizada, poderão/serão incorporadas no conceito de *razões de segurança jurídica* e/ou de *excepcional interesse social* que será construído para juridicizar a manutenção dos efeitos gerados pela norma em processo de inconstitucionalização ou pela norma de orientação alterada.

<sup>342</sup> Cf. 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 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76-77.

<sup>343</sup> Referindo-se à importância dos conceitos e à adoção do critério de "essência das coisas" como critério identificador do significado que perfaz o conceito para a teoria clássica dos conceitos, Misabel Derzi leciona que a "relatividade de que se revestiu a teoria clássica dos conceitos, como essência das coisas, não apenas pelo reconhecimento dos conceitos indeterminados, dos tipos, dos princípios, das cláusulas móveis e das cláusulas gerais, mas especialmente pelo advento dos estudos nominalistas do conceito como signo-símbolo-função, é bastante expressiva. O ponto crítico da transformação da noção de conceito foi bem resumido por Quine, quando disse: 'significado é aquilo em que a essência se torna quando se divorcia do objeto de referência e se casa com a palavra.'" (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 575). Nesse sentido, a indeterminação do conceito das expressões razões de segurança jurídica e excepcional interesse social cessará à medida que conformados os aspectos contextuais fáticos e normativos de cada caso concreto, a eles se atribuir a qualidade de uma ou outra condição modulatória. Então se terá casuisticamente o conceito de razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social.

<sup>344</sup> Porque condicionam a modulação de efeitos.

Na análise da aplicação dos efeitos prospectivos, a ordem é a da ponderação entre a norma constitucional em processo de inconstitucionalização/orientação alterada e a norma constitucional que justifica a preservação dos efeitos produzidos pela regra inconstitucional, traduzida no caso concreto como sendo a *razão de segurança jurídica* ou do *excepcional interesse social* a proteger.

Assim, os conceitos de *razões de segurança jurídica* e de *excepcional interesse social* serão informados pelo contexto fático que estiver em jogo, associado ao contexto normativo que lhe fizer frente, construído a partir e dentro dos limites do Texto Constitucional, uma vez que entendemos inexistir liberdade interpretativa fora desses limites para esse processo de valoração<sup>345</sup>.

Desde já se esclarece que esta assertiva não contradiz o axioma da inesgotabilidade do sentido, pois, como aduz Ana Paula Ávila<sup>346</sup>, para a investigação acerca do art. 27 da Lei n° 9.868/99 vão interessar, especialmente, os princípios jurídicos para a formação do conceito de *razões de segurança jurídica* e os conceitos jurídicos indeterminados<sup>347</sup> para a formação do conceito de excepcional interesse social, os quais, sem dúvida nenhuma, terão na Constituição Federal o filtro dos tópicos para a sua discussão. Nas palavras da autora:

[...] assim, todos os possíveis elementos de valoração devem ser examinados pelo prisma da Constituição, a fim de que todo o 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<sup>348</sup>.

<sup>345</sup> Cf. 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 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 86-87.

<sup>346</sup> Cf. *ibid.*, p. 76-77.

<sup>347</sup> "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". (*ibid.*, loc. cit.).

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 86-87.

Com efeito, considerando que no processo de interpretação<sup>349</sup> para a modulação de efeitos, seja em razão da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, seja em razão da mudança de orientação jurisprudencial, uma gama enorme de variáveis poderá levar à afetação de diversas normas, pensamos que a tentativa de relacionar os possíveis elementos legais (princípios, regras, enunciados) que possam conformar o conceito de *razões de segurança* jurídica e de *excepcional interesse social* no intuito de oferecer um melhor substrato para o estudo da matéria importará num esforço contraproducente, pois certamente não se atingirá a totalidade deles.

Sendo assim, nossa proposta é a de trabalhar apenas alguns elementos que julgamos poderão contribuir ao lado do contexto fático questionado para a construção de conceitos possíveis a serem atribuídos às referidas condições modulatórias<sup>350</sup>, especialmente na avaliação da modulação de efeitos das decisões que rompem paradigmas de orientação jurisprudencial, a começar pela influência do primado da segurança jurídica na conformação geral do conceito das *razões de segurança jurídica* e, na sequência, pelo estudo de alguns princípios constitucionais que afetam, em especial, questões da seara tributária, como as que serão tratadas no Capítulo 5.

Cumpramos esclarecer que decidimos não separar os elementos e critérios que serão sugeridos para a construção dos referidos conceitos para ambas as hipóteses passíveis de modulação – declaração de inconstitucionalidade de norma e alteração de orientação jurisprudencial –, porque importaria em duplicá-los quase em sua totalidade, já que todos dirão respeito, em suma, à proibição ou não de retroação dos efeitos da nova norma. Assim, pela contínua apresentação e delimitação da temática. O trabalho será estruturado, objetivando com isso que a apresentação de nossa ideia seja mais claramente colocada.

Em tempo, esclarecemos também que, por meio da indicação de elementos para construção de possíveis conceitos de *razões de segurança jurídica* e de

---

<sup>349</sup> Falamos aqui do processo de interpretação autêntico, realizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

<sup>350</sup> Falamos em possíveis conceitos porque, no processo de construção de sentido, embora limitado no Texto Constitucional, no que se refere aos elementos que podem informar o conceito de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, não se pode negar a condição axiomática da inesgotabilidade do sentido que será produzido a partir da influência dos valores pessoais de cada intérprete.

excepcional *interesse social*, não buscamos chegar a uma definição nominal<sup>351</sup> deles, entendida sob o prisma da previsibilidade mecanicista, pois isso implicaria desconsiderar o *discrímen* dessas figuras normativas criadas para "a adaptação da norma às circunstâncias especiais do caso concreto que, devido à sua particularidade, não contam com previsão específica nas normas gerais"<sup>352</sup>. Buscaremos apresentar elementos legais e possíveis critérios que sejam temporalmente<sup>353</sup> adequados para informar juridicamente os conceitos dos referidos termos, que serão valorados conjuntamente com as condições do contexto fático de cada caso concreto.

#### 4.2.2.3.1 A influência do primado da segurança jurídica na construção de um conceito de *razões de segurança jurídica*

Como visto no item 1.2.1.4.1, a acepção adotada para o princípio de segurança jurídica é a de *previsibilidade juridicizada*<sup>354</sup>, embora não se tenha verificado univocidade entre os conceitos pesquisados, dado o fato de seus autores, já citados, se valerem de diferentes perspectivas ou dimensões – em sentido amplo ou em sentido estrito, objetiva ou subjetiva, estática ou dinâmica – para definir este primado.

Nada obstante, seja qual for o ângulo de análise, há um ponto de contato entre todas: o tempo, que tanto funciona como fato gerador da irreversibilidade fática ou jurídica, quanto como fato gerador da confiança depositada no Direito<sup>355</sup>; o tempo

<sup>351</sup> Numa conotação mecanicista: prevista uma causa que gerará um efeito.

<sup>352</sup> Cf. 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 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76-77.

<sup>353</sup> Com a expressão "*temporalmente adequados*", queremos deixar claro que os elementos normativos não podem ser construídos apartados do contexto, que envolve não somente a concepção do sentido dos termos vigentes na sociedade, como também as circunstâncias fáticas moldadas pela época da prática dos fatos; e ainda, que a interpretação não pode ignorar o fato de que o instituto da modulação de efeitos foi concebido para regular uma situação de desequilíbrio no sistema, gerada pela falta de previsibilidade normativa, que não afasta a aplicação de institutos tradicionais ligados ao controle do tempo, mas impõe, especialmente, que o intérprete seja sensível à questão de que o positivismo há muito é insuficiente para a resolução de todos os problemas do Direito, e de que nesse contexto terá de empreender esforço para juridicizar o caso concreto por meio da normatização dos princípios e regras gerais.

<sup>354</sup> Ou previsibilidade do conteúdo da coatividade normativa, como leciona Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. *Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos*. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 102, 2008, p. 20).

<sup>355</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 385.

que flui e abre portas para o acaso e desconstrói a ideia de previsibilidade e certeza sobre o futuro.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. já afirmara: "o tempo corrói tudo, tem uma inelutável qualidade chamada entrópica: tudo morre"<sup>356</sup>. A entropia referida pelo autor é resultado da flecha do tempo, do movimento de irreversibilidade desse fenômeno físico, socializado pelo calendário para a realidade social e que recebe uma conotação particular pela realidade jurídica. O Direito afeta a temporalização, e o tempo determina a força instituinte do Direito, seu elemento fundante<sup>357</sup>. Neste exercício de temporalização, ou seja, de reconstrução à sua medida de sua cultura, o Direito busca a estabilidade das relações que disciplina por meio de princípios e regras que conformam o princípio da segurança jurídica, mas ainda assim tem de se adaptar ao incerto, sob pena de estagnação. Aí está um de seus maiores problemas atuais: como equilibrar a estabilidade desestabilizada pelo acaso, pela evolução do mundo e do homem, pela mudança de sentido?

Nem por isso a evolução social, assim como as mudanças do mundo jurídico percebidas pela jurisprudência são indesejáveis, tampouco, *a priori*, afrontam os estados ideais destinados a garantir a segurança jurídica. Contudo, como lamenta Luís Roberto Barroso, a velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas, e a obsessão pragmática e funcionalizadora que também contamina a interpretação do Direito não raro encaram pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como miudezas a serem descartadas, para que seja possível avançar (para onde?) mais rapidamente<sup>358</sup>.

A par desse contexto relativo à influência do tempo e a sua repercussão na realidade jurídica, pensamos que, relativamente às hipóteses de questionamento quanto à inconstitucionalidade de uma lei ou de alteração abrupta de uma orientação jurisprudencial vigentes, em face dos quais a segurança de muitas relações jurídicas poderá ser afetada em seus efeitos gerados no passado, a análise quanto à aplicação do instituto da modulação de efeitos poderá contribuir para com o

---

<sup>356</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antônio Carrazza e Nelson Nery Junior. São Paulo: Manole, 2009, p. 7.

<sup>357</sup> VIGNOLI, Eduardo Torres. *A obra O tempo do direito, de François Ost: um diálogo entre o tempo e o direito*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300407.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

<sup>358</sup> BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 141.

restabelecimento do equilíbrio e da ordem, na medida em que não faculta ao intérprete, determina-lhe a ponderação entre a imediata anulação dos efeitos gerados pelas normas questionadas, em vista da superioridade do princípio da supremacia da Constituição, e a sua manutenção por determinado lapso de tempo a ser fixado, em nome da presença de *razões de segurança jurídica*. E ressalte-se que a construção do conceito dessa condição modulatória deverá considerar, efetivamente, os direitos e garantias individuais assegurados pela Carta Magna, ao lado de outras garantias previstas pelo legislador constituinte, afetas ao contexto fático, pois o objetivo desse instituto é o de recobrar a estabilidade no e do sistema.

Portanto, nesse exercício de ponderação, a verificação da promoção dos estados ideais que conformam o princípio da segurança jurídica na realidade jurídica envolvida, analisados pelas dimensões que lhe forem correlatas – estática, dinâmica objetiva ou dinâmica subjetiva –, deverá ser a primeira tarefa a ser realizada pelo intérprete, pois revelará os índices de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade gerados pelas normas questionadas na sociedade para a qual foram destinadas.

Com efeito, a influência do princípio da segurança jurídica na determinação da condição modulatória das *razões de segurança jurídica* é visceral; a estrutura finalística do primado constitucional informará a estrutura do conceito de *razões de segurança jurídica* a ser formado em cada caso concreto, que será preenchida pelas circunstâncias fáticas concretas e valorada frente ao contexto normativo que lhe for pertinente.

Adotada essa primeira premissa, insta analisar a aplicação da estrutura do princípio da segurança jurídica na formação do conceito de *razões de segurança jurídica*. Humberto Ávila<sup>359</sup> ensina que, embora o princípio da segurança jurídica detenha a estrutura finalística comum a todos os princípios, distingue-se dos demais

---

<sup>359</sup> No processo de aplicação de uma regra, deve o intérprete verificar se há correspondência entre o conceito da norma e o conceito da situação do fato. A mesma relação ocorre quando a norma envolvida no processo de interpretação é um princípio material (que não a segurança jurídica), por exemplo, o da proteção da esfera privada. O intérprete analisará a correlação entre os efeitos da conduta necessária (como o caso da inviolabilidade de domicílio) para que o estado de proteção à individualidade seja atingido. Aqui também há uma relação entre um elemento normativo (estado) e um fático (conduta). Já em relação à aplicação da segurança jurídica, adverte o autor, que terá o intérprete de cotejar a norma da segurança jurídica com a outra norma (legal, judicial ou administrativa) envolvida no processo de interpretação, para o fim de apurar se esta última é compatível com o princípio da segurança jurídica. E o princípio da segurança jurídica exige a correlação entre os efeitos da norma e o estado ideal de coisas cuja realização ele estabelece (o estado ideal). (Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119).

princípios e regras porque não envolve a análise da subsunção entre um fato e uma norma, mas sim o contraste entre uma norma constitucional e uma realidade jurídica, quer seja ela uma norma, quer seja ela aplicação de uma norma. Pressupõe, portanto, o exame da compatibilidade entre uma norma inferior e o princípio da segurança jurídica, intermediados por uma realidade jurídica que denunciará ter ocorrido ou não a promoção dos estados ideais concretizadores da segurança jurídica. Nos exemplos do autor, verifica-se na realidade jurídica se o ato normativo não extrapolou a lei que visa a interpretar, se a sentença respeitou a legítima expectativa do cidadão, se a norma legal é ou não retroativa.

A aplicação do princípio, portanto, dirá respeito a uma determinada configuração da realidade por meio de *instituições jurídicas*. A aplicação do primado considerará a interposição de uma norma entre a norma superior e a realidade jurídica:

[...] enquanto um princípio material qualquer exige a correlação entre os efeitos de um comportamento e o estado de coisas que este determina realizar, o princípio da segurança jurídica exige a correlação entre os efeitos de uma norma e o estado de coisas cuja realização ele estabelece<sup>360</sup>, [quais sejam, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade].

Isso porque, o princípio da segurança não visa diretamente à configuração da realidade, mas sim, nas palavras de Humberto Ávila, à configuração do Direito ou de um direito como um instrumento para se configurar a realidade<sup>361</sup>.

Aplicando essa particularidade da estrutura finalística do princípio da segurança jurídica à estrutura do conceito de *razões de segurança jurídica*, temos que, na atividade de ponderação para a verificação da necessidade de preservação dos efeitos produzidos pela regra em processo de inconstitucionalização ou produzidos pela norma judicial alterada pelo intérprete autêntico, de um lado estará a regra clamada de inconstitucional/orientação alterada pelo intérprete autêntico e de outro a realidade jurídica questionada, que será avaliada sob o prisma de ter recebido os comportamentos indicadores da promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Verificada a adoção de comportamentos que geraram a efetividade, senão a "aparência" de uma realidade segura na realidade jurídica questionada, conforme os critérios que abordaremos adiante, entendemos que está presente o primeiro indício revelador da proteção que

---

<sup>360</sup> Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 120.

<sup>361</sup> Cf. *ibid.*, loc. cit.

deverá ser conferida aos efeitos das relações jurídicas realizadas sob a égide da norma em estado de inconstitucionalização ou de acordo com a orientação jurisprudencial modificada.

A pergunta que se faz agora é: quais critérios podem identificar se foram adotados comportamentos na realidade jurídica questionada com vistas à promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade? Antes de responder, contudo, entendemos importante pontuar a necessidade de temperamento do positivismo absoluto na construção do conceito de *razões de segurança jurídica*.

#### **4.2.2.3.2 Positivismo absoluto: necessário temperamento na construção do conceito de razões de segurança jurídica para fins do *prospective overruling***

Uma premissa que já deixamos clara é a de que não buscamos uma definição nominal para o conceito de *razões de segurança jurídica*. Propomo-nos a reunir elementos e sugerir critérios temporalmente adequados que subsidiem a construção de um conceito de *razões de segurança jurídica* na análise de um caso concreto. A condução do trabalho se dá com esse espírito em função do estudo empreendido das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos concretos da seara tributária que adiante exploraremos, nos quais se observou a resignação dos eminentes Ministros em relação aos critérios e elementos fáticos que poderiam subsidiar as *razões de segurança jurídica* a autorizar a modulação de efeitos nas hipóteses de ruptura de paradigmas da orientação jurisprudencial<sup>362</sup>, além do sentimento de "prisão" à literalidade das regras escritas, a impedir a aplicação analógica da figura do *prospective overruling* aos referidos casos.

Nesse passo é que falamos na apresentação de elementos e critérios temporalmente adequados, pois entendemos que a aplicação do direito positivo deve buscar uma racionalidade prática<sup>363</sup> em vista da evolução dos conflitos sociais

---

<sup>362</sup> Referimo-nos somente a essa hipótese de modulação, pois, em apenas um caso da esfera tributária, foi julgada a inconstitucionalidade de uma norma – prescrição e decadência decenais da contribuição previdenciária. Em todos os demais, a modulação de efeitos foi analisada sob o prisma da alteração de orientação jurisprudencial.

<sup>363</sup> Como ensina Cláudio Pereira Neto, a racionalidade prática referida diria respeito à contemplação, nas decisões judiciais, "de argumentos emergentes da realidade social; deve buscar satisfazer as

que emergem da sociedade plural e complexa em que vivemos. Aliás, esse aspecto está visceralmente ligado à própria razão de ser do mecanismo da modulação de efeitos.

Luís Roberto Barroso afirma que a superação do Positivismo Jurídico e a descoberta dos princípios como um instrumento para os operadores do Direito e para os aplicadores da Lei são instigantes novidades para um País como o Brasil. Essa superação identifica a reaproximação entre o Direito e a ética, o resgate dos valores para o Direito, a superação da ideia da legalidade estrita e escrita, atribuindo-se normatividade aos princípios e a centralidades dos direitos fundamentais<sup>364</sup>. A ideia vai ao encontro dos nossos anseios, mas não nos prestaremos aqui a trabalhar os princípios do pós-positivismo/neoconstitucionalismo dos quais emana; embora tenhamos em mente que o positivismo absoluto, onde o direito é apenas a norma escrita<sup>365</sup>, é insuficiente para dar respostas temporalmente adequadas a problemas jurídicos fundamentais, como a questão dos efeitos da efetividade e da eficácia social das normas, por exemplo, que ditam a orientação da conduta e sofrem abrupta alteração em função da mudança na composição do Plenário da Suprema Corte.

É em razão dessa insuficiência que se entende necessária a busca do conhecimento do direito como o resultado de um agir prático e consciente. Nesse sentido algumas evidências pinçadas pelos defensores da teoria da argumentação<sup>366</sup> de que aqui nos valeremos, reforçam a ideia que nos inspirou na lição de Barroso: os aplicadores da Lei devem focar-se na atribuição de

---

expectativas normativas geradas espontaneamente no espaço público; deve, portanto, operar também com o senso comum. [...]". (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 151).

<sup>364</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 114.

<sup>365</sup> Na concepção positivista, a forma jurídica pode se adequar a qualquer conteúdo, inclusive aos de grande irracionalismo; ou seja, o direito é apenas a norma escrita, pouco importando se a aplicação da norma ensejará uma decisão justa. Ao aplicador da norma é dado escolher entre as opções cabíveis na "moldura", sem que o critério de escolha por uma delas tenha qualidade jurídica ditada pelo Direito Positivo. A movimentação dentro da moldura da norma é discricionária. É um ato de vontade guiado por fatores sociais, políticos, econômicos e psicológicos.

<sup>366</sup> Que defendem o "resgate do senso comum", a conferir uma conexão entre a jurisdição e a democracia. Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que, "se argumentação jurídica tem como objetivo promover o convencimento de um jurista, mas também do homem comum, ela tem que abrir mão de justificar tecnicamente as decisões judiciais. Ela deve lançar mão de argumentos emergentes da realidade social; deve buscar satisfazer as expectativas normativas geradas espontaneamente no espaço público; deve, portanto, operar também com o senso comum. Ao contrário do positivismo jurídico, a tópica possui a preocupação fundamental de se coadunar com a teoria democrática." (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 151).

normatividade aos princípios e a centralidades dos direitos fundamentais, como verdadeiro instrumento para atender as expectativas normativas dessa sociedade complexa, marcada pelo pluralismo cultural e econômico e tragada pela flecha do tempo, de modo a propiciar que o Direito cumpra efetivamente com o seu múnus. Tal reflexão a partir do viés constitucional viabiliza, em nosso entender, a construção de um sentido legítimo (e justo!) para o caso concreto.

Entretanto, a concretização dos valores constitucionais e a aplicação dos conteúdos normativos abstratos aos casos concretos de forma justificável e razoável, em razão da complexidade atual, não é tarefa fácil. O que antes era aparentemente simples com a mera subsunção do fato a norma, transformou-se na difícil ponderação de regras e princípios, como se dá na ordem da modulação de efeitos. Mas segundo adverte o citado autor Luís Roberto Barroso,

Os tribunais têm certa capacitação para lidar com questões de princípio que o Legislador e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o mistério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor<sup>367</sup>.

A tarefa é árdua, mas não impossível. E não se pode ignorar que os jurisdicionados possuem expectativas normativas em relação ao texto legal, cuja clareza é e tem de ser conferida por quem "diz" o Direito em último lugar. Não se pode esquecer que para a efetividade social do Direito é importante não somente sua dimensão de validade (que se define com referência ao direito produzido pelas autoridades estatais) e o aspecto da coerção que a acompanha, é necessário também que o direito seja legítimo e as decisões possam ser aceitas espontaneamente pela comunidade de jurisdicionados<sup>368</sup>.

Conhecer e pensar o Direito por esse prisma exige maior reflexão e crítica dos operadores do sistema, que deverão estar atentos e abertos para a captação das diferentes nuances interpretativas que emergem do contexto social, assim como para a apreensão dos mutáveis significados dos princípios, inclusive e

---

<sup>367</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157.

<sup>368</sup> Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 272.

principalmente diante de casos concretos, com o fim último de levar em consideração as expectativas normativas da sociedade e/ou do grupo atingido<sup>369</sup>.

Por essa razão, propomos um temperamento ao Positivismo absoluto como método único na ponderação a ser realizada no processo de análise para aplicação da modulação de efeitos. O processo de decisão há de ser permeado pelas diversas técnicas de interpretação, assim como pelas regras gerais positivadas no ordenamento, que estabelecem critérios orientadores para a construção da norma, tal como o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>370</sup>, que subsidia e confere segurança jurídica à atuação dos intérpretes autênticos na produção de novas normas que eventualmente não decorram da subsunção a uma regra já escrita, sem que tal ato criador<sup>371</sup> possa ser considerado como violador do princípio da separação de poderes.

André Serrão Borges de Sampaio<sup>372</sup> adverte que a figura da modulação de efeitos contém implícita autorização legislativa ("e sempre haverá uma reserva legal implícita em todo conflito entre normas ou princípios constitucionais com vistas ao estabelecimento de padrões normativos para a sua solução"<sup>373</sup>) para que a Corte Constitucional proceda à ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e 'razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social'<sup>374</sup>. Embora entendamos que a ponderação deva se dar entre a norma em processo de inconstitucionalização e a norma constitucional que se subsumirá ao conceito de razões de segurança jurídica e/ou de excepcional interesse social, e não com o princípio da nulidade, como o autor, também vislumbramos uma implícita autorização legislativa para a atividade de ponderação.

---

<sup>369</sup> Nesse sentido, Francisco Alves Junior. Os Princípios e a Importância Prática da Reflexão Teórica no Contexto Pós-Positivista: Desconfiando da Saída Fácil. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 03, 2002. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22537/principios\\_importancia\\_pratica\\_reflexao.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22537/principios_importancia_pratica_reflexao.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 27 fev. 2012.

<sup>370</sup> Art. 4º da LICC: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

<sup>371</sup> Toda sentença é ato de criação do Direito, a partir de sua publicação (em especial aquela qualificada pela coisa julgada) ou de outro marco temporal. Ela constitui a expectativa normativa judicial. Nesse sentido, toda sentença é constitutiva de Direito novo (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 247).

<sup>372</sup> Trecho inserto no estudo empreendido por André Serrão Borges de Sampaio, Consultor da União, encontrado em BRASIL. Presidência da República. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2154. *Revista Jurídica Virtual*, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_13/Agu.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/Agu.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2012.

<sup>373</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1996, p. 619-622.

<sup>374</sup> Para nós, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 positivou o princípio da proporcionalidade.

Enfim, repetimos: os aplicadores da Lei devem focar-se na atribuição de normatividade aos princípios e a centralidades dos direitos fundamentais para atender as expectativas normativas dessa sociedade complexa e suprir a insuficiência do Positivismo. O prestígio e o amplo cotejo dos mesmos, diante da realidade jurídica segundo a qual os jurisdicionados atingidos tenham lastreado as suas condutas, para fins de apurar se devida a preservação dos efeitos agora comprometidos pela declaração de inconstitucionalidade ou alteração de orientação jurisprudencial realizará efetivamente o ideal de Justiça.

Nesse propósito, retomamos agora ao questionamento anteriormente posto: quais critérios podem identificar se foram adotados comportamentos na realidade jurídica questionada com vistas à promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade? A resposta visará a identificar se estão presentes indícios reveladores da proteção que deverá ser conferida aos efeitos das relações jurídicas realizadas sob a égide da norma em estado de inconstitucionalização ou de acordo com a orientação jurisprudencial modificada, como meio de equilibrar esse impasse normativo gerado no tempo.

#### **4.2.2.3.3 A atuação estatal x a conduta do contribuinte nas perspectivas e dimensões correlatas aos estados ideais que concretizam o princípio da segurança jurídica**

O problema que inicialmente se apresenta ao intérprete na análise da aplicação do instituto da modulação de efeitos consiste na definição pela "retroatividade" ou "irretroatividade" dos efeitos da decisão que decretou a inconstitucionalidade de uma lei ou da decisão que tenha modificado a orientação jurisprudencial vigente. Assimilado, surge a primeira preocupação: como conferir segurança jurídica a este cenário? Na sequência, outras questões se apresentam: há direito à estabilização de expectativas? Há confiança a ser protegida? Está sendo ferida a garantia de igualdade entre os destinatários das normas do sistema? Todas essas questões podem ser reunidas em uma só: há *razões de segurança jurídica* para que sejam mantidos os efeitos gerados pela norma em processo de inconstitucionalização ou pela norma de orientação jurisprudencial alterada? A resposta dependerá da análise e constatação da adoção, ou não, de determinados

comportamentos por parte do Estado e do contribuinte na realidade jurídica questionada, aptos a promover os estados ideais que concretizam a segurança jurídica e a demonstrar a presença de índices de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade que qualifiquem aquela realidade questionada (e os efeitos dos atos nela produzidos) como digna de proteção.

Entretanto, como já afirmado no item 1.2.1.2, o legislador constituinte somente previu os fins a serem atingidos pelas normas finalísticas consubstanciadas nos princípios gerais de Direito; não determinou quais seriam os meios, as condições, os comportamentos exigidos para o adimplemento de tais tarefas. Por essa razão, pensando nos fins, nos estados ideais do princípio da segurança jurídica que afirmamos devem informar a estrutura do conceito de *razões de segurança jurídica*, é que elencaremos comportamentos que, uma vez verificada a sua prática, revelarão se a realidade jurídica questionada "era previsível" ou "aparentava ser previsível", para então se estabelecer quais fundamentos da segurança jurídica podem lhe ser aplicados.

Entre os estados ideais que concretizam o princípio da segurança jurídica, o estado ideal de cognoscibilidade está associado à sua perspectiva estática, na medida em que visa a indentificar a acessibilidade e o conhecimento do ordenamento pelo cidadão no momento – estático – da prática do ato, que é posteriormente juridicizado. Já os estados de confiabilidade e de calculabilidade implicam na análise da bidirecionalidade passado/futuro<sup>375</sup>, revelando a perspectiva dinâmica de incidência desse primado, que ora será analisado sob o foco retrospectivo, ora sob o foco prospectivo.

Como o primeiro problema que se apresenta ao intérprete na análise e aplicação do instituto da modulação de efeitos se refere à retroatividade ou à irretroatividade da norma que decretou a inconstitucionalidade de lei ou da norma que alterou a alteração jurisprudencial até então vigente, ou seja, um problema da ação do Direito no tempo, deter-nos-emos na análise da dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica.

