

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

CYNARA MONTEIRO MARIANO

*Ac. 74741
336.2
M 333.2
R 13849354*

**FORTALEZA – CEARÁ
2004**

*1 - Direito tributário
2 - Ato inconstitucional*

BFD

CYNARA MONTEIRO MARIANO

**EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DE
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

CYNARA MONTEIRO MARIANO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público (Ordem Jurídica Constitucional), sob orientação do Professor Mestre Hugo de Brito Machado.

FORTALEZA – CEARÁ

AGOSTO DE 2004



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO



“EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA”

CYNARA MONTEIRO MARIANO

Dissertação aprovada em 05 / 05 / 2005, às 09:00 horas,

com menção:

APROVADA COM LOUVOR

COMISSÃO EXAMINADORA :

Prof. NS Hugo de Brito Machado (Orientador)
UFC

Prof. DR Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
UNIFOR

Prof.ª. DRA Denise Lucena Cavalcante
UFC

BFD

BFD

... um tribunal excessivamente jurisdicional" aplicará com rigor a "guilhotina fiscalizadora", cortando cerce as raízes inconstitucionais sementeas nos atos normativos. Um "tribunal excessivamente político" apostará numa apreciação moderada, graduada e modelada da inconstitucionalidade dos atos normativos, tendo em conta a "sensibilidade política" do problema submetido à sua apreciação.

J. J. GOMES CANOTILHO¹

¹ Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol I, Coimbra Editora, 1996, p. 882-883.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Gildo e Silvânia, pelo incentivo permanente aos estudos, e a Deus, que tem sido tão parcimonioso e generoso comigo (notadamente eu, que ando um tanto negligente quanto a Ele ...).

Em segundo lugar, agradeço ao meu marido, o advogado e Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, César Ferreira, também meu companheiro e sócio de escritório profissional, eterno ombro amigo e meu modelo de sucesso e ética no exercício da advocacia. Agradeço pelo seu sempre fiel apoio e também pela paciência que só ele sabe que teve.

Agradeço ao meu orientador, Professor M.S e N.T.S Hugo de Brito Machado, não somente por ter tido a honra de receber orientação de um dos maiores expoentes do Direito Tributário Brasileiro, como também pelo direcionamento de minhas pesquisas e conclusões, às quais não teria chegado se não fosse pelo compartilhamento do saber desse jurista. Dr. Hugo, além de orientador, serviu-me de fonte inspiradora, porque, no caso especial desta dissertação de mestrado, sua "tese" sobre a matéria central deste trabalho se apresenta como uma das mais fortes e robustas fontes de pesquisa.

Por fim, agradeço ao emérito Professor Paulo Bonavides, que me inspirou e despertou o desejo pela vida acadêmica, e, principalmente, por sua amizade.

INTRODUÇÃO

1. SISTEMA DE CONTABILIDADE GERAL 15

1.1. OBJETIVO 15

1.2. OBJETIVO 15

2. OBJETIVO 15

2.1. OBJETIVO 15

2.2. OBJETIVO 15

3. OBJETIVO 15

3.1. OBJETIVO 15

3.2. OBJETIVO 15

4. OBJETIVO 15

4.1. OBJETIVO 15

4.2. OBJETIVO 15

5. OBJETIVO 15

6. OBJETIVO 15

7. OBJETIVO 15

A Deus, que tudo tem tornado possível na minha vida, e ao meu marido, Cézar Ferreira, pelo apoio e compreensão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO BRASILEIRO	15
1.1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado	15
1.2 O Controle de Constitucionalidade no Brasil	24
2 OS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	30
2.1 Os efeitos das decisões do STF nos sistemas de controle difuso e concentrado da constitucionalidade: teoria da nulidade x teoria kelseniana	33
2.2 As teorias da nulidade e da anulabilidade (Kelsen) na jurisprudência do STF	42
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JUÍZO RESCISÓRIO	48
3.1 Breves considerações acerca da relativização da coisa julgada	49
3.2 Ação rescisória diante de julgamento superveniente do STF em sentido contrário à coisa julgada: análise da Súmula	59
4 AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	77
4.1 Ação rescisória em matéria tributária e a extinção do crédito tributário pela coisa julgada	78
4.2 Os efeitos da rescisão da sentença em matéria tributária: os efeitos <i>ex nunc</i> como garantia do contribuinte	90
5 A LEI N.º 9.868/99: FLEXIBILIZAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE E A REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO	104
5.1 O art. 27 da Lei n.º 9.868/99	105
5.2 A discricionariedade conferida ao Supremo Tribunal Federal e seus reflexos na repetição do indébito tributário	112
6 CONCLUSÕES	124
7 BIBLIOGRAFIA	135

RESUMO

O presente trabalho disserta acerca dos efeitos temporais das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato da constitucionalidade das leis em matéria tributária. A escolha do tema foi motivada pela proliferação, no Direito brasileiro, do ajuizamento de ações rescisórias por parte da Fazenda Nacional, visando desconstituir sentenças de mérito transitadas em julgado de efeitos favoráveis aos contribuintes, justamente após decisões proferidas pelo STF em sentido contrário à coisa julgada, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Primeiramente, é feita uma abordagem sobre os dois sistemas de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro – o difuso ou concreto e o concentrado ou abstrato ou por via de ação – traçando paralelos com os demais sistemas jurídicos – notadamente, o norte-americano e o austríaco – para apontarmos os efeitos clássicos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em cada caso. Em segundo lugar, o trabalho objetiva analisar a natureza da função desempenhada pelo STF no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, bem como da decisão nele proferida, para demonstrar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da adoção, no Direito brasileiro, da teoria da nulidade, de origem norte-americana-marshalliana, e da teoria da anulabilidade, de formulação austro-kelseniana. A seguir, será examinada a prática, adotada pela Fazenda Nacional, de pretender a desconstituição das sentenças transitadas em julgado em favor dos contribuintes, que se revelaram contrárias ao Texto Constitucional após as decisões proferidas pelo STF no controle abstrato, para registrar as conclusões no sentido de que, em matéria tributária se deve abandonar o dogma da nulidade, de modo que os efeitos da procedência das rescisórias devam ser fixados conforme as peculiaridades de cada situação concreta, sendo retroativos apenas na hipótese em que refletirem repercussão favorável para os contribuintes, uma vez que o controle de constitucionalidade, desde o advento do Constitucionalismo ou da instalação do Estado de Direito, é garantia prevista no texto da Lei Maior para proteger a sociedade (leia-se, no caso, o contribuinte) e não o Estado.

ABSTRACT

The present dissertation aims at the matter of the Supreme Court's temporary effectiveness decisions during its abstract control of the law's constitutionality in a tributary way. The theme choice was caused by the proliferation, within the Brazilian Law, of the lawsuits receding acknowledgement by the National Treasury, aiming at deforming sentences which have been already judged and also have its effects favorable to the taxpayers, exactly after the decisions passed by the Supreme Court in adverse to the judged matter, during the concentrated constitutionality control. First of all, it is disserted about the two constitutionality system control of Brazilian Law – the diffuse and the concentrated – tracing, even, parallels with the other legal systems – notably, the North American and the Austrian – to point out the Classical effects of the Supreme Court's decisions in each case. Secondly, the dissertation aims at analyzing the nature of the role performed by the Supreme Court on the concentrated control of the constitutionality, as well as on its decision, to demonstrate doctrinaire and jurisprudential diverging concerning the adoption, in Brazilian Law, of the voiding theory, which has a North American origins, and the annullability theory, formulated by Kelsen. As follows, it is approached the practice adopted by the National Treasury, intending to not take into consideration the passed sentences in favor of the taxpayers, which turned out to be adverse to the constitutional text after the decisions passed by the Supreme Court on the abstract control, to analyze our conclusions in a sense of, in tributary way, should abandon the voiding dogma, so that the effects of the receding Lawsuits stem should be fixed according to the peculiarities of each concrete situation, being backdated only in the event which reflect favorable repercussion to the contributors, once the constitutionality control, since the Constitutionalism advent or the installation of the Law State, is the previewed guaranty within the Constitution to protect the taxpayers and not the state.

INTRODUÇÃO

O tema acerca dos efeitos temporais das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, sempre foi objeto de fortes e acirrados debates doutrinários em nosso País.

No Direito Tributário, a questão assume relevo especial em razão da exaustiva regulamentação da matéria tributária no Texto Constitucional de 1988, o que leva freqüentemente as disputas judiciais entre Fisco e contribuintes a acionar o exercício da jurisdição constitucional pelo STF.

Isto pode encontrar explicação ainda no fato de que, em sendo a arrecadação atividade primordial do Estado, a Fazenda Nacional, invocando as conhecidas "razões de Estado", muitas vezes em detrimento da segurança jurídica dos contribuintes, tem provocado com assombrosa freqüência o Supremo Tribunal Federal a exercer, por via de ação, o juízo de constitucionalidade. Os contribuintes, por sua vez, dado que a tributação representa em não raras oportunidades intolerável ingerência estatal na propriedade privada, também provocam o STF, por meio do controle difuso.

A maior polêmica da questão, porém, situa-se quando do ajuizamento das ações rescisórias por parte da Fazenda Nacional, visando a desconstituir sentenças já transitadas em julgado em favor dos contribuintes, em que se põem em confronto os princípios da supremacia constitucional e da isonomia, de um lado, e o da segurança jurídica e do respeito à coisa julgada, de outro; isto sem falar nas peculiaridades do Direito Tributário, cujos princípios da estrita legalidade e da retroatividade benéfica da lei tributária também servem de anteparo à força retroativa dos julgados, como enuncia a teoria das nulidades.

Com efeito, registra-se a propositura de numerosas ações rescisórias em matéria tributária perante nossos tribunais, ora com a Fazenda Nacional ora com o contribuinte figurando em seu pólo ativo, que objetivam desconstituir decisões de mérito transitadas em julgado. Essas rescisórias têm sido propostas sob o argumento da violação a literal disposição de lei (art. 485, inciso V do CPC), quando o acórdão transitado em julgado tenha se fixado posteriormente em desacordo com o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional tributária, hipótese em que a Súmula n.º 343 do STF (*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*), consoante já remansosa jurisprudência, não serviria de óbice para o cabimento do remédio rescisório.

Neste caso, teria a ação rescisória a eficácia de desconstituir a coisa julgada retroativamente, tornando nulos todos os atos jurídicos que se aperfeiçoaram sob a sua vigência, ou seus efeitos somente se projetariam para o futuro, em nome da segurança jurídica e do respeito à coisa julgada?

Na doutrina brasileira, existem duas correntes hermenêuticas antagônicas, uma a defender a adoção, em todo e qualquer caso, da teoria das nulidades, incorporada à tradição do Direito brasileiro por influência do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, cujas bases foram lançadas inicialmente pelo juiz Marshall no célebre caso *Marbury vs. Madison*; outra, a advogar a adoção da teoria das anulabilidades, de formulação do Mestre de Viena, Hans Kelsen, que enuncia a presunção de constitucionalidade de todas as leis, até que o órgão competente diga o contrário, caso em que os efeitos dessa decisão (que seria de caráter constitutivo e não declaratório) se projetariam sem remissão alguma ao passado.

O entendimento dominante que prevaleceu de há muito na sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil sempre esteve

ancorado no modelo americano, de sorte que até muito recentemente a nulidade *ipso jure* da lei inconstitucional era tida quase como um dogma pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Há um volumoso repertório de precedentes da Suprema Corte em que o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade é tido como o único possível, por imposição do princípio da hierarquia das normas jurídicas.

No campo doutrinário, essa tese foi introduzida, entre nós, pelo jurista baiano Rui Barbosa, sendo encampada posteriormente por Alfredo Buzaid, Accioly Filho, Lúcio Bittencourt, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Celso de Mello Filho, Francisco Campos e tantos outros.

Nos últimos tempos, todavia, a doutrina já denuncia a insuficiência da teoria da nulidade *ipso jure* para resolver o confronto entre os princípios constitucionais que se estabelece com as decisões do Supremo Tribunal Federal. Defende-se a idéia de que a supremacia da Constituição, que é o argumento fundamental do controle de constitucionalidade, é princípio que se destina a preservar os direitos dos jurisdicionados e, sendo assim, tanto os efeitos das decisões do STF como os efeitos do juízo rescisório que lhe é conseqüente devem ser cuidadosamente fixados conforme a complexidade de cada situação concreta, de modo que a retroatividade dos efeitos, que na teoria da nulidade *ipso jure* é a regra geral, seja a exceção, visto que estes só poderiam ter essa força se resultassem em benefício aos cidadãos.

Dentre os vários argumentos que fixam essa corrente doutrinária, ancorada nos ensinamentos de Hans Kelsen e que encontra em Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Hugo de Brito Machado alguns dos seus mais assinalados expoentes, consta a caracterização da atividade do STF, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, como de natureza legislativa, sendo a decisão do guardião da Carta Magna, pois, de caráter constitutivo.

Em meio a essa dualidade de posicionamentos (teoria das nulidades x teoria kelseniana), em 10 de novembro de 1999, foi aprovada a Lei n.º 9.868 que se inspirando na atual Constituição da República de Portugal, notadamente no § 4.º do artigo 282, permitiu, no artigo 27, que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços, possa fixar os efeitos de sua decisão no tempo, por motivos de "segurança jurídica" ou de "excepcional interesse social". Essa mesma orientação também foi perfilhada no artigo 10 da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Com o advento do primeiro dispositivo legal referido, a flexibilização do dogma da retroatividade das decisões do STF foi positivada no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro. Essa positivação, entretanto, ainda não foi capaz de eliminar as dúvidas sobre os efeitos das decisões de inconstitucionalidade do STF no controle abstrato; ao contrário, o dispositivo em tela suscita polêmica ainda mais acirrada. A própria constitucionalidade da previsão legislativa foi impugnada por meio das ADIN's 2231-8 e 2258-0, ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ainda não apreciadas no mérito pelo STF.

Por outro lado, um cada vez mais crescente segmento da doutrina tributarista tece severas críticas à margem ilimitada de discricionariedade conferida pelo dispositivo legal em debate para a fixação dos efeitos das decisões, temendo que as ditas alegações de "razões de Estado", sendo justificadas como de "excepcional interesse social", possam servir de obstáculo à repetição do indébito tributário, ou seja, logrem impedir que os contribuintes busquem o ressarcimento de tributos pagos e posteriormente declarados inconstitucionais pela Suprema Corte.

Isto posto, o presente ensaio abordará tanto o panorama clássico dos efeitos das decisões proferidas pelo STF, no exercício da jurisdição constitucional, quanto descreverá o contexto atual desses efeitos após a promulgação da Lei n.º

9.868/99, pretendendo demonstrar que esses efeitos, no Direito Tributário, poderão ser tanto retroativos ou prospectivos desde que resultem em benefício aos contribuintes, ou melhor, sejam fixados segundo um princípio geral de favorecimento ao contribuinte, de modo a impedir que o Estado, dentro da generalidade do art. 27 da lei, possa inescrupulosamente dela se utilizar para criar tributos inconstitucionais e beneficiar-se dessa inconstitucionalidade, em detrimento da propriedade privada.

1 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO BRASILEIRO

Numa análise comparada, constata-se a existência de dois sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade, o americano e o europeu, que serviram de paradigma para a criação e evolução dos demais sistemas jurídicos de controle de constitucionalidade e que se caracterizam por apresentar duas diferentes formas de exercício do juízo de compatibilidade das leis com a Constituição, o qual ora é exercido pela judicatura ordinária (sistema americano), ora por um órgão jurisdicional especializado (sistema europeu).

E, conjugando elementos de ambas as formas, há países que adotam um sistema de controle de constitucionalidade misto, praticando uma espécie de simbiose entre os sistemas americano e europeu, ainda que com a preponderância dos elementos de um ou de outro, sendo esse exatamente o caso do modelo de jurisdição constitucional exercido no Brasil (e talvez seja essa uma das explicações pelas quais a questão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal apresente tanta complexidade ...).

Antes de adentrarmos à análise do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, buscaremos, primeiramente, no Direito comparado, sintetizar as principais características dos modelos europeu e americano, que influenciaram, em maior ou menor grau, a nossa sistemática de exercício da jurisdição constitucional.

1.1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, isto é, o juízo de compatibilidade da legislação ordinária com a Constituição, surgiu nos Estados Unidos da América, por ocasião do julgamento do conhecido caso *Marbury versus*

Madison, em 1803, em que o juiz Marshall decidiu pela aplicação de um princípio de supremacia da Constituição sobre todas as demais leis, proclamando que, no conflito entre essas leis e a Constituição, os magistrados deveriam deixar de aplicar as leis inconstitucionais, quer dizer, as leis que se revelassem contrárias à Carta Constitucional.²

A partir de então, segundo narra Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo³,

... ficara bem claro que os juízes e principalmente a Suprema Corte só deveriam se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de uma lei após terem sido provocados e que esta provocação deveria ser sempre decorrente de um litígio concreto. Assim, a questão da inconstitucionalidade só poderia ser abordada se uma declaração *incidenter tantum* da existência de inconstitucionalidade fosse necessária para a resolução do caso *sub judice*.

Bem se vê que o sistema americano adota o que se denominou de controle difuso ou concreto de constitucionalidade, por ser exercido incidentalmente (*incidenter tantum*), quando do exame da verificação da compatibilidade da lei ordinária com a Constituição numa dada situação concreta. Essa possibilidade de exame incidental da constitucionalidade possibilita ao magistrado, em verificando a existência de uma lei contrária ao Texto Constitucional, negar sua aplicação ao caso concreto e declarar sua inconstitucionalidade.

O que notabiliza o sistema difuso americano, todavia, em relação aos demais é a adoção do *stare decisis*, ou seja, da força vinculante das decisões da

² Nesse sentido, Luís Roberto Barroso pondera que, embora *Marbury v. Madison* tenha sido a primeira decisão na qual a Suprema Corte Americana afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação a leis reputadas inconstitucionais, a argumentação desenvolvida por Marshall não é original, haja vista a existência de precedentes registrados desde a Antiguidade e, mesmo nos Estados Unidos, a tese já havia sido desenvolvida no período colonial com base no Direito inglês. Afora isso, no plano doutrinário, Alexander Hamilton, no Federalista n. 78, já havia sintetizado analiticamente essa mesma argumentação, em 1788 (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5-6).

³ *Controle de Constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 45.

Suprema Corte americana em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, o que confere aos julgados da *Supreme Court* o caráter de precedente obrigatório, a ser observado pelos demais tribunais e órgãos executivos.⁴

Nas palavras de Sacha Calmon,

No modelo norte-americano, por isso que o controle é difuso e feito no bojo de um caso concreto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ocorrem entre as partes. Dá-se, porém, que, em razão da adoção do *stare decisis*, na prática, o ditado da Suprema Corte que declara a inconstitucionalidade da lei é como um raio que a reduz a cinzas, aproveitando o seu enunciado aos que se encontram em situação similar à das partes, que poderão demandar os mesmos resultados, com ou sem procedimentos judiciais..⁵

Outro elemento digno de registro acerca do sistema difuso americano é o assentamento da conhecida teoria da nulidade absoluta da lei declarada inconstitucional. Para esse sistema, cujas conclusões se alicerçaram nas lições do juiz Marshall, no conflito entre a lei ordinária e a norma constitucional, deve prevalecer esta última, em razão do postulado da hierarquia das normas, que tem no comando constitucional sua validade suprema.⁶

Disso decorre o raciocínio de que o ato normativo considerado inconstitucional não pode produzir qualquer efeito válido, sendo insuscetível de qualquer convalidação. Neste caso, o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade pela Suprema Corte americana tem caráter declaratório, operando, necessariamente efeitos *ex tunc*.

⁴ Essa nota distintiva se deve ao fato de que a força vinculante, por exemplo, no Direito brasileiro, é própria do controle concentrado de constitucionalidade e não do difuso; nesse último caso, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal vinculam somente as partes que litigam na situação concreta, só havendo a produção de efeitos *erga omnes* na hipótese de o dispositivo ou texto de lei, declarado inconstitucional ou constitucional pelo STF, ter sua eficácia suspensa por meio de Resolução do Senado Federal (CF, art. 52, inciso X).

⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 126.

⁶ Até então, as lições de Marshall corroboram a teoria do sistema escalonado de hierarquia das normas jurídicas tecida por Kelsen, que fundamenta o exercício do controle de constitucionalidade, qualquer que sejam suas formas (difusa ou concentrada) no postulado da supremacia da Constituição.

A concepção desse efeito retrooperante tem raízes na célebre decisão de Marshall: "ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o ato legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio termo entre tais afirmativas".⁷ Segundo essa lógica, somente uma das duas normas poderia prevalecer no caso concreto, ou seja, a norma constitucional ou a norma ordinária inquinada do vício da inconstitucionalidade, o que necessariamente geraria a nulidade absoluta do ato inconstitucional.

Esses são, pois, os principais conceitos que deram conformação à chamada teoria da nulidade *ab initio* ou *ipso jure* da lei declarada inconstitucional, à qual se contrapõe a concepção de Hans Kelsen, o teórico do sistema austríaco de controle de constitucionalidade.

Esse sistema, criado em 1920 e aperfeiçoado com a Reforma de 1929, expandiu-se por toda a Europa, quando foram instituídas a Corte Constitucional italiana (1948) e o Tribunal Constitucional alemão (1949), consagrando-se definitivamente nos anos 70/80, com o surgimento da justiça constitucional em Portugal (1976), na Espanha (1978), Polônia (1982) e Bélgica (1983).

Uma peculiaridade deste sistema é que o órgão encarregado da jurisdição constitucional, ou seja, o Tribunal Constitucional, não faz parte da estrutura do Poder Judiciário, nem de qualquer dos outros poderes, diferentemente do sistema americano. Compõe-se de pessoas que normalmente não pertencem aos quadros do Judiciário, sendo sua escolha fruto da influência da representação e dos partidos políticos.

Outra nota singular é o fato de reservar-se ao Tribunal Constitucional a apreciação da norma impugnada *in abstracto*, sem referências a casos concretos, ficando por isso conhecido por um controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade; ou

⁷ Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 267.

seja, um importante traço distintivo desse sistema é o de natureza jurisdicional, quer pelo fato de esse órgão não fazer parte da estrutura do Poder Judiciário, quer porque a declaração da inconstitucionalidade da lei *in abstracto* não se amolda ao conceito próprio de jurisdição, entendido como a atividade privativa do Poder Judiciário de aplicar o direito no exame do caso concreto, de forma derradeira.⁸

A atividade estatal exercida pelo Tribunal Constitucional mais se assemelharia, então, dadas essas características, à atividade legislativa, porque, ao declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade em abstrato da norma, esse órgão emite juízo sobre o Direito objetivo, afirmando a validade de uma norma ou determinando sua retirada do mundo jurídico, funções essas de natureza tipicamente legislativa. E se a atividade é de natureza legislativa, as decisões do Tribunal são atos legislativos, e devem obedecer, portanto, o princípio geral de irretroatividade das leis e de respeito aos direitos adquiridos.

Por isso é que essa forma de controle, isto é, o sistema teorizado por Kelsen, diferentemente do sistema americano, pode estabelecer outras sanções para o reconhecimento da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma, para adotar fórmulas alternativas mais flexíveis e variadas: a) impor uma interpretação “conforme a Constituição”; b) manter em vigor por certo tempo a norma inconstitucional, dando tempo para que o Parlamento a substitua por outra, dessa vez constitucional; ou c) editar regras que supram a omissão do legislador etc. Essa flexibilização permite, assim, uma graduação dos efeitos da invalidação do ato reputado inconstitucional, admitindo-se, em alguns casos, somente efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*, como invariavelmente ocorre no sistema americano.

Assim, a Corte Constitucional Austríaca, por exemplo, detém discricionariedade para estabelecer as conseqüências jurídicas de suas decisões,

⁸ V. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85-86.

podendo determinar que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não definitivamente julgados, ou fixar prazo de até um ano para aplicação da lei.⁹ É a chamada “alternativa normativa”, segundo aponta Flávia Caldeira Brant Figueiredo.¹⁰

Por esse sistema de controle, portanto, o ato inconstitucional não se revela necessariamente nulo, mas simplesmente anulável. A Corte Constitucional anula a lei declarada inconstitucional no momento do julgado e não retroativamente à data do início de sua vigência, diversamente do que Marshall teorizava. Até que o órgão competente, isto é, o Tribunal Constitucional, declare a inconstitucionalidade da lei, esta (a lei) é considerada válida e eficaz.

Adotou-se, assim, no sistema austríaco, a concepção de que a lei é válida até que seja declarada o contrário pelo órgão competente, devendo-se resguardar os efeitos e as relações jurídicas que se aperfeiçoaram antes de sua desconstituição pela Corte Constitucional.

Nesse sentido, Kelsen dizia que a lei inconstitucional não era, portanto, nula, mas simplesmente anulável, produzindo a declaração de inconstitucionalidade, em princípio, efeitos apenas prospectivos.¹¹

Assim defendia Hans Kelsen por assentar suas conclusões na presunção de constitucionalidade das leis, ou, em outras palavras, argumentava o jurista que a vontade do legislador, até que fosse declarada inconstitucional, deveria ser resguardada:

A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim-chamada Corte Constitucional [Verfassungsgerichtshof]. Ao mesmo tempo, a

⁹ Art. 140, incisos V e VII, da Constituição da Áustria.

¹⁰ Op. cit., p. 47.

¹¹ *Teoria Pura do Direito*. Trad. Port., v. II, 2. ed. Coimbra: Amado, 1962, p. 159.

Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional. Nem sempre era necessário anular a lei inteira; caso a disposição inconstitucional pudesse ser separada do restante da lei, a corte podia anular apenas essa disposição. A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir. A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas ex nunc; não tinha – a não ser por uma exceção de que trataremos adiante – força retroativa. Esta dificilmente poderia ser justificada, não apenas pelas conseqüências críticas de qualquer efeito retroativo, mas especialmente porque a decisão dizia respeito a um ato do legislador, e o legislador também estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda que estivesse sujeito a um controle judicial. Enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo.¹²

Nota-se, portanto, radical diferença entre os sistemas americano e europeu de controle de constitucionalidade, tanto quanto à sua estrutura quanto aos efeitos produzidos pelas decisões dos órgãos competentes.

No modelo americano, o controle de constitucionalidade é exercido pela jurisdição ordinária, de forma incidental, por ocasião do exame do caso concreto. As decisões têm efeito apenas entre as partes até que a situação concreta seja apreciada pela Suprema Corte, hipótese em que, por força do *stare decisis*, seu pronunciamento vincula todos os demais juízes e tribunais.

Já no modelo europeu, o controle é exercido por um órgão independente da estrutura do Poder Judiciário – o Tribunal Constitucional – que somente é provocado por via de ação, para exercer o juízo de constitucionalidade das leis de forma abstrata, isto é, sem referência a casos concretos, tendo a decisão da Corte eficácia *erga omnes*.

No sistema americano, a atividade exercida pela Suprema Corte é de natureza tipicamente jurisdicional porque tem como objeto o exame do Direito

¹² *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 304.

subjetivo deduzido nos casos concretos. No sistema europeu, como já referido, a atividade do Tribunal Constitucional é de natureza legislativa porque a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, ao analisar a norma em abstrato, portanto, ao tecer análise sobre Direito-norma, Direito objetivo, produz os mesmos efeitos da edição de um ato legislativo.

Quanto aos efeitos das decisões de inconstitucionalidade no tempo, enquanto que, de acordo com sistema americano, a declaração de inconstitucionalidade da norma implica necessariamente a pronúncia de sua nulidade *ab initio*, produzindo efeitos retroativos, em conformidade com o modelo kelseniano, a declaração de inconstitucionalidade pronuncia a invalidação da lei apenas a partir da decisão da Corte Constitucional, permanecendo válidos todos os atos que se constituíram anteriormente, assim como acontece com a edição de atos normativos, que deve respeitar os princípios da irretroatividade e dos direitos adquiridos.

A respeito dos efeitos emanados da decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade em ambos os sistemas, Mauro Cappelletti disserta sobre essas profundas diferenças:

No primeiro destes dois sistemas, segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*) e, por isso, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional.

No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa (*aufhebt*) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional. Não é só: mas – coisa mais notável a Corte Constitucional austríaca, tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação (*kundmachung*) de seu pronunciamento, contanto que este diferimento da eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano. E, incidentalmente, realço a este respeito, que esta última disposição foi imitada pela recente Constituição turca, que limitou, porém, a seis meses, o termo máximo de diferimento da eficácia constitutiva

das decisões da Corte Constitucional; e que algo de semelhante encontra-se agora, também, no sistema de justiça constitucional, adotado, desde 1963, na Iugoslávia.

Resumindo, então: enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem- pelo menos segundo a concepção tradicional que, no entanto, nos últimos decênios sofreu notáveis oscilações e atenuações, como voltaremos a ver (infra, § 4.º) – o caráter de um controle meramente declarativo, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter de um controle constitutivo da invalidade e conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, com tal coerência, deriva, ainda, que, enquanto no primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente – trata-se, de fato, repito, de mero acertamento de uma pré-existente nulidade absoluta – no sistema austríaco, ao contrário a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc* ou, com toda certeza, pro futuro, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação. Mas esta primeira, profunda e importantíssima diferença entre os dois típicos sistemas examinados, sob o aspecto dos efeitos do pronunciamento judicial de controle, não é a única; uma outra diferença existe, não menos radical e importante.

Com efeito, o sistema austríaco tem, além do caráter “constitutivo”, também caráter “geral”, ou seja, dá origem a uma anulação que, não obstante com eficácia não retroativa, mas *ex nunc* ou profuturo, opera, também, *erga omnes*, pelo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* (“eficácia geral”). A lei, em outras palavras, uma vez sobrevindo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido abrogada por uma lei posterior; e entram, de novo, em vigor – salvo se em sentido contrário dispuser a Corte Constitucional – aquelas disposições legislativas que pré-existiam à lei inconstitucional (art. 140, secção 4.ª, da Constituição austríaca).

Justamente o contrário (como se teve ocasião de precisar antes) acontece no sistema norte-americano e, igualmente, nos sistemas que o imitaram, como, por exemplo, no japonês; e o mesmo pode-se dizer, até em sistemas totalmente originais, como no sistema mexicano, segundo o “princípio de la relatividade” correspondente à chamada “fórmula de Otero”). Em todos estes sistemas, de fato, a regra fundamental é a de que o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto.¹³

Verdade é que, nos últimos tempos, tanto o sistema americano quanto o europeu vêm apresentando uma certa flexibilização nas clássicas concepções há pouco sintetizadas. Exemplificativamente, a atual Constituição de Portugal, que adotou o princípio da nulidade da norma inconstitucional, aliando-se ao modelo

¹³ *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 115-118.

americano de controle da constitucionalidade, contém uma ressalva à força retroativa das decisões do Tribunal Constitucional, em seu art. 282, parágrafo 4.º, permitindo que a Corte possa restringir os efeitos retroativos da decisão, quando o exigirem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo.

Semelhante ressalva também foi incorporada ao direito brasileiro com a promulgação da Lei n.º 9.868, de 10 de dezembro de 1999. A introdução dessa flexibilização aos efeitos das decisões do STF no direito positivo brasileiro, contudo, ainda não teve o condão de suplantar todas as dúvidas acerca do assunto; ao contrário, conforme também será objeto de análise neste trabalho, essa alteração legislativa representou mais um acirramento dos debates doutrinários sobre a matéria.

1.2 O Controle de Constitucionalidade no Brasil

Desde a promulgação da atual Carta Constitucional, o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis: o sistema difuso ou concreto, com efeitos *inter partes*, inspirado no modelo americano de Marshall, e o abstrato, com efeitos *erga omnes*, influenciado pela modalidade europeia de Hans Kelsen.

No sistema difuso, no entanto, em que pesem as críticas de Mauro Cappelletti e Sacha Calmon Navarro Coelho,¹⁴ não se verifica o *stare decisis*, o precedente obrigatório dos americanos. A eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, que é o órgão brasileiro competente para o exercício, em última ou única instância, do juízo de constitucionalidade, somente se opera no controle difuso se houver a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo

¹⁴ CÔELHO, Sacha Calmon. Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão Anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo STF no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 05, Fev/1996, p. 60-61.

Senado Federal,¹⁵ ou se a decisão for proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

O controle difuso ou incidental da constitucionalidade das leis e atos normativos teve assento, no Brasil, na época da proclamação da República. Foi previsto no Decreto n.º 848, de 11.10.1890, que instituiu a Justiça Federal, e reafirmado pela Constituição de 1891, que conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar recursos “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais” (art. 59, § 1.º, a).¹⁶

Já a forma abstrata ou concentrada¹⁷ de controle de constitucionalidade foi introduzida com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26.11.1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar “representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (art. 101, I, k, da CF de 1946).

Com o advento das sucessivas cartas constitucionais, houve gradativa evolução dos mecanismos dessa forma de controle, culminando com as inovações da Constituição Federal de 1988, que rompeu, no tocante à legitimação ativa para a representação de inconstitucionalidade, com o monopólio antes existente do procurador-geral da República. Pelo texto atual, a representação pode ser promovida por um número bastante ampliado de autoridades e órgãos estatais, partidos políticos e entidades classistas, dentre estas, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103).

¹⁵ V. Constituição Federal de 1988, art. 52, inciso X.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 19.

¹⁷ Esse modelo é assim chamado porque, como assevera Teori Albino Zavascki (op. cit. p. 19), “é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à Constituição Federal, e pelos tribunais de Justiça, no âmbito da Constituição dos Estados-Membros”.

A ampliação do rol de legitimados à propositura da atualmente denominada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) teve o condão de conferir ao controle concentrado de constitucionalidade uma importância ímpar no cenário político brasileiro. Como assinala Gilmar Ferreira Mendes, até a promulgação do atual Texto Constitucional,

... se se cogitava de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.¹⁸

Com a Emenda Constitucional n.º 3, de 17.03.1993, surgiu mais um mecanismo de controle abstrato – a Ação Direta de Constitucionalidade –, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, podendo ser proposta pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República (CF, art. 103, § 4.º), sendo que as decisões de mérito que nela vierem a ser proferidas “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (CF, art. 102, § 2.º).

A introdução da ADC no Direito brasileiro veio acompanhada de uma série de críticas pela doutrina que, dentre outros aspectos, censurou a restrição do rol de legitimados a autoridades políticas, como assevera Paulo Bonavides, que atribui à maior ou menor amplitude dessa legitimação ativa a feição de mais ou menos democrática a Constituição de um País.¹⁹

¹⁸ *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80.

¹⁹ *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 294.

Em suas palavras,

Observa-se em alguns sistemas constitucionais certa relutância em admitir uma abertura ampla à iniciativa individual na movimentação do mecanismo de controle por via de ação. Fica esse controle ordinariamente reservado apenas a algumas autoridades públicas, numa vedação que tem feito bastante débil e ilusória a garantia dos jurisdicionados perante as leis inconstitucionais.

O controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflito entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo preconceito anti-democrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.

É óbvio que sistemas mais democráticos de controle de constitucionalidade podem perfeitamente abrir o controle por via de ação a todos os cidadãos, reconhecendo-lhes portanto o acesso direto aos tribunais ou às instâncias competentes para promover a anulação das leis inconstitucionais. O teor liberal dessa intervenção se reflete na possibilidade que tem o cidadão de expungir do ordenamento jurídico leis que importem infrações a direitos individuais.

(...) O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida.

A latitude de iniciativa da sindicância de constitucionalidade, em se tratando da via direta, é decisiva para marcar-lhe a feição liberal ou estatal, democrática ou autoritária, em ordem a determinar se o controle se faz com o propósito de atender aos fins individuais ou aos interesses do Estado, interesses que tanto podem exprimir uma necessidade de harmonia na relação entre os distintos órgãos da soberania como um impulso de expansão e hegemonia de um dos poderes, nomeadamente o Executivo.

Como o controle por via de ação em alguns sistemas constitucionais fica reservado unicamente à iniciativa do Poder, seu emprego pode constituir um esforço ou até mesmo um abuso do Poder Executivo, em dano da competência parlamentar. Se a iniciativa do controle é porém menos rígida, mais aberta, mais flexível, dela podendo participar os cidadãos, a sindicância de constitucionalidade toma pela via direta feição incontrastavelmente democrática, senão liberal, porquanto permite ao indivíduo atuar numa esfera conducente ao controle dos atos de poder.²⁰

Por sua vez, a doutrina tributarista também chamou a atenção para o fato de a ação declaratória de constitucionalidade poder ser utilizada como via

²⁰ Op. cit., p. 272-294.

para possíveis manipulações por parte do Estado com vistas a incrementar, de forma ilegítima, a arrecadação dos tributos, como bem denuncia o professor Hugo de Brito Machado:

Parece estranho cogitar-se de ação declaratória de constitucionalidade, tendo em vista que a constitucionalidade da lei é presumida, em razão dos controles no próprio processo legislativo. A idéia de inseri-la em nossa Constituição surgiu da situação na qual o Presidente da República, em face de controvérsias surgidas em torno da constitucionalidade de certas leis, tinha interesse em ver deslindada a questão o quanto antes, para viabilizar a execução de seu programa de governo, com a certeza de que os atos praticados com fundamento naquelas leis não seriam depois invalidados.

(...) Certo é que a grande quantidade de questionamentos, sobretudo em matéria de tributos, aumentou a preocupação do governo com a necessidade de garantir a prevalência de atos praticados com base em leis cuja constitucionalidade se estava a discutir com muita frequência.²¹

Outro mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade teve seu fundamento no § 1.º do art. 102 da Constituição e foi disciplinado recentemente pela Lei n.º 9.882, de 03.12.1999. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), destinada a "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público" (art. 1.º), cabível também "quando for relevante o fundamento da controvérsia jurisdicional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição" (art. 1.º, parágrafo único).

A decisão proferida no bojo desta ação poderá fixar "as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental" (art. 10) e "terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público" (art. 10, § 3).

²¹ *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1995, p. 108.

No que tange aos efeitos das formas de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, para o objetivo do presente trabalho, interessa-nos especificamente a eficácia decorrente das decisões do Supremo Tribunal Federal, na modalidade abstrata, ou na via difusa, na hipótese de ocorrer a suspensão, pelo Senado Federal, da lei incidentalmente declarada inconstitucional, consoante prevê o inciso X do art. 52 da Constituição Federal, caso em que, segundo parte da doutrina brasileira, os efeitos da suspensão equivalem ao da declaração de inconstitucionalidade pelo STF no controle concentrado, e assim serão tratados no presente estudo.

2 OS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A doutrina brasileira discute incansavelmente acerca da natureza da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, no exercício do controle abstrato. A polêmica consiste em saber se a sentença que constata a violação à norma constitucional por uma norma jurídica ordinária tem caráter declaratório, produzindo efeitos *ex tunc* (retrooperantes), ou constitutivo, de que decorrem efeitos apenas *ex nunc* (para o futuro).

Os defensores da primeira corrente, influenciados pela doutrina americana, que teve as bases lançadas no julgado de Marshall, argumentam que a contrariedade à norma constitucional contamina de nulidade qualquer ato normativo, sendo inconcebível a permanência no sistema de uma regra que contenha tal vício. A sentença de inconstitucionalidade, assim, é meramente declaratória, pois apenas reconhece uma situação preexistente, no caso, a inconstitucionalidade.

O efeito da sentença que declara a inconstitucionalidade da norma desde o início da sua vigência somente pode ser, então, *ex tunc*, sob pena de admitir-se que uma lei inconstitucional, mesmo após a declaração de sua inconstitucionalidade, permaneça como válida durante um certo tempo, o que se revelaria contrário à supremacia da Constituição.