A *dimensão dinâmica*, como leciona Humberto Ávila<sup>376</sup>, envolve os problemas de realização do Direito, particularmente relacionados à ação do Direito no tempo e a sua transição. O estado ideal de confiabilidade está associado à ideia de proibição

---

<sup>375</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 341.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 341-342.

de mudança, onde se inserem as questões de intangibilidade objetiva<sup>377</sup> e subjetiva<sup>378</sup> e a durabilidade objetiva do ordenamento. Visa a assegurar aquilo que é do passado e que deve permanecer no presente do Direito. Já o estado ideal de calculabilidade está associado à concepção de suavidade ou de constância da mudança, em que se inclui a questão da continuidade. Por sua vez, visa à segurança daquilo que do presente deve ser mantido na sua transição para o futuro.

Com efeito, a retroatividade e/ou a irretroatividade dos efeitos decorrentes da decretação de inconstitucionalidade de uma lei ou da alteração de orientação jurisprudencial envolvem um problema de ação do Direito específico nas dimensões do passado e do presente, o que significa dizer que a atuação estatal e a conduta do contribuinte deverão ser avaliados a partir dos comportamentos exigidos para a promoção do estado ideal de confiabilidade, reduzindo ainda mais o espectro da análise proposta.

Dentro da dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica, Humberto Ávila<sup>379</sup> ainda estabelece uma divisão entre os aspectos *objetivo* e *subjetivo* do estado ideal de confiabilidade. Relativamente ao aspecto *objetivo*, relaciona-o à exigência de durabilidade do ordenamento jurídico, durabilidade essa que se contrapõe à mudança e qualifica a credibilidade institucional do Direito como pressuposto do exercício potencial das liberdades. Um ordenamento durável estabelece a crença de que os atos praticados pelo Poder Público são praticados de acordo com a lei. Em relação ao aspecto *subjetivo*, relaciona-o ao exercício da liberdade de alguém juridicamente orientado, a exigir a proteção da confiança. Ressalta o autor que a proteção da confiança não se contrapõe à mudança, mas seus efeitos impedem que aquela atinja o passado de determinada liberdade.

Pois bem. A partir dessa última classificação da dimensão dinâmica do estado ideal de confiabilidade, em seu aspecto subjetivo, definem-se os elementos normativos que devem ser conjugados e valorados junto às circunstâncias fáticas que consubstanciam a realidade jurídica questionada e que sopesados frente aos efeitos retroativos da decisão que decretar a inconstitucionalidade de uma lei ou que

---

<sup>377</sup> A exemplo de situações intangíveis pela proteção da segurança jurídica estão aquelas que se subsumem as regras de decadência, de prescrição, do ato jurídico perfeito (decorrente de um negócio, celebrado com base na lei), do direito adquirido (direito que surge com a lei) e da coisa julgada (consubstanciada no fato de uma sentença não ser mais passível de recurso).

<sup>378</sup> São protegidos pela dimensão dinâmica subjetiva do princípio da segurança jurídica os efeitos normativos que atinjam o passado de determinada liberdade exercida conforme orientação do Poder Público. Trata-se da proteção da confiança.

<sup>379</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 345-346.

alterar a orientação jurisprudencial vigente – **afetando o exercício da liberdade de alguém juridicamente orientado** – preencherão o conceito de *razões de segurança jurídica*. São eles: a **regra constitucional da irretroatividade** e o **princípio da proteção da confiança**.

Nesse contexto, pela perfeita adequação, repetimos indagação formulada por Humberto Ávila: "quais são os elementos necessários para que o cidadão possa, sem frustração nem surpresa, livre e autonomamente, **assegurar** os efeitos jurídicos da liberdade exercida no passado e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro?" O próprio autor responde: "em vez de perscrutar requisitos relacionados à norma, é preciso examinar requisitos relativos aos *atos* indispensáveis à sua aplicação"<sup>380</sup>. Para o presente trabalho, a assertiva implica na identificação dos requisitos necessários à aplicação dos fundamentos parciais<sup>381</sup> da segurança jurídica – **regra da irretroatividade** e o **princípio da proteção da confiança** – que correspondem aos comportamentos cuja prática, se realizada por parte do Estado e/ou do contribuinte, identificará o índice de confiabilidade promovido na realidade jurídica questionada no processo de aplicação de modulação de efeitos.

É o que faremos a partir de agora.

#### **4.2.2.3.4 O problema da retroatividade de efeitos do presente para o passado no processo de modulação de efeitos**

O problema da retroação das decisões em processos de controle de constitucionalidade, no que se refere aos efeitos decorrentes da recomposição do *status quo*, sempre consistiu numa grande preocupação para o intérprete autêntico, para a dogmática e para a sociedade. Quando da edição da Lei n° 9.868/99, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes manifestou contentamento pela introdução do instituto da modulação de efeitos no sistema brasileiro, alegando que a partir de

---

<sup>380</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 339. (grifos nossos).

<sup>381</sup> Assim também denominados porque a segurança jurídica se realiza por meio da implementação deles. *In casu*, pela implementação da regra da irretroatividade e do princípio da proteção da confiança.

então os Tribunais poderiam deixar de se abster de emitir um *juízo de censura*<sup>382</sup>, que os obrigava, muitas vezes, a declarar a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. Contudo, há de se ponderar que, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de uma lei, a moderação dos efeitos da anulação, a declaração de sua incompatibilidade com a Constituição Federal sem que seja declarada nulidade pode gerar um incentivo à violação dos preceitos constitucionais. A depender do caso concreto (*e.g.*, a declaração de inconstitucionalidade da lei que institui a cobrança de determinado tributo depois de anos de sua vigência e exigência), a modulação de efeitos pode vir a restringir os ideais que concretizam o estado de segurança jurídica garantido aos jurisdicionados.

Neste aspecto, Humberto Ávila<sup>383</sup> afirma que o ideal de cognoscibilidade será afetado, na medida em que a manutenção dos efeitos da ilicitude (manutenção da vigência e eficácia da lei declarada inconstitucional) causará incerteza de qual regra deve ser aplicável tanto para a autoridade quanto para o destinatário, já que o seu descumprimento não será sancionado, e a incerteza provocará restrição à segurança de orientação, na medida em que haverá dúvidas no sentido de saber se a regra válida é aquela associada à hipótese de incidência ou a decorrente do Poder Judiciário. Em relação ao estado ideal de confiabilidade, o autor afirma que o mesmo será afetado porque a manutenção dos efeitos da ilicitude comprometerá a credibilidade do ordenamento e a sua eficácia<sup>384</sup>, uma vez que a crença que se estabelece é a de que o Poder Público atua em conformidade com a Lei. E quanto ao estado ideal de calculabilidade, a manutenção dos efeitos de ilicitude comprometerá a previsibilidade da conduta estatal, já que realizados atos contrários à Constituição, e para eles não houve sanção.

As restrições aos estados ideais elencadas decorrem do fato de a violação das normas constitucionais decorrer de ato do Poder Público, que direta ou indiretamente é responsável pela emissão da norma inconstitucional; por isso, a restrição à retroatividade dos efeitos da norma que recobrou a "licitude" no sistema

---

<sup>382</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDC), n. 19, jul./ago./set. 2009, p. 8. Disponível em: <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/controlodeconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

<sup>383</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 497-500.

<sup>384</sup> "O que temos de ponderar é que cumprir as leis, mesmo que inconstitucionais, desencadeia proteção especial, pois livra os agentes políticos do crime de responsabilidade e os agentes públicos, arrecadadores de impostos, do crime de exação excessiva". (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 529).

pode constituir num incentivo ao seu descumprimento. Mas é fato que há situações em que a moderação dos efeitos da anulação poderá melhor promover a ordem constitucional do que se faria via declaração de inconstitucionalidade da norma com efeitos *ex tunc*.

Nesse espírito, cita-se a modulação aplicada nos autos da ADIn 2.240, na qual a transição possível dos fatos sociais irregulares ao estado de constitucionalidade não era ônus de poucos, estava nos ombros da coletividade como um todo. Como observa Misabel Derzi, deu-se o correto equilíbrio na socialização dos prejuízos, absorvidos pela manutenção da validade dos atos praticados e, às vezes, da posse irregular e ilegítima dos eleitos até o final do mandato. Foi o preço justo encontrado pelo Supremo para evitar o caos<sup>385</sup>. De toda forma, esse não é o objetivo do nosso trabalho, embora façamos adiante ponderações relativas à concessão da modulação de efeitos a favor do Poder Público no decorrer da exposição dos argumentos relativos à retroação de efeitos da decisão que modifica orientação jurisprudencial vigente.

#### **4.2.2.3.5 A proibição da retroatividade de efeitos do presente para o passado pela regra constitucional da irretroatividade**

Como garantia ampla do direito fundamental do cidadão, o legislador constituinte prescreveu, no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, a intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. No art. 150 e incisos, previstos no capítulo dedicado pelo legislador ao sistema tributário, restou determinada a proibição de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exijam tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os tiver instituído ou aumentado; com isso, conferiu-se, de forma específica, uma garantia de direito fundamental ao cidadão contribuinte.

Destinada a proteger a intangibilidade de situações passadas do ideal de confiabilidade em uma de suas exteriorizações<sup>386</sup>, a regra da irretroatividade consiste em um fundamento parcial do princípio da segurança jurídica, embora não seja a única, pois há outras garantias constitucionais protetivas do estado de

---

<sup>385</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 582.

<sup>386</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 413.

confiabilidade, como é o caso do princípio da confiança sobre o qual falaremos mais adiante.

Com efeito, como salienta Misabel Derzi, a regra da irretroatividade é decorrência normal da natureza das leis, advém da lógica das coisas, da razão e da moral, e está na base da separação dos poderes<sup>387</sup>. Contudo, como está voltada para o futuro, proibindo que novas regras afetem a dimensão passada, não foi dedicada expressamente aos Poderes Executivo e Judiciário, uma vez que suas atividades estão voltadas para o passado e devem guardar estrita vinculação à lei. De toda a forma, salienta a autora que, como as leis não retroagem, pois não é de sua natureza, também não podem os Poderes Executivo e Judiciário retroagir: "o raciocínio lógico derivado será o de que os atos de tais Poderes jamais retroajam, pois jamais determinam, validamente, a invasão do passado, já que à lei, à qual se vinculam, não poderá fazê-lo"<sup>388</sup>.

Nada obstante, como a citada autora defende<sup>389</sup>, o Poder Judiciário também cria Direito, uma vez que a norma judicial, que se repete por meio de casuística, aplica e cria direito em sentido lato, pois por meio dela é escolhido um significado (o melhor) dentre as alternativas possíveis de significados dos enunciados linguísticos das leis. Ao assim proceder, o Poder Judiciário fecha as demais alternativas de sentido antes possíveis, pois define qual o sentido cabível para uma norma específica e determinada para o caso e que será repetível para o mesmo grupo de casos, em semelhança ao que ocorre com as leis (embora com elas não se confunda<sup>390</sup>).

A par disso, uma peculiaridade deve ser posta e um exercício deve ser feito: a criação do Direito pelo Poder Judiciário é realizada em tempo diferente do tempo em que ocorrido o evento que juridiciza – são os marcos do tempo do fato e do tempo<sup>391</sup> no fato pontificados por Paulo de Barros Carvalho, respectivamente. Essa circunstância temporal deixa aberta para o Poder Judiciário a possibilidade de alteração do sentido inicialmente conferido a determinada norma judicial, que muito provavelmente orientou diversas condutas, por uma nova alternativa de significado

---

<sup>387</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 415.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 493.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>390</sup> "A norma judicial não pode se desprender da casuística, dos casos concretos que motivaram a sua criação. Esse o limite que nos assegura que a jurisprudência consolidada obriga, vincula, impõe-se a todos mas não é lei". (*ibid.*, p. 576).

<sup>391</sup> *Vide* item 2.2.1

que sobre aquelas poderá incidir. Diante desse cenário, em que circunstâncias o sentido<sup>392</sup> alterado pode conformar uma expectativa normativa legítima, passível de ser garantida em nome das *razões de segurança jurídica* em favor de quem dele se valeu para orientar a prática de seus atos?

Misabel Derzi ensina que, tal como a lei, a norma judicial ganha força normativa quando se consolida como expectativa e se desloca para o passado em relação às decisões judiciais futuras como precedente. Pondera que os juízes passam a olhar para os precedentes, buscando informações, como olham para as leis<sup>393</sup>, ocorrendo o mesmo com todos aqueles que não são partes do processo no qual restou definido o sentido da norma específica e que posteriormente foi alterado. Nesse passo, o precedente gera expectativas de comportamento para todos, na medida em que, cabendo ao Poder Judiciário dizer o Direito, definir o sentido específico de uma norma, e esse o faz, fecha as demais alternativas de sentido antes possíveis para a referida norma, e o mesmo sentido será repetível para o mesmo grupo de casos<sup>394</sup>. A vinculação aos precedentes judiciais acaba sendo uma decorrência do princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, deverão ser proferidas as mesmas decisões<sup>395</sup>.

Nesse sentido, mantendo a premissa de que "em vez de perscrutar requisitos relacionados à norma, é preciso examinar requisitos relativos aos *atos* indispensáveis à sua aplicação<sup>396</sup>" e a partir dela avaliar os comportamentos necessários à promoção do estado ideal de confiabilidade, entendemos que a circunstância que definirá a força do precedente será a sua estabilidade no tempo.

Misabel Derzi<sup>397</sup> relaciona a força normativa do precedente ao seu trânsito em julgado. Um precedente passa a ser consolidado e adquirir vigência como norma judicial e expectativa normativa para terceiros quando publicado o trânsito em julgado da decisão no Diário Oficial. A autora traça um paralelo com os conceitos de existência, validade, vigência e eficácia das leis, sustentando que a norma judicial, como qualquer norma, pode ser examinada sob aspectos temporais. Sendo assim, o precedente é considerado existente/válido (pois partimos da premissa de que não há

---

<sup>392</sup> Consubstanciado em uma norma jurídica posta, é claro.

<sup>393</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 308.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>395</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 463.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 339. (grifos nossos).

<sup>397</sup> DERZI, op. cit., p. 534-539.

diferença entre esses conceitos) quando proferido por agente/órgão competente e adquire vigência e eficácia ao mesmo tempo quando publicado o seu trânsito em julgado no Diário Oficial. Esse termo, aliás, é destacado pela autora como sendo o marco para definir se uma orientação jurisprudencial foi modificada ou não e, conseqüentemente, definir a partir dele se a retroatividade dos efeitos da decisão com o novo sentido, com a nova orientação jurisprudencial, atingirá fatos pretéritos não amparados pelas garantias individuais da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Por esse raciocínio, retoma a autora a sua premissa no sentido de que, como as leis não retroagem, pois não é de sua natureza, também não poderá retroagir o Direito criado pelo Judiciário, uma vez que as expectativas de conduta somente podem ser conduzidas e aferidas no futuro.

Já Humberto Ávila afirma que o problema da retroatividade da decisão judicial "não pode ser respondido com as mesmas categorias da retroatividade referente ao Poder Legislativo"<sup>398</sup>, o que não significa dizer que as decisões judiciais não podem retroagir. Quanto à retroatividade das decisões judiciais, o autor explica que elas decorrem de dois fatores diversos: (a) eficácia declaratória da decisão judicial e (b) eficácia retroativa da decisão judicial. A eficácia declaratória refere-se aos efeitos da decisão judicial que alcançam os fatos narrados na petição inicial, ocorridos antes da prolação da sentença, mas posteriormente à vigência da lei que os fundamenta (por isso não se confunde com a eficácia retroativa das leis, que se referiria a um período anterior à própria vigência da lei, ou seja, a data de publicação da lei). Já a eficácia retroativa da decisão ocorreria nos casos em que um cidadão atua com base em uma decisão judicial, cuja eficácia se restringe a uma terceira pessoa ou a uma coletividade, e que é posteriormente alterada por nova orientação que tem efeitos retroativos. Nessa situação, pondera o autor que o indivíduo que atuou com base em uma decisão judicial, segundo a qual havia condições para que pudesse acreditar que razoavelmente aquela era a orientação correta, recebe a surpresa de ter seu comportamento valorado por outra norma que desconhecia no momento da sua ação, não podendo mais alterar os seus atos. Nesse passo, para o autor, a retroatividade envolve ausência de liberdade, de responsabilidade e de ação<sup>399</sup>. Em razão dessas particularidades, o autor propõe que a retroatividade jurisprudencial seja analisada com base nos atos de aplicação do princípio da confiança, que a

---

<sup>398</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 474.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 474-479.

seguir abordaremos, e não pela regra da irretroatividade, que entende destinada a regular apenas a proibição de retroação das normas legislativa ou as situações blindadas pela intangibilidade individual decorrente das garantias do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, por sua vez, dissertando<sup>400</sup> sobre a regra da irretroatividade, confere-lhe ampla abrangência. Afirma que a regra confere sentido vinculante às promessas, que deve ser entendido em um sentido amplo: "o que ocorreu, compromete"<sup>401</sup>. Explicitando seu ponto de vista, o autor<sup>402</sup>, citando Karl Larenz, narra caso em que o Superior Tribunal Alemão admitiu aplicar a antiga jurisprudência a uma lide na qual restou demonstrado ter a parte agido em conformidade com ela. A aplicação da antiga jurisprudência se deu por analogia com os princípios que não de ter em conta a proibição de retroatividade das leis, "uma vez que a analogia é obrigatória para tal estado de coisas". Nesse contexto, o autor identifica que a analogia referida não é a relativa à proteção ao direito adquirido, aos atos jurídicos perfeitos e à coisa julgada, porque estas se diferenciam do fato de existir uma jurisprudência constante, a gerar uma expectativa de confiança. A analogia, enfatiza o autor, é desse fato, da confiança em considerável medida na permanência da jurisprudência. Trata-se do sentido amplo da irretroatividade, a distinguir entre as duas proteções. A distinção significa que a proteção conferida

---

<sup>400</sup> O autor afirma: "o tempo corrói tudo, tem uma inelutável qualidade chamada entrópica: tudo morre. Mas nessa inelutável entropia do tempo introduz-se a cultura humana (a ética, o direito) como capacidade de uma retomada reflexiva do passado e de previsibilidade do futuro. Trata-se da capacidade humana de reinterpretar o passado; não de apagá-lo – fazer com que não seja o que já foi –, mas de lhe imprimir outro sentido (por exemplo, aprender com seus ensinamentos ou de responsabilizar pelo que aconteceu) e de orientar o futuro (não de impedir que ele ocorra seja como for, mas de dar-lhe um sentido orientador da ação). Por fim, entre o passado e o futuro, o tempo é percebido como duração, cuja experiência se dá no presente. A duração, na mente humana, liga o passado e o futuro: embora o tempo cronológico corra tudo, ela permite tornar o passado algo 'ainda interessante' e fazer do futuro um 'crédito', base da promessa. Mas a questão, para a cultura humana (para a ética, para a política, para o direito), é como ligar o passado e o futuro e dar consistência à duração, que é instantânea. Em outras palavras, como fazer que um evento, desaparecido no passado, ainda cobre sentido e algo que ainda não ocorreu, no futuro, possa ter sentido já no presente". Nesse contexto, destaca o autor "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 JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antônio Carrazza e Nelson Nery Junior. São Paulo: Manole, 2009, p. 7-8).

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

pela irretroatividade alcança mais do que atos jurídicos perfeitos e acabados. E reforça dizendo que isso faz sentido em termos de teoria geral do direito, na medida em que um fato não precisa ser perfeito para ser jurídico, isto é, sofrer a incidência de norma vigente e eficaz, mormente em sede de direito público, sujeito à tipificação. O autor, citando um julgado do Ministro Moreira Alves (RT 127/801), que se vale das lições de Pontes de Miranda acerca da distinção entre a proteção estrita a atos jurídicos perfeitos e a proteção mais genérica a eventos (jurídicos), relembra a diferença entre a "noção ampla de ato jurídico perfeito e a noção estrita".

O ato jurídico perfeito seria apenas uma espécie de fato jurídico pretérito. Qualquer fato, ocorrendo no tempo e no espaço, entra em algum sistema jurídico. O ato jurídico perfeito e acabado é um deles. Donde a proteção contra a retroatividade, genericamente, deveria ter sido formulada (a lei nova) não incidirá sobre os fatos jurídicos pretéritos, inclusive atos jurídicos perfeitos.

Nesse sentido, finaliza o autor, ponderando que

[...] a mencionada analogia significa que, assim como os fatos jurídicos pretéritos (mesmo quando não constituam atos jurídicos perfeitos ou adquiridos) são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo lei, à época, de regência, uma jurisprudência pretérita, de fato constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial. Não se defende uma analogia generalizada, mas um procedimento lógico efetuado diante de cada caso.

Pois bem. Diante dos pontos de vista abordados, em que pese o nosso respeito à construção formulada pela ilustre jurista Misabel Derzi, de cujas lições tanto nos valem nesse trabalho, ousamos divergir da conclusão adotada, pois não entendemos cabível a analogia com a regra da irretroatividade das leis *em sentido estrito*, delimitada pela data do ato de publicação da lei, correspondente ao momento de seu ingresso no sistema. Como destacado por Humberto Ávila, a retroatividade das leis implica no retorno ao tempo de sua publicação, onde nem mesmo vigência se havia adquirido. A decisão judicial que retira a validade de uma norma não alcança os fatos jurídicos resultantes da incidência gerada no tempo em que aquela era considerada presumidamente válida. Por essa razão, a semelhança proposta para a caracterização da analogia não se mostra adequada a consubstanciar um critério a ser investigado no processo de ponderação e eventual aplicação da modulação de efeitos.

Em relação ao posicionamento de Humberto Ávila, adiantamos que vai ao encontro da nossa posição positiva relativamente à abrangência da proteção da

confiança, e que será exposta no item específico de que trataremos deste princípio. Já, relativamente à lição de Tércio Sampaio Ferraz, a ela nos curvamos, pois explicita a nossa posição sobre a impossibilidade de ignorar os efeitos de estabilização gerados pelo tempo, os quais permitem a invocação da analogia da proibição da irretroatividade dos efeitos da nova lei aos fatos que lhe antecederam, com a proibição da irretroatividade dos efeitos da nova norma judicial aos fatos jurídicos formados a partir da norma por aquela modificada.

Como afirmado por Tércio Sampaio Ferraz, a irretroatividade destinada à proteção ao direito adquirido, aos atos jurídicos perfeitos e à coisa julgada, de fato não se aplica ao fato orientação jurisprudencial, primeiramente porque se trata de uma irretroatividade em sentido estrito; segundo porque não é este o fato a ser considerado para fins de proteção do princípio da irretroatividade em sentido amplo. O fato a ser considerado é a orientação jurisprudencial que gerou uma expectativa de confiança, e esse fato – orientação jurisprudencial que gerou uma expectativa de confiança – terá no fator tempo a medida a demonstrar a necessidade de proteção, aí sim, pelo princípio da irretroatividade em sentido amplo.

Na obra *Comentários à Constituição de 1967*, ao tratar do art. 150, § 3º do Texto Constitucional de 1967<sup>403</sup>, Pontes de Miranda leciona:

[...] o ato jurídico perfeito é fato jurídico, que tem seu momento-ponto, no espaço-tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data. O conceito é conceito de plano de existência<sup>404</sup>: *se ato jurídico começa de existir, aqui e agora, é porque entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua juridicidade é a coloração que lhe deu o sistema jurídico, tal como aqui e agora ele é.*<sup>405</sup> (grifamos).

E conclui:

[...] o ato jurídico perfeito, a que se refere o art. 150, § 3º, é o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*.  
[...]  
Os atos-fatos jurídicos têm, de regra, simultâneas, a existência e a eficácia [...]. Não são atos jurídicos, no sentido do art. 150, § 3º, *mas tais atos-fatos*

<sup>403</sup> "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

<sup>404</sup> Mesmo Pontes diferindo do conceito de validade que adotamos, pois, para o autor, validade e existência são planos distintos, o conceito de ato jurídico utilizado se aplica também para a premissa fundante de que, uma vez posto por agente competente e segundo a forma disposta pelo sistema, esse ato jurídico é válido.

<sup>405</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 60.

*produzem direitos, ao entrarem no mundo jurídico, e a 1ª parte do art. 150, § 3º, protege-os contra lei nova*<sup>406</sup>. (grifamos).

O dispositivo comentado por Pontes tem a mesma redação do art. 5º, inciso XXXVI da atual Constituição Federal: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Em termos de Teoria Geral do Direito, como ressaltado por Tércio Sampaio Ferraz, estamos lidando com o mesmo conceito de irretroatividade destacado por Pontes, segundo o qual a irretroatividade alcança mais do que atos jurídicos perfeitos e acabados. Estes contam com uma proteção específica, que não exclui da norma o seu alcance aos denominados atos-fatos jurídicos. A juridicidade do ato-fato decorre da sua ponência no sistema, e os seus efeitos jurídicos têm no tempo a sua fonte de estabilização.

Aliás, arriscamo-nos a dizer que o tempo é a fonte<sup>407</sup> e fundamento de todos os demais meios constituídos no Direito para o fim de conferir estabilidade. No Capítulo 3 deste trabalho, dedicamo-nos longamente a esse fenômeno, assim como sobre a sua influência no equilíbrio e na segurança das relações sociais.

O curso do tempo, o seu decurso, sem dúvida nenhuma, é o elemento físico que primeira e ordinariamente é perscrutado quando se está questionando a aquisição de um direito, como na usucapião, ou o direito ao exercício de ação (ou à perda desse direito), como na prescrição, ou o direito à constituição do crédito tributário, como na decadência, ou ainda o direito ao trânsito em julgado, como na hipótese de perda de prazo recursal pelo *ex adverso* ou pelo fato de que não é mais cabível nenhum recurso, etc. O tempo é considerado mecanismo de estabilização para o Direito, mesmo quando o direito envolvido tiver origem em um ato considerado nulo, ou anulável, como é o caso da decisão que certifica a inconstitucionalidade de uma norma, ou da decisão que decide por uma nova orientação jurisprudencial, rechaçando o sentido antes firmado por outra norma, sob o argumento de que somente o novo sentido é conforme a Constituição Federal. E isso se dá porque, quando envolvido o interesse público, os atos nulos ou anuláveis são passíveis de convalidação pelo decurso de tempo.

Miguel Reale, ao diferenciar o ato nulo de origem privada, do ato nulo de origem pública, destaca a influência do tempo nas relações geradas por esses:

---

<sup>406</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 95.

<sup>407</sup> Fonte material: tempo como elemento do mundo fenomênico recolhido no ato de enunciação.

Se, no campo do Direito Privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado ou produzir efeitos válidos, na esfera do Direito Administrativo a questão se põe com menos rigorismo formal, em virtude da preeminência do interesse público.

Assim como razões de ordem social impõe seja havida como sanada a nulidade do casamento contraído perante autoridade incompetente, se aquele vício não for alegado dentro de dois da celebração, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, da mesma forma *o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia*<sup>408</sup>. (grifamos).

Com efeito, também para Miguel Reale, o tempo é um mecanismo de estabilização. Nas palavras do mestre: "o decurso do tempo cria uma confiança legítima no espírito dos particulares e transforma uma situação de fato em situação jurídica, em direito subjetivo"<sup>409</sup>.

É exatamente o que ocorre quando uma orientação jurisprudencial emitida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça é reiterada por anos. Misabel Derzi explicita com maestria o efeito da definição do sentido de uma norma pelos intérpretes autênticos:

A decisão judicial, no momento em que firma em uma das alternativas possíveis de sentido (a melhor) dos enunciados legislativos (inclusive da Constituição), criando a norma específica e determinada do caso, e repetível para o mesmo grupo de casos, norma cabível dentro da norma legal, ela fecha as demais alternativas, antes possíveis. As demais alternativas não estarão mais disponíveis, sustentamos, exatamente porque foram afastadas pelo Poder Judiciário, em entendimento consolidado. Desde o momento em que tal fechamento ocorra, o espaço, discricionariamente deixado pelo legislador e dotado de uma cadeia de signos e significados inúmeros, concretiza-se e fixa-se em certo sentido único, *criando-se verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, integrantes do mesmo grupo de casos*. A norma judicial seleciona o significado adequado, o melhor para o caso ou grupo de casos.