Já os defensores da corrente do caráter constitutivo da sentença de inconstitucionalidade adotam a tese de Hans Kelsen que, em sua Teoria Pura do Direito, rejeita a idéia da existência de leis inconstitucionais, uma vez que isso seria um grave contra-senso na medida em que, segundo o seu sistema

escalonado de hierarquia das leis, todas as normas jurídicas, constitucionais ou inconstitucionais, retiram sua validade da norma superior (Constituição).²²

Para Kelsen, as normas tidas por inconstitucionais são apenas anuláveis, e essa anulação é realizada por um procedimento especial para retirar a validade da regra jurídica inquinada com o vício da ilegitimidade, que, no caso do sistema austríaco, é o apelo ao Tribunal Constitucional. Logo, a natureza da sentença de inconstitucionalidade é constitutiva, pois se presta apenas para anular uma norma, até então existente, ou, segundo Kelsen, válida até que o órgão competente diga o contrário por aquele procedimento especial.²³

Essas são, em apertada síntese, as duas principais concepções doutrinárias acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Importa registrar, todavia, o fato de que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e em grande parte da doutrina brasileira, sempre prevaleceu o entendimento da nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional, como ocorre no direito americano.

Tanto no campo constitucional quanto na esfera processual, os juristas pátrios, afeiçoados, inclusive, também ao caráter privado do Direito Romano têm afirmado a retroação sem reservas dos efeitos decorrentes da "nulidade", atentos ao brocardo *quod nullum est, nullum effectum producit*.

É, pois, da nossa tradição, como assinala Gilmar Ferreira Mendes, o dogma da nulidade.²⁴

Com efeito, Alfredo Buzaid, ao dissertar sobre os efeitos *ex tunc* do controle de inconstitucionalidade das leis, dizia o seguinte:

Sempre entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos

²² -*Teoria Pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 283-285.

²³ Op. cit. p. 287.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade* – Comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313.

constitucionalistas norte-americanos, que toda a lei adversa à Constituição é absolutamente nula; e não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade atinge o berço, fere ab initio. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de verdade. ... O que afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não adquire jamais com o decurso do tempo. ... Uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. Espósito observou que "as leis inconstitucionais até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias; têm eficácia, mas não validade." ... Embora executória até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*.²⁵

Já Francisco Campos afirmava que

Um ato ou uma lei inconstitucional é uma lei ou ato inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido.²⁶

O Supremo Tribunal Federal contém vasto acervo de precedentes que demonstram a adoção dessa corrente como entendimento dominante, embora, em raras oportunidades, como será registrado, tenha optado pelo pensamento de Kelsen, conferindo efeitos *ex nunc* aos seus julgados.

E, apesar de grande parte da doutrina brasileira ainda insistir na natureza declaratória da sentença de inconstitucionalidade, as vozes mais atualizadas não hesitam em acompanhar as lições de Hans Kelsen, as quais explicam melhor a natureza do pronunciamento de inconstitucionalidade por se apresentar mais suficiente e legítima para sopesar a aplicação dos princípios constitucionais que, com a declaração de inconstitucionalidade, parecem entrar em colisão.

²⁵ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 24.

²⁶ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 430.

Vejamos, então, numa análise mais pormenorizada, os principais conceitos de uma e de outra corrente para, depois, situarmos a adoção de cada uma na doutrina brasileira e nos arestos do Supremo Tribunal Federal.

2.1 Os efeitos das decisões do STF nos sistemas de controle difuso e concentrado da constitucionalidade: teoria da nulidade x teoria kelseniana

Quanto à modalidade difusa de controle de constitucionalidade, esta não apresenta maiores divergências no tocante aos efeitos da decisão incidental de inconstitucionalidade, exceto na hipótese de ocorrer a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal (CF, art. 52, inciso X), caso em que a eficácia dessa suspensão produz os mesmos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade do STF no exercício do controle abstrato, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

Apenas uma parte bem modesta da doutrina sustenta que a suspensão do Senado produziria efeitos *ex nunc*, como Alexandre de Moraes²⁷ e Lenio Luís Streck, por exemplo, cujas lições do segundo são reproduzidas na seqüência:

Discordando de Ferreira Mendes, creio discutível que os efeitos da decisão suspensiva do Senado possam ter efeitos *ex tunc*. Afinal, há que se fazer uma diferença entre o que seja retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca estivesse existido. Não se olvide a diferença nos efeitos das

²⁷ *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

decisões do Tribunal Constitucional da Áustria (agora adotada no Brasil), de onde deflui a diferença entre os efeitos *ex tunc* (nulidade) e *ex nunc* (revogação). Dito de outro modo, quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta írrita, nenhuma. Não fosse assim, bastaria que o Supremo Tribunal mandasse a lei declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de inconstitucionalidade (que historicamente, seguindo o modelo norte-americano, sempre foram *ex tunc*). Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do Senado retroagem, portanto, são *ex tunc*, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? Na verdade, se os efeitos da decisão sempre tinham o condão de transformar os efeitos *inter partes* em efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, a pergunta que cabe é: por que, na prática, desde o ano de 1934 até 1965, o controle de constitucionalidade tinha tão pouca eficácia? Desse modo, mesmo que o próprio Supremo Tribunal assim já tenha decidido (RMS 17.976), tenho que a razão está com aqueles que, como Alexandre de Moraes, sustentam os efeitos *ex nunc* da decisão suspensiva do Senado.²⁸

Já em se tratando do juízo de constitucionalidade, no controle abstrato, jurisprudência e doutrina sempre se orientaram no sentido da nulidade *ipso jure* da lei declarada inconstitucional, quer seja no bojo de um julgamento de procedência da ADIN, quer seja no julgamento de improcedência da ADC, em virtude da eficácia híbrida das decisões proferidas nessa modalidade de controle.²⁹

Como relata Daniel Sarmento,

Embora não haja na Constituição Federal nenhum dispositivo atribuindo expressamente eficácia *ex tunc* às decisões proferidas no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, doutrina e

²⁸ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁹ A Lei 9.868/99, no art. 22, estabelece que a decisão, em qualquer das ações, exige a presença na sessão de no mínimo oito ministros. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou outro sentido tiverem-se manifestado pelos menos seis ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade (art. 23). Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (art. 24). Nesse sentido, ver também AgR 1.880-SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, 7.11.2002.

jurisprudência pátrias sempre reconheceram, com raras vozes discrepantes, o caráter declaratório e retroativo das referidas decisões, nele vislumbrando um verdadeiro princípio constitucional implícito. Desde o magistério precursor de Ruy Barbosa, é corrente a idéia de que “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula”. Portanto, no Brasil, a decisão de inconstitucionalidade não se limita a desconstituir a norma contrária à Constituição, mas pronuncia a sua invalidade ab initio.³⁰

Isto demonstra que o Direito brasileiro incorporou a doutrina norte-americana da *judicial review*, firmada desde o julgamento do caso Marbury vs. Madison, em 1803. Nessa decisão, o juiz Marshall proclamou o que hoje se conhece pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional:

A Constituição é a lei suprema e a lei que a contraria é nula. Tal teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada por esta Corte como uma (sic) dos princípios fundamentais da nossa sociedade. Não deve, por isso, ser perdida de vista (sic) na ulterior consideração deste assunto. Se uma lei do congresso, contrária a Constituição é nula, obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais, de devem(sic) dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja lei constitui regra operante, como se lei fosse? Admiti-lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido na teoria; e pareceria, ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sobre o mesmo é desnecessário insistir.³¹

Segundo o raciocínio de Marshall, permitir-se que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma produza apenas efeitos desconstitutivos ou *ex nunc* importaria no reconhecimento da validade dos efeitos da lei inconstitucional durante certo tempo. Tal conclusão, segundo o célebre magistrado, afrontaria o postulado da supremacia da Constituição, pois possibilitaria que, durante certo período, uma norma infraconstitucional a ela se sobrepusesse.

³⁰A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Coord. SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 10.

³¹Apud SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Coord. SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 10-11.

É o que diz Marshall, citado em Ruy Barbosa:

Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal haja de resolver a lide em conformidade com a lei desatendendo à Constituição, ou de acôrdo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial.

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do poder legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte os que impugnam o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar olhos à Constituição, e enxergar a lei só.³²

Esse modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, que incorporou as lições de Marshall, orientou a instituição do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o que levou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina brasileira a aderirem, de forma pacífica, à teoria da nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional, na modalidade do controle abstrato.

São dessa opinião, além de Ruy Barbosa, Lucio Bittencourt³³ e Alfredo Buzaid.³⁴

Ives Gandra da Silva Martins também diz que "a inconstitucionalidade atinge a lei desde a origem, não podendo o direito admitir que uma 'inconstitucionalidade' seja 'constitucional' antes de sua declaração e que, somente a partir desse ato, se torne 'inconstitucional'".³⁵

³² Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. In *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos Jurídicos, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1958, vol. XX, t. V, p. 65-66.

³³ V. FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147-163.

³⁴ *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 137.

³⁵ Controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 1, Abril/2003, p. 76.

Neste aspecto, Gilmar Ferreira Mendes, apesar de entender que "a nulidade tem efeitos muito mais drásticos do que a anulabilidade, pois atinge o passado",³⁶ defende o argumento de que o dogma da nulidade, entre nós, não advém apenas da inspiração no modelo americano, mas da própria interpretação histórica da Constituição de 1988, uma vez que, na Assembléia Constituinte de 1986-1988, foi rejeitada a proposta de introdução de dispositivo que, semelhantemente ao estabelecido no art. 282, § 4.º, da Constituição Portuguesa, autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei declarada inconstitucional no controle abstrato de normas perderia sua eficácia *ex tunc* ou somente a partir da data da publicação do acórdão da Suprema Corte.

Com essa rejeição, diz Gilmar Mendes, "preservou-se, assim, orientação que considera nula *ipso jure* e *ex tunc* a lei inconstitucional".³⁷

A essa doutrina que prega a nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional, baseada nas conclusões de Marshall, contrapõe-se a tese kelseniana que serviu de baliza para a implantação do controle de constitucionalidade europeu.

Kelsen diz, contrariamente a Marshall, que "as chamadas leis inconstitucionais são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial".³⁸

Disso resulta que as leis declaradas inconstitucionais são apenas anuláveis, permanecendo válidas até o momento da declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente para o referido processo especial de invalidação. Logo, se a

³⁶ *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 15.

³⁷ MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade* – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 317.

³⁸ *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 290.

declaração de inconstitucionalidade implica modificar um estado da lei – que de válida passa a ser inválida – a natureza desse pronunciamento é constitutivo e não declaratório, afirma o Hans Kelsen:

Também é controverso se uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte deve ser considerada como nula ab initio. Uma interpretação nesse sentido da decisão da Suprema Corte significaria que tal decisão anula a lei de maneira geral e com força retroativa, abolindo-se assim todos os seus efeitos anteriores. Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido a priori (nulo ab initio) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é “nulo” se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação, uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser “nulo” significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade.³⁹

Além da natureza constitutiva que atribui à declaração de inconstitucionalidade, Kelsen conceitua a atividade do órgão competente para a declaração como de natureza legislativa e não propriamente jurisdicional. A esse propósito, diz o Professor Austríaco:

A decisão da Corte Constitucional pela qual uma lei era anulada tinha o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória. Era um ato negativo de legislação. Uma vez que a Constituição conferia à Corte Constitucional uma função legislativa, isto é, uma função em princípio reservada ao Parlamento, a carta de 1920 estabelecia que os membros da referida Corte deveriam ser eleitos pelo próprio Parlamento, e não, como os outros juízes, nomeados pelo executivo.⁴⁰

E é em razão dessa natureza legislativa que a declaração de inconstitucionalidade somente produziria, em princípio, efeitos prospectivos, como asseverava Kelsen:

³⁹ *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 308-309.

⁴⁰ *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 306.

(...) Porém o ato pelo qual uma corte declara uma lei inconstitucional pode, de acordo com a Constituição, aboli-la com força retroativa. Nesse caso a decisão da corte tem, como apontamos anteriormente, o caráter de um ato legislativo. No entanto, atos legislativos com força retroativa dificilmente são compatíveis com a proibição contida na Constituição americana, segundo a qual nenhuma lei ex post facto pode ser aprovada.⁴¹

No Brasil, um segmento ainda minoritário da doutrina (mas cada vez mais crescente) defende a tese da natureza constitutiva da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei, atribuindo-lhe efeitos não retroativos, em conformidade com os ensinamentos do Mestre de Viena.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, por exemplo, é uma das poucas autoras modernas que se filia à teoria de Kelsen, ao lecionar que "a norma constitucional é simplesmente anulável, visto que esta qualidade que lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que opera, eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação da sua inconstitucionalidade".⁴²

Antes dela, Pontes de Miranda também se manifestara no sentido da natureza constitutiva das decisões proferidas no controle de constitucionalidade.⁴³

Outro adepto dessa tese é Araken de Assis, que atribui à teoria da nulidade *ab initio* uma imprecisa diferenciação dos planos da existência, da validade e da eficácia:

É erro tão comum quanto lastimável entender que o nulo não gera efeitos. Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz... O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser; porque não há validade, ou eficácia do que não é. Daí por que o ato processual nulo produz efeitos, se e enquanto o juiz não o desconstituir, ex officio, ou a requerimento da parte.⁴⁴

⁴¹ Op. cit, p. 309.

⁴² *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 181.

⁴³ *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, t. III, 1987, p. 615-626.

⁴⁴ Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 4, jan/1996, p. 20.

Hugo de Brito Machado, vigoroso defensor da teoria kelseniana, defende a adoção dos efeitos prospectivos, ressaltando a excepcionalidade da retroatividade apenas no caso em que se revelar benéfica para o cidadão:

(...) Realmente, segundo a teoria pura do direito, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei equivale a sua revogação. Tem, portanto, a natureza de ato legislativo e assim, tal como acontece com os atos legislativos em geral, não pode produzir efeitos retroativos, salvo em favor do cidadão. E esta é a doutrina que melhor preserva a segurança, e assim melhor realiza o objetivo fundamental de toda ordem jurídica.⁴⁵

Atente-se para o fato de que o professor Hugo Machado, como já demonstrado, também defende a natureza legislativa da função exercida pelo órgão competente para a declaração de inconstitucionalidade, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal.

Segundo o Tributarista, as ações diretas de competência do STF não são ações no sentido processual propriamente dito, "posto que não se prestam para provocar a atividade jurisdicional do Estado".⁴⁶

No procedimento dessas ações, o que se tem como objeto não é a invocação de uma lesão a um direito subjetivo, mas a própria lei, isto é, a lei em tese (*in abstracto*), sem correspondência a uma situação concreta. Diz, portanto, "respeito ao direito-norma, ou direito objetivo, e não ao direito efeito da norma, ou direito subjetivo".⁴⁷

Por tratar, portanto, de objeto diverso do que pertence ao conceito de jurisdição, a atividade do Supremo Tribunal Federal, ao exercer a jurisdição constitucional por via do controle concentrado, é, inegavelmente, de natureza legislativa, como também já ensinava Kelsen.

⁴⁵ A supremacia constitucional como garantia do contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 68, maio/2001, p. 55.

⁴⁶ *Curso de Direito Tributário*. 20.ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 411.

⁴⁷ MACHADO, Hugo, in op. cit., p. 411.

Seabra Fagundes, invocando manifestações do Supremo Tribunal Federal e de doutrinadores como Léon Duguit e Adriano Carmona, corrobora o que ora se afirma: "... quando o Estado intervém fora dessas situações, ainda que os faça através do Poder Judiciário, não pratica atos de jurisdição."⁴⁸

O próprio STF já se manifestou nesse mesmo sentido, ao apreciar a questão da capacidade postulatória do Governador de Estado, em que o ministro Sepúlveda Pertence assentou que não se deve aplicar à risca as leis de processo, em se tratando de ação direta, por se tratar de ato apenas formalmente jurisdicional:

A ação direta existe para dar forma jurisdicional ao controle abstrato da constitucionalidade das normas, donde a exigência de legitimar órgãos públicos à provocação da jurisdição constitucional. Entre eles, os governadores.

A partir daí é que se tem de enfrentar a questão da capacidade postulatória do governador e das demais autoridades públicas legitimadas para a ação direta.

Estou, com todas as vênias, em que se trata de um problema aparente; aplicar à risca, à ação direta, as regras da lei processual e do estatuto da OAB sobre a capacidade de postular em juízo é levar muito longe a assimilação formal entre o mecanismo político do controle abstrato de normas e o processo de partes, concebido como instrumento de composição judicial de lides intersubjetivas.

A propositura da ação direta é, na verdade, o exercício de uma função estatal do órgão público competente e não um direito subjetivo do funcionário. Parece-me, em conseqüência, que a capacidade postulatória do dignatário competente lhe advém da própria investidura do cargo, somada à legitimação constitucional. Do que resulta, em contrapartida, que a prática pessoal do ato de provocação à jurisdição constitucional não apenas lhe é permitida, mas, a rigor, é necessária.⁴⁹

Em outra oportunidade, entendeu a Corte Suprema que o exercício do juízo de inconstitucionalidade a transforma em legislador negativo:

... a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida

⁴⁸ *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 18.

⁴⁹ STF – Pleno – ADIn 127-2-AL, rel. Min. Celso de Mello, DJU, Seção I, 04.12.1992, p. 23057.

ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo”.⁵⁰

Pensamos ser irreprochável esse entendimento que caracteriza a atividade exercida pelo STF, no controle concentrado, como de natureza legislativa, pois, de fato, as ações diretas não se amoldam ao conceito de jurisdição.

2.2 As teorias da nulidade e da anulabilidade (Kelsen) na jurisprudência do STF

O Supremo Tribunal Federal, infelizmente, sempre expressou o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* produz efeitos *ex tunc*. Ao apreciar o RE 108-60, o Pleno do STF afirmou que “lei inconstitucional não produz efeito, nem gera direito, desde o seu início (...)”.⁵¹

Por ocasião do julgamento da já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 652,⁵² relatada pelo ministro Celso de Mello, a Suprema Corte, também em sua composição plenária, reiterou o seu entendimento acerca dos efeitos do ato inconstitucional, proferindo acórdão que ficou célebre na história dos precedentes do STF sobre essa matéria:

Ação direta de inconstitucionalidade – Controle normativo abstrato – Natureza do ato inconstitucional – Declaração de inconstitucionalidade – Eficácia retroativa – O Supremo Tribunal Federal como “legislador negativo” – Revogação superveniente do ato normativo impugnado – Prerrogativa institucional do poder Público – ausência de efeitos residuais concretos – Prejudicialidade.

⁵⁰ ADIn 652-92/MA, Rel. Min. Celso de Mello, decisão unânime, DJU 02.04.1996, p. 05615.

⁵¹ RE 108-60, Rel. Min. Cunha Peixoto, Ac. 28.08.1990, RTJ 101/209.

⁵² RTJ 146/461.

⁵³ RTJ 71/570.

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de “menor” grau de positividade jurídica guardem, “necessariamente”, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Ato inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer eficácia jurídica.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.

Em pouquíssimos acórdãos, a Corte Suprema, preservando as situações já consolidadas, atribuiu efeitos *ex nunc* às decisões de inconstitucionalidade. Exemplo disso é o acórdão proferido no julgamento do RE n.º 78.594-SP, onde o STF reconheceu a validade dos atos praticados por Oficial de Justiça, em que pese a inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou a sua investidura.⁵³

Outro exemplo foi no caso dos magistrados de Minas Gerais. Na ementa do acórdão ficou consignado:

Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade⁵⁴.

Nessa ocasião, o min. relator Francisco Rezek disse em seu voto:

Esta Corte tem jurisprudência – mostrou-a o parecer da Dr.^a Anadyr – no sentido de prestigiar a irredutibilidade judiciária poupando seus detentores de restituir ao erário montante inconstitucionalmente pago. Vá lá que assim seja e, portanto, ainda que declarada a inconstitucionalidade de retribuição ou acréscimo de índole vária – e, mais, sendo erga omnes os efeitos desta declaração – não se devolve seu valor pecuniário já ingresso no patrimônio do

⁵⁴ RE 122.202-MG, Ac. da 2.^a T., de 10.8.93, Rel. Min. Francisco Rezek. In *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 9: 285, Revista dos Tribunais, 1994.

assalariado, que é o juiz, e em geral já despendido. Esta idéia, provavelmente erigida sobre pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo.

Gilmar Ferreira Mendes apontou esse julgado como uma contradição do Supremo, em que o Tribunal apartou-se do dogma da nulidade, mas atacou o acórdão, afirmando carecer de fundamentação jurídica mais consistente a tentativa do Guardião da Carta Magna no sentido de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional.⁵⁵

Aliás, no seio do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter sido seguido, ficou bastante conhecido o posicionamento do ministro Leitão de Abreu, ao defender a natureza constitutivo-negativa das decisões de inconstitucionalidade, em prestígio da segurança jurídica. Em seu célebre voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 79.343-BA, registrou o então Ministro:

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos seus destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade.⁵⁶

Outra oportunidade de amenização do dogma da nulidade ocorreu por ocasião do julgamento da ADIN n.º 1.102,⁵⁷ que questionava a constitucionalidade das expressões “empresários” e “autônomos” contidas no inciso I do artigo 22 da Lei n.º 8.212/91, que tratava da incidência da contribuição previdenciária sobre a folha de salários.

⁵⁵ “A Nulidade da Lei Inconstitucional e seus efeitos. Considerações sobre a Decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 122.202”. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 9: 13, Revista dos Tribunais, 1994.

⁵⁶ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 97, p. 1372.

⁵⁷ DJU de 17.11.95.

O ministro Maurício Corrêa, corroborando o parecer do então subprocurador-geral da República, Carlos Roberto Siqueira Castro, propôs à Corte o reconhecimento de efeitos apenas *ex nunc* à decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência legal relativa à contribuição social destinada ao custeio dos encargos da previdência social:

Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para aplicação de quais os efeitos deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluisse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar.⁵⁸

O argumento do Ministro, contudo, não sensibilizou o Supremo Tribunal Federal, que manteve sua orientação tradicional, no sentido da nulidade absoluta e *ipso jure* das leis inconstitucionais.

Na ocasião, o ministro Sepúlveda Pertence, apesar de sinalizar para a necessidade de um certo temperamento do dogma da nulidade, manteve-se fiel à postura tradicional da Corte:

O ilustre Procurador-Geral da República trouxe à discussão matéria que também me preocupa, atinente ao radicalismo da doutrina americana ortodoxa de nulidade ab origine da norma declarada inconstitucional, que temos seguido, no Brasil, desde a adoção do controle difuso e incidente, mas que, na via do sistema concentrado e direto de controle, pode efetivamente gerar conseqüências gravíssimas. De logo – a observação é de Eduardo Garcia de Enterría – a conseqüente eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado. O caso presente, entretanto, não é adequado para suscitar a discussão.

⁵⁸ Íntegra do acórdão na *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 5, fev/1996, p. 119.

O problema dramático de eficácia ex tunc de declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era "dada de barato", e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social.

Por outro lado, aqui mesmo, no Supremo Tribunal, já emitimos há quase dois anos, uma declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito que a determinava, da Lei 7.787, que é substancialmente idêntico ao que ora examinamos.

Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade ex radice da lei inconstitucional, facultando-se ao tribunal prostrar o início da eficácia erga omnes da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade.

Ao defender, País afora, efeito vinculante das decisões do controle abstrato – as quais ao meu ver, aliás, já o tem –, e também das súmulas de interpretação constante da Constituição, tenho contado um episódio de meus tempos de Procurador-Geral da República: certa vez, fui consultado por técnicos de determinado setor governamental sobre uma proposta de decreto-lei. Lembro ter dito: – este decreto-lei não passa pelo primeiro juiz de plantão: a inconstitucionalidade é bradante. A resposta foi mais ou menos assim: – quem somos nós Dr. Procurador, para discutir questão de inconstitucionalidade com V. Exa.? Mas veja V. Exa. o que está ocorrendo com a questão constitucional 'X': há quatro anos, a União não teve sequer uma sentença, a seu favor; no entanto – dizia-me o técnico –, a arrecadação real está por volta de 85% do previsto, porque a grande maioria não vai a juízo. Sobretudo com os pequenos tributos é o que sucede, de tal modo que é grande o risco de estimular aventuras, se se asseverar, mais ou menos em linha de princípio, que leis tributárias só se declararão inconstitucionais com efeitos ex nunc: aí provavelmente, a questão já estará morta.

Por outro lado, para situações como a desta lei, cuja constitucionalidade foi objeto de discussão judicial desde o início, a Emenda Constitucional n.º 3 já dotou o Executivo de um mecanismo hábil a não ser o fisco surpreendido, muito tempo depois, por uma declaração de sua validade ou invalidez com eficácia erga omnes: é a ação declaratória de constitucionalidade.

Por isso, com as vênias do ilustre Procurador-Geral, independentemente do exame do problema, em outras circunstâncias, mantenho, também, a orientação histórica, na doutrina brasileira, da nulidade da lei inconstitucional. Julgo procedente a ação.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo essa orientação, também já decidiu que "lei inconstitucional é lei natimorta; não possui qualquer momento de

validade. Ato administrativo praticado com base nela devem ser desfeitos, de ofício pela autoridade competente, inibida qualquer alegação de direito adquirido".⁵⁹

Vê-se, portanto, que, apesar da existência de uma corrente doutrinária e jurisprudencial que, partidária das concepções de Kelsen, defende o efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, a tese que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal (e que ainda hoje prevalece) é a de que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, apesar de se apresentar dominante, continua a ensejar polêmica, notadamente em matéria tributária, uma vez que não se tem levado em consideração o argumento da existência de efeitos econômicos favoráveis ao contribuinte.

⁵⁹ STJ, 5.ª T, EDROMS 10527-SC, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 03.02.2000, DJU 08.03.2000, p. 136.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JUÍZO RESCISÓRIO

Como registramos, a doutrina brasileira e a jurisprudência dominante no STF apontaram no sentido da nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional.

Em conformidade com essa tese, já que os atos constituídos sob a égide da lei inconstitucional não devem permanecer válidos (efeitos *ex tunc*), pois isso seria tolerar a validade de atos contrários à supremacia da Constituição, a coisa julgada que tenha se formado em processos individuais, aplicando a lei inconstitucional a casos concretos, poderia ser desconstituída por meio da ação rescisória.

A necessidade de interposição da ação rescisória é explicada pelo fato de que os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato de normas residem no plano normativo, ou seja, abstraído das relações jurídicas concretas, que, por isso, não são automaticamente desconstituídas pela decisão do Supremo.

Efetivamente, segundo o nosso sistema jurídico, a coisa julgada não é afastada somente com a publicação da decisão do STF no controle concentrado de constitucionalidade, por ser essa vinculante, *erga omnes* e retroativa. Essa desconstituição não ocorre automaticamente. Para que tenha eficácia além do plano normativo, a lei processual faculta a propositura do remédio rescisório.

Portanto, a decisão proferida pelo STF, no controle concentrado, não alcança de imediato as situações particulares, limitando-se a um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do direito-norma. Sendo assim, o único remédio existente para conferir eficácia às decisões da Suprema Corte na esfera das situações individuais seria a ação rescisória, e com fulcro no inciso V, do art. 485 do Digesto Processual Civil (violação literal de dispositivo de lei).

Vale ressaltar, porém, que há vozes na doutrina que entendem ser desnecessária a propositura da ação rescisória, com base, inclusive, no advento do disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC, que permite ao embargante alegar a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo tido como inconstitucional pelo STF ou em que se adotou interpretação de lei ou ato normativo não compatível com a Constituição Federal.

A seguir comentaremos os argumentos dessa tese apenas porque, antes de o art. 741, parágrafo único, surgir na ordem jurídica brasileira, o STF tinha o entendimento de que, apesar de a proclamação da inconstitucionalidade implicar o desaparecimento de todos os atos praticados sob o império da lei viciada, somente mediante a rescisória o vencido poderia pretender a desconstituição do julgado.⁶⁰

3.1 Breves considerações acerca da relativização da coisa julgada

Conforme exposto em linhas anteriores, há quem sustente ser desnecessária a propositura do remédio rescisório para desconstituir a coisa julgada oriunda de sentença que tenha aplicado uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, a exemplo de Tereza Arruda Alvim Wambier, que assim justifica:

... já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em "lei" que não é lei ("lei" inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 485 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação.⁶¹

O fundamento para a ação declaratória de inexistência, segundo a Professora, "seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido".⁶²

Corroborando a tese esposada por Teresa Arruda Alvim Wambier, acerca da desnecessidade da rescisória para desconstituir sentenças nulas (inexistentes), já dizia Pontes de Miranda:

No sistema jurídico brasileiro, declara-se a inexistência, declara-se a ineficácia; desconstitui-se o ato jurídico nulo, o ato jurídico anulável, o ato jurídico revogável (desconstituição com a simples vox, "revogatio"), o ato jurídico rescindível ou o ato jurídico revisível

⁶⁰ A 1.ª Turma do STF, ao julgar o RE 86.056-SP, em 31.05.77, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJU 07.07.77, p. 268, rejeitou expressamente o uso dos embargos contra a execução baseada em sentença posteriormente declarada inconstitucional.

⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

⁶² Op. cit. p. 43.

(desconstituição do irrevogável, na espécie do trânsito em julgado, e válido, por rescisão, isto é, corte da decisão e da relação jurídica processual até onde se deu o vício). Se se mesclam os dois conceitos, o de nulidade, que supõe invalidade e, de regra, ineficácia, e o de rescisão, que nada tem com nulidade, anulação e ineficácia, não se pode dar à ação rescisória o tratamento científico, que é de mister. A rescindibilidade concerne a sentença que vale e é eficaz; se, além de se comporem os pressupostos da pretensão à rescisão e da ação rescisória, os da nulidade ou da ineficácia se apresentaram, tem o juiz diante de si uma situação semelhante à que se lhe oferece a cada momento: além da rescindibilidade (e. g., por vícios redibitórios da coisa), a nulidade ou a ineficácia do negócio jurídico (e. g., o comprador ou o vendedor foi menor de dezesseis anos ou o outro condômino não tomou parte nas declarações de vontade).

(...) Já vimos que a decretação de nulidade, a de anulação e a rescisão da sentença são atos constitutivos negativos. A sentença nula é sentença, porém desconstituível por invalidade, sem se precisar de propositura de "ação", da querela de nulidade. O juiz que encontra, sob sua cognição, sentença nula pode decretar-lhe a nulidade.⁶³

Segundo esse entendimento, perfilhado também por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria,⁶⁴ que equipara a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF à sentença inexistente, o remédio cabível sequer seria a rescisória, mas simplesmente ação declaratória (*querela nulitatis*), que se situa fora, portanto, das hipóteses de rescindibilidade do art. 485 do CPC.

Malgrado tais conclusões, discordamos inteiramente de qualquer raciocínio que venha introduzir mais uma hipótese de relativização da coisa julgada ou alargar ainda mais as situações legais de cabimento da ação rescisória, pois os tribunais brasileiros já imprimem uma interpretação bastante ampla do disposto no inciso V do art. 485 do CPC, conforme assinalaremos, que tem servido de fundamento para a enxurrada de ações rescisórias intentadas pela Fazenda Pública diante de julgamentos supervenientes do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à coisa julgada.

⁶³ *Tratado da Ação Rescisória*. 1.ª ed. atual. ALVES, Wilson Rodrigues, Campinas: Bookseller, 1998, p. 129 e 443.

⁶⁴ A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, in *Coisa Julgada Inconstitucional*. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 153.

Assim também entendemos ser manifestamente ilegítima a tentativa de negar exequibilidade aos julgados transitados em julgado, como deseja o malsinado art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Esse dispositivo considera “inexigível” o título judicial fundado em lei ou ato normativo tido como inconstitucional pelo STF ou em que se adotou interpretação de lei ou ato normativo não compatível com a Constituição Federal.

A introdução desse dispositivo, consoante narra Araken de Assis,⁶⁵ foi inspirada no § 79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão), segundo o qual, apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível sua execução, aplicando-se o § 767 da ZPO. Este parágrafo, por sua vez, autoriza a oposição do executado com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado.

Pensamos que essa nova regra, burlando a lei processual, conferiu aos embargos à execução uma verdadeira “função rescindente”, só que sem a necessidade de interposição de ação rescisória, ou seja, sem a necessidade de se demonstrar o enquadramento legal em alguma das situações taxativamente previstas pelo art. 485 do CPC.

Logo, ousamos divergir, por completo, da corrente que sustenta a inexigibilidade do título judicial fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, nos termos do citado parágrafo único, do art. 741 do CPC, que chega ao absurdo de dispensar até mesmo a necessidade dos embargos, entendendo que o vício de inconstitucionalidade pode também ser argüido em sede de exceção de pré-executividade, como afirma Tereza Arruda Alvim Wambier:

⁶⁵ Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 4, jan/1996, p. 22-23.

Os embargos à execução, assim, nada mais são que ação movida pelo executado contra o exeqüente, via de regra com o objetivo de declarar a nulidade ou desconstituir o ato ao qual a norma atribuiu a eficácia de título executivo.

Se a sentença é inexistente, à execução faltará, ipso facto, o título executivo. É que, faltando o próprio ato, porque tal ato não se terá formado, não produzirá, obviamente, efeitos jurídicos, aí incluídos o de constituir título executivo.

Sobre tal questão deverá o órgão jurisdicional manifestar-se ex officio, indeferindo a petição inicial ante a ausência de título executivo. Não o fazendo, nada impede que o executado o provoque, através de mecanismo que tem sido chamado, na praxe forense, de exceção de pré-executividade.⁶⁶

A bem da verdade, nota-se, nos últimos tempos, uma tendência cada vez mais acentuada de se relativizar a coisa julgada. A interpretação do inciso V do art. 485 do CPC já foi ampliada pela jurisprudência brasileira para permitir a desconstituição da coisa julgada no caso em que a sentença tenha incorrido em violação literal de dispositivo de lei, compreendida tanto a violação à lei ordinária quanto ao texto constitucional.⁶⁷

É nessa "onda" da relativização que alguns doutrinadores, à semelhança da professora Tereza Arruda Alvim Wambier, defendem, por exemplo, a idéia de que a regra constante do parágrafo único do art. 741 do CPC nada mais representa do que "uma positivação do princípio da proporcionalidade no subsistema processual", isto é, "uma técnica criada pelo legislador para o aplicador do direito ponderar bens e valores constitucionais casuisticamente".⁶⁸

O sopesamento de valores constitucionais pelo referido dispositivo legal traduzir-se-ia, como ressalta Paulo Roberto Lyrio Pimenta, pelo fato de, em detrimento da segurança jurídica consubstanciada na eficácia da coisa julgada, a

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 73.

⁶⁷ Ver nesse sentido AgRg no Resp n.º 709458/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5.ª Turma do STJ, DJU 02.05.2005, p. 409.

⁶⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade – relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180. *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 2, maio/2003, p. 100.

regra processual poder expulsar os efeitos gerados pela aplicação de norma inconstitucional, privilegiando, assim, o princípio da supremacia da Constituição.⁶⁹

Esse mesmo autor defende, inclusive, a noção de que, segundo o parágrafo único, do art. 741 do CPC, podem ser alegados inexigíveis os títulos judiciais fundados em sentença que aplicaram lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, tanto em controle difuso como em controle concentrado, haja vista que o legislador não fez qualquer restrição.⁷⁰

Pensamos carecer absolutamente de razão a tese do autor retropraticado. Ao contrário, por vários motivos de ordem formal e material, pode-se concluir pela inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 741 do CPC. Entre os primeiros, cite-se apenas que os requisitos constitucionais para a edição das medidas provisórias, presentes no *caput* do art. 62 – a relevância e a urgência – não foram observados, eis que é difícil vislumbrar a existência desses pressupostos em matéria de Direito Processual Civil.

E, tratando a Medida Provisória n.º 2.180-35, que introduziu o citado dispositivo, de matéria processual, pode-se vislumbrar outra inconstitucionalidade de ordem formal. É que a possibilidade de medida provisória tratar de matéria processual, mesmo quando editada sob o regime anterior à promulgação da Emenda Constitucional n.º 32, de 11.09.2001,⁷¹ não é pacífica nos tribunais, pelo contrário.

O STF, mesmo sob o regime anterior, já manifestou entendimento consolidado no sentido de declarar a ilegitimidade constitucional de medidas

⁶⁹ Idem, op. cit., p. 101.

⁷⁰ Idem, op. cit. p. 102.

⁷¹ A EC n.º 32/2001, no seu art. 1.º, quando alterou a redação do art. 62, inciso I, letra "b" da CF/88, vedou expressamente a edição de medida provisória que verse sobre matéria de Direito Processual Penal ou Civil.

provisórias que versassem sobre matéria de Direito Processual. Trata-se do acórdão proferido no bojo da ADIn n.º 1.753-2/DF, em que foi deferida medida cautelar para suspensão de dispositivos da medida provisória n.º 1577-6.

Do voto do Exm.º Sr. Ministro Marco Aurélio, extrai-se que:

... estamos diante de uma medida provisória que já deve encontrar-se, pelo menos, na sexta ou sétima versão. Esse dado, para mim, já seria suficiente ao deferimento da liminar.

Por mais que examine a Constituição Federal com bons olhos, com os olhos voltados à flexibilidade, à necessidade de o governo atuar normativamente ao implemento de uma certa política, não encontro base para agasalhar a sistemática reedição de medidas provisórias no curso de idêntica sessão legislativa.

E mais: os predicados de relevância e urgência estão previstos no art. 62 da Constituição Federal, de que esta Corte é guarda como um grande todo. Logo, cabe-lhe perquerir – e se admite, até mesmo, o controle de atos discricionários quanto ao motivo, à finalidade, à razão da prática – se, na espécie, concorreram, ou não, esses dois requisitos previstos no art. 62 da Constituição Federal. E a toda evidência não concorreram.

A medida provisória objetivou alterar o Código de Processo Civil. Penso que a alteração de normas instrumentais não se faz em regime de urgência, principalmente que são normas que vigoram desde 1973. Outro aspecto a ser levado em conta é que a medida provisória acaba por criar novo requisito, nova possibilidade de propositura da rescisória que está umbilicalmente ligada à questão de mérito. O que se pretende, na verdade, com essa nova via é rejudgar a própria demanda, projetando-se no tempo, a mais não poder, o cumprimento dos precatórios, relativamente a uma sentença transitada em julgado.

A Emenda Constitucional n.º 32 trouxe nova redação ao artigo 62 da Constituição Federal, limitando a possibilidade de editar e reeditar medidas provisórias e limitando as matérias sobre as quais estas possam versar, restando vedada a edição de MP's que venham a tratar de matérias afeitas ao Direito Processual Civil.

O artigo 2.º da Emenda, dispondo que as medidas provisórias editadas em data anterior à da sua publicação continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, não pode ser compreendido como referendo de constitucionalidade das medidas provisórias pretéritas.

É também de se ressaltar, na evolução histórica da MP n.º 2.180-35, que introduziu o parágrafo único do art. 741 do CPC, o desatendimento do critério estabelecido quanto à otimização da produção normativa brasileira pela Lei Complementar n.º 95/98, que veda o tratamento de temas diversos em uma só medida provisória.⁷²

Conclusivamente, não se verifica, na edição da MP n.º 2.180-35, o chamado estado de necessidade legislativo, ou seja, os requisitos de relevância e urgência exigidos pelo artigo 62 da Constituição Federal. Não é razoável alegar relevância e urgência na modificação de instrumento legal procedimental instituído há mais de trinta anos, como os embargos à execução, notadamente quando essa modificação visa a atingir a coisa julgada, como já entendeu no Supremo Tribunal Federal, no acórdão acima citado, proferido no bojo da ADIn n.º 1.753-2/DF.

Ademais, a inutilização de provimentos jurisdicionais, tornando inexigíveis títulos judiciais proferidos no exercício do devido processo legal, como é o caso do parágrafo único do art. 741 do CPC, presume o contraditório e a ampla defesa, sem o que são ofendidos os princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da inafastabilidade da jurisdição.