*Se, supervenientemente, o Poder Judiciário altera e muda a sua decisão, escolhendo outra alternativa (antes possível, em razão do leque de significados da cadeia de signos), cria nova norma, específica e determinada. Tal norma nova equivale a uma nova lei, pois a lei anterior, ainda vigente no sentido formal, tinha sido dotada de um só conteúdo, unívoco, pois sofrera o esvaziamento dos demais sentidos alternativos, por decisão do próprio Poder Judiciário*<sup>410</sup>. (grifamos).

Como já afirmado anteriormente, o precedente, particularmente dos Tribunais Superiores, estabelece o horizonte do sentido do intérprete não autêntico; é a expressão do que deverá ser compreendido por lícito, ilícito, obrigatório, proibido e

<sup>408</sup> REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 68.

<sup>409</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>410</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 310.

permitido no cenário jurídico normativo durante o tempo em que viger. Tal como a Lei, a atividade jurisdicional dos Tribunais Superiores é autoridade que se coloca para todos. Seus efeitos de orientação relativamente ao sentido normativo definido transcendem ao processo e procedimento individuais dos quais emanou. Negar-lhes essa eficácia implica desacreditar na existência de um sistema que se faz em prol da coletividade por meio do zelo de seu instrumento de harmonia (que é a Constituição Federal) e sucumbir a um lamento, como o manifestado por Paulo de Barros Carvalho em análise dos efeitos que a figura do *prospective overruling* suscitou com a sua positivação no ordenamento:

A referida inovação conduziu nossas consciências, de maneira vertiginosa, ao questionamento de princípios fundamentais. Aquilo que há de mais caro para a dignidade de um sistema de direito positivo está sendo posto em tela de juízo, desafiando nosso espírito e estimulando nossas inteligências, ao reivindicar uma tomada de posição firme e contundente. Chegando-se a esse ponto, não cabem mais tergiversações e os expedientes retóricos somente serão admitidos para fundamentar a decisão de manter a segurança jurídica, garantindo a estabilidade das relações já reconhecidas pelo direito, *ou de anunciar, em alto e bom som, que chegou o reino da incerteza, que o ordenamento vigente já não assegura, com seriedade, o teor de suas diretrizes, que as pomposas manifestações dos tribunais superiores devem ser recebidas com reservas, porque, a qualquer momento, podem ser revistas, desmanchando-se as orientações jurídicas até então vigentes, sem outras garantias para os jurisdicionados.*<sup>411</sup> (grifamos).

Por isso, se as leis nas quais se funda a atividade judicial não se alteraram, a modificação da orientação dominante provocará o surgimento da garantia da irretroatividade, concebida em seu sentido amplo, para garantir a irretroatividade da nova decisão judicial aos "fatos jurídicos pretéritos (*mesmo quando não constituam atos jurídicos perfeitos ou adquiridos*)", como é o caso de "uma jurisprudência pretérita, de fato constante e longamente reiterada"<sup>412</sup>.

Mas quanto tempo corresponde ao tempo necessário de permanência no sistema para que uma jurisprudência pretérita possa receber a proteção ampla da regra constitucional da irretroatividade?

Tércio Sampaio Ferraz adverte que a conclusão adotada acerca da aplicação da garantia da irretroatividade em sentido amplo, não consiste na defesa de uma analogia generalizada, mas de um procedimento lógico efetuado diante de cada

---

<sup>411</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 102, 2008.

<sup>412</sup> Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz, conforme a lição acima já citada.

caso<sup>413</sup>. Miguel Reale, por sua vez, pondera que a definição de um prazo razoável, no silêncio da própria lei, "dependerá das peculiaridades de cada caso, das circunstâncias condicionadoras do ato irregular e de seu reexame [...]"<sup>414</sup>.

Com todo o respeito, ousamos discordar em parte dos eminentes juristas. Temos em mente que as peculiaridades do caso concreto farão frente aos aspectos subjetivos que exploraremos no próximo item, ao tratarmos da confiança legítima. Relativamente ao tempo, fenômeno físico cuja duração é apurada segundo as regras do calendário, entendemos que deva ser definido a partir de um critério objetivo, ou seja, definir um único lapso temporal no qual se objetivará apurar quais os efeitos gerados por uma orientação jurisprudencial aclamada como estável.

E ao se definir um marco temporal identificador da estabilidade de uma decisão, ao qual se vincula a presunção de que condutas praticadas com base naquela devem receber a proteção contra os efeitos retroativos de uma nova orientação jurisprudencial, não implica dizer que se está voltando ou cedendo ao método mecanicista, cuja consequência seria a de engessar o sistema, na contramão da flecha do tempo, e em prejuízo da racionalidade prática das decisões. Implica dizer que se terá garantido por um critério um termo a partir do qual se poderá afirmar que houve a acomodação de expectativas.

A esse título, sugerimos um critério que, no Direito Tributário, reflete exatamente essa função de acomodar expectativas: é o tempo do quinquênio legal.

Cinco anos é o lapso temporal que envolve as principais expectativas materiais e processuais havidas no Direito Tributário. É um lapso uniforme que rege os interesses da administração pública e dos contribuintes. Um quinquídio é o prazo disponível para que a Fazenda exerça o seu direito subjetivo de lançar o crédito tributário e/ou de exigi-lo por meio do devido processo legal, e também é o mesmo prazo conferido ao contribuinte para que pleiteie o direito à restituição, o direito ao crédito, à compensação e/ou qualquer outra verba, como nos termos do art. 1º do Decreto 20.190/32.

Assim, entendemos que cinco anos seja um tempo adequado e imparcial, independente de outros fatores (como no caso da coisa julgada), para que uma

---

<sup>413</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antônio Carrazza e Nelson Nery Junior. São Paulo: Manole, 2009, p. 7-15.

<sup>414</sup> REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 72.

orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores seja considerada estável e passível de legitimar a confiança de seus jurisdicionados. Fluídos os cinco anos, a decisão jurisprudencial dominante gozará da garantia da irretroatividade em sentido amplo, reconhecida em analogia à regra da irretroatividade da lei nova, e todos os casos pertencentes à mesma classe ou gênero de casos que ocorrerem posteriormente àquela, e durante o período em que a decisão se mantiver estável, receberão a mesma decisão do caso líder, na forma de uma sentença consistente com a sua expectativa<sup>415</sup>.

A adoção desse critério proporcionará o estado ideal de confiabilidade aos jurisdicionados, que saberão que o passado terá respeito no presente se adimplidas as condições de tempo e as subjetivas que a seguir serão apresentadas.

#### **4.2.2.3.6 A proibição da retroatividade de efeitos do presente para o passado pelo princípio da proteção da confiança**

Niklas Luhmann, citado por Misabel Derzi, define a confiança como uma técnica de relação dependente, que viabiliza a vida e as ações, sendo redutora das complexidades do mundo. Nas palavras do jurista,

A questão da complexidade define o problema fundamental, a partir do qual a confiança pode ser analisada funcionalmente e comparada com outros mecanismos sociais, funcionalmente equivalentes. Onde há confiança há aumento de possibilidade para a experiência e a ação; há possibilidade do aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a confiança constrói uma forma mais efetiva de redução da complexidade<sup>416</sup>.

Nesse contexto, as leis sistematizadas compreendem estruturas motivadoras da confiança, porque redutoras da complexidade, na medida em que estabilizam expectativas e preveem-lhes sanções<sup>417</sup>. A confiança, assim, não significa mera esperança. Implica na "expectativa confiável, que interfere diretamente na decisão tomada pela pessoa que confia"<sup>418</sup>.

---

<sup>415</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 309.

<sup>416</sup> NIKLAS LUHMANN. *Confiança*. Trad. Amada Flores. Anthropos. Santiago: Universidade IberoAmericana, 1996, p. 14 apud *ibid.*, p. 326.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 331.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 329.

Outro prisma da confiança citado por Misabel Derzi, após estudo da teoria de Claus Canaris, é o de que a responsabilidade pela aparência é uma forma de confiança positiva, porque, para aquele que confia, a situação por ele suposta, e em que confiou, é verdadeira, como se existisse na realidade<sup>419</sup>.

No direito pátrio, a proteção da confiança abrange ambos os aspectos citados da lição de Misabel Derzi. Como face subjetiva da segurança jurídica, particularmente do ideal de confiabilidade, à garantia da proteção da confiança o legislador constituinte conferiu *status* de princípio constitucional. Implícito como a segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança também se encontra nas dobras do sobreprincípio do Estado de Direito. Como instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito<sup>420</sup>, exerce sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade, ou na aparência de validade, de um conhecido ato normativo individual ou geral.

Este princípio constitucional destina-se a recobrar a confiança frustrada pela descontinuidade da vigência ou dos efeitos do ato normativo no qual foi depositada a confiança, seja por simples mudança, revogação, anulação ou, ainda, pela declaração de sua invalidade<sup>421</sup>. A proteção da confiança funciona como a eficácia reflexa, subjetiva e concreta do princípio da segurança jurídica, em conjunto com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade e com os princípios definidores da atuação estatal<sup>422</sup>.

---

<sup>419</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 341.

<sup>420</sup> No mesmo sentido, Diego de Simone, afirma que "a confiança legítima, pois, é instituto de características amplas, uma vez que pode ser aplicado em situações nas quais, embora não configure um direito adquirido pela ausência de todos os critérios necessários para tanto, se possa verificar a existência de uma legítima expectativa que, de acordo com as características da atuação estatal que a gerou, poderá requerer a proteção particular pelo Direito" (SIMONE, Diego Caldas Rivas de. *Segurança Jurídica e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 94). Misabel Derzi, por sua vez, também observa que "o princípio da irretroatividade suscita o reenvio ao princípio da confiança 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". (DERZI, loc. cit., p. 555).

<sup>421</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 360.

<sup>422</sup> O princípio da segurança jurídica revela, assim, a face geral da segurança jurídica, protegendo o interesse de todos, apesar, eventualmente, do direito de alguns; ao passo que o princípio da proteção da confiança garante o interesse de um ou de alguns, apesar, eventualmente, do interesse de todos. (ibid., p. 363).

O fato indutor da confiança é criado pelo Estado ou por seus órgãos públicos estatais<sup>423</sup>. A proteção da confiança, como afirma Diego de Simone, foi empregada pelo legislador como forma de atenuar as consequências que a aplicação mecânica do princípio da legalidade poderia provocar, visando à proteção daqueles que agiram de boa-fé e responsabilmente, assim como o desestímulo do comportamento irresponsável ou desleal das autoridades públicas<sup>424</sup>.

Neste aspecto, Misabel Derzi<sup>425</sup> elenca comportamentos do Poder Público diante dos quais a proteção da confiança ganha alta relevância. Confira-se:

- (i) nas situações juridicamente falhas, errôneas, e, por isso, ilícitas ou ilegais, praticadas pelo Estado, indutoras de confiança que, para o futuro, não podem ser mantidas, ou o são precariamente, mas que, em todo caso, suscitam a proteção da confiança do cidadão e da sua boa-fé;
- (ii) nas situações legalmente corretas, que já delimitaram a esfera jurídica do cidadão, no momento em que a intervenção da Administração pública altera o quadro, revogando benefícios antes concedidos ou criando encargos de toda natureza, retroativos, o que fere as expectativas anteriormente geradas, nas quais o cidadão tinha investido.

No âmbito do Direito Tributário, onde os atos atingem mais intensamente os direitos do contribuinte relacionados à liberdade e ao patrimônio, a proteção da confiança ganha ainda mais relevância diante da frustração gerada pela modificação normativa com incidência retroativa. Humberto Ávila<sup>426</sup> enfatiza que nestas situações sobressalta o fato de que o contribuinte só podia se orientar pelas normas vigentes no momento da ação, pois não poderia agir com base em normas futuras. É por essa razão que os direitos fundamentais passam a ser a medida para a protetividade da confiança, e por isso

[...] deve haver a inversão do ônus argumentativo: não é o contribuinte que deve encontrar uma razão para afastar os efeitos pretéritos da nova orientação normativa, mas sim o Estado, que deve ter uma justificativa proporcional para a restrição dos direitos fundamentais". (grifamos).

<sup>423</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 555.

<sup>424</sup> SIMONE, Diego Caldas Rivas de. *Segurança Jurídica e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 93.

<sup>425</sup> *Ibid.*, p. 406-407.

<sup>426</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 366.

Ou seja, na construção do conceito de *razões de segurança jurídica*, agora considerando o elemento normativo da proteção da confiança, diante da premissa que adotamos no sentido de que, "em vez de perscrutar requisitos relacionados à norma, é preciso examinar requisitos relativos aos atos indispensáveis à sua aplicação<sup>427</sup>"; sendo o fato indutor da confiança criado pelo Estado, em situações como as relacionadas supra, será dele o ônus argumentativo de demonstrar eventual justificativa que legitime a frustração da confiança do particular.

Entretanto, não se pode ignorar que nem toda a confiança – o agir conforme orientação normativa – é passível de proteção, uma vez que, sendo a confiança resultado da relação entre os direitos fundamentais do particular com os princípios atinentes à atuação estatal<sup>428</sup>, é necessário sejam identificados, na conduta de ambos (particular e Estado), traços que revelem ter havido um estado ideal de confiabilidade acerca de determinada questão normativa.

Humberto Ávila, com brilhantismo e precisão dedicados à identificação dos atos de disposições dos contribuintes (lembrando que a confiança está relacionada à disposição da liberdade e do patrimônio do particular), elaborou um rol de normas que servem de parâmetros heurísticos<sup>429</sup> para a verificação da protetividade da confiança a partir de critérios materiais, em lugar dos critérios formais da consumação do ato. Traçando um esquema passo a passo, o autor sugere critérios pelos quais o intérprete poderá vislumbrar, valendo-se das particularidades do fato concreto, se em determinada realidade jurídica era possível constatar (ou não) um estado ideal de confiabilidade, a justificar a proteção da segurança jurídica por meio do princípio da confiança.

O citado autor ainda adverte que a proposta que oferta pode ser utilizada sempre que as regras – objetivas – de irretroatividade tributária<sup>430</sup> e de proteção do

---

<sup>427</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 339. (grifos nossos).

<sup>428</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 435.

<sup>429</sup> Um guia de interpretação para o próprio intérprete.

<sup>430</sup> Aqui o autor se refere à regra da irretroatividade das leis e em relação a ela não constrói hipótese de aplicação analógica à nova orientação jurisprudencial, como fizemos no item anterior. Por essa razão, defende que a proteção da confiança, por demandar uma análise mais subjetiva dos fatos, deve ser invocada se as garantias objetivas forem insuficientes. Ao conceito de mudança jurisprudencial acresce: "dependerá da força normativa da decisão e dos efeitos concretos que, efetiva ou presumidamente, produziu". (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 473).

ato jurídico perfeito e do direito adquirido forem insuficientes para proteger o cidadão<sup>431</sup>.

Passemos a elas:

**1ª regra** – O grau de proteção da confiança será tanto maior quanto maior for o grau da presença dos elementos normativos, pertinentes à situação de fato abaixo indicados:

- vinculatividade: (base da confiança) – quanto maior for o grau de vinculação normativa do ato, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada;
- aparência de legitimidade do ato – quanto maior for o grau de aparência de legitimidade do ato – maior deve ser a proteção da confiança nele posta;
- modificabilidade – quanto maior for o grau de permanência do ato – maior deve ser a proteção da confiança a ele atribuída;
- efetividade – quanto maior for o grau de realização da finalidade subjacente à suposta regra violada, tanto maior deve ser a proteção dos efeitos do ato inquinado de ilegal;
- indução – quanto maior o grau de indução decorrente do ato – maior deve ser a proteção merecida pela confiança com base nele exercida;
- individualidade – quanto maior for o grau de proximidade do ato – maior deve ser a proteção da confiança nele depositada;
- onerosidade – quanto maior for o grau de onerosidade do ato – maior deve ser a proteção da confiança nele depositada;
- durabilidade – quanto mais duradoura no tempo for a eficácia temporal do ato, maior proteção merece a confiança nele depositada.

**2ª regra** – Quanto maior for a presença do elemento durabilidade, isto é, quanto maior o tempo transcorrido entre a prática do ato e a decisão a respeito da sua anulação ou da sua revogação, tanto menor poderá ser a presença dos outros elementos.

**3ª regra** – O baixo grau de presença de um elemento deve ser compensado pelo alto grau da presença dos outros.

**4ª regra** – No caso de norma tributária com finalidade extrafiscal, deve-se afastar o efeito prospectivo sempre que o objetivo puder ser atingido deixando os referidos atos passados de fora do âmbito normativo da nova lei e o efeito comportamental da mudança não atingir o comportamento dos contribuintes relativamente aos atos já praticados.

**5ª regra** – Se o objetivo só puder ser atingido com a eficácia retrospectiva da nova lei, ele deverá ser tanto mais importante quanto mais intensamente forem restringidos os direitos de liberdade e de propriedade do cidadão.

**6ª regra** – Os direitos de liberdade e de propriedade do cidadão são tanto mais restringidos quanto mais brusca e drástica for a modificação normativa, mais difícil a reversão das disposições, maior a dependência do ato e mais extensos os prejuízos causados.

**7ª regra** – ainda que o efeito retrospectivo seja necessário e a sua importância justifique a restrição da dimensão passada do princípio da

---

<sup>431</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 409.

segurança jurídica, ele deve ser afastado se a restrição da dimensão futura desse princípio for ainda mais restringida<sup>432</sup>.

Da leitura das regras supra, pode se concluir que a responsabilidade do particular será inversamente proporcional ao grau de ingerência estatal na sua liberdade<sup>433</sup>, pois quanto maior a influência exercida pelo Estado, menor será a responsabilidade do particular por cumprir a conduta normada e, portanto, menor será o risco por ele assumido. Esse cenário fático fortalece o direito do contribuinte à proteção da confiança depositada no ato do Estado.

Outro aspecto: quanto mais forte a base da confiança, maior o grau de confiabilidade por ela merecido. A base da confiança, traduzida nas normas que serviram de fundamento para a ação ou omissão do particular, caracteriza-se por sua aptidão para servir de fundamento ao exercício dos direitos de liberdade e de propriedade, e não pelos requisitos que possui. Sendo assim, quanto maior essa base, maior será a deslealdade do Estado pela frustração da confiança do particular e, conseqüentemente, menores deverão ser as exigências em relação à atuação deste<sup>434</sup>.

Quanto mais extensa e intensa for a atuação do particular, maiores serão a lealdade e o enriquecimento ilícito do Estado, se frustrar a sua confiança. Ou seja, quanto mais duradouros o ato estatal e a conduta com base nele praticada (ou seja, se a conduta não sofrer reforma), maior será a frustração da confiança do particular, se imposta a retroatividade da base modificada. Nesse ponto, para a protetividade da confiança pouco se exigirá em relação à base da confiança<sup>435</sup>.

Quando a retroatividade da eficácia da nova norma for necessária, essa definição deverá ser balizada pela intensidade da restrição que puder causar nos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade do contribuinte. O grau de intensidade irá depender da irreversibilidade dos atos de disposição do particular, da dependência gerada pela produção anterior dos efeitos do ato estatal e do prejuízo causado pela confiança depositada neste ato. A intensidade da restrição dos direitos de liberdade e de propriedade corresponde à dificuldade de reversão da medida<sup>436</sup>.

---

<sup>432</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 408-409.

<sup>433</sup> *Ibid.*, p. 409.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 367-403.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 403.

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 406.

Enfim, como adverte Humberto Ávila, a imposição da retroatividade da nova norma para se atender à finalidade pública objetivada deve justificar todas as restrições ao princípio da segurança jurídica, e não somente a restrição do princípio da proteção da confiança, pois, "ou a segurança jurídica é inteira, ou não é segurança jurídica"<sup>437</sup>.

Neste aspecto, é importante frisar que, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, a aplicação do princípio da proteção da confiança não se referirá a uma "segurança subjetivada", mas sim ao princípio da segurança jurídica na sua dimensão objetiva e no seu aspecto pessoal relacionado ao interesse coletivo<sup>438</sup>. Isto é, a modulação de efeitos de uma decisão invalidante em controle concentrado por razões de segurança jurídica, reconhecidas pelo prisma da proteção da confiança, não decorrerá da análise de nenhuma conduta específica por parte dos que confiaram; decorrerá do reconhecimento do direito à proteção da confiança de todos que abstratamente orientaram-se ou poderiam ter se orientado pela norma modificada, revogada, etc.

Já no controle difuso, onde haverá repercussão transindividual dos efeitos da decretação da invalidade de uma norma ou da mudança da orientação jurisprudencial estável, a confiança a ser protegida não poderá se restringir ao exercício concreto da liberdade do contribuinte litigante; ou seja, a modulação de efeitos não poderá ser obstada por alguma impropriedade de algum dos casos concretos levados à repercussão geral se as demais lides representantes da temática permitirem a contemplação do respeito ao direito abstrato de todos à liberdade<sup>439</sup> e com isso atenderem a razão de ser do instituto da repercussão geral.

Assegurado o direito de escolha de seguir a conduta orientada, pela proteção da confiança, a liberdade protegida influenciará diretamente na disposição de outro bem tutelado pela segurança jurídica: o patrimônio do particular. E neste caso, permitirá que aqueles que se sentiram prejudicados possam ir a juízo (se temporalmente possível) e demonstrem subjetivamente a liberdade ferida, assim como a lesão patrimonial que lhe será imposta, se aplicada individualmente a retroatividade obstada pela modulação de efeitos conferida no caso líder.

---

<sup>437</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 407.

<sup>438</sup> Cf. *ibid.*, p. 365.

<sup>439</sup> Cf. *ibid.*, loc. cit.

Saliente-se, ainda, que na busca individual do reconhecimento da proteção da confiança, a boa-fé representa componente essencial e liminar para que o pleito seja legítimo. A boa-fé incorpora o valor ético da confiança<sup>440</sup> e, nesse aspecto, constitui fundamento do princípio da proteção da confiança legítima.

#### **4.2.2.3.7 A proibição da retroatividade dos efeitos da nova orientação jurisprudencial pela protetividade da confiança**

Adotamos o rol de normas sugerido por Humberto Ávila<sup>441</sup> para a verificação da protetividade da confiança a partir de critérios materiais, em lugar dos critérios formais da consumação do ato, como um parâmetro de orientação heurístico para a atividade de ponderação a ser empreendida pelo intérprete autêntico, da qual resultará a aplicação ou não do elemento da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade.

Observa-se que a construção da proibição da retroatividade foi elaborada com base na restrição dos direitos fundamentais, particularmente da liberdade e da propriedade, partindo-se da premissa de que a responsabilidade do particular será inversamente proporcional ao grau de ingerência estatal na sua liberdade; quanto mais forte a base da confiança normativa, maior o grau de confiabilidade por ela merecido.

Pois bem. Quando se está diante de uma norma anulatória que certificou a invalidade de outra, seja por meio de um processo de controle de constitucionalidade concentrado ou controle difuso, adiantamos que não entendemos haver confiança do Estado a ser protegida que justifique a aplicação dos efeitos prospectivos. Esta tomada de posição será explicitada adiante em item próprio; mas, de toda a sorte, para aqueles que entendem pela possibilidade de modulação de efeitos a favor do Estado, a hipótese não deixa muita margem de dúvidas quanto à base de confiança: sendo a norma de natureza legiferante ou emitida no exercício desta função atípica pelo Poder Executivo, se declarada a sua invalidade, a modulação de efeitos somente encontrará óbice se não apurada "insegurança" com a irretroatividade da norma invalidante.

---

<sup>440</sup> GOMES, Marcus Lívio. *A interpretação da legislação tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, 48.

<sup>441</sup> Um guia de interpretação para o próprio intérprete.

Por outro lado, quando a norma a demandar a análise de sua eficácia temporal for de natureza judicial, uma decisão que tenha alterado um precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, este poderá ser questionado enquanto base normativa a ensejar a proteção pelo princípio da confiança, haja vista inexistir regra expressa no ordenamento nesse sentido.

Nada obstante, assim como defendemos a aplicação analógica da regra da irretroatividade das leis em sentido amplo, por considerar que às decisões proferidas pelas mais altas Cortes do País não podem ser negados efeitos jurídicos, dada a sua função precípua de uniformizar o sentido e orientar a conduta escoreta do jurisdicionado, mesmo o não litigante, especialmente quando estável durante o tempo admitido para a acomodação das expectativas no Direito Tributário – o quinquênio legal, entendemos que a proteção da confiança também há de ser perquirida na realidade jurídica que sofreu os efeitos da decisão modificada e que também sofrerá os efeitos da decisão modificadora se estes não forem modulados.

Nas palavras de Humberto Ávila,

[...] se a proteção da confiança diz respeito à restrição causada pela mudança jurisprudencial nos direitos fundamentais, é preciso analisar não a capacidade de a decisão produzir efeitos, mas os efeitos concretamente produzidos relativamente ao exercício dos referidos direitos<sup>442</sup>.

Ou seja, a base da confiança, *in casu*, a orientação jurisprudencial modificada, que serviu de fundamento para a ação ou omissão do particular, deve ser avaliada pela sua *aptidão para servir* de fundamento para o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade, e não pelos requisitos que possui. É essa aptidão normativa que constitui o ponto nodal da proibição da retroatividade jurisprudencial que defendemos neste item.

Não se trata de uma decisão cuja aptidão decorra de sua eficácia geral, como na hipótese atualmente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual somente será considerada modificada e poderá ter avaliada a preservação de seus efeitos, a decisão judicial que já tiver transitado em julgado<sup>443</sup>. O ponto sobre o qual refletimos se trata da aptidão de uma decisão "em relação à qual se podia acreditar ser aplicável a um caso semelhante ao que foi seu objeto, em período em que

---

<sup>442</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 473.

<sup>443</sup> Em relação à qual já apresentamos nossas reflexões no item "Modificação de Jurisprudência".

razoavelmente se podia contar com a sua aplicação"<sup>444</sup> e que de repente é alterada. Em relação a essa alteração é que o jurisdicionado se verá surpreso (diante da nova orientação), e também diante dela não terá podido agir em liberdade, pois privado pela retroatividade de seus efeitos.

Aqui também há de se esclarecer que a aptidão normativa investigada, e que pode conduzir à garantia da irretroatividade jurisprudencial, não pode ser equiparada à aptidão vislumbrada por um prisma positivista, pois aquela decorre da dinâmica da sociedade, acompanhada pela estrutura do Direito, que estão no curso da flecha do tempo; e esta decorre de uma premissa mecanizada, que, tal como o positivismo que enfatizamos, deva ser temperado na análise dessa temática da modulação de efeitos, por se mostrar insuficiente diante dos acasos contemporâneos, essa premissa também o deve ser.

A retroatividade dos efeitos da nova orientação jurisprudencial, se não obstada pela regra constitucional da irretroatividade em sentido amplo, pode ser obstada se demonstrado ferido o princípio da segurança jurídica em conexão com os direitos fundamentais e os princípios que orientam a atuação estatal<sup>445</sup>.

Para tanto, o intérprete terá de buscar na realidade jurídica ameaçada pela retroatividade da nova norma judicial elementos que tenham conformado os estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade, e que informarão ter havido um estado de segurança jurídica, para depois ponderá-los com a finalidade pública traduzida no novo sentido conferido ao(s) enunciado(s) prescritivo(s) reinterpretado(s).

Imaginemos a seguinte situação: no ano de 2000, determinado contribuinte, baseado em decisão do Plenário do STF, que definiu que a conduta prevista na norma X deveria ser adimplida da forma A, decide dispor de seu patrimônio para empregar em negócio cuja atividade principal envolvia a conduta X, e a praticou na forma A. Em 2006, o Plenário do STF volta a reinterpretar a norma X, entretanto entende que a conduta nela prevista deve ser praticada da forma B, e essa determinação perfaz a norma Y, cujos efeitos não foram modulados.