Quanto à sua inconstitucionalidade material, pensamos que o dispositivo em tela, por haver sido introduzido por uma medida provisória, ainda que mais tarde venha a ser convertida em lei, revela uma clarividente ofensa ao princípio da separação dos poderes e faz tábula rasa da garantia da coisa julgada.

Já é polêmica a questão acerca do cabimento ou não de ação rescisória visando a desconstituir a coisa julgada por literal violação de lei, quando essa violação resulta de interpretação constitucional.

⁷² Pelo teor da MP n.º 2.180-35, verifica-se que esta promoveu alterações em diversos diplomas legais (Leis nºs 8.437/92, 9.028/95, 9.028/95, 9.494/97, 7.347/85 e outras), tratando, portanto, de matérias de Direito Processual Civil e de atribuições afeitas à Advocacia Geral da União.

A situação do parágrafo único do art. 741 do CPC é mais grave ainda: pretende alterar a coisa julgada sem que sequer sobre ela tenha havido qualquer manifestação do Poder Judiciário, o que se revela uma afronta intolerável ao princípio da separação de poderes e a toda a sistemática processual civil.

Uma decisão judicial somente pode ser modificada ou rescindida por outra decisão judicial proferida por uma instância superior e não por um ato do Executivo – a medida provisória – ou por uma decisão monocrática que venha a ser proferida em sede de embargos à execução.⁷³

Outro fato que merece ser destacado – e que leva indubitavelmente à outra inconstitucionalidade – é o de que o dispositivo em comento, ao não ressaltar o título judicial constituído antes da decisão do STF, parece desprezar o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória.

Como analisa Araken de Assis,

(...) o art. 741, parágrafo único, ostenta uma frisante diferença: o fator de ineficácia pode surgir posteriormente ao trânsito em julgado. Se, no curso da demanda, o STF pronunciar a inconstitucionalidade do direito alegado pela parte, caberá ao órgão judiciário recepcionar o evento superveniente, nos termos do art. 462 do CPC, aplicável em qualquer grau de jurisdição, e julgar a causa conforme seu novo estado. É claro que, reconhecendo a constitucionalidade da lei, ao invés de seguir a orientação da Corte Constitucional, emitirá provimento igualmente ineficaz e suscetível de ataque por via de embargos; porém, concebe-se que a decretação da inconstitucionalidade ocorra subsequente ao trânsito em julgado.

Em tal contingência, tão intensa e profunda se revela a inconstitucionalidade, pronunciada pelo STF, que desaparece a indiscutibilidade do título, decorrente da coisa julgada, e, conseqüentemente, sua exeqüibilidade. Assim, o art. 741, parágrafo único, tornou sub conditione a eficácia de coisa julgada do título

⁷³ DALLAZEN, Dalton Luiz. Execução de Título Judicial Fundado em Lei ou Ato Normativo Declarados Inconstitucionais pelo STF. Análise do parágrafo único do artigo 741 do CPC, Acrescentado pela Medida Provisória n.º 2.180-35. *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 14, maio/2004, p. 29.

judicial que, preponderante ou exclusivamente, serviu de fundamento da resolução do juiz. Pode-se dizer, então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos, e a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e a insólita característica de surgir e subsistir sub conditione. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória.⁷⁴

Ou seja, nos termos do parágrafo único do art. 741 do CPC, seria possível alegar a inexigibilidade da sentença passada em julgado ainda que a decisão do STF fosse proferida dois anos após o trânsito em julgado, o que significa manifesto desacato ao prazo decadencial do art. 485, que foi instituído como uma garantia aos jurisdicionados ao prevenir a eternização das lides.

Isto é, esse dispositivo legal representa uma indubitável possibilidade de burla ao prazo decadencial da ação rescisória, o que implica na vulneração não somente da legislação ordinária, mas também do texto constitucional, tendo em vista que a eleição desse obstáculo temporal é uma das mais fortes expressões do princípio da segurança jurídica.

Da forma como parte da doutrina brasileira vem interpretando o parágrafo único do art. 741 do CPC, como já exemplificamos, esse princípio (o da segurança jurídica) desaparece por inteiro, tendo em vista que essa suposta autorização para o desrespeito ao prazo decadencial do art. 485 transforma a coisa julgada num instituto incerto ou duvidoso, despido das garantias de que ela se revestia em outros tempos.

Portanto, outra não pode ser a conclusão do que a cristalina inconstitucionalidade desse dispositivo. Caso assim os tribunais brasileiros, todavia,

⁷⁴Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 4, jan/1996, p. 23-24.

não venham a entender, registramos a ressalva de que outorgando o STF efeitos *ex nunc* às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, como agora lhe é facultado pelo art. 27 da Lei n.º 9.868/99, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, por exemplo, nenhuma eficácia poderá apresentar o parágrafo único do art. 741 do CPC perante as sentenças transitadas em julgado proferidas em casos concretos.

Noutros termos, a alegação do embargante, se for o caso, deverá atender aos limites temporais atribuídos pela decisão pelo STF, quando este fizer uso da prerrogativa de que atualmente dispõe de fixar os efeitos temporais dos julgados proferidos no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, a teor do que dispõe o art. 27 da Lei n.º 9.868/99.

Se o Supremo vier, contudo, a fixar esses efeitos retroativamente, o exequente ainda poderá se insurgir contra a força retroativa que o embargante possa pretender conferir a essa decisão, com base no parágrafo único do art. 741 do CPC e isto pelos argumentos que já expusemos: a) em primeiro lugar, a ofensa ao art. 485 do CPC, por representarem os embargos opostos com fulcro no parágrafo único do art. 741 uma burla à taxatividade das hipóteses legais de cabimento da ação rescisória; b) em segundo, a violação ao princípio da separação de poderes que esse dispositivo legal representa; c) em terceiro, sua inconstitucionalidade formal, pela inobservância dos requisitos constitucionais de relevância e urgência, quando da edição da MP n.º 2.180-35; e, d) por último, e igualmente ou até mais importante, a subversão do conceito e da finalidade da ação rescisória, o que malferir mais uma vez, o art. 485 do CPC, e até mesmo de toda a sistemática do controle de constitucionalidade, pelo fato de se pretender conferir eficácia às decisões do STF, proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, sobre as situações jurídicas individuais transitadas em julgado sem o uso do remédio rescisório, o que significa empregar a essas decisões efeitos que não lhe são próprios.

Feitas essas considerações, passaremos a comentar o fenômeno da relativização da coisa julgada por meio das ações rescisórias que vêm sendo massificadamente ajuizadas, notadamente pela Fazenda Nacional, com o objetivo de desconstituir sentenças transitadas em julgado que se revelaram contrárias a posteriores pronunciamentos do STF, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Evitaremos tecer maiores comentários acerca do controle difuso, porquanto entendemos ser absolutamente incabível o remédio rescisório nesse caso, uma vez que a decisão do STF não possuiria a eficácia *erga omnes* apta a autorizar o vencido a alegar, em seu proveito, o que o Supremo Tribunal Federal teria decidido em outro caso concreto, ressaltando-se apenas a hipótese de ocorrer a suspensão, pelo Senado Federal, da lei aplicada pela sentença que se pretende rescindir, dada a similitude dos efeitos com aqueles produzidos no controle abstrato de constitucionalidade, em que pese o entendimento contrário, neste aspecto, da professora Ada Pellegrini Grinover⁷⁵ e de José Afonso da Silva.⁷⁶

3.2 Ação rescisória diante de julgamento superveniente do STF em sentido contrário à coisa julgada: análise da Súmula 343

Ainda fiéis à dicção do antigo Código de Processo Civil de 1939, que declarava nula a decisão nas situações legalmente descritas, autorizando o uso da ação rescisória, boa parte dos processualistas brasileiros persiste na visão que identifica na decisão rescindida, que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, um ato jurídico nulo, despido de quaisquer efeitos jurídicos, seja para o futuro, seja em relação ao passado.

⁷⁵ A ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 8, maio/1996, p. 13-14.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 52.

Como esse raciocínio ainda é bastante acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, esse sodalício também tem se manifestado no sentido de admitir a rescindibilidade das sentenças que aplicaram lei posteriormente declarada inconstitucional e, assim, vem autorizando o manejo de incontáveis ações rescisórias ajuizadas pela Fazenda Nacional nos últimos tempos, notadamente em matéria tributária, com fundamento no inciso V, do art. 485 do CPC, isto é, sob o argumento de ter a decisão rescindenda afrontado literal disposição de lei, por se encontrar em confronto com a decisão definitiva da Corte Suprema.

Considerando que as lides tributárias dizem respeito quase sempre a fundamentos constitucionais, dada a exaustiva positivação dos princípios tributários na Constituição Federal, as ações rescisórias intentadas pelo Fisco não têm encontrado mais o óbice na Súmula 343 do STF, que enuncia: "não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

Isto representa uma mudança do que o Supremo Tribunal Federal expressava, tempos atrás, como entendimento pacificado, tanto que editou o enunciado ora referido. Entendia o STF, nessa época, que a lei, como tudo em Direito, pode comportar mais de uma interpretação, e sendo a ação rescisória remédio excepcional, e não recurso ordinário, não caberia ela em matéria de interpretação.⁷⁷

Nas palavras do ministro Aliomar Baleeiro

Ora, a violação há de ser a literal disposição de lei. Violação clara e inequívoca do que estatui nitidamente o dispositivo. Nesse caso dos autos não está a interpretação que se opõe a uma corrente doutrinária ou jurisprudencial. É preciso, para a invocação do art. 798, I, c, estridente contrariedade ao dispositivo, para usar da expressão grata aos Juízes de luminosa memória, que honraram o STF, há mais de quarenta anos.⁷⁸

⁷⁷ RTJ 43/289, 43/339 e 73/338. Outras decisões, no mesmo sentido, estão inscritas na RTJ, 110/505 (Relator Min. Alfredo Buzaid) e 10/969 (Relator Min. Francisco Rezek).

⁷⁸ RTJ 73/341.

Esse entendimento data dos idos de 1943, em que certa vez o também ministro Orosimbo Nonato, a propósito, disse

... se um tribunal local adota uma das diversas interpretações razoáveis, que a lei pode oferecer, reforçando-a com argumentos ponderosos, ainda que não pareça exata à outra corrente de opinião, caso não será de recurso extraordinário.⁷⁹

Com efeito, nessa mesma linha, por diversas vezes a Suprema Corte decidiu que “o dissídio jurisprudencial afasta o cabimento da ação rescisória”.⁸⁰ Nesse mesmo sentido: “a interpretação no verbete 343 situa-se no exato alcance da tranqüilidade jurídico-política que deve presidir as decisões da Justiça”,⁸¹ e ainda: “o pedido rescisório não é meio idôneo para nova abordagem interpretativa de prescrições legais a cujo respeito a jurisprudência não seja unívoca”.⁸²

Especificamente sobre o ajuizamento de ações rescisórias diante de julgamentos supervenientes em sentido contrário à coisa julgada, dizia o ministro Moreira Alves:

Se, ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal por ela aplicado, não se configura a violação literal de dispositivo de lei, para justificar sua rescisão – art. 485, V, do CPC –, ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário.⁸³

Nos últimos tempos, todavia, como já referido, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela não-incidência da Súmula 343 quando a interpretação tida por controvertida nos tribunais era a respeito de matéria constitucional, entendimento esse que também é perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça:

(...) A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento,

⁷⁹ DJ de 05.08.1943. Apud ROSAS, Roberto, in *Direito Sumular*, 6.ª ed., RT, 1991, p. 172.

⁸⁰ Voto do Min. Djaci Falcão, Ação Rescisória n.º 891-PB, in RTJ 73/343.

⁸¹ STF Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, Ação Rescisória n.º 607-SP, ac. unânime de 04.12.85, in RTJ 116/450.

⁸² Relator Min. Rezek, RTJ 110/487.

⁸³ RTJ 91/312. No mesmo sentido, o voto do Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in JSTJ 5/21.

sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da súmula n.º 343/STF (Resp n.º 155.654/RS, DJU 23.08.99).⁸⁴

Processual civil – Ação rescisória – Art. 485, V, do CPC. Declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de preceito legal no qual se louvara o acórdão rescindendo. Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que “deixa de aplicar uma lei por considera-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna. Ação procedente.”⁸⁵

Em outra oportunidade, decidiu o STJ:

Embargos de divergência. Ação rescisória. Interpretação de texto constitucional. Cabimento. É admissível a ação rescisória, mesmo que, à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional. Inaplicável à espécie a Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, ainda mais porque o aresto rescindendo divergira do pacífico entendimento do STF sobre o tema, de índole constitucional. Precedentes. Dissenso não configurado. Embargos não conhecidos.⁸⁶

Segundo essa nova orientação, tanto quando a rescisória almejar a desconstituição de sentença que aplicou, por considerar constitucional, lei posteriormente declarada inconstitucional, quanto no caso de a rescisória objetivar a rescisão de sentença que declarou inconstitucional lei posteriormente declarada constitucional, o STJ tem decidido não incidir o obstáculo da Súmula 343:

Processo civil – ação rescisória – Matéria constitucional – STF – Súmula 343. Se o Pretório Excelso declarou constitucional lei que, antes, o Tribunal Regional Federal havia reputado inválida, o julgado deste deve ser rescindido ainda que à época o tema fosse controvertido (STF, Súmula 343). Resp. conhecido e provido.⁸⁷

Ementa: Processual – Ação rescisória – Violação de dispositivo legal – Negativa de aplicação da lei – Inconstitucionalidade –

⁸⁴ Resp n.º 36.017/PE, 2.ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 11.12.2000, p. 185.

⁸⁵ AR n.º 870/PE, 3.ª Seç., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 13.03.2000, p. 123.

⁸⁶ Emb. de Div. no RESP n.º 155.654/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – Corte Especial, unânime, julg. 16.06.1999, DJU 23.08.1999, p. 70

⁸⁷ Resp. 158.782/PE, DJU 23.03.1998, p. 81

Súmula 343 do STF – Não-incidência – Cabimento da rescisória. Se o acórdão rescindendo deixou de aplicar a lei, por julgá-la inconstitucional, a ação rescisória é sempre cabível, nada importando a circunstância de tal inconstitucionalidade haver sido controvertida, na época em que se formou o Acórdão.

A restrição contida na Súmula 343 do STF não incide, quando se controvertia a constitucionalidade da lei, ficando ao largo a interpretação do dispositivo legal.⁸⁸

No julgamento do RESP n.º 165.176/RS, de relatoria do ministro Milton Luiz Pereira, o STJ assim se pronunciou:

... A Súmula n.º 343/STF “nada mais é do que a repercussão, na esfera da ação rescisória, da Súmula n.º 400 – que não se aplica a texto constitucional – no âmbito do recurso extraordinário” (TTJ 101/214). “Se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o Acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional” (RESP n.º 128.239/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler).⁸⁹

Além dessa orientação jurisprudencial, outro argumento da tese que autoriza o cabimento do remédio rescisório em caso de superveniência de decisão da Suprema Corte em sentido contrário à coisa julgada, que verse sobre matéria constitucional, é a necessidade, apontada por alguns doutrinadores, de se observar o princípio constitucional da isonomia.⁹⁰

Esse princípio, que se constitui na idéia de que todos são iguais perante a lei, significando, portanto, que a lei deve tratar a todos de modo uniforme, também exige, em conseqüência, que as decisões dos tribunais não possam aplicar a lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico.⁹¹

⁸⁸ RESP n.º 99.425/DF, 1.ª Turma do STF, por unanimidade, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros

⁸⁹ DJU 22.05.2000, 1.ª Turma., unânime.

⁹⁰ CF/88, art. 5.º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes ...”.

⁹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

Caso contrário, diz Tereza Arruda Alvim Wambier,

Admitir que sobreviva decisão que consagrou interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo Judiciário, é prestigiar o "acaso". Explicamos: Isto significa dizer que serão beneficiados com a decisão que lhes favorece, ainda que posteriormente seja considerada incorreta, aqueles que tiveram a "sorte" de participar de determinada ação, no pólo passivo ou ativo, num momento em que havia, ainda, divergência nos Tribunais, quanto a qual seria a interpretação acertada da lei, a solução correta a ser dada àquele caso.

(...) Do contrário, se verão feridos de morte o princípio da legalidade e da isonomia: a lei seria uma só (necessariamente vocacionada para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico, e nunca mais de um entendimento simultaneamente válidos...), mas as decisões poderiam ser diferentes, porque os Tribunais poderiam decidir diferentemente, e esta circunstância estaria imune ao controle da parte pela via da ação rescisória !!! Poderia haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos, e ainda que já se saiba notar qual é a decisão correta, as demais ficariam fora do controle da parte e acabariam por sobreviver.⁹²

Em outras palavras, segundo o postulado da isonomia, defende a autora a idéia de que os tribunais brasileiros, notadamente os superiores, uniformizem seu entendimento sobre determinada matéria, aplicando a mesma solução para todos os casos idênticos. E, na busca da aplicação desse princípio, que é um dos pilares do Estado Democrático, a Súmula 343 do STF, como também a de n.º 400 ("Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, inc. III, da Constituição Federal (revogada)"), devem ser desprezadas.

Alertando também para os prejuízos que podem advir pela não-observância do postulado isonômico, Regina Maria Macedo Nery Ferrari assevera que

(...) a indicação dos efeitos no tempo não pode violar o princípio da isonomia, e isto, principalmente considerando que a omissão parcial

⁹² Op. cit., p. 60-61.

pode, também, acarretar uma inconstitucionalidade por ação no que tange à violação do princípio da igualdade, ou seja, quando contemplado pela lei apenas certo segmento de pessoas, como por exemplo, a lei que beneficie apenas certa categoria de servidores públicos, portanto, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode permitir que sejam alcançados apenas os que foram indevidamente excluídos.⁹³

Opondo-se frontalmente a essa vertente que sacrifica a coisa julgada em nome do princípio da igualdade ou da isonomia, Sacha Calmon Navarro Coelho aponta que

O efeito “era omnes” é, em princípio, para todos os casos não suscitados ou já suscitados mas ainda não definitivamente julgados. Quanto a isso inexistem divergências. Resta saber se a Ação Rescisória, cuja genealogia jurídica e processual é totalmente desvinculada da temática do controle de constitucionalidade das leis, afigura-se como meio hábil para desconstituir sentenças ou acórdãos trânsitos em julgado de juízes e tribunais, que se revelaram, tempos depois, em razão da tese jurídica adotada (quaestio juris), contrários ao juízo da Suprema Corte. Duas hipóteses são possíveis: (a) os tribunais declararam a lei inconstitucional e o STF a teve como constitucional; (b) os tribunais adotaram a constitucionalidade da lei ou ato normativo e o STF pronunciou o veredicto da inconstitucionalidade. Parece-nos que quanto a isso – presente a conturbação jurisprudencial – é impossível utilizar-se a parte, em nosso direito, da ação rescisória como instrumento de uniformização de jurisprudência, ainda que com base no princípio da igualdade, até porque a esse suposto – o da uniformização – e sob aquele tão alto motivo – o do princípio da isonomia – o que a parte quer, é, em verdade, reverter o julgamento e com isso reduzir a escombros o instituto da coisa julgada. E jamais foi motivo de espanto – diga-se logo – o fato de o direito ser aplicado diferentemente a casos iguais.⁹⁴

O Tributarista fundamenta seu raciocínio na teoria kelseniana, conhecida pelo exemplo do quadro ou moldura, em que o direito ou a norma possibilita diferentes opções de aplicação.⁹⁵ Sendo assim, não haveria que se

⁹³ *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 351.

⁹⁴ Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão Anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo STF no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 05, fev/1996, p. 61-62.

⁹⁵ É formulação de Kelsen a teoria do direito como quadro ou moldura, dentro da qual a norma comporta mais de um significado ou interpretação, sendo esse precisamente o objeto a que se dedica a doutrina (*Teoria Pura do Direito*, 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 366).

negar aplicação à Súmula 343 do STF que, atenta à realidade apontada pela Teoria Pura do Direito, ressalva da desconstituição dos julgados a sentença que tenha optado por uma das interpretações possíveis, contidas, por assim dizer, na moldura de Kelsen.

Essa também é a opinião abalizada do professor Hugo de Brito Machado, para quem o entendimento consubstanciado na Súmula 343 do STF

... justifica-se à luz da doutrina kelseniana segundo a qual a ciência do direito é incapaz de oferecer uma interpretação da norma que seja a única correta. Oferece apenas uma gama de interpretações igualmente corretas, sendo a escolha de uma delas uma opção política. Em outras palavras, a ciência do direito apenas fixa um quadro, ou moldura, dentro do qual estão as interpretações corretas. Incorreta, assim, é a interpretação situada fora desse quadro. Se a interpretação era controvertida, não se pode dizer que uma ou outra das interpretações é incorreta. Todas estavam dentro do quadro, ou moldura, a que se refere Kelsen. Nenhuma, portanto, violou literal disposição de lei. A opção feita a final pelo órgão de última instância, não tem fundamento na ciência do direito. É uma opção política.⁹⁶

Seguindo essa mesma linha, o ministro Adhemar Maciel também se revela contrário ao entendimento esposado pela Suprema Corte no que tange à não-aplicação da Súmula 343 em se tratando de matéria constitucional:

Como qualquer norma jurídica, as regras insertas na Constituição Federal não estão isentas de interpretação divergente, seja por parte da doutrina, seja por parte dos tribunais. Embora caiba ao STF dar a exegese final da Constituição Federal, por vezes não me parece possível ter como teratológica a interpretação dada por parte da doutrina e da jurisprudência, (...) a ponto de dar ensejo à propositura de ação rescisória fundada no inciso V, do art. 485 do CPC.

(...) Como quaisquer outras normas jurídicas também as regras constitucionais podem, por vezes, propiciar a dupla interpretação, ambas razoáveis. Quando isso ocorre, a tese rejeitada pelo STF não pode ser tida como absurda a ponto de abrir a angusta via da ação rescisória aos insatisfeitos. Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão

⁹⁶ Repertório IOB de jurisprudência. 1995-I, ementa 1/8749, p. 200.

rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se um recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.⁹⁷

Logo, para o ministro Adhemar Maciel, portanto,

(...) é falho o argumento de que a súmula 343 do STF não se aplica às regras constitucionais, que também podem dar ensejo a mais de uma interpretação, o que afasta inexoravelmente a incidência do art. 485, V, do CPC, já que tal preceito exige que a violação da norma seja literal.

(...) nosso ordenamento jurídico sempre teve a res judicata alçada ao status de garantia fundamental (art. 5.º, XXXVI, da CF/88). Nele não se encontra elemento que nos leve a distinguir quanto à aplicação da Súmula 343 do STF só para as decisões infraconstitucionais.⁹⁸

Nesse mesmo passo, Humberto Theodoro Júnior também apontava a teratológica posição do Supremo Tribunal Federal em afastar a Súmula 343, em se tratando de divergência de interpretação constitucional:

Independentemente da natureza da norma aplicada, os predicamentos da coisa julgada são sempre os mesmos. A Constituição ao protegê-la, elevando-a à categoria de direito fundamental, não lhe diminui a força quando tivesse eventualmente versado tema constitucional. A intangibilidade da res judicata é sempre a mesma e afasta a possibilidade de rediscussão do tema decidido, quer tenha o acórdão atingido ou não o nível de discussão de matéria constitucional.

(...) A rigor, portanto, não é razoável o afastamento do princípio contido na Súmula 343, nem mesmo quando posterior entendimento do Supremo Tribunal Federal venha a ter a lei aplicada pela sentença rescindenda como inconstitucional. Basta lembrar que, após o biênio do art. 495 do CPC, nem mesmo a rescisória seria proponível. Assim, a inconstitucionalidade atingiria apenas aqueles decisórios discutidos no curto prazo de dois anos e deixaria incólumes aqueles que ultrapassassem o mesmo termo sem ser objeto de rescisão.⁹⁹

⁹⁷ Resp 9.086/SP, publicado no DJU 05.08.1996, p. 26424. Apud CAMPOS FILHO, Ezequiel Melo. A ação rescisória como fator de perturbação do sistema de controle de constitucionalidade urgente no Brasil. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. Belo Horizonte, 1998, v. 1, p. 192-193.

⁹⁸ *Idem*, p. 26424.

⁹⁹ Ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo* v. 79, p. 170-171.

Além disso, como adverte Sacha Calmon, “a preponderar o pensamento contrário”, isto é, a prevalecer a tese de que a divergência de interpretação não desautoriza o manejo da ação rescisória, “teríamos a provisoriedade de todas as decisões que não fossem do STF sobre questão constitucional, ainda quando já transitadas em julgado, formal e materialmente falando”. Estaria, então, instalado “o caos jurídico, tão abominado pelo direito tedesco e ofendendo os princípios da certeza e da segurança do direito revelado nas decisões judiciais”.¹⁰⁰

Harmonizando-se com essas conclusões, Marilene Talarico Martins Rodrigues também assinala que: “a violação de lei a que se refere a norma acima, para ensejar a rescisão deve ser frontal e indubitosa. Se a lei comportava mais de uma interpretação razoável e a decisão rescindenda optou por uma delas, não incide o dispositivo do CPC”.¹⁰¹

Ressalta ainda a Professora que essas rescisórias, que objetivam a desconstituição de sentenças que trataram de matéria controvertida nos tribunais, em virtude de um posicionamento ulterior do STF em sentido contrário à coisa julgada, não podem ser acolhidas porque não se enquadram nas hipóteses legais do art. 485 do CPC.

Diz Marilene que “entre os casos de rescisão arrolados no art. 485 do CPC, não se encontra o de superveniente julgamento contrário a coisa julgada”, o que significa que “o direito processual brasileiro não admite a rescisão de acórdão transitado em julgado, apenas porque outro julgamento foi proferido em sentido contrário”.¹⁰²

Sob outro enfoque, a professora Misabel Derzi também defende a idéia de ser incabível a ação rescisória no caso de matéria de interpretação controvertida

¹⁰⁰ Op. cit, p. 62

¹⁰¹ Ação Rescisória em Matéria Controvertida nos Tribunais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 4, jan/1996, p. 52.

¹⁰² Op. cit. p. 52.

nos tribunais, esclarecendo que o princípio da irretroatividade da lei, no direito brasileiro, também é sinônimo de “irretroatividade da inteligência da lei”:

Têm razão os germânicos, que extraem do princípio do Estado de Direito, consagrado em sua Constituição, a irretroatividade do Direito (não apenas das leis, mas também dos atos administrativos e da jurisprudência). Ora, ao assegurar a Constituição brasileira que a lei não retroagirá, respeitando-se a coisa julgada, a expressão lei, utilizada no art. 5.º, XXXVI, tem alcance muito mais amplo para significar a inteligência da lei em determinado momento, ou seja, certa leitura da lei, abrangendo, assim, os atos que a ela se conformam, emanados do Poder Judiciário e do Executivo. A lei posta pelo Poder Legislativo pode comportar mais de uma interpretação, de modo que a lei que vige, em determinado momento, é a lei segundo uma de suas interpretações possíveis. À certa altura, sem nenhuma mudança literal da fórmula legislativa, que conserva os mesmos dizeres, altera-se a interpretação que da mesma lei fazem os tribunais, os quais passam a decidir conforme outra interpretação. Surge, assim, sem lei nova como ato emanado do Poder Legislativo, espécie de lei nova proclamada pelo Poder Judiciário. A irretroatividade da lei alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto, que se cristalizou por meio da coisa julgada. A limitação imposta às leis novas quanto à irretroatividade abrange também os atos judiciais, uma vez que uma decisão judicial é sempre tomada segundo certa leitura ou interpretação da lei. Interpretação nova, ainda que mais razoável, não pode atingir uma sentença já transitada em julgado. Não podem retroagir as decisões judiciais, ainda que a título de uniformização jurisprudencial. O instituto da coisa julgada é necessária garantia de segurança e estabilidade das relações jurídicas como ainda de praticidade, pois tornar-se-ia inviável a aplicação do direito se, a cada evolução e mutação jurisprudencial, devessem ser rescindidas as decisões anteriores, para que se proferissem novas decisões, com base na nova lei, simples nova inteligência da lei. Assim, no direito nacional, como em todos os países que se enquadram dentro do princípio do Estado de direito, a decisão judicial nova que interpreta de maneira diferente uma norma jurídica não retroage, nem enseja rescisão de sentença transitada em julgado.¹⁰³

Nesse assunto, as vozes da doutrina ora invocadas não estão sozinhas.

Há também alguns arestos dos pretórios brasileiros que, em detrimento do princípio da supremacia da Constituição – que fundamentaria o entendimento do Supremo Tribunal Federal em negar aplicação à Súmula 343 – preferem preservar o princípio

¹⁰³ Apud NAVARRO, Sacha Calmon Navarro, in *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 449.

da segurança jurídica, por ser um dos maiores pilares em que se alicerça nosso Estado Democrático de Direito.

Exemplificativamente, citaremos o voto da ministra Eliana Calmon (à época juíza do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região), quando da apreciação da Ação Rescisória n.º 94.01.054238-0/DF:

Se o STF, em algumas oportunidades, afastou a incidência do seu próprio entendimento, ao deixar de aplicar a Súmula n.º 343, quando estivesse em questão dispositivo constitucional, não revogou a citada Súmula, a qual vem sendo aplicada, mesmo quando em questionamento o dispositivo da Lei Maior, como registra o Professor Roberto Rosas em "Direito Sumular", 4.^a edição, página 144, com a indicação do AR n.º 1.124, cujo Relator foi o Ministro Francisco Rezek. Com efeito, arredar-se o entendimento sumular levaria a catastróficas conseqüências, especialmente se se considerar que na atualidade conta-se com o STJ.

Com função de uniformizar o direito nacional, a prevalecer o entendimento da autora, poderíamos dizer: tudo que for inconstitucional e que discernir do entendimento do Supremo, enseja ação rescisória, e tudo que for infraconstitucional e tenha sido decidido em divergência com a interpretação do STJ, da mesma forma, ensejaria impugnação.

Tal colocação atenta contra a idéia de que a depuração do direito aplicado faz-se de baixo para cima na pirâmide do Poder Judiciário e de que a divergência entre Juízes, entre Tribunais, entre uns e outros é que se chega à melhor interpretação do Direito Positivo. Por outro ângulo, ainda, temos que o controle difuso da constitucionalidade das leis é exercido pelo STF, da mesma forma como o é no juízo de primeiro grau e nos Tribunais de Apelação, sem conseqüências vinculantes ou caráter de generalidade.

Finalmente, se a obediência à interpretação do STF, pronunciada "incidenter tantum", autorizasse a rescisória, por certo que bastaria para os magistrados das instâncias inferiores socorrerem-se do direito pretoriano na solução das demandas que lhe são distribuídas. Mesmo que tenha errado o Tribunal quando da prolação do acórdão rescindendo, tal erro, pelo trânsito em julgado, ingressou no ordenamento jurídico como norma de habilitação no dizer de Kelsen, não estando autorizado, portanto, o cabimento de ação rescisória.

Nesse mesmo sentido, também já decidiu o Exm.º Juiz Tourinho Neto, também do TRF da 1.^a Região, ao assentar que "não fez a Súmula distinção entre questão constitucional ou infraconstitucional".¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ação Rescisória n.º 94.01.05012-0/DF.

O Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, por sua vez, nos termos do voto do relator Ari Pargendler, também rejeitou a tese de que, sendo constitucional a matéria, não caberia o afastamento da rescisória nos casos de divergência pretoriana. Vejamos:

Salvo melhor entendimento, nos limites de sua competência, os tribunais exercem jurisdição plena. Os respectivos acórdãos, depois dos prazos previstos em lei, transitam em julgado e não podem ser revistos em ação rescisória. De outro modo, os Tribunais Regionais Federais só decidiriam matérias constitucionais de modo provisório, até que fossem examinadas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Bastaria um único processo para dirimir todas as controvérsias; os demais constituiriam papelada inútil. Em última análise, só subsistiriam os acórdãos dos Tribunais Regionais Federais que não fossem objeto de ação rescisória. Há aí usurpação de competência, porque não se compreende tenha sido este o propósito da Constituição. Tal é mais do que dizer que as decisões do Colendo Superior Tribunal Federal vinculam todos os pretórios (efeito recomendável em relação aos casos futuros), porque retira de julgados anteriores toda a sua força, comprometendo-se a autoridade do Tribunal que os proferiu. Independentemente de recurso da parte, o acórdão só valerá se a orientação nele adotada for confirmada pelo Colendo Superior Tribunal Federal em casos semelhantes. Subjaz a isso o preconceito de que a lei seja menos obrigatória do que a Constituição, neste sentido de que a lei pode ser mal aplicada (hipótese que desautoriza a ação rescisória), o texto constitucional, não (sua infringência autorizaria sempre a rescisão do julgado).¹⁰⁵

Insiste, ainda, a professora Marilene Talarico Martins Rodrigues na idéia de que permitir que decisão posterior do STF possa fulminar a coisa julgada seria negar a própria finalidade da garantia constitucional, qual seja, a de compor definitivamente os litígios.

Defende a autora, portanto, o argumento de que "exatamente porque se destina a dirimir o litígio, e evitar a situação conflituosa, a coisa julgada material faz a sentença imutável e indiscutível, consoante proclama o art. 467 do CPC", e que essas conclusões "demonstram que, mesmo em se tratando de divergências quanto a simples interpretação do texto constitucional, cabe aplicar-se a

¹⁰⁵ Agravo Regimental 94.04.50386-0/RS, Rel. Juiz Ari Pargendler, TRF 4.^a Região, DJU 24.05.95.

jurisprudência consagrada nas Súmulas 343 do STF (...) em razão dos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada, que traduzem a tranqüilidade social."¹⁰⁶

O entendimento de que é incabível a ação rescisória que vise a desconstituir coisa julgada formada anteriormente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que lhe seja contrário é compartilhado por uma parte significativa da doutrina. Além dos autores há pouco referidos, corroboram essa ilação Octavio de Campos Fischer,¹⁰⁷ José Carlos Barbosa Moreira¹⁰⁸ e Araken de Assis. Este último, com grande propriedade, acentua que "os vícios de qualquer ato jurídico lhe são contemporâneos, jamais supervenientes".¹⁰⁹

Digna também de nota é a tese que sustenta o incabimento do remédio rescisório na hipótese de o Supremo Tribunal Federal, ao invés de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em que se baseou a decisão rescindenda, tiver declarado a constitucionalidade do texto legal, por ela reputado inconstitucional.

O argumento é o de que, diferentemente das decisões de inconstitucionalidade, que retiram a validade da norma viciada *ab initio*, a decisão declaratória, nesse caso, limita-se a confirmar a constitucionalidade da lei ou ato normativo, até então já presumida. Ao contrário, portanto, do que ocorre quando a declaração é de inconstitucionalidade, diz Ada Pellegrini Grinover, "a declaração de constitucionalidade nada nulifica, pelo que ficam a salvo da rescisória as decisões que, na constância do dissídio jurisprudencial, consideraram a lei inconstitucional".¹¹⁰

¹⁰⁶ Ação Rescisória em Matéria Controvertida nos Tribunais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 4, jan/1996, p. 60.

¹⁰⁷ Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária, *Problemas de processo judicial tributário*, vol. 5, Coord. ROCHA, Valdir de Oliveira. São Paulo: Dialética, 2002, p. 259-279.

¹⁰⁸ *Comentários ao CPC*. 6. ed. vol. V, n.º 78. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 117.

¹⁰⁹ Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 4, jan/1996, p. 22.

¹¹⁰ Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 8, maio/1996, p. 19.

Nesse mesmo sentido também entende Oswaldo Luiz Palu¹¹¹ e Sacha Calmon Navarro Coelho, para quem "é curial distingüir entre rescisórias de sentença anterior à declaração de constitucionalidade pelo STF e rescisórias de sentença anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo STF".¹¹²

E explica o Professor:

É que o Pretório Excelso tem decidido, realmente, que aquela Súmula não deve ser observada quando o acórdão rescindendo aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional. Isto porque, afirmou o Pleno da Suprema Corte, "lei inconstitucional não produz efeito e nem gera direito, desde o seu início"; "assim sendo, perfeitamente comportável é a ação rescisória" (RE 89.108-GO, Rel. Min. Cunha Peixoto, ac. 28.8.80, in RTJ 101/209).

Em outros termos, o afastamento da Súmula 343 ocorre quando o acórdão rescindendo tenha ofendido regra constitucional, mediante aplicação de norma inferior inconstitucional, e, então, a ação rescisória vise justamente a restabelecer a aplicação da regra maior objeto da ofensa (RTJ 114/361 e 125/267).

Na hipótese sub cogitatione, porém, o acórdão que se pretende afirmar ofensivo à literalidade da lei não negou aplicação a nenhuma norma constitucional, mas, sim, a uma lei ordinária, por considerá-la inconstitucional. O dissídio pretoriano e a incidência, ou não, da lei se passaram em face da norma infraconstitucional.¹¹³

Conforme as lições de Sacha Calmon, a coisa julgada teria se formado não contra a regra da Carta Magna, mas contra a lei infraconstitucional a que a decisão rescindenda recusou aplicação. Esta não seria, no seu entender, a situação que tem levado o STF a deixar de aplicar a Súmula 343.¹¹⁴

Em que pese o entendimento espelhado por todos esses juristas de escol, somos pelo cabimento da ação rescisória em todas as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal venha a pacificar, em sede de controle concentrado, a

¹¹¹ *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

¹¹² Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão Anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo STF no Direito Tributário, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 05, fev/1996, p. 65.

¹¹³ Op. cit., p. 65.

¹¹⁴ Op. cit., p. 65.

constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado texto legal, desde que a ação, é óbvio, tenha enquadramento no permissivo inciso V do art. 485 do CPC e observe o prazo decadencial de dois anos para a sua interposição.

A competência outorgada pelo Texto Constitucional ao Supremo Tribunal Federal, no art. 102, assim o foi no sentido de se conferir a um órgão a autoridade de dizer a última palavra em termos de interpretação constitucional e, com isso, esse pronunciamento ser vinculativo para os demais tribunais.

Essa assertiva não tem outra razão de ser que não seja em obediência ao princípio da isonomia. Por mais que a segurança jurídica alcançada pela coisa julgada seja de importância fundamental para os cidadãos, entendemos que pior do que desconstituir determinadas situações é cancelar desigualdades que, aos olhos da sociedade, soam como privilégios intoleráveis.

E, nesse sentido, o Direito brasileiro já apresentou uma gama de exemplos, bastando lembrar o reajustamento dos servidores públicos e empregados pelo índice de 84,32%, em março de 1990. Uns o obtiveram, outros não. Por sua vez, aumentada a alíquota do imposto de importação sobre a aquisição de veículos, algumas decisões tomaram como data da incidência o desembaraço da mercadoria; outras a data da contratação da importação.

Como bem observa Paulo Roberto de Oliveira Lima,¹¹⁵ não se pode ignorar o potencial de desagregação e decepção gerada por estes fenômenos.

Em outras palavras, pensamos que nesse sopesamento de valores – segurança jurídica e isonomia – deve prevalecer o último, por ser o que mais se revela capaz de cumprir com o tão antigo e almejado valor justiça. Aliamo-nos, portanto, à posição do ministro José Augusto Delgado, para quem

¹¹⁵ *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 110.