No ano de 2000, os estados ideais de cognoscibilidade e calculabilidade foram promovidos pelos seguintes comportamentos: por conhecimento da orientação conferida pela decisão do Plenário do STF, o contribuinte decidiu praticar a conduta

---

<sup>444</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 477.

<sup>445</sup> *Ibid.*, p. 478.

conforme o sentido orientado. Ou seja, conhecida a regra que regula a sua ação (cognoscibilidade), o contribuinte pode medir, mesmo que minimamente, os efeitos que ela e o ordenamento jurídico poderiam lhe atribuir (calculabilidade). E se optou por agir, fez a escolha com liberdade e responsabilidade<sup>446</sup> para dispor de seu patrimônio.

Contudo, em 2006, nova orientação foi expedida pelo STF sobre a forma de adimplemento da norma X. Aquela se deu no bojo da norma Y, e, ao redefinir a forma de adimplemento da norma, determinando a maneira B, teve seus efeitos fixados nos moldes *ex tunc*. Pergunta-se: como poderá o contribuinte, desconhecendo a nova norma (Y), porque inexistente ao tempo da prática de seus atos (em 2000), ser responsabilizado pelo sentido jurídico de sua ação (realizada em 2000), agora modificado pela norma (de 2006) que inexistia ao tempo em que decidiu agir?

Este é o efeito causado pela retroatividade da nova orientação jurisprudencial: contradição com as exigências de cognoscibilidade e de calculabilidade do Direito e eliminação de seu caráter orientador: o indivíduo que age em conformidade com a orientação da norma X pode ter a sua ação regulada pela norma Y, inexistente e desconhecida ao tempo de sua ação, e, em relação a isso, nada poderá fazer, visto que, nesta sede processual, não terá nenhuma capacidade de reação – por não ser parte da lide, aliada à irrevisibilidade dos atos do intérprete autêntico<sup>447</sup>.

Este é um cenário de insegurança no qual a proteção da confiança há de ser garantida. O contribuinte legitimamente espera que o seu comportamento seja valorado de acordo com a decisão com base na qual ele se orientou ou podia ter se orientado e que posteriormente veio a ser alterada<sup>448</sup>. Essas são razões de segurança jurídica baseadas no elemento proteção da confiança, que autorizam a modulação de efeitos da decisão modificadora.

---

<sup>446</sup> "Conhecendo a regra que regula a sua ação e medindo os efeitos que ela lhe atribui, a decisão de agir envolve um ato de liberdade e de responsabilidade: de liberdade na medida em que o indivíduo, podendo agir ou não agir, e podendo agir em um ou outro sentido, decide adotar um comportamento que se enquadra na hipótese de uma regra; de responsabilidade porque o indivíduo, tendo possibilidade de calcular os efeitos atribuídos pela regra à sua conduta, opta pela ação, e com isso, decide aceitar a imposição dos referidos efeitos. É precisamente em virtude dessas razões que a segurança jurídica não tolera a retroatividade". (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 478).

<sup>447</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 478-479.

<sup>448</sup> *Ibid.*, p. 482.

Conflitos em razão de modificação jurisprudencial ocorrerão apenas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, e neste haverá repercussão transindividual dos efeitos da nova norma, de modo que a confiança a ser protegida não poderá se restringir ao exercício concreto da liberdade do contribuinte litigante; mas deverá dizer respeito ao direito abstrato de todos à liberdade<sup>449</sup>.

Contudo, o reconhecimento da frustração da confiança no caso líder pode não assegurar efetivamente a proteção em todos os demais casos semelhantes, se em algum ponto as condutas dos contribuintes envolvidos se diferenciarem. Tal como ocorre com a decisão anulatória que declara a invalidade de uma norma, atribuindo-lhe efeitos *ex tunc* e que não alcança os fatos jurídicos formados com base nela, tendo de ser invalidados um a um, na modulação de efeitos de uma nova orientação jurisprudencial, os contribuintes que objetivarem a preservação dos fatos jurídicos semelhantes ao da lide líder, mas não alcançados por ela, terão de comprovar ter agido com base na orientação jurisprudencial e que a sua confiança foi desconsiderada, tal como ocorreu com o contribuinte do caso líder.

As sete regras que compõem o rol de parâmetros heurísticos para o intérprete se aplicam para a verificação da aplicação do princípio da proteção da confiança na hipótese de mudança de orientação jurisprudencial, e, além delas, Humberto Ávila<sup>450</sup> especifica outras, direcionadas exclusivamente à apuração da aptidão da base da confiança, ou seja, a aptidão da decisão modificada para servir de fundamento para os comportamentos cujos efeitos se pretenderem preservar por meio da modulação de efeitos. São elas:

- a) Quanto maiores forem a *vinculatividade* e a *pretensão de permanência* da decisão, maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte: mesmo nas hipóteses de decisões sem força vinculante formal, mas que indicam a pretensão de permanência ou a pouca verossimilhança de futura modificação, assim como elevado grau de pretensão terminativa, deve ser ponderada a proteção da confiança.
- b) Quanto maior for a *finalidade orientadora da decisão*, maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte. Nessa hipótese,

---

<sup>449</sup> Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 365.

<sup>450</sup> Cf. *ibid.*, p. 483-496.

podemos citar as decisões das Seções do Superior Tribunal de Justiça, que decorrem da própria função da decisão.

- c) Quanto maior for a *inserção da decisão numa cadeia de decisões uniformes*, maior será a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte.
- d) Quanto maior for a capacidade generalizadora da decisão, maior será a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte.

Por todos os aspectos salientados, bem se vê que não há uma solução padrão para a definição da aplicação do princípio da proteção da confiança, mas isso não implica um óbice a impedir a modulação de efeitos baseada neste elemento.

#### **4.2.2.3.8 A proibição da proteção da confiança do Estado**

Como afirmamos no Capítulo 3, a inconstitucionalidade constitui um vício aferido no plano de validade da norma, decorrente da sua introdução no sistema operada por agente não credenciado ou pela inobservância dos demais procedimentos previstos na norma de competência.

Por essa premissa, podemos afirmar que constituirão objeto de análise pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade os atos normativos expedidos pelos Poder Público, assim como as suas omissões verificadas em inadimplemento do dever de legislar, que importarem violação à Constituição, uma vez que os comportamentos privados ingressam na seara da legalidade.

Disso resulta que a sanção da inconstitucionalidade de uma norma representará uma reação do ordenamento jurídico pelo descumprimento por parte do Poder Público das normas constitucionais. Representará a penalidade a ser imposta ao Poder Público legiferante ou quem lhe fizer as vezes, pela emissão de norma contrária à Carta Magna.

E se assim é, a modulação de efeitos, que nasce, quando aplicada, no bojo de uma norma invalidante – ou seja, é parte da norma, corresponde ao seu critério temporal –, sem alterar sua natureza sancionatória, também corresponde a uma sanção. Sim, porque decorre da certificação da invalidade de uma norma e atua como um instrumento de redimensionamento dos efeitos desta invalidade: influenciará na definição da eficácia temporal da inconstitucionalidade reconhecida

ou do sentido determinado como o aceito e vigente, na hipótese de modulação dos efeitos da norma que alterou uma orientação jurisprudencial. Neste último caso, prorrogará a eficácia temporal da norma modificadora e estenderá a vigência da norma modificada, por exemplo.

E é sanção, reiterando o já afirmado no Capítulo 3, porque não obstante não aplique o princípio da nulidade e imponha a retroação dos efeitos da nova norma, ainda assim implicará em sanção para o órgão emissor da norma declarada inválida, porquanto esse não mais poderá dela se valer para atingir o objetivo normativo pretendido. E na hipótese de modulação dos efeitos da norma que alterou uma orientação jurisprudencial estável, definindo um novo sentido conforme a Constituição, a sanção corresponderá à impossibilidade de o órgão que se beneficiaria com a retroatividade dos efeitos da decisão modificadora poder exigi-lo, pois o adimplemento do "novo sentido, da nova orientação judicial" estará condicionado ao momento da publicação do v. acórdão ou de outro determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, como reconhecer o direito à modulação de efeitos em benefício do Estado?

O objeto da certificação de invalidade é uma norma criada pelo Estado em descumprimento das regras de incompetência; e a pena por esse inadimplemento é a imposição de uma sanção: a invalidade da norma criada. Na alteração de uma orientação jurisprudencial estável, o objeto será a correção de um sentido entendido como não conforme à Constituição, definido por representante do Poder do Estado<sup>451</sup> – o Supremo Tribunal Federal (já que a ele não pode ser negada essa natureza) –, e a pena por esse inadimplemento é o impedimento de adoção do novo sentido para os fatos ocorridos antes da sua "vigência".

A modulação, quando aplicada, deve resultar de um processo de ponderação no qual se objetiva verificar prejuízo à segurança jurídica ou a excepcional interesse social. A segurança jurídica é princípio protetivo de direitos individuais frente ao Estado, e não instrumento de aumento de seu poder<sup>452</sup>. O excepcional interesse

---

<sup>451</sup> Aqui relembremos a lição de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, já destacada no Capítulo 3, sobre o fato da sanção decorrente do processo de controle de constitucionalidade possuir uma peculiaridade, qual seja, o fato de ela nem sempre atingir os representantes do Poder Público que editaram a norma inválida<sup>451</sup>, *in casu*, o Poder Judiciário, e ainda assim caracterizar uma sanção; uma vez que imporá o impedimento do Poder que se beneficiaria com a retroatividade da "nova orientação" se valer dela para atingir o passado.

<sup>452</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 542.

social, como ser verá, não se confunde com os interesses estatais imediatos; identifica-se com "o interesse que consulta à maioria da sociedade civil; o interesse que reflete o que esta sociedade entende por 'bem comum'; o anseio de proteção  *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados"<sup>453</sup> que ela, sociedade, entendeu por relevantes.

Logo, tendo os princípios da proteção da confiança e da boa-fe objetiva por objeto direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição  Administração Pública, ao Poder legislativo e ao Poder Judiciário; quando os poderes do Estado criam o fato gerador da confiança<sup>454</sup>, não há se falar na modulação de efeitos em benefício do Estado, pois não há confiança a ser protegida.

E nem mesmo pode se cogitar de uma figura protetiva da confiança do Estado para a modulação de efeitos de alteração de um paradigma jurisprudencial que era favorável aos contribuintes e lhes garantia o não pagamento de determinado tributo, por exemplo, pois para essa hiptose o próprio ordenamento autoriza que o Estado lance os seus tributos para prevenir a decadência, mantendo suspensa a sua exigibilidade, de modo que não há se falar em prejuízo para o Erário, tampouco em confiança frustrada pelo Poder Judiciário a favor dele.

No sentido da modulação a favor do Estado pelo prisma da irretroatividade da lei, cita-se ainda a Súmula 654 do Superior Tribunal Federal, segundo a qual: "a garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5, inciso XXXVI, da Constituição da República, não  invocável pela entidade estatal que a tenha emitido".

E mais, o princípio da proteção da confiança destina-se  proteção da expectativa ou da não surpresa, tendo a Constituição Federal prescrito regras protetivas dos direitos individuais frente ao Estado, como o direito adquirido, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito a favor do particular e "as limitações ao poder de tributar". Não há no sistema referência a esse tipo de proteção destinada ao Estado, porque falta a ele aquilo que é essencial  aplicação da confiança: a possibilidade de ter a sua atuação surpreendida, em sentido negativo, pelo comportamento de outra pessoa, já que por meio de seu Poder Legislativo é o Estado quem "dita" a conduta

---

<sup>453</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

<sup>454</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 495.

a ser seguida e por isso não se submete ao Direito, para nele extrair a confiança que posteriormente possa ser frustrada<sup>455</sup>.

Humberto Ávila<sup>456</sup> adverte que o princípio da confiança pressupõe uma base da confiança, uma confiança, o exercício de uma confiança e a sua posterior frustração. Os fundamentos principais do princípio da confiança são os direitos fundamentais. O Estado não tem direitos fundamentais, antes possui o dever de concretizá-los; os direitos fundamentais pressupõem um "substrato pessoal", vinculado à dignidade humana, inexistente no caso do Estado. Tanto é que, no âmbito do Direito Tributário, essa protetividade dos direitos fundamentais é ainda mais reforçada, a exemplo dos direitos fundamentais da igualdade e da propriedade, e das regras da irretroatividade e da anterioridade, positivadas como "limitações ao poder de tributar".

#### 4.2.3.4 Excepcional Interesse Social

Assim como as *razões de segurança jurídica*, a expressão *excepcional interesse social* foi utilizada pelo legislador como um conceito indeterminado, cuja determinação foi conferida ao intérprete aplicador do Direito, que terá de construí-la colhendo o mínimo de significado atribuído a ela na realidade fenomênica e as particularidades do caso concreto sobre o qual incidiu a norma em processo de inconstitucionalização ou a norma de orientação jurisprudencial que sofreu alteração. Começemos pelo significado.

A palavra *interesse* tem origem latina: *inter esse*, estar entre, participar. Temos que o interesse sempre compreenderá uma relação entre um sujeito e um bem ou um sujeito e o valor deste bem. Vista sob o prisma do sujeito, a relação traduz-se em necessidade e, quando analisada pela ótica do objeto, traduz-se em utilidade<sup>457</sup>. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. (...) trata-se da busca de uma situação de vantagem, que faz exsurgir um

<sup>455</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 543-545.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 544-545.

<sup>457</sup> Cf. SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. v. 28. Rio de Janeiro: Borsoi, s.v. *interesse* apud FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. *Revista Internacional Direito e Cidadania*. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

interesse na posse ou fruição daquela situação. Essa interação 'pessoa-objeto' defluiu, já, da própria base terminológica *quod inter est*: consoante os diversos enfoques doutrinários, ora se revela por seu aspecto objetivo ('rapporto tra un bisogno dell'uomo e un quid a soddificarlo' - F. Carnelutti, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, CEDAM, Padova, 1926, p. 3), ora sob o prisma subjetivo ('ciò che si chiama interesse no è altro che la valutazione di qualcosa come mezzo e strumento per realizzare um fine proprio o altrui' - cf. C. Sforza, citado por V. Vigoriti, in *Interessi collettivi e processo*, 1979, p. 18, nota n. 1)<sup>458</sup>.

No Texto Constitucional vigente, o termo *interesse* foi associado às expressões *interesse público e interesse social*.

Segundo Rodolfo Mancuso, "quando se lê ou se ouve a expressão 'interesse público', a presença do Estado se nos afigura em primeiro plano. É como se ao Estado coubesse não só a ordenação normativa do 'interesse público', mas também a soberana indicação de seu conteúdo"<sup>459</sup>. A par dessa definição, Antonio de Camargo Ferraz<sup>460</sup> elenca alguns enunciados do Texto Constitucional que, segundo o autor, parecem denotar o modo pelo qual os órgãos da administração veem o interesse público:

- a) no art. 37, IX, há referência ao interesse da administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- b) nos arts. 19, I, 57, § 6º, II, ou 66, § 1º, há a referência ao interesse público sob o prisma da Administração, ou seja, à forma como o Poder Público interpreta esse interesse;
- c) no art. 231, § 6º, há menção expressa ao "relevante interesse público da União";
- d) no art. 51 do ADCT, cuida-se da revisão de doações, vendas e concessões de terras públicas no "interesse público" dos entes da Administração; e
- e) nos arts. 93, VIII, 95, II, e 128, I, b; a remoção, disponibilidade e aposentadoria de Juízes de Direito e Promotores de Justiça, por interesse público, ocorre por critérios e fundamentos próprios da Magistratura e do

<sup>458</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses. *Revista de Processo*, n. 55, jul.-set. 1989, p. 165-166.

<sup>459</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>460</sup> FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. *Revista Internacional Direito e Cidadania*. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

Ministério Público (isto é, mediante avaliação do que essas instituições fazem do interesse próprio e dos jurisdicionados no caso concreto).

Já o interesse social não se confunde com os interesses estatais imediatos; identifica-se com "o interesse que consulta à maioria da sociedade civil; o interesse que reflete o que esta sociedade entende por 'bem comum'; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados"<sup>461</sup> que ela, sociedade, entendeu por relevantes.

Nesse aspecto, relativamente à relação entre um sujeito e um objeto, no interesse social será titular toda a coletividade, todo o grupo social, e o objeto serão os bens ou valores essenciais para a vida em sociedade (o bem comum<sup>462</sup>). De modo menos utópico, como adverte Antonio de Camargo Ferraz<sup>463</sup>, os sujeitos do interesse social podem ser parcelas significativas da coletividade, e não necessariamente toda ela, sendo preservada, porém, a indeterminação das pessoas que as integram (pois, do contrário, se estaria na órbita do interesse coletivo).

Há os que adotam a distinção feita por Renato Alessi entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*. Por essa, o segundo vai ao encontro do modo como os órgãos da Administração interpretam o interesse público, e o primeiro

---

<sup>461</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

Para Ada Pellegrini Grinover, interesses sociais são os "interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios." (GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, n. 97, jan.-mar. 2000, p. 9).

<sup>462</sup> Há interesse social, por exemplo, em que se tutele a vida e a liberdade das pessoas, como também a família e os incapazes, em que se garanta o respeito às disposições de última vontade e a exatidão dos registros públicos, em que se assegure a preservação dos recursos naturais e a proteção do consumidor. Não seria harmônico ou possível o convívio no seio de uma coletividade em que fosse admissível matar, roubar ou exercer arbitrariamente as próprias razões, em que fosse legítimo auferir vantagem à custa da incapacidade de outrem, ou destruir o patrimônio ambiental, ou, ainda, em que fosse tolerável a fraude nas relações de comércio, ou a imposição de condições arbitrárias nas relações de consumo. (FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. *Revista Internacional Direito e Cidadania*. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>>. Acesso em: 23 ago. 2012).

<sup>463</sup> *Ibid.*

é identificado como correspondente ao bem geral, sendo sinônimo de interesse social<sup>464</sup>.

Partindo da definição de que o interesse social se dá em prol da coletividade, Antonio de Camargo Ferraz<sup>465</sup> cita que, não obstante o legislador constituinte tenha relacionado algumas hipóteses constitucionais como sendo expressão do interesse público (dentre as transcritas acima), entende que deveria o legislador ter falado em interesse social. Confirmam-se as hipóteses:

- a) No art. 19, I, da Constituição Federal, a vedação de que os entes administrativos se relacionem com entidades religiosas é excepcionada para os casos em que a lei identifique e aceite "colaboração de interesse público". Aqui o autor entende deveria ter o legislador falado em "interesse social".
- b) No art. 93, IX, da Constituição Federal, o "interesse público" à informação que se preserva nos julgamentos perante o Poder Judiciário se trata de um interesse tipicamente "social". Segundo Antônio Ferraz, a relação entre ser devida ou indevida restrição ao direito de informação não pode ser apropriada pelo Estado-Administração.
- c) No art. 114, § 3º, da Carta Magna, a previsão de que o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, "em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público", teria feito sentido se se falasse em lesão do interesse social, porque parece ser a este e não àquele que o legislador pretendia se referir.

Por outro lado, o referido autor cita hipóteses nas quais o legislador constituinte se valeu da previsão de interesse no Texto Constitucional, referindo-o adequadamente à concepção social. Vejam-se:

- a) no art. 5º, XXIV, a desapropriação prevista tem lugar em acolhida a típico interesse social típico, diferentemente da que é decretada "por necessidade ou utilidade pública", mais diretamente ligada aos interesses da Administração;

---

<sup>464</sup> FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. *Revista Internacional Direito e Cidadania*. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

<sup>465</sup> Ibid.

- b) no art. 184 e § 2º, como na hipótese acima, o interesse social se dá com a desapropriação para fins de reforma agrária, quando o imóvel rural não esteja cumprindo sua função social;
- c) no art. 5º, XXIX, a tutela dos inventos, marcas e signos distintivos de empresas se faz em vista do interesse social e de desenvolvimento tecnológico e econômico do País;
- d) no art. 5º, LX, a publicidade dos atos processuais, que constitui objeto de interesse social, somente poderá ser restringida em razão de defesa da intimidade ou de outro interesse social;
- e) no art. 127, a defesa precípua do interesse social compete ao Ministério Público;
- f) no art. 144, "a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio";
- d) no art. 79 do ADCT, faz-se a referência a programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida;

Da leitura das hipóteses normativas citadas, bem se identifica a diferença entre o conteúdo protegido a título de interesse público e a título de interesse social; contudo, não há se negar que o interesse social também é de natureza pública, considerada como o oposto do que é privado. No entanto, nada obstante o interesse público exclua, em princípio, os interesses privados, estes não deixam de constituir interesse público consistente na salvaguarda dos direitos fundamentais dos particulares, que não têm cunho meramente privado<sup>466</sup>.

Nesse aspecto, entre as várias perspectivas de estudo dos direitos fundamentais, Cláudia Maria Borges Costa Pinto<sup>467</sup> os descreve por meio de dimensões e destaca que os direitos fundamentais encontram-se no "grau mais

---

<sup>466</sup> MEDEIROS, Rui apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 313 apud OLIVEIRA, Aline Lima de. *A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

<sup>467</sup> COSTA PINTO, Cláudia Maria Borges. *O "excepcional interesse social" e o direito à repetição do indébito tributário*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba: PUC-PR, 2008.

elevado possível de interesses públicos, que devem, em regra, prevalecer sobre todos os demais interesses, públicos ou individuais"<sup>468</sup>:

- a) *primeira dimensão*: direitos de liberdade – civis e políticos. Se caracteriza pela subjetividade. Referidos direitos consistem em limitações à atuação do Estado, que deve respeitar a esfera individual;
- b) *segunda dimensão*: direitos de igualdade, entendidos como direitos sociais, culturais e econômicos. São direitos que exigem prestações positivas do Estado;
- c) *terceira dimensão*: direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, etc; considerados direitos de solidariedade entre as pessoas.

Com efeito, buscamos aqui elencar uma gama de direitos que se subsumem ao conceito de interesse social, na medida em que refletem o que a sociedade entende por bens e valores que demandam tutela em prol do bem comum. Mas é cediço que estes não estão limitados aos indicados expressamente no texto da Constituição, que não se presta a elencar de maneira exaustiva todos os direitos dos cidadãos, até porque isso seria impossível. Daí a norma disposta no § 2º de seu art. 5º assegurar que não ficam excluídos outros direitos e garantias "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte", como as normas ordinárias pautadas em princípios constitucionais, por exemplo, que, além de exercerem o papel de concretização da Lei Maior, quando imbuídas na promoção do bem-estar social, adquirem especial relevância<sup>469</sup>.

Assim, a inclusão dos direitos fundamentais entre aqueles de interesse público consiste em uma das razões pela qual se fala em proteger o interesse público enquanto finalidade da organização estatal e não enquanto meio para consecução desse fim, pois nem sempre os caminhos adotados pela Administração são os mais efetivos para o alcance do bem comum. Aliás, se se partisse da ideia de

<sup>468</sup> BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse público*, Porto Alegre, ano 8, n. 37, maio/jun. 2006, p. 47 apud COSTA PINTO, Cláudia Maria Borges. *O "excepcional interesse social" e o direito à repetição do indébito tributário*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba: PUC-PR, 2008.

<sup>469</sup> OLIVEIRA, Aline Lima de. *A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/feitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

que o Estado está sempre com a razão, por buscar realizar a vontade do povo, não seria necessário o controle de constitucionalidade<sup>470</sup>.

A par de todo o exposto, concluímos que a expressão *excepcional interesse social* versará sobre o conflito de um interesse social com outro, que, verificado na realidade, ganhe tamanha relevância em razão dos possíveis efeitos a serem conferidos à norma invalidante ou a que tenha alterado uma orientação jurisprudencial estável, que demande a sua análise por meio da ponderação entre o princípio constitucional que embasa o aclame social e outro também previsto ou decorrente dos direitos expressos ou que são subjacentes à Constituição Federal.

Diferentemente dos cenários fáticos que podem ser observados quando da análise da figura modulatória das razões de segurança jurídica, nos quais destacamos algumas particularidades (os estados ideais) às quais o intérprete poderá balizar o processo de ponderação para a definição deste elemento que conformará o critério temporal da norma invalidante ou da que alterar uma orientação jurisprudencial estável; no processo de ponderação para a definição do que consistirá o excepcional interesse social, não vislumbramos critérios outros que não o uso do princípio da proporcionalidade, sobre o qual mais detalhadamente falaremos no item a seguir.

De toda a forma, é importante destacar que o controle da constitucionalidade das leis, ao visar ao reequilíbrio do sistema, não apenas cuida da certificação da invalidade de uma norma ou da definição do sentido que deve ser empregado como sendo conforme a Constituição. Nessa atividade o intérprete autêntico acaba também por afastar as normas que impedem a efetividade dos direitos enunciados na Carta Magna, na medida em que, por meio do zelo pela máxima efetividade daqueles, alcança toda a unidade normativa da Lei Maior.

Vejam-se duas decisões nas quais o Tribunal particulariza o bem considerado a título de excepcional interesse social, cuja preservação determinou a modulação dos efeitos temporais das decisões, *in casu*, que certificaram a invalidade de normas e o afastamento do princípio da nulidade.

ADI 3601 ED - Tribunal Pleno  
Relator: Min. DIAS TOFFOLI

---

<sup>470</sup> OLIVEIRA, Aline Lima de. *A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/feitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

Julgado em 09/09/2010, DJe-244 14/12/2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE "DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL". AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. **Presentes** não só razões de segurança jurídica, mas também de **excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional.** 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado. (grifamos)

**ADI 2501** – Tribunal Pleno

Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgado em 04/09/2008, DJe-241 19/12/2008

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos. 2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. 3. O alcance da expressão "supervisão pedagógica", contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição

Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais. 4. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao Sistema Federal de Ensino. 5. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, conseqüentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos. 6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. 7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. 9. Tendo em vista **o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes freqüentaram e freqüentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão** (art. 27 da lei 9.868/1999), **a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data**, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores.

#### 4.2.3.5 Ponderação e Proporcionalidade

Ao determinar a possibilidade de restrição dos efeitos da decisão que declara a invalidade de uma norma, em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o legislador ordinário, por meio do art. 27 da Lei nº 9.868/99, positivou o postulado da proporcionalidade já presente no altiplano

constitucional, conferindo-lhe a função de estruturar a ponderação entre os princípios e direitos fundamentais envolvidos na realidade jurídica sobre a qual incidirá a norma que declarou a inconstitucionalidade de outra.

A ordem é a da ponderação entre a norma em processo de inconstitucionalização, que poderá ter afetada a vigência, de forma retroativa, pela aplicação do princípio da nulidade, e a norma constitucional que justifica a preservação dos efeitos produzidos pela regra inconstitucional; qual seja, aquela que, no caso concreto, puder traduzir-se por segurança jurídica ou excepcional interesse social<sup>471</sup>.

Na sua função de postulado, a proporcionalidade estruturará a aplicação do dever de promover o fim segurança jurídica, assim como estruturará o sopesamento entre os princípios ou normas colidentes que possam se subsumir ao conceito de excepcional interesse social.

Para a aplicação dessa estrutura, como leciona Humberto Ávila<sup>472</sup>, o intérprete terá de estar diante de uma relação de causalidade entre dois elementos discerníveis, sendo um meio e um fim, pois a força estruturadora do postulado residirá na forma de como poderão ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como será definido o fim justificativo dessa medida, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Vejamos cada um com mais vagar.

**a) Adequação:** corresponde à adequação da medida, à aptidão do meio selecionado para promover ao fim visado pelo sistema, ainda que não seja atingido.

No controle de constitucionalidade, por exemplo, deve o intérprete ponderar se é adequada a retroatividade dos efeitos anulatórios da decisão que declarou a invalidade de uma norma, para que se atinja a harmonia e o reequilíbrio do sistema.

**b) Necessidade:** por este exame se verifica a existência de meios menos gravosos, menos restritivos ou intensos dos que os inicialmente determinados pelo sistema para se atingir determinado fim.

---

<sup>471</sup> OLIVEIRA, Aline Lima de. *A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012,

<sup>472</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 149-150.

Na hipótese do controle de constitucionalidade, a imposição da retroatividade dos efeitos da decisão que declarar a invalidade de uma norma é o meio necessário e menos gravoso diante dos demais possíveis, para que se atinja a harmonia e o reequilíbrio do sistema? É essa pergunta que terá o intérprete de responder para dar o cumprimento da ponderação determinada pelo legislador.