(...) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdade nas relações do contribuinte com o fisco, na dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance.¹¹⁶

O ministro Marco Aurélio de Mello também já se manifestou sobre a necessidade de se observar o tratamento igualitário a ser conferido às decisões da Corte Suprema:

Inconstitucionalidade – Declaração – Efeitos. A declaração de inconstitucionalidade de um certo ato normativo tem efeito *ex tunc*, não cabendo buscar a preservação visando interesses momentâneos e isolados. Isto ocorre quanto à prevalência dos parâmetros da Lei Complementar 7/70, relativamente à base de incidência e alíquotas concernentes ao Programa de Integração Social. Exsurge a incongruência de se sustentar, a um só tempo, o conflito dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988, com a Carta e, alcançada a vitória, pretender, assim, deles retirar a eficácia no que se apresentaram mais favoráveis, considerada a lei que tinham como escopo alterar – Lei Complementar 7/70. A espécie sugere a observância ao princípio do terceiro excluído.¹¹⁷

Igual ponderação também faz Ovídio Baptista, para quem a coisa julgada já é “uma instituição intrinsecamente produtora de injustiça, porquanto, impedindo que as discussões se eternizem, acaba, de alguma forma, se não frustrando a realização da justiça absoluta, criando para o sucumbente o gosto amargo de uma injustiça”.¹¹⁸

O que não admitimos, esclareça-se, é que, sob o pretexto de garantir essa isonomia, sejam criadas hipóteses que venham a dispensar o uso da rescisória para desconstituir as situações individuais, tal qual o previsto no parágrafo único do art. 741 do CPC, por considerarmos que isso já seria um verdadeiro abuso de direito.

¹¹⁶ Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Coisa Julgada Inconstitucional*. Coord. NASCIMENTO, Carlos Valder do. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 113.

¹¹⁷ RE 168.554 (RDcl) – RJ – 2.ª T. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.09.1994, RTJ 157/1.063.

¹¹⁸ Coisa Julgada relativa? *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 13, out/1996, p. 103.

A melhor opção que defendemos é, pois, o cabimento da ação rescisória, dando-se tímida e limitada interpretação ao art. 485 e aos seus incisos, sem se permitir qualquer burla a tais regras.

Defendemos também, inclusive, como adiante será explicitado, a conclusão que não é preciso desprezar a coisa julgada em sua totalidade; ao contrário, é possível garantir a aplicação tanto do princípio da isonomia quanto da segurança jurídica se se abandonar o radicalismo da adoção de uma e de outra tese a respeito dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado (efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*), para se adotar uma posição mais proporcional: a fixação dos efeitos segundo um postulado geral de benefício aos cidadãos, no caso da matéria tributária, aos contribuintes.

4 AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Conforme abordado no capítulo anterior, são reiteradas as oportunidades em que, posteriormente ao trânsito em julgado de decisões de tribunais inferiores, sobrevém decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do texto legal em que se baseou a sentença transitada em julgado.

Após o pronunciamento do STF, a Fazenda Nacional tem proposto ações rescisórias, com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, objetivando rescindir a decisão que se mostrou contrária a essa ulterior manifestação da Corte Suprema. E o Guardião da Carta Magna, como já se demonstrou, tem firmado o entendimento de que o remédio rescisório, nesse caso, não encontra obstáculo na Súmula 343 desse mesmo Tribunal.

Essas rescisórias têm sido ajuizadas sobretudo em matéria tributária. Em primeiro lugar, porque esse assunto (a matéria tributária) foi largamente disciplinado no atual texto da Constituição, o que justifica a posição do STF em afastar o enunciado 343 nas demandas que versem sobre Direito Tributário, justamente por tratarem, em geral, de matéria constitucional.

Em segundo lugar, atribui-se também o uso indiscriminado dessas rescisórias a iniciativas da Fazenda Nacional de, após a instituição de um tributo inconstitucional, o Governo provocar o STF, em sede de ADC, a exarar um juízo acerca da constitucionalidade da exação tributária. Após o pronunciamento que venha a declarar a constitucionalidade, a Fazenda Nacional faz uso das rescisórias, visando a atingir as situações concretas, já sob o manto da coisa julgada, em que restou vencida.

Nessas rescisórias, em conformidade com o entendimento esposado pela jurisprudência do STF, pretende a Fazenda Nacional a desconstituição da coisa julgada *ab initio*, fundamentando sua alegação na tradicional teoria da nulidade.

Como já expressamos, desde que atendam às ressalvas já tecidas neste estudo, entendemos que essas ações rescisórias são cabíveis (em nome do postulado da isonomia), no entanto, quanto aos efeitos do juízo rescisório, divergimos da tese de que seriam *ex tunc*, de modo a alcançar os atos jurídicos anteriores ao julgamento final da procedência dessas ações.

Antes de detalharmos esse nosso pensamento, todavia, convém discorrermos sobre alguns obstáculos, peculiares ao Direito Tributário, que vêm sendo invocados pela doutrina como aptos a desautorizar o cabimento da ação rescisória, como a ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária, haja vista que a coisa julgada, nos termos do art. 156, inciso X do Código Tributário Nacional, extingue o crédito tributário, só podendo este ressurgir por meio de nova lei.

4.1 Ação rescisória em matéria tributária e a extinção do crédito tributário pela coisa julgada

O Código Tributário Nacional, lei complementar de normas gerais de Direito Tributário, estabelece, em seu art. 156, inciso X, que a coisa julgada é causa de extinção do crédito tributário.

Consoante o referido dispositivo legal, há quem sustente a idéia de que se a decisão judicial passada em julgado extingue a obrigação tributária e o crédito dela decorrente, não se pode admitir ação rescisória para desconstituir decisões transitadas em julgado que tenham, por exemplo, eximido o contribuinte de pagar determinado tributo, sob pena de atribuir-se ao juízo rescisório a capacidade de

fazer renascer um crédito tributário já extinto, ou, em outras palavras, sob pena de se conferir ao julgado proferido no juízo rescisório a força de lei.¹¹⁹

Segundo essa vertente, apegada à letra do CTN, uma decisão passada em julgado que considerou determinado tributo inconstitucional, tendo eximido o contribuinte de recolhê-lo, não pode ser rescindida caso a exação venha a ser posteriormente declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, os valores extintos de acordo com o inciso X do art. 156, não poderiam ser novamente cobrados. Em último caso, se, mesmo assim fosse admitida a rescisória, esta somente poderá surtir efeitos para o futuro (*ex nunc*), pois, caso contrário, estar-se-ia fazendo renascer crédito extinto.¹²⁰

Solidário a essa corrente, Sacha Calmon Navarro Coelho também entende que "extinto o crédito, (...) toda alteração judicial ou administrativa em sentido contrário ao entendimento anterior, que determinou a extinção do crédito, não o ressuscita; aplica-se 'para o futuro'".¹²¹ Logo, segundo o Tributarista, a ação rescisória não seria apta para desfazer a coisa julgada em matéria fiscal.

E em parecer conjunto com Misabel Derzi e Humberto Theodoro Júnior, Sacha Calmon resume os principais fundamentos da tese da imunização da coisa julgada tributária à ação rescisória, nos seguintes termos:

A lei nova ou a decisão judicial posterior, quer ao lançamento, quer à extinção do crédito tributário, só possuem eficácia *ex nunc* – ou melhor – *ad futuram*. São peculiaridades do Direito Tributário, que, se é marcado pelos princípios da capacidade contributiva, da justiça e da igualdade no momento da elaboração de suas normas, é igualmente imantado pelos princípios da previsibilidade, da certeza e da segurança do direito concernente à aplicação e aos efeitos

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. *Controle de Constitucionalidade: Coisa Julgada em Matéria Tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 69.

¹²⁰ *Idem*, op. cit., p. 69.

¹²¹ Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão Anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo STF no Direito Tributário, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 05, fev/1996, p. 447.

dessas mesmas normas fiscais relativamente aos contribuintes. Daí se extrai a força dos princípios da imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado, da anterioridade e da irretroatividade material (o que não se pode retroagir, a rigor, não é apenas a lei geral ou a sentença – norma em sentido individual – mas o próprio direito que venha a ser revelado pela lei nova, o ato administrativo e a decisão judicial posteriores a certos fatos ou atos já integralmente realizados).

O que dissemos a respeito da extinção da obrigação tributária por decisão administrativa, irreformável, da autoridade administrativa, não mais passível de ação anulatória, pela própria Administração, há de ser repisado, com maior ênfase, no que se refere à extinção da obrigação tributária em razão de decisão judicial transitada em julgado (coisa julgada formal e material), favorável ao sujeito passivo. Nessa hipótese, nem mesmo a ação rescisória – quando se tratar de interpretação da norma tributária, ou seja, de pura quaestio juris – tem o condão de fazer renascer um crédito tributário já extinto, pois a obrigação tributária (a relação jurídica) legalmente inexistente. Inexiste não porque a sentença rescindenda assim determinara, mas senão porque uma lei complementar da Constituição – lei material – determinou este efeito para a sentença definitiva: o fim da obrigação e do crédito tributário correspondente. Há, portanto, limite material em Direito Tributário oponível ao cabimento da ação rescisória. Pode-se dizer, sem medo de errar, que, em matéria tributária, pelas mesmas razões que impedem o refazimento do lançamento por erro de direito e decretam a extinção da obrigação por auto-revisão administrativa (certa ou errada), inexistente pressuposto (carência de ação) para a ação rescisória de sentença transitada em julgado, em razão de interpretação diversa do direito aplicado à espécie. Aqui, mais do que em qualquer outro ramo do direito pátrio, têm cabimento as Súmulas n.ºs 343 e 134 do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (ex-tribunal Federal de Recursos).¹²²

Assim, segundo os partidários dessa posição, o ajuizamento de ação rescisória em matéria tributária apresenta relevo especial, haja vista que o Direito Tributário possui princípios específicos a se oporem ao cabimento do remédio rescisório, como é o caso do inciso X, do art. 156 do CTN

Declarada, portanto, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, posterior e contrariamente a uma decisão passada em julgado, não seria conseqüência lógica o acolhimento de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada.

¹²² Idem, op. cit. p. 448.

Essa tese, todavia, não recebeu aceitação no Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a Corte, em sua composição plenária, repudiou tais argumentos, como se infere da ementa do acórdão lavrado nos autos do Resp. n.º 333.258-DF:¹²³

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS EMPRESAS. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO QUE RECONHECEU A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO PREVISTA NA LEI 7689/88. MATÉRIA ESSENCIALMENTE CONSTITUCIONAL E JURISPRUDÊNCIA EM CONSONÂNCIA COM O ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO DO ESPECIAL SOB TAIS ASPECTOS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RESCINDIDA A SENTENÇA O CRÉDITO TRIBUTÁRIO FICA INTACTO; VOLTA-SE AO STATUS QUO ANTE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 156, X, DO CTN.

I – Não cabe conhecer do recurso especial na parte em que o Tribunal a quo decidiu a questão em bases essencialmente constitucionais, estando o acórdão em consonância com jurisprudência do STJ, ausente o prequestionamento de dispositivo legal apontado como malferido.

II – A decisão judicial transitada em julgado extingue o crédito tributário, a teor do disposto no art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional. Julgada procedente rescisória, na espécie, volta-se ao status quo ante, ressurgindo o crédito tributário, que pode ser exigido novamente do contribuinte, eis que, com a procedência da ação, desaparece a decisão judicial passada em julgado e fica sem efeito a extinção, porquanto deixou de existir a coisa julgada.

III – Recurso especial parcialmente conhecido, mas improvido.

Vejamos, a propósito, trechos do voto do sr. ministro José Delgado:

(...) Aprofundei-me muito no estudo dessa situação e não tenho desprestigiado os efeitos da segurança jurídica, mas não posso valorizá-la em matéria tributária quando tenho uma Constituição Federal a cumprir. Não posso conceber que uma decisão – mesmo de trânsito em julgado – que recebeu os efeitos de uma ação rescisória desconstituindo-a em razão de o Supremo Tribunal Federal, órgão maior, ter declarado a constitucionalidade de uma lei tributária, permita que um contribuinte se beneficie, por prazo certo ou incerto, dessa decisão.

Seria olhar de modo muito estreito ao que diz o art. 156, inciso X, do CTN. Sabemos, hoje, que essa decisão literal de qualquer

¹²³ STJ, 1.ª Turma, Ac. unânime, Resp n.º 333.258-DF (2001/0089066-9), Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 12.08.2002.

dispositivo legal tem uma interpretação completamente afastada do nosso ordenamento jurídico. Se ler o art. 156, inciso X, do CTN como está posto, e limitar-me tão-somente ao mesmo, tenho que dar razão ao contribuinte. Mas não posso fazê-lo, porque sei que essa interpretação não me leva a um convencimento de acordo com as regras postas na Constituição Federal. Prefiro ficar com a interpretação sistêmica, finalística, aplicada a todos os ramos do Direito, especialmente ao do Direito Tributário. Não devemos nos esquecer que estamos no ramo do Direito Tributário em que não se admitem privilégios, e o princípio da igualdade tem que ser considerado. Uma lei declarada constitucional tem que abranger todos os contribuintes. Uma sentença não pode ir de encontro ao que está posto no art. 150, da Constituição Federal, que expõe como princípio fundamental das relações tributárias o da igualdade tributária, nem à situação aqui posta no voto do eminente Ministro Relator, nem à situação contrária quando a lei é declarada inconstitucional e o tribunal a quo declarou a sua constitucionalidade. Se a lei foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em situações de trânsito em julgado que tenha que manifestar a constitucionalidade, o fisco também não pode cobrar o tributo.

Por sua vez, o ministro Luiz Fux assim também decidiu:

(...) A nossa Turma tem firmado dois princípios básicos: o primeiro deles é que a segurança jurídica há de obedecer os limites impostos pela Constituição Federal; em segundo lugar, como muito bem destacou o Sr. Ministro José Delgado, o contribuinte não pode ser obrigado a pagar um tributo por força da coisa julgada se posteriormente essa lei veio a ser considerada inconstitucional. Claro, se emprendermos esse raciocínio com relação ao contribuinte a fortiori, temos que empreender esse raciocínio também em favor da Fazenda Pública, até pelo princípio da igualdade. Para auxiliar na formação da nossa opinião, e coadjuvar os brilhantes votos dos Srs. Ministros José Delgado e Garcia Vieira, trago à colação o art. 156 que dispõe: "Extingue o crédito tributário, dentre outros, a decisão judicial passada em julgado". Se nos detivermos no art. 156 do Código Tributário Nacional, vamos verificar que todos os incisos que antecedem a esse, que é objeto da discussão, tratam de fatos injurídicos que tornam o crédito tributário automaticamente inexistente do ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, o pagamento que extingue o crédito tributário, bem como a remissão que também opera esse efeito. Pergunto, a decisão transitada em julgado, neste momento, extingue o crédito tributário? Não. Só a decisão soberamente julgada, que é aquela decisão que não comporta mais a ação rescisória, porque em tema de Direito Tributário, o art. 111 do Código Tributário Nacional, no seu inciso I é claríssimo ao nos impor, aos aplicadores da lei, uma interpretação absolutamente restritiva a todas as regras e a todas as decisões judiciais que visem excluir o crédito tributário, que é o que se pretende na hipótese vertente.

Pensamos que a razão está mesmo com os ilustres ministros, pois o apego à interpretação literal, seja ao inciso X do art. 156 do CTN, seja a qualquer dispositivo legal, não é o método hermenêutico que mais se harmoniza com o nosso sistema jurídico.

A literalidade do CTN não possui a força de se sobrepor ao princípio da supremacia constitucional, que autoriza a rescisão dos julgados que se revelam contrários às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal; muito menos possui o condão também de se destacar em detrimento do postulado da isonomia, que já foi objeto de considerações neste trabalho.

Logo, como também asseverava Humberto Theodoro Júnior,¹²⁴ não se pode admitir esse radicalismo de que a posterior declaração de constitucionalidade em nada afetaria as decisões passadas em julgado que entenderam pela inconstitucionalidade de uma exação tributária.

A rescisão, como salienta o professor Hugo Machado, é cabível, mas há de ser parcial, de forma a atingir somente os fatos futuros (*ex nunc*).¹²⁵

De fato, essa parece ser a solução mais justa, porquanto nenhuma das partes restará prejudicada: o Fisco passará a receber o tributo a partir da declaração da constitucionalidade da lei ou ato normativo, e o contribuinte, por sua vez, somente a partir de então passará a recolhê-lo, não lhe sendo exigidos os valores referentes aos fatos geradores anteriores à declaração de constitucionalidade, porque nesse caso, far-se-ia necessário respeitar o disposto no inciso X do art. 156 do CTN, ou seja, a coisa julgada material que extinguiu o crédito tributário.

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação rescisória – Matéria tributária – Decisão incidental do STF – Proclamação de constitucionalidade de lei anteriormente havido como inconstitucional – Descabimento da rescisão. Revista de Processo, v. 87, p. 207.

¹²⁵ Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. In op. cit., p. 207.

Desse modo, depreende-se que o comando do art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional, deve ser interpretado de forma sistemática, isto é, levando em consideração também, no caso, a disciplina processual da ação rescisória.

Dessa interpretação, extrai-se facilmente a ilação de que a extinção do crédito tributário, decorrente da decisão judicial transitada em julgado, nos termos do art. 156, inciso X do CTN, é relativa, pois só tem eficácia até o término do prazo para a propositura da ação rescisória, ou, para sermos mais precisa, até o trânsito em julgado do acórdão proferido em eventual juízo rescisório.

Em outras palavras, segundo essa interpretação, a coisa julgada em matéria tributária nunca estará definitivamente constituída antes dos eventos apontados.

Concluir-se pelo estabelecimento dessa tese é a medida que melhor salvaguarda, inclusive, qualquer afronta ao princípio da irretroatividade tributária (art. 150, III, a, CF), pois a decisão proferida na rescisória, que produzirá efeitos apenas para o futuro, não implicará a cobrança de tributo em relação a fato gerador ocorrido antes da publicação do acórdão definitivo proferido no juízo rescisório.

Na prática, isto significa que a Fazenda Nacional não poderá exigir o valor do tributo, nem multa ou juros de mora, correspondentes aos fatos geradores ocorridos anteriormente à data de publicação do acórdão definitivo proferido no juízo rescisório. O Fisco só poderá efetuar lançamento relativo a fatos geradores ocorridos a partir dessa data e não retroativamente.

Qualquer lançamento efetuado pelo Fisco correspondente a fato gerador ocorrido anteriormente ao trânsito em julgado da decisão proferida no juízo rescisório, bem como durante o curso da ação rescisória (nesse caso, com muito

mais razão), constituirá flagrante ilegalidade por ofensa à eficácia da coisa julgada material (CTN, art. 156, inciso X).

De fato, não é justo nem razoável que os contribuintes que deixaram de recolher determinado tributo porque o Poder Judiciário assim decidiu durante longos anos sejam obrigados a recolhê-lo somente porque o entendimento da matéria mudou, contrariamente à coisa julgada.

Neste cenário, vale citar as sábias ponderações de Humberto Theodoro Júnior:

Razões mais fortes favorecem o contribuinte no caso em tela. Afinal, eles são cidadãos que se acham protegidos por uma decisão judicial transitada em julgado, ou seja, pelo pronunciamento dos próprios órgãos componentes do Estado, encarregados de conhecer as leis e sua inteligência. Natural que confiem e confiassem nas palavras da Constituição, na força da coisa julgada e no princípio da legalidade. Surpreendê-los, agora, com uma rescisória de efeitos *ex tunc*, não é apenas injurídico, mas peculiarmente perverso¹²⁶

Dito isto, conclui o processualista:

É preciso lembrar que a coisa julgada, erigida à categoria de garantia fundamental (art. 5.º, inc. XXXVI), é um dos alicerces da segurança no relacionamento jurídico dos cidadãos (...).

É claro, portanto, que a situação de uma empresa, sujeita a pesadíssimos ônus tributários, não pode, após a coisa julgada, continuar ao sabor de oscilações jurisprudenciais, para correr o risco de ações rescisórias, somente porque o ulterior entendimento pretoriano oscilou para posição diversa da que prevaleceu, anteriormente, no momento da sentença que definiu seu relacionamento com o fisco.

*É preciso ter em conta que no mundo atual os encargos tributários têm de ser incluídos no planejamento empresarial, com redobrada atenção, pois qualquer equívoco a seu respeito, sendo detectado a posteriori, pode arruinar o empreendimento. Essa ruína, como é óbvio, não pode ser incentivada ou agravada pelos tribunais, por meio de elastérios injustificáveis aplicados na adoção indiscriminada do perigoso remédio da ação rescisória.*¹²⁷

¹²⁶ Ação rescisória – Matéria tributária – Decisão incidental do STF – Proclamação de constitucionalidade de lei anteriormente havida como inconstitucional – Descabimento da rescisão. *Revista de Processo*, v. 87, p. 56.