**c) Proporcionalidade em sentido estrito:** corresponde ao exame pelo qual o intérprete deverá responder o que é mais importante: a conquista do fim, mesmo em detrimento da restrição de um direito fundamental? As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio?<sup>473</sup> Trata-se de um exame absolutamente delicado, dado o alto grau de subjetividade conferido ao intérprete.

Por exemplo: entre a aplicação retroativa dos efeitos de uma decisão que declarou a invalidade de uma norma e a modulação temporal desses efeitos, ela pode ser considerada medida menos restritiva em relação ao fim que se objetiva, que é a harmonia e o reequilíbrio do sistema.

Os três exames devem ser realizados pelo intérprete de forma sucessiva e eliminatória.

#### **4.2.3.6 A faculdade de restrição de efeitos e os diferentes termos para a aplicação dos efeitos prospectivos**

Como já afirmado, os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social são indeterminados<sup>474</sup>; tal indeterminação potencializa o "poder" (faculdade expressa no art. 27 por meio do verbo *poderá*) outorgado ao Supremo Tribunal Federal para conferir – ou não – a modulação de efeitos às declarações de inconstitucionalidade. A margem de discricionariedade<sup>475</sup> é bastante ampla, e o

<sup>473</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60.

<sup>474</sup> Uma vez que não há "definição" posta sobre tais conceitos na legislação constitucional; a composição de cada um destes princípios decorre da construção heurística do intérprete, que, como vimos na primeira parte desse trabalho, pode até ser guiada por um senso comum, mas ainda é individual, do intérprete, e, portanto, é sujeita a variações que somente na voz do Supremo Tribunal Federal podem encontrar uma definição, mesmo que também essa esteja sujeita à alteração.

<sup>475</sup> Empregamos a expressão no mesmo sentido e, por isso, nos valem da definição dada por Hely Lopes Meirelles a ato discricionário: "discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua

poder de restringir ou não a eficácia da decisão pode se referir ao alcance da decisão em relação às pessoas afetadas, ao alcance em relação a outros órgãos aplicadores do direito, ao alcance do próprio conteúdo da decisão<sup>476</sup> e também à sua eficácia temporal.

Dentre as citadas possibilidades de alcance da restrição de eficácia introduzida pelo art. 27, quando essa se referir à eficácia temporal da norma declarada inconstitucional ou da norma que tenha alterado orientação jurisprudencial (como defendemos), diferentes termos foram autorizados pelo legislador para a medida prospectiva, para os quais não foram ofertados parâmetros para uso em um caso ou outro, e a jurisprudência ainda não se mostra uníssona em razão do pouco tempo de existência/uso regulamentar desse instituto da modulação.

Antes de explorar os referidos termos, vale repisar que, como o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro<sup>477</sup>, é possível, como se tem visto na pragmática, que a modulação proposta seja rejeitada e os efeitos da inconstitucionalidade sejam plenamente retroativos ou *ex tunc*, hipótese em que a lei será considerada inconstitucional nula *ipso jure*, desde a sua edição. O mesmo tem se visto na hipótese da norma que altera o paradigma de orientação jurisprudencial: têm sido aplicados efeitos retroativos.

Contudo, sendo votada procedente a modulação de efeitos, três diferentes termos podem ser utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na delimitação do lapso temporal pelo qual a vigência da norma inconstitucional ou do paradigma alterado se estenderá. Conforme a redação do art. 27 da Lei nº 9.868/99, a decisão poderá (i)

---

oportunidade e de seu modo de realização" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p 156). Embora o Ministro Dias Toffoli tenha se pronunciado como um dever (e não uma faculdade) da Suprema Corte em, verificada a presença das condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, efetivamente aplicá-la. A convicção foi expressa na ementa do acórdão lavrado nos autos da ADIN 3601 (DJ 12.12.2010): "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE "DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL". AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99." (grifos nossos).

<sup>476</sup> ROTHENBURG, Walter. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 226.

<sup>477</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 406.

restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade; ou **(ii)** atribuir a eficácia da declaração a partir do seu trânsito em julgado; ou, ainda, **(iii)** em outro momento posterior fixado pela Corte.

De olho na legislação e especialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constatamos que os efeitos podem ser classificados em vista de parâmetros eleitos para a vigência estendida – ou não – da norma declarada inconstitucional (haja vista que em nenhum julgamento de mudança jurisprudencial a modulação foi aplicada). Vejamos:

**(i) efeito retroativo mitigado ou *ex tunc* mitigado:** a norma inconstitucional vigorará e produzirá efeitos no lapso de tempo ocorrido entre a sua edição e determinado momento anterior ao trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade proferida pela Corte Maior.

Nesse sentido, citamos três decisões em que a Suprema Corte se valeu do efeito retroativo mitigado: (a) na ADIN n° 3819 foi fixado como termo *a quo* para a contagem do prazo de 6 (seis) meses em que a lei inconstitucional permaneceria vigente, a data de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade; (b) na ADIN n° 3458, o termo *a quo* do prazo de 60 (sessenta) dias determinado para dar efetividade à decisão modulada foi fixado na data de publicação do acórdão da Corte Suprema; e (c) no MS n° 26604, a modulação de efeitos foi fixada a partir da data de resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n° 1.398/2007.

**(ii) efeito *ex nunc*:** a norma inconstitucional vigorará e produzirá efeitos no lapso de tempo ocorrido entre a sua edição e a data em que transitar em julgado a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Plenário. O "agora" do *ex nunc* foi atribuído nessa classificação ao momento em que a decisão se torna efetivamente definitiva.

**(iii) efeito *pro futuro*:** a norma inconstitucional vigorará e produzirá efeitos no lapso de tempo ocorrido entre a sua edição e uma data posterior ao trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte.

As decisões moduladas e publicadas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal localizadas até o presente momento<sup>478</sup> foram colacionadas no Anexo final e demonstram que a Corte Máxima tem aplicado o efeito retroativo mitigado ou *ex tunc* mitigado para modular suas decisões e se valido das datas de julgamento, ou de

---

<sup>478</sup> 17 fev. 2012.

publicação do acórdão, ou ainda outras específicas para o caso *sub judice* como parâmetros para o início da contagem do período de extensão da vigência da norma declarada inconstitucional.

#### 4.2.3.7 Nulidade e anulabilidade: os efeitos da decisão prospectiva

Hans Kelsen foi o precursor da teoria da anulabilidade. Laborou pela introdução do controle de constitucionalidade na Áustria e a positivação da teoria da anulabilidade da norma inconstitucional na Constituição de 1920, reformada em 1929. Pela Constituição, Austríaca a norma declarada inconstitucional deixa de existir tão logo entre em vigor a decisão anulatória, que possui apenas efeitos *ex nunc*, porque, segundo narra Gilmar Mendes<sup>479</sup>, deve ser respeitada a opinião do legislador, que também exerce o papel de intérprete da Constituição.

No Brasil, embora se tenha adotado a teoria da nulidade absoluta no controle de constitucionalidade de normas, na experiência do Supremo Tribunal Federal a teoria da anulabilidade vem ganhando espaço<sup>480</sup>, mesmo não tendo ela sido positivada na figura da modulação de efeitos introduzida pela Lei n° 9.868/99, como afirmado anteriormente. Contudo, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade modulados *pro futuro*, na forma como dispostos pelo legislador, se subsumem ao critério de eficácia temporal próprio do ato que é tido por anulável, uma vez que, não obstante reconhecida a nulidade decorrente da invalidade da norma, esta não é expulsa do sistema, mas apenas afetada em sua eficácia técnica e vigência.

Sobre esse ponto, encontramos diferentes concepções na doutrina acerca dos efeitos atribuídos ao ato nulo e ao ato anulável, que, fundadas no plano de validade da norma (nula ou anulável), sugerem diferentes formas de compreensão dos efeitos prospectivos.

Para aqueles que se filiam à corrente de Pontes de Miranda<sup>481</sup>, e defendem a distinção entre os planos de validade e de existência de uma norma – "uma coisa é

---

<sup>479</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303.

<sup>480</sup> Como já citado anteriormente, verificou-se a invocação da teoria da anulabilidade em julgados de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em 1974 e depois em 1977, e recentemente em debate do Plenário no julgamento de um dos casos emblemáticos em matéria tributária que destacaremos mais à frente.

<sup>481</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 7.

o valer da norma e outra é a sua existência no sistema", tanto o ato nulo, como o ato anulável são existentes no sistema:

[...] o nulo é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico. Também entra, e menos débil, no mundo jurídico o suporte fático do negócio jurídico anulável. Nulo e anulável existem. No plano da existência (= entrada no mundo jurídico), não há distingui-los. Toda distinção só se pode fazer no plano da validade. Se disséssemos que aquele não existe, confundi-lo-íamos com o inexistente; se disséssemos que nulo é o que não tem efeitos, transplantariamos ao plano da eficácia problema que só há de ser posto e resolvido no plano da validade. Trata-se de distinção interna ao plano da validade, baseada em maior ou menor gravidade do défice<sup>482</sup>.

Para Lourival Vilanova<sup>483</sup>, validade corresponde à existência, trata-se de um plano único, de modo que

[...] o processo de geração de normas é sempre este: norma geratriz incidindo na subjetividade de um ato, cujo sentido objetivo (em virtude de norma incidente) é outra norma válida. Se ocorrer defeituosidade no percurso procedimental, a norma gerada não nasce nula, na espécie do inexistente. É anulável, o que requer outro procedimento, normativamente estruturado, para desconstituir a norma impugnável.

E continua: "substancialmente o mesmo ocorre com a norma inconstitucional que violar o processo de produção de normas. A norma inconstitucional é inválida, enquanto não desconstituída pelo órgão de competência para tal".

Com efeito, para os adeptos da corrente defendida por Pontes de Miranda, conforme destaca Renata Elaine Silva<sup>484</sup>, "seria impossível sustentar que uma norma que não passou para o plano da validade pode ter efeitos válidos para o futuro, v.g., a norma é inconstitucional (inválida), mas continua tendo efeitos como se válida fosse". E esse é justamente o fenômeno que resulta da decisão que impede a retroação dos efeitos da eficácia temporal da norma que declarou a inconstitucionalidade e prorroga a vigência (e conseqüentemente a validade) da norma declarada inválida.

A compreensão de tal fenômeno só encontra amparo na concepção teórica de que validade e existência são planos sinônimos, como pontificado por Lourival

<sup>482</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 29-30.

<sup>483</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 307-308.

<sup>484</sup> SILVA, Renata Elaine. Modulação dos efeitos da decisão em matéria tributária: possibilidade ou não de "restringir os efeitos daquela declaração". *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 170, nov. 2009, p. 58.

Vilanova. Validade importa no vínculo<sup>485</sup> que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, como também teoriza Paulo de Barros Carvalho<sup>486</sup>, com o qual concordamos. Nesse sentido, a revogação<sup>487</sup> de uma norma por outra somente afetará a sua vigência, que, nas palavras do mesmo autor, implica na propriedade detida pelas regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo fáctico, os eventos que elas descrevem<sup>488</sup>.

No controle concentrado de constitucionalidade, a validade somente é retirada de uma norma decretada inconstitucional quando essa norma não adquiriu vigência<sup>489</sup> ou, quando vigente, forem retiradas pela decisão do Supremo todas as demais normas individuais e concretas com base nela instituídas<sup>490</sup>. No controle difuso, a afetação da vigência e não da validade da norma é ainda mais evidente, pois a norma decretada inconstitucional continuará válida para reger outros fatos que a ela se subsumam (*inter partes*), sendo-lhe sendo negada a vigência para o caso concreto difuso<sup>491</sup>, sem prejuízo de esse controle ter ocorrido em sede de repercussão geral<sup>492</sup>.

Nesse sentido, é possível compreender a modulação de efeitos criada pelo legislador ordinário no art. 27 da Lei n° 9.868/99. Segundo a linha doutrinária que adotamos, a declaração de inconstitucionalidade modulada vai ao encontro da propriedade de vigência da norma declarada inválida. A norma declarada inválida terá sua vigência alargada pelos efeitos *ex nunc* atribuídos pela Corte, e a norma anulatória, que estabeleceu a sanção da modulação de efeitos, terá deslocado o

---

<sup>485</sup> Decorrente da sua ponência no sistema por agente competente e de acordo com o procedimento regulado pelo próprio sistema.

<sup>486</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 81.

<sup>487</sup> Para Tárek Moysés Moussallem, a revogação é um ato de fala deôntico, cujo efeito perlocucionário é retirar a aplicabilidade do enunciado prescritivo para os casos vindouros aos quais o ato proposicional faz referência (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 218).

<sup>488</sup> CARVALHO, op. cit., p. 83.

<sup>489</sup> Foi submetida ao crivo do Judiciário durante a *vacatio legis*.

<sup>490</sup> LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 83.

<sup>491</sup> Acrescente-se, ainda, que, no controle difuso, a inconstitucionalidade é causa de pedir e não o pedido. Este será a não incidência da norma alegada inconstitucional sobre o fato, de modo a não constituir nenhuma relação jurídica tributária.

<sup>492</sup> Mesmo em sede de repercussão geral, que ditará a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal acerca daquela matéria, somente serão afetadas as normas individuais e concretas objeto dos recursos sobrestados pelos Tribunais de Segunda Instância (que precisarão se manifestar expressamente em cada caso); ainda que se saiba que nenhum outro órgão do Judiciário ou da Administração conferirá aplicabilidade positiva à norma julgada inconstitucional. Isto é, somente a vigência da norma é afetada, e não a sua validade.

termo de sua eficácia temporal para a data do trânsito em julgado da decisão ou outro momento fixado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

## **5 A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Seguindo a orientação do mestre Lourival Vilanova, no sentido de que cabe ao jurista ser o ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência, propomo-nos a analisar algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal no julgamento de questões polêmicas de natureza tributária, nos quais o instituto da modulação de efeitos foi apreciado.

Não nos deteremos em nossas considerações à análise do mérito dos casos, mas tão-somente aos aspectos marcantes sobre as conclusões adotadas sobre o instituto da modulação de efeitos, em relação às quais esboçaremos nossas convicções, baseadas nas assertivas defendidas no presente trabalho, segundo os critérios de legitimidade do sentido, assim como os elementos que poderiam ter sido utilizados na formação das condições modulatórias, quais sejam, as razões de segurança jurídica e/ou o excepcional interesse social, aptas a autorizar a aplicação do *prospective overruling*.

### **5.1 Do direito ao crédito de IPI sobre a aquisição de insumos beneficiados com alíquota zero**

Desde 1998, o direito ao crédito do IPI vinha sendo pauta das sessões do Supremo Tribunal Federal. Os julgamentos dos primeiros recursos que culminaram por gerar uma definição favorável aos contribuintes nesta temática analisaram a figura do crédito sobre a aquisição de insumos isentos (RE 212.484/RS). Em 18.12.2002, o direito ao creditamento veio a se confirmar no julgamento do RE 350.446/PR, tendo o Pleno da Corte manifestado seu entendimento quanto à possibilidade do creditamento do IPI, também pela aquisição dos insumos favorecidos pela alíquota zero, uma vez que

[...] nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva

desapareciam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito<sup>493</sup>.

Dessa decisão sobrevieram embargos declaratórios que acabaram sendo julgados pelo Pleno em conjunto com os recursos extraordinários n° 353.657/PR e RE 370.682-9/SC, com a finalidade de consolidar a posição da Corte nessa matéria.

Na sessão de 15.02.2007, por maioria de votos, o Plenário do STF deu provimento ao recurso da União, o RE 353.657/PR, e uniformizou a decisão da Corte no sentido de reconhecer que,

[...] conforme o disposto no inciso II do § 3° do art. 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.<sup>494</sup>

Convicto da mudança da jurisprudência considerada como assentada até o momento pelo STF, o Ministro Ricardo Lewandowski propôs a seus pares a concessão de efeitos prospectivos a essa decisão, formulando questão de ordem, que foi analisada sob o prisma da possibilidade de aplicar a modulação a decisões de índole subjetiva e, em caso positivo, se cabível nos casos que estavam *sub judice*.

A primeira questão quanto à possibilidade de modulação de efeitos de decisão de índole subjetiva foi superada e acordada por todos os Ministros, que relembrou a admissibilidade do uso efetivo de tal técnica pelo Plenário no julgamento do RE 197.917-8/SP (caso do número de vereadores na câmara municipal de Mira Estrela).

Já quanto à aplicação efetiva dos efeitos prospectivos, com exceção apenas do Ministro Ricardo Lewandowski, proponente da questão de ordem, os demais Ministros da Suprema Corte votaram contrariamente à concessão da modulação, acompanhando *in totum* as razões tecidas no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que em resumo baseou-se em um fato e duas premissas para concluir pela não aplicação do *prospective overruling*:

- (i) Fato: uma das lides em análise tratava-se de mandado de segurança por meio do qual a parte pretendeu ver reconhecido o direito de creditar-se de IPI

<sup>493</sup> Trecho da ementa publicada referente ao RE 350.446/PR.

<sup>494</sup> Trecho da ementa do RE n° 353.657-5.

pela aquisição de insumos beneficiados com alíquota zero nos anos de 1996 a 1998 – RE 353.657-5/PR. A concessão da modulação dos efeitos da decisão *pro futuro* importaria estender um direito no tempo (direito ao crédito para os exercícios de 1999 em diante, até o momento em que o Tribunal viesse a fixar o seu termo final), sequer pleiteado pelo autor contribuinte.

- (ii) Premissa maior: em relação ao RE 370.682-9/SC, cujo pedido não foi limitado no tempo, não há como ser aplicada/estendida, por analogia, a moldura disposta no art. 27 da Lei n° 9.768/99 e que autoriza a modulação de efeitos, uma vez que o direito questionado não suscitou a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma, mas tão-somente deu ensejo a pronunciamento de novel interpretação conferida ao art. 153, § 3°, inciso II da Constituição Federal, segundo a qual não haveria se falar em direito ao crédito de IPI pela aquisição de insumos beneficiados com alíquota zero.
- (iii) Premissa menor: não tendo sido decretada a inconstitucionalidade de nenhuma norma, não poderia se falar em abalo da confiança, pois a presunção de confiança está atrelada à presunção de constitucionalidade da norma, e não à interpretação que sobre ela fez ou faz o Tribunal, especialmente quando esta interpretação não conta com o timbre da coisa julgada.

E com base nas premissas apontadas, a Suprema Corte finalizou e resumiu sua posição no primeiro caso emblemático em que se suscitada a modulação de efeitos na seara tributária. Veja-se o excerto:

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 [...].<sup>495</sup>

### 5.1.1 Pontos em destaque:

- (i) O *leading case* dessa temática – RE 350.446/PR<sup>496</sup> foi julgado na sessão do Plenário de 18.12.2002. Seu acórdão foi publicado em 06.06.2003.

<sup>495</sup> Trecho da ementa produzida no RE n° 353.657-5.

<sup>496</sup> O RE 212.484/RS foi julgado na mesma sessão e tratava da mesma temática.

- (ii) Em 25.02.2003, a Primeira Turma do STF, no julgamento do RE 363.777 (DJ de 14.05.2003), manifestou entendimento contrário (inexistência de direito a crédito), propondo a rediscussão no âmbito do Plenário.
- (iii) Não obstante a rediscussão da matéria pela Primeira Turma, entre a data do julgamento do *leading case* até a publicação do seu acórdão, que se deu em 06.06.2003, entre decisões coletivas e monocráticas, somaram-se mais de 60 decisões esposando o mesmo entendimento do Pleno, formulado nos autos do RE 350.446/PR, em 18.12.2002<sup>497</sup>.
- (iv) Em *obiter dictum* foram apresentados os seguintes pontos e argumentos:
- (iv.1) A analogia invocada para a aplicação da modulação disposta no art. 27 da Lei n° 9.868/99 demanda omissão da ordem jurídica quanto ao creditamento pretendido. Verificada a previsão normativa – art. 153, § 3°, inciso II da Constituição Federal – do direito ao crédito quando recolhido tributo na operação anterior, como consequência da não cumulatividade, tem-se que não se declarou a inconstitucionalidade da referida norma; pronunciou-se o Plenário acerca de uma nova interpretação do comando nela contido. E sendo assim, se o Supremo modular os efeitos de sua decisão, estará funcionando como legislador positivo e concedendo moratória fiscal.
- (iv.2) Os três meses que se passaram do julgamento do caso líder, o RE 350.446 (18.12.2002), até a mudança de entendimento da Corte sinalizada no julgamento do RE 363.777 (25.02.2003), projetaram um quadro de expectativa incompleto, não definitivo em âmbito geral, haja vista a ausência de eficácia geral e vinculante do precedente do *leading case*, razão pela qual não se poderia falar em abalo da confiança do contribuinte.
- (iv.3) De igual modo, não tendo sido declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não há se falar em abalo da confiança do contribuinte, pois o direito de crédito exercido ao amparo de decisão judicial provisória ainda não era definitivo, e a compensação feita ao

---

<sup>497</sup> Por exemplo: RE 363.777/RS (DJ 03.02.2002); RE 369.878 (DJ 27.03.2003); RE 370.509 (DJ 27.03.2003); RE 372.168 (DJ 27.03.2003); RE 372.092 (DJ 31.03.2003); RE 372.098 (DJ 20.03.2003); RE 372.345 (DJ 1º.04.2003); RE 370.910 (DJ 25.03.2003); RE 371.848/RS (DJ 27.03.2003); RE 370.230/SC (DJ 08.04.2003).

revés de autorização judicial acarretaria ao contribuinte, durante o prazo decadencial, o risco da autuação fiscal.

- (iv.4) Se a toda mudança de jurisprudência dos demais Tribunais pelo Supremo este tiver de modular os efeitos de sua decisão, ter-se-á um barateamento do uso analógico do instituto disposto no art. 27 da Lei n° 9.868/99.
- (iv.5) A disposição de uma data para a eficácia da decisão em questão gerará consequências advindas dos institutos da prescrição e decadência a gerar desigualdade sem igual entre os contribuintes, pois aqueles que ingressaram com a ação poderão obter vantagem retroativa a cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, e aos que não discutiram em juízo serão imputados os efeitos da prescrição (pelo não ingresso da ação) e da decadência (impossibilidade de registro e aproveitamento dos créditos).
- (v) "*Ratio decidendi*": as premissas adotadas para a negativa da modulação de efeitos foram a de (v.1) inexistência de declaração de inconstitucionalidade e (v.2) inexistência de trânsito em julgado do precedente a que se basearam os contribuintes para requerer a uniformização e prospecção dos efeitos da decisão.
- (vi) Adeptos à modulação de efeitos: Ministro Ricardo Lewandowski.

### 5.1.2 Nossos comentários

Como dissemos anteriormente, nosso objetivo é avaliar o sentido conferido à norma que resultou no julgamento deste caso, segundo os critérios de legitimidade do sentido indicados nesse trabalho, assim como indicar os elementos que poderiam ter sido utilizados na formação dos conceitos das condições modulatórias, quais sejam, as razões de segurança jurídica e/ou o excepcional interesse social, aptas a autorizar a aplicação do *prospective overruling*.

Para tanto, visando a uma melhor exposição dos temas que definimos como pontos de contraste, faremos a exposição em itens.

### a) Alteração do sentido normativo

Como visto, a decisão dada no caso em referência não teve por objeto a certificação da invalidade de uma norma, mas sim a declaração de que o sentido que a ela vinha sendo conferido, sustentado pelos contribuintes recorrentes e rechaçado pela União, não estava conforme à Constituição.

Diante desse cenário, em que não houve mudança legislativa, tampouco fática, a regra de construção do sentido a ser empregada – para fins de informar a vinculação do termo jurídico à prescrição da conduta normativa, e auxiliar na seleção de um sentido para a norma jurídica – seria a da relação entre o texto e o contexto; e esta, para fins da construção da norma que resultou publicada pela Suprema Corte, não foi aplicada.

Em não sendo, foram afastados o referencial de uso da sociedade em relação às expressões positivadas e discutidas nos autos, assim como os valores e a consciência histórica da sociedade destinatária daquela norma jurídica cujo sentido foi reconstruído.

Assim, inspirados na lição de Luhmann<sup>498</sup>, segundo o qual a função legitimadora do procedimento empreendido pelo Poder Judiciário não estaria "em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão", entendemos que o sentido reconstruído a partir do texto do art. 153, § 3º, inciso II da Constituição Federal não se qualifica como legítimo, por terem sido desconsideradas as premissas tidas como limites da atividade de interpretação, nada obstante o axioma da inesgotabilidade do sentido. Limites esses que vão ao encontro da própria função do Direito, que opera para o social, para a harmonia da coletividade num dado contexto histórico-cultural, e são traduzidos em normas voltadas para a observância das expectativas e dos valores da sociedade.

À norma se estenderá a qualidade de legítima, se o sentido que a permear gozar dessa qualidade por ser prevalecte entre aqueles a que ela se destina<sup>499</sup>.

---

<sup>498</sup> Apresentadas por FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Apresentação e revisão. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 1-5. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

<sup>499</sup> GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009.

Com efeito, à norma expedida nos autos do RE 350.446/PR não atribuímos essa condição.

## **b) Razões de Segurança Jurídica**

A realidade jurídica que se opôs à retroatividade dos efeitos da decisão que reconstruiu o sentido conferido à norma do art. 153, § 3º, inciso II da Constituição Federal não revela a violação de nenhum interesse social, mas sim comportamentos indicativos da promoção dos estados ideais que conformam o princípio da segurança jurídica, impondo-nos a análise da possível condição modulatória a partir dos elementos da irretroatividade da decisão jurisprudencial e da proteção da confiança, que analisaremos somente pela perspectiva da aptidão de a base de confiança servir de fundamento para a orientação de comportamentos, pois este seria o critério a repercutir transindividualmente, haja vista que a prova do exercício da confiança, associado à sua posterior frustração, necessariamente teriam de ser tratados caso a caso.

Como vimos, as razões de segurança jurídica correspondem à classificação da dimensão dinâmica do estado ideal de confiabilidade em seu aspecto subjetivo, segundo o qual são selecionados os elementos normativos que devem ser conjugados e valorados junto às circunstâncias fáticas que consubstanciam a realidade jurídica questionada, para que sejam sopesados frente aos possíveis efeitos retroativos da decisão que altera um paradigma de orientação jurisprudencial.

Os comportamentos para a verificação do estado ideal de confiabilidade são: (a.1) retroatividade dos efeitos da nova orientação jurisprudencial; e (a.2) aptidão da base da confiança para servir de fundamento para a orientação de condutas. Vejamos um a um.

### **(b.1) Da retroatividade dos efeitos da nova orientação jurisprudencial**

Partimos da premissa de que a regra constitucional da irretroatividade construída a partir do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal não abrange somente os fatos jurídicos em sentido estrito nela mencionados, como bem advertido por Pontes de Miranda, seguido por Tércio Sampaio Ferraz Junior. Tais fatos contam com uma proteção específica, que não exclui da norma o seu alcance aos

denominados atos-fatos jurídicos, cuja juridicidade decorre da sua ponência no sistema, e os seus efeitos jurídicos têm no tempo a sua fonte de estabilização.

Firmes nessa premissa, temos que o fato a ser considerado protegido pela regra da irretroatividade é a norma de orientação jurisprudencial que gerou uma expectativa de confiança, a qual terá no fator tempo a medida a demonstrar a necessidade de proteção. Passamos, então, a investigar a norma que formou a confiança possivelmente frustrada com esse foco.

O *leading case* dessa temática se deu com o julgamento do RE 350.446/PR<sup>500</sup>, ocorrido na sessão do Plenário do STF de 18.12.2002 (DJ de 06.06.2003). O sentido reconstruído foi posto na decisão de 25.02.2003, exarada pela Primeira Turma do STF no julgamento do RE 363.777 (DJ de 14.05.2003). Nada obstante, entre a data do julgamento do *leading case* até a publicação do seu acórdão, que se deu em 06.06.2003, ou seja, em data posterior à da decisão da Primeira Turma, somaram-se mais de 60 decisões esposando o mesmo entendimento do Pleno, formulado em 18.12.2002<sup>501</sup>, o que demonstra que o sentido conferido à norma no caso líder estava efetivamente sendo tratado como consolidado, assentado pela própria Corte.

Tanto é verdade, que, em razão dos embargos protelatórios, digo, declaratórios opostos pela Fazenda Nacional, somente em 2005 os Ministros da Suprema Corte passaram a adotar posição de cautela, determinando o sobrestamento dos feitos que tratavam da mesma temática, para aguardar o desfecho dos julgamentos dos embargos declaratórios (foram dois) opostos nos autos do RE 350.446. Ou seja, ainda por essa conduta a Corte não desmereceu o tratamento dado à decisão cujos fundamentos foram reiterados em inúmeras outras lides a título de orientação assentada. Confira-se.

Na sessão do dia 10 de abril de 2003 o Pleno do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do RE n. 370.682/SC — suspenso em virtude de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes — no qual o Ministro Ilmar Galvão propunha a revisão do entendimento firmado no RE n. 350.446, Relator o Ministro Nelson Jobim, a respeito do direito ao crédito do IPI quando o produto estivesse sujeito à incidência de alíquota zero. 2. De outra banda, na assentada do dia 4.12.2003 o Supremo iniciou o julgamento dos embargos de declaração opostos nos autos do RE n. 350.446-PR e, após o

<sup>500</sup> O RE 212.484/RS foi julgado na mesma sessão e tratava da mesma temática.

<sup>501</sup> Por exemplo: RE 363.777/RS (DJ 03.02.2002); RE 369.878 (DJ 27.03.2003); RE 370.509 (DJ 27.03.2003); RE 372.168 (DJ 27.03.2003); RE 372.092 (DJ 31.03.2003); RE 372.098 (DJ 20.03.2003); RE 372.345 (DJ 1.º.04.2003); RE 370.910 (DJ 25.03.2003); RE 371.848/RS (DJ 27.03.2003); RE 370.230/SC (DJ 08.04.2003).

voto do Ministro Nelson Jobim, que em parte os recebia, foi acolhida proposta do Ministro Marco Aurélio, no sentido de ser estabelecido o contraditório, ante a possibilidade de ser conferido efeito modificativo ao recurso protocolado pela Fazenda Pública (Ata da Sessão Plenária do dia 5.5.2004). Determino o sobrestamento do presente feito até a conclusão do julgamento do RE n. 350.446/PR pelo Pleno desta Corte. Publique-se. Brasília, 28 de setembro de 2005. Ministro Eros Grau Relator. (RE 163584, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 28/09/2005, publicado em DJ 11/10/2005 PP-00078).

No mesmo sentido: RE 411584/RS (23/09/2005); AI 551622/MG (08/09/2005); RE 459553/SC (08/06/2005); RE 451967/RS (18/05/2005); RE 370779 AgR/PR (02/08/2004); RE 370600 AgR/RS (02/08/2004); RE 371846 AgR/RS (02/08/2004); RE 430167/PR (14/11/2006); RE 430167/PR (14/11/2006).

Pois bem. Da decisão do caso líder, proferida em 18.12.2002, até o julgamento do RE 363.777, no qual foi reconstruído o sentido conferido à norma do art. 153, § 3º, inciso II da Constituição Federal, ocorrido em 15.02.2007 – data em que também foram julgados os primeiros embargos declaratórios opostos pela União no caso líder, RE 350.446 –, passaram-se quatro anos e dois meses.

Pelo critério que sugerimos para definir como estável uma decisão do intérprete autêntico não protegida pela garantia específica da irretroatividade que recai sobre a coisa julgada, qual seja, o quinquênio legal, a decisão líder – RE 350.446 – não faria jus à proteção da garantia da irretroatividade em sentido amplo, considerada objetivamente.

Contudo, dois fatos merecem ser colocados para reflexão.

O primeiro diz respeito ao conceito de jurisprudência consolidada (oponível) adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Consoante a decisão analisada, só será considerada ocorrida mudança de jurisprudência quando a decisão modificada tiver transitado em julgado. Sobre esse critério do trânsito em julgado, já tecemos nossas considerações no Capítulo 4. Agora, o que queremos deixar consignado é que o fato de uma decisão não ter trânsito em julgado não constitui óbice para que ela seja utilizada como referência para os demais julgamentos da Corte, que, reiterados no tempo, provocam ao contribuinte a impressão de solidez, de assentada do sentido normativo, despertando-lhe o sentimento de confiança.

Nesse sentido, trazemos à baila uma decisão proferida com base nos fundamentos do acórdão do RE 363.777, proferida em 18.12.2007, 10 meses após o julgamento do RE 363.777, na qual a posição tomada neste é colocada como **assentada**:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. **Jurisprudência assentada**. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. (RE 541321 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 18/12/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-06 PP-01320). (grifamos).

O RE 363.677 transitou em julgado em 15.03.2010, ou seja, bem depois da referência acima. Pensamos que o fato de a decisão do RE 363.777 ter sido proferida em sede de repercussão geral pode, de fato, gerar-lhe o adjetivo de "assentada", mas isso não impede que seja modificada e não lhe confere o timbre da estabilidade definitiva.

Enfim, parece-nos que estamos diante de um sistema que admite vários pesos e várias medidas ao sabor da maré...

O segundo ponto que colocamos para a reflexão, diz respeito ao efeito pragmático da linguagem produzida pelo Supremo Tribunal Federal a partir de seus julgados.

Embora tenhamos definido em nossas premissas que o fato passível de receber a proteção da irretroatividade em sentido amplo é a orientação jurisprudencial, que gerou uma expectativa de confiança, e nesse exemplo seria a decisão proferida no RE 350.446, que vimos não ter completado o quinquídio legal; relembramos que a **orientação de sentido** por ela versada teve origem no RE 212.484<sup>502</sup>, que declarou o direito de crédito ao contribuinte de IPI pela aquisição de insumos isentos.

Tanto é verdade, que na própria ementa do acórdão do RE 350.446, constou:

*nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareciam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito". (grifamos).*

Esta decisão transitou em julgado em 10.12.1998. Associado este lapso de tempo pelo contribuinte quando da ciência da decisão proferida no RE 350.446, que reconheceu o direito ao crédito de IPI pela aquisição de insumos beneficiados com alíquota zero; poderia ele pensar que o **sentido** conferido à norma do art. 153, § 3º,

<sup>502</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido. (RE nº 212.484. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 27.11.1998).

inciso II da Constituição Federal, naquele momento – publicação ocorrida em 06.06.2003 – estava incólume havia mais de 4 anos e que na data do julgamento do RE 363.777, ocorrido em 15.02.2007, o mesmo sentido, até então admitido correto, vigeu por mais de dois anos e meio, num total de mais de sete anos?

A reflexão que se coloca vai de encontro com as premissas do positivismo, mas não podemos deixar de colocar. "As palavras provocam mesmo efeitos físicos"<sup>503</sup>? Se positivo, quais?

É o que veremos pelo prisma da proteção da confiança.

### **(b.2) Da aptidão da base da confiança para servir de fundamento para a orientação de condutas**

Como destacado por Misabel Derzi, o fato indutor da confiança é criado pelo Estado ou por seus órgãos públicos estatais<sup>504</sup>, entre os quais está o Supremo Tribunal Federal, guardião da Magna Carta e orientador primeiro do melhor sentido que possa ser conferido às normas jurídicas.

Quando da emissão de uma resposta geral a uma pergunta geral, para usar das expressões empregadas por Misabel Derzi, o Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Plenário, não coloca apenas um ponto final na lide analisada, abre também o que poderíamos representar por um sinal de dois pontos (:), ou seja, abre uma nova fase de certeza, seja ela nova, seja ela a confirmação de algo já afirmado. O sentido definido na resposta geral passa a ser tomado como guia para aquela conduta interpretada. É claro que, segundo as regras do positivismo, aquele sentido somente vinculará as partes do processo (controle difuso) e se tornará definitivo com o trânsito em julgado, mas não se pode ignorar a expectativa que ele gera nos não litigantes, que vai se transformando em confiança à medida que o tempo passa, sem que seja alterado.

Sem dúvida alguma foi o que aconteceu com o julgado proferido nos autos do RE 350.446, ou melhor, é o que indicam os comportamentos envolvidos na realidade jurídica formada por ele, revelando terem se formado os estados ideais de cognoscibilidade (pelo conhecimento da norma), de confiabilidade (pela sua

---

<sup>503</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Conferências sobre o Pragmatismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, CP 5.106. (coleção Os Pensadores).

<sup>504</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 555.

manutenção no tempo) e de calculabilidade (pela possibilidade de previsão dos efeitos gerados por ela).

Como destacamos no item precedente, quando do julgamento do RE 350.446, há quase quatro anos o sentido conferido à norma do art. 153, § 3º, inciso II, da Constituição Federal já indicava a possibilidade da tomada do crédito de IPI na aquisição de insumos isentos. Com o julgamento, o sentido foi confirmado pelo Plenário, que ainda manifestou que na prática não havia diferença entre a isenção e a alíquota zero, pois ambas se tratavam de figuras desonerativas.

Sendo assim, o contribuinte que *definiu* tomar o crédito de IPI sobre a aquisição de insumos beneficiados com a alíquota zero, por exemplo, a partir de janeiro de 2003, e o fez com base em um **sentido** (e não com base na norma do RE 212.484, esclareça-se) que vinha sendo afirmado e foi reafirmado no RE 350.446, "escolheu dispor de seu patrimônio", conforme a orientação da Corte, porque "tinha em mente, minimamente, os riscos" que a sua conduta poderia lhe gerar.

Então se pergunta: a base de confiança envolvida neste caso, a decisão do RE 350.446, era crível? Podia o contribuinte acreditar ser aplicável ao seu caso? No período em que escolheu dispor de seu patrimônio na forma orientada pela conduta analisada no RE 350.446, era razoável pensar que podia contar com a sua aplicação? Sim, para todas as questões. Os fatos informavam um estado ideal de confiabilidade, de segurança jurídica.

E mais, como adverte Humberto Ávila<sup>505</sup>, nesta situação o contribuinte só podia se orientar pelas normas vigentes no momento da ação, não podia agir com base em normas futuras que sequer poderia prever que um dia chegariam. Sua escolha teria de se dar entre agir e não agir; não havia a opção de agir com base em outra norma.

Ora, exigir que o contribuinte tenha a sua conduta julgada por norma inexistente à época da prática de sua ação, conforma o fato que caracteriza a surpresa não tolerada pela segurança jurídica.

Portanto, a base da confiança construída pela norma do RE 350.446 efetivamente serviu de fundamento para a ação dos contribuintes, e ela detinha todas as características para tanto. A sua aptidão por todo o cenário fático envolvido era inequívoca.

---

<sup>505</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 366.

## 5.2 Isenção da COFINS das sociedades de profissão regulamentada

O caso emblemático a que nos referimos agora tratou da constitucionalidade da revogação da isenção da COFINS conferida pela Lei Complementar n° 70/91 às sociedades civis de profissão regulamentada pela Lei Ordinária n° 9.430/96.

Considerada o *leading case* dessa temática, o RE n° 377.457-3 foi recebido em **15.08.2006** pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em acolhida da decisão da Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, que, com fundamento no art. 542, §2° do CPC, denunciou a existência de questão prejudicial a ensejar o sobrestamento do recurso especial também interposto pelo contribuinte para privilegiar a apreciação inicial do referido recurso extraordinário.

Em 12.12.2006, por decisão unânime, os senhores Ministros da Segunda Turma deliberaram pela submissão do extraordinário ao Plenário. Em **14.03.2007**, revolvendo inicialmente aspectos da subsistência jurídica do art. 56 da Lei n° 9.430/96 em face do art. 6°, II da Lei Complementar n° 70/91, da teoria da hierarquia das leis e da possibilidade de revogação de lei especial por lei geral, o recurso extraordinário foi conhecido, mas improvido em seu mérito, porquanto (i) não há hierarquia entre lei complementar e ordinária, e a (ii) Lei Complementar n° 70/91 é materialmente ordinária no ponto em que conferiu isenção às sociedades civis de profissão regulamentada. Ou seja, a matéria não era de competência privativa positiva do veículo complementar, sendo possível a revogação por veículo introdutor de norma de *status* ordinário.

Confira-se a ementa da v. decisão:

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. 6°, II, da Lei Complementar 70/91. 3. Legitimidade. 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.

Em 17.09.2008, por ocasião da apresentação de voto-vista pelo Ministro Marco Aurélio, dando provimento ao extraordinário, não obstante já consignado em ata o não provimento do RE n° 377.457-3 pelos demais Ministros da Corte, com a exceção do Ministro Eros Grau, em vista do pedido de modulação de efeitos da

decisão negativa aos contribuintes, o Plenário passou a deliberar quanto à possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos à decisão dessa lide emblemática.

Tomado como elemento fático para análise de insegurança jurídica as inúmeras decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça baseadas na Súmula n° 276 daquela Corte<sup>506</sup>, cujo conteúdo era diametralmente oposto à conclusão esposada pelo Pleno, após debates e muitas reconsiderações de votos (pela aplicação do *overruling*, como o caso dos Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Carlos Britto, que acompanharam a modulação de efeitos proposta pelo Ministro Menezes de Direito), a Suprema Corte negou o efeito modulatório, elegendo, para tanto, as seguintes premissas:

- (i) premissa maior: diante da confirmação da constitucionalidade do art. 56 da Lei n° 9.430/96 e, conseqüentemente, da possibilidade de revogação da norma isentiva que beneficiava as sociedades civis de profissão regulamentada conferida pela Lei Complementar n° 70/91, não há como ser aplicada/estendida, por analogia, a moldura disposta no art. 27 da Lei n° 9.768/99 e que autoriza a modulação de efeitos da decisão do Pleno;
- (ii) premissa menor: não obstante o Supremo tenha acolhido em nove recursos o argumento de usurpação de competência para devolver ao Superior Tribunal de Justiça o ônus da decisão quanto à temática posta e, ao assim proceder, anuiu reflexamente ao entendimento adotado por aquela Corte no sentido de que o art. 56 da Lei n° 9.430/96 não teria o condão de revogar a isenção conferida pela LC n° 70/91 às sociedades civis de profissão regulamentada, confirmando o conteúdo da Súmula 276 editada em 2003; em 17.03.2006, com a publicação da decisão proferida no RE n° 451.988 AgR/RS, a sua Primeira Turma resgatou o entendimento manifestado na ADC 1, relatada pelo Ministro Moreira Alves, no sentido de que não há violação ao princípio da hierarquia das leis quando observado o âmbito material reservado às espécies normativas pela Constituição Federal.

---

<sup>506</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 276*. "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado". Publicação: DJ 02 jun. 2003.

Com isso, concluiu o Plenário que, desde março de 2006, a Corte já possuía posição sobre a temática que nos autos deste *leading case* se objetivou aplicar os efeitos prospectivos, votando, então, por indeferi-los.

### 5.2.1 Pontos em destaque

- (i) Até o julgamento do RE n° 451.988 AgR/RS, cujo acórdão foi publicado em 17.03.2006, o Supremo Tribunal Federal apreciou nove recursos com a alegação de usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça, tendo-a rejeitado e determinado a devolução dos autos com o ônus da decisão. Ao assim proceder, confirmou, reflexamente, a Súmula 276 do STJ editada em 2003 (subsistência da isenção da COFINS conferida às sociedades civis de profissão regulamentada).
- (ii) Da edição da Súmula 276 até a publicação do acórdão *leading case* dessa temática, só no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram localizadas mais de 200 decisões proferidas no sentido de confirmar a isenção da COFINS àqueles contribuintes, autorizando não só o não recolhimento da contribuição como também o levantamento dos depósitos judiciais feitos aquele título.
- (iii) Em *obiter dictum* foram apresentados os seguintes argumentos:
  - (iii.1) como já sinalizada a orientação da Corte na ADC n° 1 (de 01.12.93) no sentido de não haver violação ao princípio de hierarquia das leis-*rectius*, da reserva constitucional de lei complementar, se observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares, esposou o Plenário que não haveria de se falar em abalo da confiança do contribuinte; que (iii.2) se, a toda mudança de jurisprudência dos demais Tribunais pelo Supremo, este tiver de modular os efeitos de sua decisão, gerar-se-ia um barateamento do uso analógico do instituto disposto no art. 27 da Lei n° 9.868/99; e (iii.3) se, diante da confirmação da constitucionalidade da norma do art. 56 da Lei n° 9.430/96, que revogou a isenção da COFINS conferidas às sociedades civis de profissão regulamentada pela Lei Complementar n° 70/91, o Supremo modulasse os efeitos de sua decisão, estaria concedendo

moratória fiscal aos contribuintes que deixaram de cumprir em dia com as suas obrigações.

- (iv) *Ratio decidendi*: as premissas adotadas para a negativa da modulação de efeitos foram a de (a) inexistência de declaração de inconstitucionalidade e (b) sinalização da mudança de orientação da Corte na decisão proferida em sentido contrário à Súmula 276 nos autos do RE n° 451.988 AgR/RS.
- (v) Adeptos à modulação de efeitos: Ministros Menezes de Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto.

### 5.2.2 Nossos comentários

Assim como fizemos no item precedente, nosso objetivo aqui será o de avaliar o sentido conferido à norma que resultou no julgamento deste segundo caso, conforme os critérios de legitimidade do sentido indicados nesse trabalho, bem como indicar os elementos que poderiam ter sido utilizados na formação dos conceitos das condições modulatórias, aptas a autorizar a aplicação do *prospective overruling*.

Como já retomamos os pressupostos teóricos de cada um dos itens a serem analisados, mesmo que em uma síntese apertada, não pretendemos cansar o leitor com a sua repetição. Seremos, portanto, ainda mais objetivos, demorando-nos apenas nos aspectos em que os casos se diferenciarem quanto aos critérios propostos.

#### a) Alteração do sentido normativo

Nesta lide, a norma editada pelo Supremo Tribunal Federal também não teve por conteúdo a certificação de invalidade de outra norma. Tratou-se de dar uma nova solução para o "conflito normativo" gerado entre as normas do art. 56 da Lei n° 9.430/96 e do art. 6, II, da Lei Complementar n° 70/91.

Afastando a orientação do Superior Tribunal de Justiça consolidada na Súmula 276, o Plenário da Suprema Corte resgatou entendimento posto na ADC n° 1, no sentido de que não há violação ao princípio de hierarquia das leis, se observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares.

Não houve mudança legislativa e nem mesmo fática.

A regra de construção do sentido, que deveria ter sido empregada segundo o método que adotamos para fins de informar a vinculação do termo jurídico à prescrição da conduta normativa e auxiliar na seleção de um sentido para a nova norma jurídica, seria a da relação entre o texto e o contexto, que, como visto, não foi aplicada, na medida em que o contexto indicava a crença na impossibilidade de revogação de uma lei complementar por uma lei ordinária, que era alimentada havia anos pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, muito embora o STF tenha resgatado um entendimento preexistente à própria Súmula 276, este não fazia parte da linguagem utilizada pelos utentes da língua normativa. O sentido empregado pelo STF estava em dissonância com o contexto fático; foi produzido em prejuízo do referencial de uso da sociedade, assim como dos valores e da sua consciência histórica.

Com efeito, à norma expedida nos autos do RE n° 377.457-3 não atribuímos a condição de legítima. Tratou-se de interpretação não produzida para o social.

#### **b) Razões de Segurança Jurídica**

A realidade jurídica que se opôs à retroatividade dos efeitos da decisão que reconstruiu o sentido conferido ao denominado princípio da hierarquia das leis, resignificando a relação do conflito havido entre as normas do art. 56 da Lei n° 9.430/96 e do art. 6, II, da Lei Complementar n° 70/91, não revela a violação de nenhum interesse social, mas sim comportamentos indicativos da promoção dos estados ideais que conformam o princípio da segurança jurídica, impondo-nos a análise da possível condição modulatória a partir dos elementos da irretroatividade da decisão jurisprudencial e da proteção da confiança, que analisaremos somente pela perspectiva da aptidão de a base de confiança servir de fundamento para a orientação de condutas.

Antes, contudo, uma premissa há de ser retomada e reafirmada.

Como deixamos consignado na exposição do item 4.2.2.1.2, entendemos por decisão dominante a resposta geral dada a uma pergunta geral, que definitivamente delineie uma tese jurídica, deixando-a cristalina. Essa resposta funcionará como orientação, sem dúvida nenhuma.

Se assim é, como se pode admitir que uma revisão do mérito de uma decisão dominante, de uma orientação pacificada há anos pelo Superior Tribunal de Justiça, emitida no exercício de competência do controle da legalidade (reconhecido pelo

próprio Supremo Tribunal Federal), não seja considerada alteração de orientação jurisprudencial?

Como aceitar que a reinterpretação das mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas não seja considerada uma "alteração"?

Não concordamos com a premissa adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, nossa análise da figura modulatória parte da premissa de que efetivamente houve uma alteração jurisprudencial, tendo sido conferido novo sentido ao princípio da hierarquia das leis e, conseqüentemente, resignificada a relação do conflito havido entre as normas do art. 56 da Lei n° 9.430/96 e do art. 6, II, da Lei Complementar n° 70/91, uma vez que definida a possibilidade de revogação da isenção da COFINS conferida às sociedade de profissão regulamentada.

### **(b.1) Da retroatividade dos efeitos da nova orientação jurisprudencial**

Muito embora pudéssemos falar no critério de decisão dominante com trânsito em julgado para fundamentar a irretroatividade jurisprudencial no presente caso por uma questão de praticidade, porque não concordamos com esse critério, preferimos nos manter coerentes com as premissas adotadas neste trabalho.

A retroatividade dos efeitos decorrentes da alteração de uma orientação jurisprudencial envolve um problema de ação do Direito específico nas dimensões do passado e do presente, o que significa dizer que a atuação estatal e a conduta do contribuinte deverão ser avaliados a partir dos comportamentos exigidos para a promoção do estado ideal de confiabilidade, que visa assegurar aquilo que é do passado e que deve permanecer no presente do Direito: o fato a ser protegido pela regra da irretroatividade será a norma de orientação jurisprudencial que gerou uma expectativa de confiança, a qual terá no fator tempo a medida a demonstrar a necessidade de proteção.

Na questão relativa à isenção da COFINS para as sociedades de profissão regulamentada, nem mesmo precisaremos recorrer à primeira decisão proferida pelo STJ nesta temática, porque a própria Súmula 276 editada pela Corte não só nos dá o retorno quanto à estabilidade no tempo, uma vez que já estava em vigor havia 5 (cinco) anos quando do julgamento do RE n° 377.457-3 pelo STF, como ela própria consiste no efeito estabilizador, uniformizador do entendimento admitido sobre essa questão.

Assim, pelo critério que sugerimos para definir como estável uma decisão do intérprete autêntico não protegida pela garantia específica da irretroatividade que recai sobre a coisa julgada, qual seja, o quinquênio legal, o sentido manifestado na Súmula 276 faria jus à proteção da garantia da irretroatividade em sentido amplo, considerada objetivamente (pelo decurso de tempo).

### **(b.2) Da aptidão da base da confiança para servir de fundamento para a orientação de condutas**

As condutas recolhidas na realidade jurídica, que foi oposta à retroatividade dos efeitos da nova interpretação jurisdicional – revogação da isenção da COFINS conferida pela art. 6, II, da Lei Complementar n° 70/91 – às sociedades de profissão regulamentada, informavam ter se implementado um estado ideal de confiabilidade à época, sem dúvida nenhuma.

O cenário de confiança vivenciado pelos contribuintes resultava de um só fato, o que fortalecia ainda mais base da confiança.

De um lado, a Súmula 276 editada pelo STJ consubstanciava nítido e inquestionável fato indutor da confiança criado pelo Estado, por meio do seu Poder Judiciário. De outro, o enunciado sumular compreendia a uniformização do entendimento do guardião da "legalidade" sobre a isenção da COFINS conferida às sociedades profissionais.

As bases da segurança estavam estabelecidas para o contribuinte: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade (o contribuinte podia prever os efeitos da sua conduta de não recolhimento da COFINS frente ao ordenamento). Portanto, aquele que *definiu* deixar de pagar a contribuição social a partir da edição da Súmula 276 pelo STJ, por exemplo, e o fez com base no **sentido** mais do que estabilizado naquela Casa de Justiça, *escolheu guardar seu patrimônio* conforme a orientação da Corte, porque *tinha em mente, minimamente, os riscos* que a sua conduta poderia lhe gerar (se o caso, uma autuação absolutamente defensável).

Então, pergunta-se: a base de confiança envolvida neste caso, a Súmula 276 do STJ era crível? Podia o contribuinte acreditar ser aplicável ao seu caso? No período em que escolheu guardar seu patrimônio, na forma orientada pela Súmula 276, era razoável pensar que podia contar com a sua aplicação? Sim, para todas as questões. Os fatos informavam um perfeito estado ideal de confiabilidade, de segurança jurídica.

O contribuinte somente podia se orientar por aquela norma vigente no momento da ação; não podia prever, tampouco agir com base em norma futura. Sua escolha teria de se dar entre agir e não agir; não havia a opção de agir com base em outra norma. Portanto, exigir que o contribuinte tenha a sua conduta julgada por norma inexistente à época da prática de sua ação conforma o fato que caracteriza a surpresa não tolerada pela segurança jurídica.

Assim, a base da confiança construída pela norma da Súmula 276 efetivamente serviu de fundamento para a ação dos contribuintes, e ela detinha todas as características para tanto. A sua aptidão por todo o cenário fático envolvido, era inequívoca.

### 5.3 Crédito-prêmio de IPI

Entrado no Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2008, o **RE 577.348-5/RS**, diferentemente dos litígios acima comentados, não recebeu a denominação de caso líder da temática do “crédito-prêmio de IPI”. Na verdade, juntamente com os REs nºs 577.302/RS e 561.485/RS, todos de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi tomado como sendo a *lide final* deste benefício fiscal instituído pelo Decreto-Lei 491/69, porque a controvérsia recursal resumia-se à vigência desse benefício no tempo, e esse tema não poderia ser objeto da consolidação de uma *nova* posição da Corte, já que até o julgamento do RE 577.348-5/RS, em matéria de crédito-prêmio de IPI, o Supremo somente havia se pronunciado sobre a inconstitucionalidade parcial do art. 1º do Decreto-Lei 1.724/79 e a inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º do Decreto-Lei 1.894/81, que tratavam da delegação de competência ao Ministro da Fazenda para promover a redução, a suspensão e a extinção daquele benefício.

A vigência do crédito-prêmio de IPI vinha sendo definida única e exclusivamente, e havia mais de 15 anos<sup>507</sup>, pelo Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência pacífica no sentido de que o benefício não teria sido extinto pelo § 2º

---

<sup>507</sup> Até 2004, as duas Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça eram uníssonas em afirmar que o crédito-prêmio de IPI não havia sido extinto em 1983, por força do Decreto-Lei 1.894/81, que restaurou o incentivo sem definição de prazo. Em agosto de 2004, foi dado o primeiro sinal de mudança no posicionamento da Corte com a publicação do acórdão do Recurso Especial nº 591.708/RS, da lavra da Primeira Turma, no qual foi manifestada a novel posição pela extinção do crédito-prêmio de IPI em 05.10.1990, por força da aplicação do art. 41, § 1º do ADCT da Constituição Federal.

do art. 1º do Decreto-Lei 1.658/79, porque mantida a sua vigência, sem definição de prazo, pelo Decreto-Lei 1.894/81. Entretanto, em 2006<sup>508</sup>, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reverteu a jurisprudência quinzenária da Corte, passando a decidir que o crédito-prêmio de IPI vigorou apenas até 04.10.1990, pois se trataria de incentivo de natureza setorial não confirmado por Lei no biênio posterior à promulgação da Constituição Federal, a subsumir-se, portanto, à regra do termo *ad quem* disposta no art. 41, § 1º do ADCT. Desse momento em diante, os adeptos da tese de que o benefício foi instituído com caráter geral/nacional e não apenas para um setor recorreram ao Supremo Tribunal Federal para afastar a aplicação do art. 41, § 1º do ADCT, norma de índole eminentemente constitucional.

Em 17.04.2008, a temática foi elevada à sede de repercussão geral, e, em 13.08.2009, o Plenário do Supremo decidiu nos autos do RE 577.348-5/RS, por 9 (nove) votos a 0 (zero), que o crédito-prêmio de IPI – "típico incentivo fiscal de natureza setorial, visto que foi, inequivocamente, direcionado à ampliação das exportações do setor industrial"<sup>509</sup> – vigeu até a data de 04.10.1990, por força do disposto no art. 41, § 1º do ADCT da Constituição Federal. Confira-se a ementa do v. julgado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I – O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II – Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o §1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III – O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no §1º do art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV – Recurso conhecido e desprovido.

A decisão colegiada transitou em julgado em 29.03.2010, não tendo sido registrado nenhum movimento visando à atribuição de efeitos prospectivos à decisão que efetivamente declarou a extinção do crédito-prêmio de IPI no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

<sup>508</sup> REsp nº 652.379/RS e EREsp nº 396.836/RS

<sup>509</sup> Definição dada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do RE 577.348-5/RS, em seu voto, acompanhada pelos demais Ministros da Corte.

E também nesse aspecto a temática do crédito-prêmio de IPI difere dos primeiros dois casos analisados, pois, não tendo sido objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal sob o enfoque da modulação de efeitos, não nos permitiu avaliar a manutenção das premissas ou a evolução de novo critério de julgamento para esse instituto, que ainda é bastante novo nos Pretórios e ainda carente de exploração pela dogmática nacional.

Mas nem por isso, no nosso entender, a temática do crédito-prêmio de IPI deixa de ser elencada entre os casos emblemáticos da seara tributária judicial recente. Exemplo dessa repercussão foram as duas propostas de modulação de efeitos apresentadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em razão das decisões que reconheceram a extinção do incentivo fiscal.

Segue breve relato sobre estes episódios apenas para fins de registro histórico, pois não nos dedicaremos a empreender análise quanto à possibilidade de modulação de efeitos por essa Casa de Justiça.

### **5.3.1 A modulação de efeitos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça**

Com efeito, com o intuito de atingir o desenvolvimento esperado do tema proposto neste trabalho, mesmo em detrimento da ordem cronológica dos fatos, entendemos importante registrar as premissas e argumentos que nortearam a apreciação da tese do *overruling* invocadas no Superior Tribunal de Justiça, sem, contudo, empreender estudo sobre elas, pois, sem dúvida, se agregam aos conceitos que se formam acerca desse instituto.

A primeira proposta apresentada por iniciativa do Ministro Herman Benjamin por ocasião da apreciação dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689/PR, na sessão de 27.06.2007, deduziu-se sob dois enfoques principais:

a) considerando a reversão da jurisprudência quinzenária da Corte acerca da vigência e possibilidade de aproveitamento do crédito-prêmio de IPI, resultante da posição adotada no REsp nº 652.379/RS e EREsp nº 396.836/RS, que abalou forte e inesperadamente as expectativas dos jurisdicionados, competiria ao Superior Tribunal de Justiça, não por analogia, mas com lastro nas diretrizes da Lei 9.868/99<sup>510</sup>, tomadas como "válidas e inafastáveis", especialmente as expressas no

---

<sup>510</sup> Pautadas nos princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima.

art. 27, que visam sobremaneira assegurar a integridade do sistema e preservar a segurança jurídica, sopesar os limites dos efeitos no tempo dessa mudança no entendimento jurisprudencial.

b) em face da jurisprudência predominante na Corte até agosto de 2004, que orientava pela plena vigência do crédito-prêmio de IPI, persistiu em favor dos contribuintes uma certa "sombra de juridicidade", assim considerada a "extensão horizontal e geográfica do manto de juridicidade, para além das fronteiras do espaço desenhado pela lei de origem". Nas palavras do Ministro, essa "sombra de juridicidade" decorreu da atividade jurisdicional do Estado (que enviou sinais coincidentes com a percepção que da vigência da lei tinham os contribuintes), e por isso indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto.

Baseado nessas assertivas, o Ministro Herman Benjamin propôs aos demais Ministros do Superior Tribunal de Justiça a data de publicação do acórdão proferido nos autos do REsp nº 591.708/RS, 09.08.2004<sup>511</sup>, como o momento em que se exauriu<sup>512</sup> a "sombra de juridicidade" que garantiria a subsistência do crédito-prêmio de IPI para os contribuintes que o aproveitaram via compensação e/ou restituição e buscaram no Judiciário o final reconhecimento deste direito.

A proposta só encontrou aprovação na voz e voto do Ministro João Otávio de Noronha, que asseverou que há momentos em que uma Corte Superior deve "transcender o interesse individual e fazer prevalecer a própria credibilidade do Poder Judiciário". Os demais Ministros integrantes da Seção rejeitaram a proposta acolhendo as razões deduzidas pelo Relator, Ministro Teori Zavascki, a saber:

- (i) premissa maior: conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 353.657-5/PR (crédito de IPI e alíquota zero), a modulação de efeitos prospectivos somente é cabível em casos de declaração de inconstitucionalidade da norma, sob pena de o Judiciário

---

<sup>511</sup> Julgamento proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça e que sinalizou a mudança de orientação acerca da vigência do crédito-prêmio de IPI, posteriormente confirmada pela Primeira Seção da Corte no julgamento do REsp nº 652.379/RS e EREsp nº 396.836/RS.

<sup>512</sup> Data a partir da qual, segundo o critério do Ministro Herman Benjamin, não se poderia falar em frustração da expectativa, boa-fé ou confiança legítima dos contribuintes.

funcionar como legislador positivo; não sendo cabível no REsp em exame, circunscrito à verificação de vigência no tempo do crédito-prêmio de IPI;

- (ii) premissas menores: **(ii.1)** o incidente da modulação foi proposto em fase de julgamento de embargos de divergência, não tendo havido prequestionamento mínimo sobre a matéria; **(ii.2)** o recurso especial que alberga o incidente não comportaria generalização de seus efeitos para além dos limites objetivos e subjetivos da lide, produzindo consequências apenas *inter partes*; **(ii.3)** a tese de que o crédito-prêmio de IPI foi extinto em 05.10.1990 nunca tinha sido analisada pelo STJ antes de 2004, de modo que a premissa da pacificação da matéria perante os tribunais é questionável; **(ii.4)** a modulação apresentada tem alcance maior do que a modulação autorizada por lei ao STF, pois propõe a prorrogação da vigência de dispositivos já revogados, em benefício de apenas alguns contribuintes; **(ii.5)** a apreciação da modulação de efeitos requer quórum especial de 2/3 dos membros do Tribunal, além de constituir matéria com reserva de plenário; **(ii.6)** o recorrente do caso concreto *sub judice* não se creditou do crédito-prêmio de IPI para compensar tributos federais, tampouco pediu sua restituição, não tendo, assim, sequer preenchido requisito obrigatório eleito expressamente pelo próprio proponente do incidente.

A segunda proposta para a modulação de efeitos surgiu na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na sessão de 02.10.2007, por ocasião do julgamento do REsp nº 654.446/AL. A Turma deliberou que a temática da extinção ou não do crédito-prêmio de IPI e a possibilidade de modulação de efeitos proposta pelo Ministro Herman Benjamin deveria ser novamente analisada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, pois no caso concreto o contribuinte havia se utilizado efetivamente do incentivo em compensações tributárias (cumprindo o requisito da proposta originária apresentada). Entretanto, a Primeira Seção entendeu que a discussão sobre a vigência do crédito-prêmio de IPI e a modulação de efeitos sobre a decisão que o considerou extinto em 05.10.1990 por força do art. 41, §1º do ADCT da Constituição Federal já estavam superadas; determinou o retorno dos autos à Turma para o seu efetivo julgamento e aplicação da orientação definida pela Corte.

### 5.3.2 Pontos em destaque

- (i) Por quase quinze anos (de 1990 a 2004), o Superior Tribunal de Justiça reconheceu e julgou vigente o crédito-prêmio de IPI questionado pelos contribuintes em vista dos óbices ao aproveitamento do incentivo via compensação/restituição postos pela Fazenda. Nesse período, deu vazão a um sem número de decisões na própria Corte e um universo incontável de decisões nas segundas e primeiras instâncias.
- (ii) Até a mudança da orientação, surgida em agosto de 2004 com o REsp nº 591.708/RS, posteriormente confirmada pela Primeira Seção da Corte no REsp nº 652.379/RS e EREsp nº 396.836/RS em 2006, que determinou que o crédito-prêmio de IPI estava extinto a partir de 05.10.1990 por força do art. 41, § 1º do ADCT da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal somente havia se pronunciado sobre a inconstitucionalidade parcial do art. 1º do Decreto-Lei 1.724/79 e a inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º do Decreto-Lei 1.894/81, que tratavam da delegação de competência ao Ministro da Fazenda para promover a redução, a suspensão e a extinção do referido incentivo.
- (iii) A extinção do crédito prêmio de IPI a partir de 05.10.1990 foi declarada, em definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal em 13.08.2009 nos autos do RE 577.348-5/RS, não tendo sofrido proposta de modulação de efeitos.
- (iv) Antes mesmo da decisão do Supremo, foram apresentadas no Superior Tribunal de Justiça duas propostas de modulação dos efeitos da decisão que reverteu a jurisprudência quinzenária da Corte, mas ambas foram denegadas, tendo como principal *ratio decidendi* que, conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 353.657-5/PR (crédito de IPI e alíquota zero), a modulação de efeitos prospectivos somente é cabível em casos de declaração de inconstitucionalidade da norma, sob pena de o Judiciário funcionar como legislador positivo.
- (v) Adeptos à modulação de efeitos: Ministros Herman Benjamin e João Otávio de Noronha, e integrantes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2007.

### **5.3.3 Nossos comentários**

#### **a) Sobre o sentido normativo**

Diferentemente dos outros casos, a norma jurídica resultante do julgamento do RE 577.348-5/RS não inovou ou alterou o sentido da conduta que estava em questão. Pelo contexto histórico que registramos, o resultado foi o de confirmação do sentido já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça desde 2006, quando definida pela Primeira Seção da Corte no REsp nº 652.379/RS e EREsp nº 396.836/RS a data termo de extinção do crédito-prêmio de IPI (05.10.1990) com fundamento no art. 41, § 1º do ADCT da Constituição Federal.

Muito embora tenhamos esboçado inconformismo sobre a mudança da jurisprudência quinzenária dessa temática, esta não pode ser atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Por essa razão, não contestaremos o processo de construção de sentido promovido pelo STF do ponto de vista da adequação dos fatos ao contexto. Embora delineada por outras razões (definição de setor), quando do julgamento do RE 577.348-5/RS, ocorrido em 13.08.2009, a extinção do crédito-prêmio em outubro de 1990 já era uma variável conhecida pela sociedade, o que não significa, é claro, que foi acolhida por ela sem reservas.

#### **b) Razões de Segurança Jurídica**

Embora a modulação de efeitos não tenha sido aventada neste julgado, não podemos nos furtar de tecer comentários sobre a análise que movimentou as bases da “insegurança jurisprudencial” instalada no Poder Judiciário.

Como anotado linhas atrás, por quase 15 anos, de 1990 a 2004, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu e julgou vigente o crédito-prêmio de IPI questionado pelos contribuintes em vista dos óbices ao aproveitamento do incentivo via compensação/restituição opostos pela Fazenda. Em 2006, definiu que o benefício mantido em vigor durante quase 15 anos, por um sem número de decisões, também estava extinto havia mais 15 anos (desde 1990).

Ou seja, a duradoura base de confiança criada a favor do contribuinte de uma hora para outra foi expurgada (o sentido), e a ele foram impostas consequências

(autuações, execuções fiscais) baseadas em uma norma inexistente à época da realização de sua conduta.

Não se pode negar que as bases da segurança estavam estabelecidas para o contribuinte: cognoscibilidade (amplo conhecimento do sentido de vigor conferido ao crédito-prêmio de IPI), confiabilidade (inúmeras decisões do STJ e outras muitas das demais instâncias, que confirmavam esse vigor) e calculabilidade (possibilidade de calcular as consequências do sistema naquele momento da prática da sua conduta).

Então, pergunta-se: a base de confiança envolvida neste caso era crível? Podia o contribuinte acreditar ser ela aplicável naquele período? Naquele período em que definiu dispor de seu patrimônio (o crédito-prêmio era moeda para quitação de tributos), era razoável pensar que podia contar com a aplicação da base de confiança? Sim, para todas as questões. Os fatos informavam um perfeito estado ideal de confiabilidade, de segurança jurídica.

Como destacado no caso anterior, o contribuinte somente podia se orientar por aquela norma que vigia no momento da sua ação; não podia prever, tampouco agir, com base em norma futura. Sua escolha teria de se dar entre agir e não agir; não havia a opção de agir com base em outra norma. Portanto, exigir que o contribuinte tenha a sua conduta julgada por norma inexistente à época da prática de sua ação conforma o fato que caracteriza a surpresa não tolerada pela segurança jurídica.

Assim, havia uma base da confiança que foi construída pela jurisprudência quinzenária do STJ, a qual inequivocamente serviu de fundamento para a ação dos contribuintes. Com a sua alteração, em 2006, essa confiança foi frustrada, e dessa frustração nenhum dos órgãos responsáveis pela manutenção da segurança jurídica do sistema (STF e STJ) se encarregou de cuidar.

#### **5.4 A prescrição e decadência decenais da Lei n° 8.212/91**

Distribuídos em meados de 2007, no Supremo Tribunal Federal, os Recursos Extraordinários n° 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, por “organização” da Fazenda Nacional, foram levados a julgamento em conjunto na sessão do Plenário da Suprema Corte de 11.06.2008. O pleito uniforme foi pelo reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212/91, que disciplinavam

prazos de decadência e de prescrição decenais para o lançamento e a cobrança das contribuições previdenciárias.

Por unanimidade, os referidos recursos foram improvidos, restando declarada, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade das normas aclamada. Entretanto, em atenção a pedido de prospecção de efeitos da decisão formulado pela Procuradoria da Fazenda, em sessão própria, ocorrida em 12.06.2008, a Corte deferiu a modulação de efeitos da norma invalidante em nome de razões de segurança jurídica, determinando a (i) irretroatividade dos efeitos anulatórios para as cobranças não impugnadas até a data do julgamento, 11.06.08, legitimando os recolhimentos feitos em resposta a cobranças exercidas no prazo de 10 anos; e a (ii) retroatividade dos efeitos da decisão anulatória para as impugnações já promovidas em sede administrativa e judicial, assegurando aos litigantes a repetição do indébito pelo prazo constitucional decenal.

O voto condutor da modulação aplicada foi proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que invocou “razões de índole constitucional, especialmente o princípio da segurança jurídica” para fundamentar a prospecção de efeitos. Aquelas diriam respeito à insegurança jurídica decorrente dos recolhimentos feitos fora dos prazos quinquenais previstos no Código Tributário Nacional, não contestados administrativa ou judicialmente, e que agora poderiam ser repetidos.

#### 5.4.1 Pontos em destaque

- (i) 'do “*obiter dictum*”, destacamos os seguintes argumentos:
  - (a) segundo Ministro Gilmar Mendes, com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, “mantém-se hígida a legislação anterior, com prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência [...]”;
  - (b) na modulação deferida, restou vencido o voto do Ministro Marco Aurélio, que durante a sessão indagou:

Ora Presidente, neste caso concreto, em que a jurisprudência do Supremo, desde 1969, sempre foi no sentido de ter como indispensável o trato da matéria mediante lei complementar – e a Lei nº 8.212/91, 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 [...]

- (ii) *ratio decidendi*: a premissa adotada para a concessão da modulação de efeitos foi a de que razões de índole constitucional, especialmente o princípio da segurança jurídica, fundamentavam a prospecção de efeitos, concedida com vistas a afastar a insegurança jurídica que resultaria da possível repetição dos recolhimentos feitos fora dos prazos quinquenais previstos no Código Tributário Nacional, que não tenham sido contestados administrativa ou judicialmente;
- (iii) adeptos à modulação de efeitos: Plenário do STF, com exceção do Ministro Marco Aurélio.

#### 5.4.2 Nossos comentários

##### a) Reafirmação do sentido normativo

Curiosamente, e também diferentemente das demais lides tributárias nas quais o Supremo Tribunal Federal analisou a figura da modulação de efeitos invocada em razão da modificação do sentido atribuído a determinada norma, na lide ora comentada, não houve alteração do entendimento da Corte sobre a norma que deu fundamento de validade para a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n° 8.212/91.

Aliás, como observado pelo Ministro Marco Aurélio durante a sessão especialmente designada para a apreciação do pedido do *prospective overruling* formulado pela Fazenda Nacional, desde 1969 o Supremo Tribunal Federal manifesta entendimento pacífico no sentido de que as matérias relativas à prescrição e decadência devem ser tratadas mediante lei complementar. Também foi lembrado pelo Ministro Marco Aurélio o fato de que no ano seguinte ao da edição da Lei n° 8.212/91, o Pleno da Corte, por meio de julgamentos expressivos já sinalizava o posicionamento que se aperfeiçoou no acórdão do RE 556.664.

Com efeito, diante dos fundamentos adotados para o reconhecimento da invalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n° 8.212/91, podemos afirmar que foram observadas no processo de construção do sentido normativo as regras de produção do sentido, o referencial de uso da sociedade em relação às expressões positivadas

e discutidas nos autos, assim como os valores e a consciência histórica da sociedade destinatária dessas normas jurídicas.

Se parássemos a nossa análise neste ponto, poderíamos conferir à decisão de invalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n° 8.212/91, sob o ponto de vista dos elementos observados e que performaram o processo de construção de sentido da norma jurídica, o *status* de legítima.

No entanto, como a decisão de invalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n° 8.212/91 foi modulada em sua eficácia temporal, e com as premissas adotadas não concordamos, tampouco concordamos com os efeitos prospectivos conferidos, retiramos nossa assertiva quanto à legitimidade do sentido produzido na norma em análise.

## **b) Razões de Segurança Jurídica**

A realidade jurídica que se opôs à retroatividade dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n° 8.212/91, não revelava a violação de nenhum interesse social que demandasse a preservação dos fatos jurídicos constituídos em benefício do Estado no período acobertado pela presunção de validade das normas. Relativamente à satisfação da outra condição modulatória – as razões de segurança jurídica –, ousamos discordar da decisão e das premissas adotadas pelo Plenário do Supremo Tribunal.

Nossa posição, aliás, já foi amplamente colocada no Capítulo 4, item 4.2.2.3.9, no qual discorremos sobre a proibição da proteção da confiança do Estado. Por isso, aqui nos limitaremos a apresentar uma breve síntese.

O objeto da certificação de invalidade é uma norma criada pelo Estado em descumprimento das regras de incompetência, e a pena por esse inadimplemento é a imposição de uma sanção: a invalidade da norma criada. Nesse cenário de reação do ordenamento contra o descumprimento da norma de competência pelo Estado, a modulação resultará de um processo de ponderação onde se colocarão como arriscados direitos fundamentais ou algum excepcional interesse social que demandem proteção.

Sendo a confiança passível de proteção à relacionada ao exercício de um direito fundamental, como a liberdade, ou seja, o agir por orientação jurídica, quais seriam os direitos fundamentais do Estado a serem protegidos na realidade jurídica que seria afetada com a retroatividade dos efeitos da invalidade? Como falar em

proteção da confiança do Estado quando ele mesmo deu ensejo à irregularidade normativa?

O Estado não tem direitos fundamentais, tem o dever de concretizá-los. Os direitos fundamentais pressupõem um “substrato pessoal” vinculado à dignidade humana, que inexistente na pessoa pública do Estado<sup>513</sup>.

E mais, o princípio da proteção da confiança também se destina à proteção da expectativa ou da não surpresa. Não fosse suficiente o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal manifestado de 1969 acerca da competência da lei complementar para tratar de matéria relativa à prescrição e decadência tributárias, desde a edição da Lei n° 8.212/91 o Supremo já vinha sinalizando a sua desconformidade com a Constituição Federal. Como então falar em surpresa pela inconstitucionalidade depois de praticamente 17 (dezessete) anos de aviso?

Lamentavelmente, a modulação conferida acaba por estimular o Estado a aprovar atos legislativos contrários aos princípios e regras constitucionais, na confiança de que, em razão da morosidade no julgamento da invalidade das normas, a inconstitucionalidade será “perdoada” em nome de “razões de índole constitucional” por meio da aplicação da modulação de efeitos.

---

<sup>513</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 544-545.

## CONCLUSÃO

1. A partir do giro lingüístico, quando a linguagem passou a ser um objeto do conhecimento para o homem, a atividade de interpretação também passou a ter no texto do Direito Positivo o seu ponto de partida para o conhecimento das estruturas do fenômeno jurídico. Nessa atividade intelectual pela construção do sentido, do conteúdo e do alcance das normas jurídicas, o intérprete se conduz a partir da investigação dos planos sintático, semântico e pragmático da linguagem positivada, para ao final do percurso compor a adequada significação do texto legislado, que será conformada pelas ideologias e limites do seu universo de linguagem.
2. Na construção de sentido da norma jurídica, não obstante permeada pelos axiomas da intertextualidade (que tem por base o intercâmbio entre outros textos além do de Direito Prescritivo, mas nesse tem início e fim) e da inesgotabilidade (do qual decorre que toda a interpretação é infinita, por isso todo o texto pode ser reinterpretado) o intérprete não está livre de limites, entre os quais citamos as regras semânticas de vinculação de um termo à uma conduta normativa; a relação do texto com o contexto; as regras de uso, os valores e a historicidade do intérprete.
3. Falar em limites não infirma o axioma da inesgotabilidade da interpretação, tampouco aprisiona o sentido de um termo jurídico em um único conceito. Os limites aqui vislumbrados vão ao encontro da própria função do Direito, que opera para o social, para a harmonia da coletividade num dado contexto histórico-cultural. Nesse espírito, as normas estarão voltadas para o atendimento das expectativas e dos valores da sociedade.
4. O sistema de Direito Positivo é formado somente por normas: primárias, primárias sancionatórias, secundárias, regras, postulados e princípios constitucionais. As primeiras veiculam mensagens definidoras da proibição, permissão e/ou da obrigatoriedade das condutas que visam a regular, assim como a consequência pelo seu descumprimento. Os postulados visam a orientar a estrutura de outras normas, e os princípios consistem em normas jurídicas finalísticas, que, ao instituir o seu fim, também instituem o ponto de partida para a procura dos meios

necessários à sua promoção, uma vez que esses não são determinados pelo legislador.

5. A eleição dos meios para a promoção dos fins demandados pelas normas principiológicas ficará ao arbítrio do intérprete, que poderá eleger meios diferentes dos eleitos por outro intérprete em busca do mesmo fim. Neste sentido é que o fim corresponde a um estado ideal de coisas a ser formado por meios que podem representar de formas diferentes a sua gradual promoção.

6. Selecionamos o princípio da segurança jurídica por estar vinculado, visceralmente, à temática da modulação de efeitos. É entendido como uma garantia de previsibilidade. A sua aplicação demanda o dever de adoção de comportamentos que promovam os estados ideais de cognoscibilidade (que diz respeito ao conhecimento da norma pelo particular no momento da prática de uma ação); de confiabilidade (destinado a assegurar a proteção de fatos pretéritos por meio da adoção de condutas que exijam mudanças graduais no ordenamento); e de calculabilidade (relativo à possibilidade de antecipação mínima, pelo particular, das consequências que podem ser aplicadas aos seus atos pelo poder Estatal).

7. O princípio da segurança jurídica é afetado em seus estados ideais de confiabilidade e da calculabilidade pelo tempo, fenômeno físico unidirecional, que implica na análise da bidirecionalidade do passado/futuro em razão de a contabilização do tempo do Direito não se dar de forma simultânea ao tempo do mundo real. O tempo do Direito será sempre posterior ao tempo de ocorrência dos fatos reais. É a chamada diferença entre o tempo do fato e o tempo no fato, que decorre dos efeitos da flecha do tempo.

8. O intervalo entre o tempo no fato e o tempo do fato é um dos elementos que mais fortemente contribui para a alteração do sentido normativo. Se o sentido que orientou a conduta praticada por um particular na data correspondente ao *tempo no fato* diferencia-se do sentido construído pelo intérprete na data do *tempo do fato*, tem-se por instalado um conflito que cabe ao Direito resolver.

9. A compreensão do fenômeno da flecha do tempo permite ao intérprete se libertar do dogma mecanicista que acompanhou a interpretação do Direito por muito

tempo. A entropia é o fenômeno que muito bem identifica a falibilidade do determinismo. A imprevisibilidade do futuro compromete a exigência da certeza, que está sujeita ao acaso, e essa percepção dissipa a associação da certeza absoluta que se vinculava à segurança jurídica. Esta tem de se adequar à segurança do movimento, ou seja, a segurança adequada ao tempo em que é demandada.

10. A construção do sentido legítimo colabora com um cenário jurídico-social seguro e harmônico. Um Estado de Direito que se planeja garantidor eficaz de estabilidade e de segurança não deve avalizar imobilismos em algo que se destemporalizou. Para isso, deve buscar alternativas que confirmam efetividade à sua função primordial, que é a de regular condutas intersubjetivas visando à harmonia social.

11. A desarmonia entre as regras infralegais e o Texto Constitucional se trata de um problema de relação internormativa e pode provocar conflitos no repertório passíveis de atingir a própria estrutura do sistema. O mecanismo de controle de constitucionalidade é o meio apto a recobrar o equilíbrio, e a decisão que desse processo resulta visa a absorver a insegurança gerada pela inconstitucionalidade no plano normativo e das relações individuais.

12. A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma é um vício aferido no plano de validade da norma, decorrente da sua introdução no sistema, operada por agente não credenciado ou pela inobservância dos demais procedimentos previstos na norma de competência. Por essa premissa, os atos normativos e omissões do Poder Público no inadimplemento do dever de legislar, e que importarem violação à Constituição, é que constituirão o objeto da invalidade, já que os comportamentos privados ingressam na seara da legalidade.

13. A validade corresponde à relação de pertinência da norma com o sistema. A vigência consiste na aptidão da norma de produzir os efeitos que lhe são próprios. E a eficácia se subdivide em (i) *jurídica*, consubstanciada na propriedade de que está investido o fato jurídico (formado a partir da incidência da norma) de provocar a irradiação dos efeitos que lhe são próprios; (ii) *técnica*, relativa à condição ostentada pela norma jurídica para irradiar seus efeitos, porque já removidos os obstáculos de ordem material, como a falta de regra superior que pudesse lhe dar fundamento de

validade ou a existência de regra inibidora de sua incidência, por exemplo, e que pudessem impedir tal propagação de efeitos; e (iii) *social*, que diz respeito aos padrões de acatamento com que uma comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada. Esses são conceitos fundantes do sistema, que influenciam no sistema de referência a ser adotado para a definição dos efeitos da norma declarada inconstitucional.

14. O reconhecimento do vício da inconstitucionalidade corresponde a uma sanção, decorrente da reação do ordenamento pelo inadimplemento da norma de competência. O poder emitente da norma reconhecida inválida será impedido de dela se valer para juridicizar os fatos que ocorrerem no mundo fenomênico e que poderiam ensejar a sua incidência. Contudo, esse óbice dependerá dos efeitos que forem atribuídos à sua eficácia temporal.

15. Definida a eficácia temporal da norma invalidante, que reconheceu a inconstitucionalidade de outra, em conformidade com o princípio da nulidade, seus efeitos anulatórios retroagirão à data de sua introdução no sistema. A norma inválida será afetada em sua vigência futura e perderá a sua validade quando subtraídos todos os fatos jurídicos formados a partir da sua incidência. Já, sendo definida a eficácia prospectiva dos efeitos da norma invalidante, a norma declarada inválida terá sua vigência prorrogada até o momento em que a decisão determinar que ela cesse.

16. A prospecção de efeitos é regulada pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99, tendo sido positivada sob a alcunha de modulação de efeitos. Sua concessão pressupõe que se verifiquem, na realidade jurídica afetada pela invalidade, razões de segurança jurídica ou um excepcional interesse social, que deverão ser ponderados para fins de definir a retroatividade ou a irretroatividade dos efeitos da decisão invalidante.

17. A modulação de efeitos afeta o critério temporal da norma invalidante, e por ela é incorporada, de modo que também incorpora a natureza sancionatória daquela, e, mesmo obstando a retroatividade dos efeitos da norma invalidante, constitui uma sanção para o poder público que dela poderia se valer por período indeterminado.

18. A figura da modulação de efeitos ou *prospective overruling* surgiu em diversos países e recentemente no Brasil, por meio do art. 27 da Lei nº 9.868/99, como o meio de dar dinamicidade aos Tribunais Constitucionais no julgamento de questões em que verificada a superação da realidade pela evolução dos conflitos sociais em relação ao precedente vinculante; nas hipóteses em que a mudança de entendimento decorre da desarrazoabilidade ou erronia da solução que vinha sendo adotada ou, ainda, em casos em que a aplicação da nulidade retroativa possa ensejar um caos social, jurídico e econômico potencialmente prejudicial para a sociedade e para o sistema.

19. A figura modulatória tem no art. 27 da Lei nº 9.868/99 a relação de seus pressupostos. São eles: controle concentrado de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo + 2/3 dos votos dos membros do Plenário + risco para a segurança jurídica ou para excepcional interesse social = faculdade para a (i) restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou (ii) atribuição de eficácia da declaração a partir do seu trânsito em julgado, ou (iii) em outro momento posterior fixado pela Corte.

20. Aos pressupostos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, acrescentamos a possibilidade de serem modulados os efeitos de decisões que rompem paradigmas jurisprudenciais emitidos pelo STF e STJ, haja vista entendermos que a orientação final emanada desses processos interpretativos é produto de autoridade, tal como a lei, e corresponderá ao ponto de vista acerca do que será admitido por lícito, ilícito, obrigatório, proibido e permitido no cenário jurídico normativo.

21. Razões de segurança jurídica e excepcional interesse social são conceitos indeterminados, a serem construídos pelo intérprete a partir das peculiaridades do caso concreto e das normas constitucionais que se subsumirem àquele.

22. Em se tratando de efeitos do Direito no tempo, a regra da irretroatividade e o princípio da proteção da confiança serão as normas que identificarão o índice de confiabilidade promovido na realidade jurídica a ser afetada pela norma declarada inconstitucional ou pela retroatividade da nova orientação jurisprudencial e que merecerá receber a proteção do passado no presente.

23. A garantia constitucional da irretroatividade não se restringe apenas ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido. Todo ato-fato jurídico pretérito (mesmo quando não constitua ato jurídico perfeito), como é o caso de uma jurisprudência pretérita, de fato constante e longamente reiterada, é alcançado pela garantia da irretroatividade em sentido amplo.

24. A proteção da confiança, especialmente no âmbito do Direito Tributário, onde os atos atingem mais intensamente os direitos do contribuinte relacionados à liberdade e ao patrimônio, ganha ainda mais relevância diante da frustração gerada pela modificação normativa com incidência retroativa, na medida em que o contribuinte só pode se orientar pelas normas vigentes no momento da sua ação, não tendo como prever as consequências de normas futuras.

25. O princípio da confiança pressupõe uma base da confiança, uma confiança, o exercício de uma confiança e a sua posterior frustração. Tem por objeto a proteção dos direitos fundamentais. Como o Estado não tem direitos fundamentais que pressupõem um "substrato pessoal" vinculado à dignidade humana, não há se falar em proteção da confiança do Estado.

26. Pelo estudo dos julgados emblemáticos do (i) creditamento pela alíquota zero do IPI; da (ii) isenção da COFINS das sociedades uniprofissionais; da (iii) a extinção/vigência do crédito-prêmio de IPI; e dos (iv) prazos decenais de prescrição e decadência da Lei nº 8.212/91, concluímos que a aplicação do instituto da modulação de efeitos demanda maiores reflexões, tanto por parte do Poder Judiciário, como também da Dogmática Nacional, que ainda caminha lentamente na apresentação de estudos sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Manuel Atienza e Isabel Espejo (Trad.). 2. ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALVES JR., Francisco. Os Princípios e a Importância Prática da Reflexão Teórica no Contexto Pós-Positivista: Desconfiando da Saída Fácil. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 03, 2002. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22537/principios\\_importancia\\_pratica\\_reflexao.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22537/principios_importancia_pratica_reflexao.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 27 fev. 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: o Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ARAUJO, Clarice Von Oertzen de. *Incidência Jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Editora Noeses, 2011.

\_\_\_\_\_. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAUJO, Vânia Maria Rodrigues Hermes de. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Sistemas de informação: nova abordagem teórico-conceitual. *Ciência da Informação*, v. 24, n. 1, 1995.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2001. 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 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de; TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Mudança da Jurisprudência do Superior Tribunal Federal. In: PIZOLIO, Reinaldo (Org.). *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. Mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação de efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, v. 2, p. 261-288, abr.-jun. 2006.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de Processo Civil*: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15. ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 276*. “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”. Publicação: DJ 02 jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 482*. Brasília: STF, out. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes 1 a 29, 31 e 32*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_Vinculante\\_STF\\_1\\_a\\_29\\_31\\_e\\_32.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1996.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*, v. 61, n. 3, 1994.

\_\_\_\_\_. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 102, p. 18-28, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos face das Leis números 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Crédito-Prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al (Orgs.). *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. Barueri: Manole, p. 131-187, 2005.

COSTA PINTO, Cláudia Maria Borges. *O “excepcional interesse social” e o direito à repetição do indébito tributário*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba: PUC-PR, 2008.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1985.

DE SIMONE, Diego Caldas Rivas. *Segurança Jurídica e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2011

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao prof. Coord. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Parecer*. 09 maio 2005. São Paulo: Manole, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FACILITA – Criatividade. *Aceleração*. Disponível em:  
<[http://www.facilita.com.br/facartigo\\_aceleracao.htm](http://www.facilita.com.br/facartigo_aceleracao.htm)> Acesso em: 20 fev. 2012.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Leite Cordeiro dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

\_\_\_\_\_. Apresentação e revisão. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 1-5. Disponível em:  
<<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Atlas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Introdução do Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. tir. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. *Revista de direito Tributário*, Ano V, n. 17-18, jul./dez. 1981.

\_\_\_\_\_; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antônio Carrazza e Nelson Nery Junior. São Paulo: Manole, 2009.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. *Revista Internacional Direito e Cidadania*. Disponível em:  
<<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

FLUSSER, Vilém. *Língua e Realidade*. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sentido, consistência e legitimação*, p. 12, no prelo.

GOMES, Marcus Lívio. *A interpretação da legislação tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GREGÓRIO, Sérgio Biagi. Comunicação interpessoal. In: *CEISMAEL – Centro Espírita Ismael*. Disponível em :  
<[http://www.ceismael.com.br/oratoria/oratoria020.htm#\\_ednref2](http://www.ceismael.com.br/oratoria/oratoria020.htm#_ednref2)>. Acesso em: 04 abr. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, n. 97, jan.-mar. 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

HOBLES, Gregório. O Direito como Texto. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005. IBRI, Ivo Assad. Sobre a incerteza. *Revista Trans/Form/Ação*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, v. 23, n.1, p. 97-104, 2000.

JAKOBSON, Roman. *Lingüística e comunicação*. São Paulo: Cultrix, s/d.

JUNIOR, Francisco Alves. Os Princípios e a Importância Prática da Reflexão Teórica no Contexto Pós-Positivista: Desconfiando da Saída Fácil. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 03, 2002. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22537/principios\\_importancia\\_pratica\\_reflexao.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22537/principios_importancia_pratica_reflexao.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 27 fev. 2012.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LUHMANN, Niklas. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 1-5. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petil y Dorothee Schmitz, Introducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Lançamento Tributário, Execução Fiscal e Mandado de Segurança. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 47, p. 56-60, ago. 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Medida Provisória e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 165-199.

MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?, *Revista do advogado*, São Paulo, v. 26, n. 6, p. 23-35, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses. *Revista de Processo*, n. 55, p. 165-179, jul.-set. 1989.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Podivm, 2010.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2006.

\_\_\_\_\_; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma Teoria Híbrida dos Direitos de Personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDC), n.19, p. 1-14, jul./ago./set. 2009. Disponível em: <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/controlodeconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDONÇA, Christine. Segurança na Ordem Tributária Nacional e Internacional. In: *II Congresso Nacional de Estudos Tributários*, 2005, São Paulo. Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, 2005. p. 45-54.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Aline Lima de. *A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

PAULINO, Maria Ângela Lopes. *Sanções Tributárias*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC-SP, 2012.

PEIRCE, Charles Sanders. *Conferências sobre o Pragmatismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (coleção Os Pensadores).

PIGNATARI, Décio. *Informação, Linguagem, Comunicação*. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1982.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC-SP, 2001.

\_\_\_\_\_. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas conseqüências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

\_\_\_\_\_. *Os limites à Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

POLICHUK, Renata. *Segurança jurídica dos atos jurisdicionais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: UFPR, 2011.

PRIGOGINE, Ilya. *Ciência, razão e paixão*. Tradução de Assis Carvalho e Maria da Conceição de Almeida. São Paulo: Livraria da Física, 2009.

\_\_\_\_\_. *Do ser ao devir*. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: UNESP, 2002.

\_\_\_\_\_. *O fim das certezas. Tempo, Caos e as Leis da Natureza*. Tradução de Jorge Alves. Lisboa: Gradiva, 1996.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 165-208.

ROTHENBURG, Walter. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SAMPAIO, André Serrão Borges de. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2154. *Revista jurídica virtual*, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_13/Agu.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/Agu.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2012.

SANTAELLA, Lucia. *O que é Semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (Coord.) *Curso de Especialização em Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

\_\_\_\_\_. *Lançamento Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais, e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 85-129.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais, e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Blecaute Oliveira. Direito e justiça - uma relação tormentosa, mas necessária. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9466/direito-e-justica>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, Renata Elaine. Modulação dos efeitos da decisão em matéria tributária: possibilidade ou não de “restringir os efeitos daquela declaração”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 170, p. 52-63, nov. 2009.

SIMONE, Diego Caldas Rivas de. *Segurança Jurídica e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência – Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Ltr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.

TORRES, Heleno. Temporalidade e Segurança jurídica – irretroatividade e anterioridade tributárias. *Revista da PGFN*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-i/heleno.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Consequencialismo. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 Anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VERGUEIRO, Camila Campos. *Obrigação Tributária. O Processo de Positivação e as Causas Suspensivas da sua Exigibilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VIGNOLI, Eduardo Torres. *A obra O tempo do direito, de François Ost: um diálogo entre o tempo e o direito*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300407.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Estruturas Lógicas e o sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

\_\_\_\_\_. O Universo das Fórmulas Lógicas e o Direito. In: \_\_\_\_\_. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. v. 1. São Paulo: IBET/Axi Mundi, 2003.

WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 18 mar. 2012, 10 abr. 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 2001.

XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

**ANEXOS**

**EMENTAS DE ACÓRDÃOS EM CASOS NOS QUAIS FOI RECONHECIDA  
A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO  
DE CONSTITUCIONALIDADE**

**(pesquisa efetuada no site do Supremo Tribunal Federal em 17.02.2012)**

## **ANEXO A – Ações Diretas de Inconstitucionalidade**

### **1 – ADI 3022**

**Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA - Tribunal Pleno**

**Julgado em 02.08.2004 - DJ 04.03.2005**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão "bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais", contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. 3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Ação julgada parcialmente procedente.

### **2 – ADI 3489**

**Relator: Min. EROS GRAU - Tribunal Pleno**

**Julgado em 09.05.2007 - DJ 03.08.2007**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.294, DE 22 DE JUNHO DE 2.002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE ANEXO A LOCALIDADE DE VILA ARLETE, DESMEMBRADA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS, AO MUNICÍPIO DE MONTE CARLO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. A localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, foi efetivamente integrada ao Município de Monte Carlo. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Monte Carlo, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996,

deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. O desmembramento e integração da localidade de Vila Arlete objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina.

### **3 – ADI 2240**

**Relator: Min. EROS GRAU - Tribunal Pleno**

**Julgado em 09.05.2007 - DJ 03.08.2007**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem

constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

#### **4 – ADI 3689**

**Relator: Min. EROS GRAU - Tribunal Pleno**

**Julgado em 10.05.2007 - DJ 29.06.2007**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.066, DO ESTADO DO PARÁ, QUE ALTERANDO DIVISAS, DESMEMBROU FAIXA DE TERRA DO MUNICÍPIO DE ÁGUA AZUL DO NORTE E INTEGROU-A AO MUNICÍPIO DE OURILÂNDIA DO NORTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. A fração do Município de Água Azul do Norte foi integrada ao Município de Ourilândia do Norte apenas formalmente pela Lei estadual n. 6.066, vez que materialmente já era esse o município ao qual provia as necessidades essenciais da população residente na gleba desmembrada. Essa fração territorial fora já efetivamente agregada, assumindo existência de fato como parte do ente federativo -- Município de Ourilândia do Norte. Há mais de nove anos. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Ourilândia do Norte, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de

Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A integração da gleba objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 6.066, de 14 de agosto de 1.997, do Estado do Pará.

## **5 – ADI 3458**

**Relator: Min. EROS GRAU – Tribunal Pleno**

**Julgado em 21.02.2008 – DJ 16.05.2008**

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 15.010, DO ESTADO DE GOIÁS, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2004. DECRETO ESTADUAL N. 6.042, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2004. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 01/04 - GSF/GPTJ, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2004. SISTEMA DE CONTA ÚNICA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. PROJETO DE LEI DEFLAGRADO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MATÉRIA QUE DEMANDARIA INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. TESOUREO ESTADUAL DEFINIDO COMO ADMINISTRADOR DA CONTA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. 1. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida no tocante ao decreto estadual n. 6.042 e à Instrução Normativa n. 01/04, ambos do Estado de Goiás. Não cabimento de ação direta para impugnar atos regulamentares. Precedentes. 2. A iniciativa legislativa, no que respeita à criação de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais, cabe ao Poder Judiciário. A deflagração do processo legislativo pelo Chefe do Poder Executivo consubstancia afronta ao texto da Constituição do Brasil [artigo 61, § 1º]. 3. Cumpre ao Poder Judiciário a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais. Atribuir ao Poder Executivo essas funções viola o disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil, que afirma a interdependência --- independência e harmonia --- entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. 4. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 15.010, do Estado de Goiás. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão 60 [sessenta] dias após a publicação do acórdão.**

**6 – ADI 3819****Relator: Min. EROS GRAU – Tribunal Pleno****Julgado em 24.10.2007 – DJ 28.03.2008**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 140, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 141 DA LEI COMPLEMENTAR N. 65. ARTIGO 55, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 15.788. ARTIGO 135, CAPUT E § 2º, DA LEI N. 15.961. LEIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INVESTIDURA E PROVIMENTO DOS CARGOS DA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL. SERVIDORES ESTADUAIS INVESTIDOS NA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO E NOS CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DE PENITENCIÁRIA E DE ANALISTA DE JUSTIÇA. TRANSPOSIÇÃO PARA A RECÉM CRIADA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, II, E 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Os preceitos objeto da ação direta de inconstitucionalidade disciplinam a forma de investidura e provimento dos cargos da carreira de Defensor Público Estadual. 2. Servidores estaduais integrados na carreira de Defensor Público Estadual, recebendo a remuneração própria do cargo de Defensor Público de Primeira Classe, sem o prévio concurso público. Servidores investidos na função de Defensor Público, sem especificação do modo como se deu a sua investidura, e ocupantes dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e de Analista de Justiça. 3. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia. 4. Não-cabimento da transposição de servidores ocupantes de distintos cargos para o de Defensor Público no âmbito dos Estados-membros. Precedentes. 5. A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta estipuladas na Constituição [artigo 25 da CB/88]. 6. O servidor investido na função de defensor público até a data em que instalada a Assembléia Nacional Constituinte pode optar pela carreira, independentemente da forma da investidura originária [artigo 22 do ADCT]. Precedentes. 7. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais o caput e o parágrafo único do artigo 140 e o artigo 141 da Lei Complementar n. 65; o artigo 55, caput e parágrafo único, da Lei n. 15.788; o caput e o § 2º do artigo 135, da Lei n. 15.961, todas do Estado de Minas Gerais. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir de 6 [seis] meses contados de 24 de outubro de 2007.

**7 - MS 26604****Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA - Tribunal Pleno****Julgado em 04.10.2007 – DJ 03.10.2008**

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. EFEITOS DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA PELO ELEITO: PERDA DO DIREITO DE CONTINUAR A EXERCER O MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO POR ILÍCITO E SACRIFÍCIO DO DIREITO POR PRÁTICA LÍCITA E JURIDICAMENTE CONSEQÜENTE. IMPERTINÊNCIA DA INVOCÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS OBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE

DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Mandado de segurança contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Vacância dos cargos de Deputado Federal dos litisconsortes passivos, Deputados Federais eleitos pelo partido Impetrante, e transferidos, por vontade própria, para outra agremiação no curso do mandato. 2. Preliminares de carência de interesse de agir, de legitimidade ativa do Impetrante e de ilegitimidade passiva do Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB: rejeição. 3. Resposta do TSE a consulta eleitoral não tem natureza jurisdicional nem efeito vinculante. Mandado de segurança impetrado contra ato concreto praticado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, sem relação de dependência necessária com a resposta à Consulta n. 1.398 do TSE. 4. O Código Eleitoral, recepcionado como lei material complementar na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral (art. 121 da Constituição de 1988), estabelece, no inciso XII do art. 23, entre as competências privativas do Tribunal Superior Eleitoral - TSE "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político". A expressão "matéria eleitoral" garante ao TSE a titularidade da competência para se manifestar em todas as consultas que tenham como fundamento matéria eleitoral, independente do instrumento normativo no qual esteja incluído. 5. No Brasil, a eleição de deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. No sistema que acolhe - como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 - a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei n. 9.096/95). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante - o eleitor -, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido - o que se estende ao eleitor - pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida. 6. A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional. 7. A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconseqüente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie. 8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. 9. É garantido o direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie de partido político. 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007. 11. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido.

**8 - ADI 2501****Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA - Tribunal Pleno****Julgado em 04.09.2008 – DJ 19.12.2008**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos. 2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. 3. O alcance da expressão "supervisão pedagógica", contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais. 4. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao Sistema Federal de Ensino. 5. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, conseqüentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos. 6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. 7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. 9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes freqüentaram e freqüentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores.

**9 – ADI 4009****Relator: Min. EROS GRAU - Tribunal Pleno****Julgado em 04.02.2009 – DJ 29.05.2009**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI'S 4.009 E 4.001. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA REQUERENTE --- ADEPOL. LEI COMPLEMENTAR N. 254, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2003, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 374, DE 30 DE JANEIRO DE 2007, AMBAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA ESTADUAL. ARTIGO 106, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE. LEIS COMPLEMENTARES NS. 55 E 99, DE 29 DE MAIO DE 1.992 E 29 DE NOVEMBRO DE 1.993, RESPECTIVAMENTE. VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS DOS POLICIAIS CIVIS E MILITARES À REMUNERAÇÃO DOS DELEGADOS. ISONOMIA, PARIDADE E EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF: VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XIII; 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "A", E 63, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO E EQUIPARAÇÃO ENTRE REMUNERAÇÕES DE SERVIDORES PÚBLICOS. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A legitimidade ad causam da requerente foi reconhecida por esta Corte em oportunidade anterior --- entidade de classe de âmbito nacional, com homogeneidade em sua representação, que congrega Delegados de Carreira das Polícias Federal, Estaduais e do Distrito Federal. 2. O objeto desta ação direta diz com a possibilidade de equiparação ou vinculação de remunerações de servidores públicos estaduais integrados em carreiras distintas. 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no que tange ao não-cabimento de qualquer espécie de vinculação entre remunerações de servidores públicos [artigo 37, XIII, da CB/88]. Precedentes. 4. Violação do disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Constituição do Brasil --- "são de iniciativa privativa do presidente da República as leis que: [...]; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração". 5. Afronta ao disposto no artigo 63, inciso I, da Constituição do Brasil --- "não será admitido aumento de despesa prevista: I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvados o disposto no art. 166, §§ 3º e 4º". 6. É expressamente vedado pela Constituição do Brasil o atrelamento da remuneração de uns servidores públicos à de outros, de forma que a majoração dos vencimentos do grupo paradigma consubstancie aumento direto dos valores da remuneração do grupo vinculado. 7. Afrontam o texto da Constituição do Brasil os preceitos da legislação estadual que instituem a equiparação e vinculação de remuneração. 8. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade: [i] do trecho final do § 3º do artigo 106 da Constituição do Estado de Santa Catarina: "de forma a assegurar adequada proporcionalidade de remuneração das diversas carreiras com a de delegado de polícia"; [ii] do seguinte trecho do artigo 4º da LC n. 55/92 "[...], assegurada a adequada proporcionalidade das diversas carreiras com a do Delegado Especial"; [iii] do seguinte trecho do artigo 1º da LC 99: "mantida a proporcionalidade estabelecida em lei que as demais classes da carreira e para os cargos integrantes do Grupo Segurança Pública - Polícia Civil"; e, [iv] por arrastamento, do § 1º do artigo 10 e os artigos 11 e 12 da LC 254/03, com a redação que lhe foi conferida pela LC 374, todas do Estado de Santa Catarina. 9. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir da publicação do acórdão. 10. Aplicam-se à ADI n. 4.001 as razões de decidir referentes à ADI n. 4.009.

**10 – ADI 3791****Relator: Min. AYRES BRITTO - Tribunal Pleno****Julgado em 16.06.2010 – DJ 27.08.2010**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 935, DE 11 DE OUTUBRO DE 1995, QUE AUTORIZA O GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL A CONCEDER AOS POLICIAIS MILITARES E BOMBEIROS MILITARES A GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE VIDA. 1. Ao instituir a chamada "gratificação por risco de vida" dos policiais e bombeiros militares do Distrito Federal, o Poder Legislativo distrital usurpou a competência material da União para "organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio" (inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal). Incidência da Súmula 647 do STF. 2. A Lei distrital 935/95 padece também de vício de iniciativa. Dispondo sobre a remuneração de pessoal da Administração Pública direta, teve a deflagrá-la proposta parlamentar. O que se contrapõe à alínea "a" do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, que prevê, no caso, a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. 3. Tendo em conta a natureza alimentar da gratificação e a presunção de boa-fé, a operar em favor dos militares do Distrito Federal, atribui-se à declaração de inconstitucionalidade efeitos prospectivos (ex nunc). 4. Ação direta que se julga procedente.

**11 – ADI 875****Relator: Min. GILMAR MENDES - Tribunal Pleno****Julgado em 24.02.2010 – DJ 29.04.2010**

EMENTA: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n.º 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.

**12 – ADI 3601 ED****Relator: Min. DIAS TOFFOLI - Tribunal Pleno****Julgado em 09.09.2010 – DJ 15.12.2010**

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE "DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL". AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na

decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado.

### **13 – ADI 4140**

**Relator: Min. ELLEN GRACIE - Tribunal Pleno**

**Julgado em 29.06.2011 – DJ 20.09.2011**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES 2, DE 2.6.2008, e 4, de 17.9.2008, DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE GOIÁS. REORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS, PREVIAMENTE CRIADOS POR LEI ESTADUAL, MEDIANTE ACUMULAÇÃO E DESACUMULAÇÃO DE SEUS SERVIÇOS. ESTABELECIMENTO DE REGRAS GERAIS E BEM DEFINIDAS, ATÉ ENTÃO INEXISTENTES, PARA A REALIZAÇÃO, NO ESTADO DE GOIÁS, DE CONCURSOS UNIFICADOS DE PROVIMENTO E REMOÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 236, CAPUT E § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AOS PRINCÍPIOS DA CONFORMIDADE FUNCIONAL, DA RESERVA LEGAL, DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL. 1. É constitucional o ato normativo do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que estabelece regras gerais e bem definidas para a promoção de concursos públicos unificados de provimento e remoção de serventias vagas naquela unidade da Federação. Também não há vício de inconstitucionalidade na decisão de realizar concurso público, quando reconhecida a vacância de centenas de serventias extrajudiciais, muitas delas ocupadas, já há muitos anos, por respondentes interinos, em direta e inaceitável afronta ao disposto no art. 236, § 3º, da Constituição Federal. Declaração de constitucionalidade da Resolução 4, de 17.9.2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás. 2. Os serviços auxiliares dos tribunais e dos juízos de direito que lhes são vinculados, organizados privativamente por aqueles (arts. 96, I, b, e 99, caput, da Constituição Federal), são formados, exclusivamente, pelo conjunto de unidades e atividades de apoio que viabilizam a realização de suas finalidades institucionais. As serventias judiciais e extrajudiciais não compõem, portanto, os serviços auxiliares ou administrativos dos tribunais. Precedentes: RE 42.998, rel. Min. Nelson Hungria, publicado em 17.8.1960; e ADI 865-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 8.4.1994. 3. A matéria relativa à ordenação das serventias extrajudiciais e dos serviços por elas desempenhados está inserida na seara da organização judiciária, para a qual se exige, nos termos dos arts. 96, II, d, e 125, § 1º, da Constituição Federal, a edição de lei formal de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça. Precedentes: ADI 1.935, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 4.10.2002; ADI 2.350, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30.4.2004; e ADI 3.773, rel. Min. Menezes Direito, DJe de 4.9.2009. 4. A despeito da manutenção do número absoluto de cartórios existentes nas comarcas envolvidas, todos previamente criados por lei estadual, a recombinação de serviços notariais e de registro levada a efeito pela Resolução 2/2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, importou não só em novas e excessivas acumulações, como também na

multiplicação de determinados serviços extrajudiciais e no inequívoco surgimento de serventias até então inexistentes. 5. A substancial modificação da organização judiciária do Estado de Goiás sem a respectiva edição da legislação estadual pertinente violou o disposto no art. 96, II, d, da Constituição Federal. Declaração de inconstitucionalidade da íntegra da Resolução 2/2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para a preservação da validade jurídica de todos os atos notariais e de registro praticados pelas serventias extrajudiciais que tiveram suas atribuições eventualmente modificadas durante a vigência do ato normativo ora examinado. 6. O reconhecimento da inconstitucionalidade da referida Resolução 2/2008 em nada interfere na validade e, por conseguinte, no regular prosseguimento das etapas finais do concurso público unificado em andamento, promovido, em obediência ao disposto no art. 236, § 3º, da Carta Magna, para o provimento da titularidade de mais de trezentas serventias notariais e de registro declaradas vagas no território do Estado de Goiás. 7. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga, por unanimidade, procedente em parte.

## **ANEXO B – Recursos Extraordinários**

### **1 – RE 197.917**

**Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Tribunal Pleno**

**Julgado em 06.06.2002 – DJ 07.05.2004**

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (grifamos). (RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368).

### **2 – RE 556.664**

**Relator: Min. GILMAR MENDES - Tribunal Pleno**

**Repercussão Geral**

**Julgado em 12.06.2008 – DJ 13.11.2008**

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A 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 de 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, b, III, da 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 a 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.

(RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886)

No mesmo sentido do Acórdão acima foi proferida decisão nos autos do:

**3 – RE 560.626**

**Relator(a): Min. GILMAR MENDES – Tribunal Pleno**

**Julgado em 12/06/2008**

**5 – RE 600.885**

**Relator(a): Min. CARMEM LÚCIA – Tribunal Pleno**

**Julgado em 09/02/2011 – DJ de 30/06/2011**

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI N. 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO-RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário n. 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário n. 600.885. 2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. 3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. 4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a

expressão "nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica" do art. 10 da Lei n. 6.880/1980. 5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011. 6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos. (RE 600885, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-03 PP-00398)

**5 – ED RE 500.171**

**Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Tribunal Pleno**

**Julgado em 16/03/2011 – DJ de 02/06/2011**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos.

(RE 500171 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2011, DJe-106 DIVULG 02-06-2011 PUBLIC 03-06-2011 EMENT VOL-02536-02 PP-00220 RT v. 100, n. 912, 2011, p. 526-536)