¹²⁷ *Idem*, op. cit., p. 206.

Além do princípio da irretroatividade da lei tributária, que somente abre exceção à retroação benéfica dos efeitos da lei, esse raciocínio encontra guarida no princípio da boa-fé, pelo qual se torna inadmissível a imputação de pena ao contribuinte que se conduziu estritamente em consonância com a sentença rescindenda, antes de conhecer sua superveniente inconstitucionalidade.

Por outro lado, é importante ressaltarmos que tanto o texto legislativo, declarado posteriormente inconstitucional, quanto a decisão rescindida, assim como a própria proclamação da inconstitucionalidade da lei ou da ilegitimidade da decisão, constituem todas emanações do mesmo Poder – o Poder Estatal, ainda que no exercício de atividades estatais diversas, ora como Poder Legislativo, ora como Poder Judiciário.

Dessa forma, é intolerável admitir que a Fazenda Nacional, que é órgão desse mesmo Poder Estatal, possa pretender apenar o contribuinte que se comportou em conformidade com a decisão proferida pelo Judiciário. Do contrário, ter-se-á flagrante ofensa ao princípio da moralidade administrativa, pois quem teria dado causa ao comportamento do contribuinte reputado inconstitucional seria o próprio Poder Estatal e não o cidadão, haja vista que a lei reputada inconstitucional foi editada pelo Estado, no exercício da função legislativa.

O Estado, então, estaria a beneficiar-se da própria torpeza, o que é vedado no Direito brasileiro, como esclarece Roque Carraza, ao afirmar que o princípio da boa fé “irradia efeitos tanto sobre o Fisco quanto sobre o contribuinte, exigindo que ambos respeitem as conveniências e interesses do outro e não incorram em contradição com sua própria conduta, na qual confia a outra parte (proibição de venire contra factum proprio)”.¹²⁸

¹²⁸ *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 272.

Nesse contexto, ao apreciar o Recurso Extraordinário n.º 79.343-BA, o ministro Leitão de Abreu, que representou, à época, voz isolada no Supremo Tribunal Federal, proclamou que o efeito *ex tunc* atribuído à declaração de inconstitucionalidade deveria comportar alguns temperamentos, de modo a preservar as relações jurídicas constituídas de boa-fé sob a égide da lei declarada inconstitucional:

Sustentei, então, longamente que a declaração de inconstitucionalidade de lei comporta, quanto aos efeitos *ex tunc*, que se lhe atribuem, certos temperamentos. Asseverei, então, como afirma o recorrente: "Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Júrís Secundum de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao mesmo antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela de boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo." Tenho mantido essa opinião, a de a regra da retroatividade da declaração comporta temperamentos.¹²⁹

É justamente esse temperamento dos efeitos *ex tunc*, oriundo do dogma americano das nulidades, que defendemos. Não temos dúvidas de que a sentença que, após o pronunciamento definitivo do STF, a ele se mostrou contrária merece ser rescindida, todavia, os efeitos da rescisão não devem ser retroativos, desconsiderando todas as situações jurídicas pretéritas que se constituíram de boa-fé.

Por isso é que a teoria das nulidades não deve ser aplicada sem sopesamentos. Enquanto a sentença rescindenda for válida (e ela o é até o trânsito em julgado do juízo rescisório), ela produz efeitos que não podem ser destruídos, sob pena de grave ofensa aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

¹²⁹ Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 97, p. 1372.

Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma textualmente que,

É certo que, abstrativamente posto o problema da declaração de inconstitucionalidade, não se pode deixar de considerar a impossibilidade de alegação correta sobre direitos nascidos em ato que não é de direito. Na prática, sabe-se bem, a questão é mais difícil e penosa em alguns casos. Nem sempre o simples e fulminante reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei significa que o igual e violento resultado de sua declaração com a subsequente declaração de invalidade de seus efeitos configura a melhor solução justa. A lei, que não nasceu – como, hoje, normalmente não nasce – da fonte direta do povo, incide sobre este, que age em perfeita consonância com ela. Depois de sua ação, e quando já são consolidados os efeitos dela nascidos, mesmo que não de direito, podem encontrar-se situações cujo desfazimento seja mais injusto que a própria manutenção dele, ainda que desconforme os parâmetros a serem seguidos. ... Pode ocorrer, embora seja a hipótese excepcional e rara, que a aplicação da lei antes da declaração de inconstitucionalidade ou de sua suspensão liminar, tenha provocado situações cujo desfazimento comprometeria mais amplamente a justiça material buscada.¹³⁰

Nessa mesma linha, também diz Regina Ferrari:¹³¹

(...) reconhecemos que têm razão aqueles que asseveram que os atos praticados sob o império de uma lei, considerada inconstitucional, devem ser considerados válidos e com capacidade de produção de efeitos até e enquanto não houver tal decisão, ou seja, até e enquanto não haja decisão que fulmine a norma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Se outro fosse o entendimento, teríamos, de maneira vertiginosa, instalado o caos na vida social e em suas respectivas relações. Como anteriormente ressaltado, a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo e, assim, não se teria nunca a certeza do direito, pois nunca estaríamos em condição de saber se um ato praticado validamente sob o império de uma lei seria assim considerado para todo o sempre. Pois haveria o perigo de que, uma vez argüida a inconstitucionalidade do preceito normativo que disciplinou sua realização, viesse a ser assim considerado pelo órgão competente, e a inconstitucionalidade declarada, operando ex tunc, alteraria toda uma vida social, retrotraindo indefinidamente no tempo. Outro não pode ser o entendimento senão o que leva à aceitação

¹³⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 153.

¹³¹ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 5. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004, p. 161 a 295.

de que a lei inconstitucional, enquanto não tenha sido como tal considerada, opera eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida, já que assim o é até a decretação de sua inconstitucionalidade.

Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito e sua própria finalidade.

(...) O que deve ser tido como boa norma é que tais radicalismos devem ser abandonados por uma visão mais realista do problema, e que poderiam ser afastados com a existência de um diploma legislativo disciplinando tais fatos, e isto dependendo, todavia, no gênero da individualização na espécie, considerando caso por caso. O que não pode ser desvirtuada é a finalidade do direito, que, proporcionando harmonia na conveniência social, traz à sociedade a satisfação de suas necessidades de segurança e estabilidade em seu relacionamento.

A esse respeito, também escreveu Zeno Veloso:

(...) Conferir, sem restrições e atenuações, eficácia *ex tunc*, à declaração de inconstitucionalidade, retroagindo a sentença *ab initio*, determinando-se a nulidade da lei desde o seu nascimento e, portanto, considerando írritos e sem eficácia todos os atos praticados sob a égide da norma invalidada, pode causar, em muitas situações, verdadeiro caos, uma comoção social

Imagine-se o que representa desconstituir, "como se não tivessem existido", inúmeras relações jurídicas, de toda ordem, criadas, desenvolvidas e consumadas com base na boa-fé, na confiança, amparadas em uma lei, devidamente promulgada, publicada e em pleno vigor, que gozava de presunção de legitimidade, porque depois (geralmente, muito tempo depois) o Judiciário veio declarar que aquilo não era uma lei...

Não haveria força humana capaz de dar concretude e eficácia à sentença, o que acaba redundando em desprestígio da Justiça. A estas conseqüências nefastas é que leva a compreensão do direito alcançada sob os dogmas da pura lógica jurídica, debaixo de um frio raciocínio, aplicando-se, automaticamente, as sentenças venerandas dos Celsos, Gaios e Papinianos, como se se estivesse resolvendo uma operação aritmética, com os olhos vendados para a realidade social envolvente e os ouvidos surdos para a revolta, a angústia e a ansiedade dos que serão atingidos e punidos pela inflexível e desumana retroatividade da decisão.¹³²

¹³² *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 191-192.

Andou bem, portanto, o Guardião da Carta Magna quando, em algumas oportunidades, reconheceu a necessidade de atenuação ao dogma da nulidade, como, por exemplo, no caso já citado em que adotou a teoria do “funcionário de fato”, do Direito administrativo, em que apesar de declarar a inconstitucionalidade de lei de investidura de pessoas em cargos públicos, decidiu o STF que seriam válidos e eficazes os atos por essas pessoas praticados,¹³³ resguardando, desta forma, a situação dos administrados de boa-fé.

Esperamos que o Supremo Tribunal Federal tome, o que antes era decidido de forma excepcional, a opção a ser seguida pelos seus julgados, ou seja, a solução que for mais conveniente aos interesses dos administrados e não do Estado.

4.2 Os efeitos da rescisão da sentença em matéria tributária: os efeitos *ex nunc* como garantia do contribuinte

Postos em seus devidos termos os pontos sobre a extinção do crédito tributário pela coisa julgada (art. 156, X do CTN), a servir de óbice para a rescisão dos julgados, expressamos, ao final do subitem anterior, que a coisa julgada material no Direito Tributário somente obstaculizaria a retroatividade dos efeitos decorrentes do juízo rescisório, mas não o cabimento da ação rescisória em si.

Defendemos assim que os efeitos somente se operariam para o futuro, em virtude de se prestigiar, parcialmente, o disposto no art. 156, inciso X do CTN, como também em razão dessa tese se apresentar como a mais adequada para observar ainda os princípios da irretroatividade da lei tributária (CF, art. 150, inciso II, letra “a”) e da boa-fé.

Esses efeitos *ex nunc* ou prospectivos, numa interpretação sistemática que leve em consideração todos os vários princípios constitucionais que circundam

¹³³ STF, RTJ 82/791, 87/758, 97/1369, 101/503, 102/671, 146/461, RTJ 96/496.

o fenômeno da rescisão da coisa julgada tributária, em virtude de superveniente julgamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário – isto é, na ponderação dos vários e relevantes interesses em jogo – revelam-se, na verdade, como uma garantia que o próprio Texto Constitucional confere ao contribuinte.

De um lado, tem-se o princípio da igualdade e da supremacia da Constituição, que autorizam a rescisão se a coisa julgada se revelar contrária a um pronunciamento ulterior do STF, produzindo, consoante entendimento dominante na jurisprudência da Corte Suprema, efeitos *ex tunc*; e do outro, colocam-se vários outros princípios também de estatura constitucional, que poderiam ser atingidos pelos efeitos retroativos da rescisão, como os da boa-fé, da irretroatividade e da segurança jurídica.

Assinalaremos, contudo, que os efeitos *ex nunc* a serem produzidos pelo juízo rescisório decorrem de uma interpretação histórica e teleológica da Constituição, que contém um princípio implícito de proteção aos cidadãos e aos contribuintes, autorizando a retroatividade apenas se benéfica a estes.

Não pretendemos, com isto, desprezar o fato de que toda a tradição da jurisprudência da Corte Maior é no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos. O que defendemos é a posição de que esses efeitos não sejam produzidos em todo e qualquer caso,¹³⁴ mas

¹³⁴ Assim também pensa Clémerson Merlin Cléve para quem “quanto aos atos praticados sob a égide do ato normativo, a estes cumpre verificar caso a caso se merecem ou não sofrer desconstituição. O que importa em dizer que as situações jurídicas de vantagem consolidadas diante da incidência da lei inconstitucional não são desconstituídas imediatamente em face da decisão do Supremo Tribunal Federal. Esta, operando no plano abstrato, não interfere diretamente no seio das relações jurídicas concretas. Sim, porque se trata de decisão declaratória de inconstitucionalidade de ato normativo, e não constitutivo-negativa das relações que se firmaram sob o seu fundamento. Se é verdade que a declaração de inconstitucionalidade importa na pronúncia da nulidade da norma impugnada; se é certo, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade torna, em princípio, ilegítimos todos os atos praticados sob o manto da lei inconstitucional, não é menos certo que há outros valores e preceitos constitucionais, aliás residentes na mesma posição hierárquica que o princípio constitucional implícito da nulidade das normas constitucionais, que exigem cumprimento e observância no juízo concreto” (*A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 249/250).

somente na hipótese em que essa retroatividade for benéfica, tanto ao contribuinte, no caso de lides tributárias, como aos jurisdicionados em geral, nas demandas de outras naturezas.

Em outras palavras, pensamos ser mais razoável considerar que os efeitos decorrentes da sentença final a ser proferida no juízo rescisório devam ser delimitados caso a caso. O fato de o Supremo Tribunal Federal conferir conteúdo declaratório às suas decisões, não impede que no juízo rescisório seja feita uma ponderação na determinação dos efeitos a serem fixados na sentença nele exarada, de modo a preservar as situações consolidadas em favor dos cidadãos.

Neste aspecto, corroboramos inteiramente as expectativas do professor Hugo Machado:

Assim, somente quando seja colocada perante o Supremo tribunal Federal a questão dos efeitos retroativos prejudiciais ao contribuinte que vinha cumprindo a lei declarada inconstitucional é que se terá uma decisão que vai definir essa questão. Por enquanto, tem-se jurisprudência afirmando a produção de efeitos retroativos, ou ex tunc, mas com certeza a questão posta não foi a de saber se tais efeitos retroativos se operam contra o cidadão para favorecer o Estado. Afinal, além de ser a supremacia constitucional uma garantia do cidadão, responsável pela produção de lei inconstitucional não é este, mas o Estado.¹³⁵

De acordo com os ensinamentos do professor Hugo Machado, esse mesmo princípio da supremacia constitucional que, em tese, justifica o dogma da nulidade retroativa da lei declarada inconstitucional pelo STF, sob um outro prisma, é também a razão que exige a ponderação dessa retroatividade, no sentido de que só seja aplicada em favor do cidadão.

As lições de Hugo Machado são mais do que irreprocháveis. O controle de constitucionalidade foi instituído no direito brasileiro como um instrumento para

¹³⁵ A supremacia constitucional como garantia do contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 68, maio/2001, p. 56-57.

evitar que abusos perpetrados pelo Poder Público pudessem atingir direitos e garantias dos cidadãos, sendo, pois, um limite ao poder de editar leis e atos normativos.¹³⁶

Paulo Bonavides, a propósito, diz que

... não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis.¹³⁷

Logo, concluir que a decisão que declara inconstitucional uma norma produza sempre e indiscriminadamente efeitos retroativos, desconstituindo todas aquelas relações concretizadas sob a sua égide e operando, assim, contra o cidadão, é pôr em terra a própria finalidade da jurisdição constitucional, cujo exercício foi confiado ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 102 da Constituição.

Exatamente nesse sentido é o magistério de Hugo de Brito Machado:

Geralmente a lei tributária que é declarada inconstitucional é lei mais gravosa. Sua retirada do ordenamento jurídico, assim, favorece o contribuinte com uma redução do ônus tributário. Aliás, também em outras áreas do Direito, os dispositivos de lei declarados inconstitucionais geralmente são detrimntosos para o cidadão. Afinal,

¹³⁶ Nesse mesmo sentido, Zeno Veloso diz que "o controle da constitucionalidade é o principal mecanismo, o meio de reação mais eficiente, nos países de Constituição rígida, para garantir a unidade intra-sistemática, eliminando os fatores de desagregação e ruptura, que são as leis e atos normativos que se opõem ao Texto Fundamental, conflitando com os seus princípios e comandos. Ao se admitir a validade e eficácia de uma lei contrária à Constituição, estar-se-ia autorizando a revogação do Texto Magno por uma norma infraconstitucional, portanto, de patamar inferior, o que representa absurdo e disparate. O controle jurisdicional da constitucionalidade, além desses préstimos, serve também como barreira para os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais (*In Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 18).

¹³⁷ *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 272.

a garantia de que as leis devem ser elaboradas de acordo com a Constituição é uma garantia do cidadão, que tem exatamente a finalidade de livrá-lo de leis arbitrárias, que lhes imponham restrições ou ônus incompatíveis com os preceitos da Constituição.¹³⁸

Prova de que é verdadeiro o raciocínio de que a Constituição e, por conseqüência, o princípio de que as leis ordinárias devem ser compatíveis com o Texto Constitucional, constitui uma garantia do cidadão é que o atual texto da Carta Magna cuidou de detalhar, minuciosamente, no art. 5.º, um rol de direitos e garantias individuais.

No tocante à tributação, talvez pelo fato de que a principal obrigação que o atual Texto Constitucional impõe aos cidadãos é a de índole tributária – como contrapartida ao direito que o Estado tem de exigir da sociedade os recursos necessários à sua manutenção e à promoção de políticas que visem a concretizar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, delineados no art. 3.º da Constituição Federal¹³⁹ – a Constituição de 1988 detalhou de forma exaustiva o exercício dessa atividade estatal, impondo uma série de limitações ao poder de tributar a propriedade privada dos contribuintes.

Isto reflete a preocupação que o constituinte de 1988 teve com o fato de os tributos não se tornarem instrumentos de aniquilamento dos direitos e garantias individuais, como adverte o tributarista Roque Carraza:

Não devemos perder de vista que, entre nós, a ação de tributar excepciona o princípio constitucional que protege a propriedade privada (CF, arts. 5.º, XXII, e 170, II). Isto explica, em parte, a razão pela qual nossa Carta Magna disciplinou de modo tão rígido o mecanismo de funcionamento da tributação, ao mesmo tempo em que amparou o contribuinte com grande plexo de direitos e garantias

¹³⁸ A supremacia constitucional como garantia do contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 68, maio/2001, p. 54.

¹³⁹ ANDRADE FILHO, Edmar de Oliveira, in *Controle de Constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 27. Nesse sentido também BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (A Lei n.º 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na fiscalização de Normas de Direito Tributário, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 59, ago/2000, p. 120).

contra eventuais excessos do Poder Público. (...) na medida em que a Constituição brasileira reconhece e garante o direito de propriedade (embora o submeta ao princípio da função social) – proibindo, inclusive, o confisco (art. 150, IV) –, é evidente que a tributação não pode, por via indireta, torná-lo ilusório.¹⁴⁰

Com efeito, em matéria tributária, ao Estado foi conferido o direito de interferir na propriedade privada dos indivíduos, sempre que estes praticarem a conduta descrita como geradora de obrigação tributária. Para possibilitar, porém, que os direitos e garantias individuais convivessem harmonicamente com o direito estatal de exigir os tributos, o constituinte de 1988 também estabeleceu limites a esse direito, coibindo o seu exercício arbitrário.

Nesse cenário, foi instituído o Sistema Tributário Nacional que, notadamente nos arts. 150 a 152, impõe expressiva gama de limitações ao direito atribuído à União, aos Estados Federados e aos Municípios de exigir os tributos dentro do âmbito suas respectivas competências.¹⁴¹

Tais salutares e necessárias limitações ao poder de tributar, certa vez disse o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal,

... sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições.¹⁴²

¹⁴⁰ *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 239-240.

¹⁴¹ Segundo Paulo Roberto Lyrio Pimenta, todas as limitações previstas nos arts. 150 a 152 são cláusulas pétreas, sem exceção, porque corporificam os valores básicos que, em matéria de tributação, o constituinte quis pôr a salvo da conduta do legislador, inclusive do exercício da competência reformadora, por meio de emenda constitucional. Desse modo, ao inserir as regras da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade desejou-se tutelar o valor segurança jurídica. Ao proscrever a tributação confiscatória procurou-se preservar o núcleo essencial do direito fundamental objeto de tributação. Ao instituir a imunidade sobre templos de qualquer culto visou-se proteger a liberdade de culto. Enfim, cada um dos enunciados dos artigos 150 a 152 representa uma densificação de valores fundamentais para o contribuinte, integrando, portanto, o cerne imodificável do Texto Maior (Cláusulas Pétreas Tributárias, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 92, p. 44).

¹⁴² Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 712-2 DF, DJU de 09.08.93, p. 15.685.

Essa conquista referida pelo ministro Celso de Mello remonta ao advento do próprio constitucionalismo, pelo qual o exercício do poder estatal, antes ilimitado, passou a conhecer limitações para resguardar os direitos e garantias fundamentais dos administrados.

É como narra Lenio Luis Streck:

O constitucionalismo pode ser visto, em seu nascedouro, como uma aspiração de uma Constituição escrita, como modo de estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, como oposição à tradição do medievo, onde era predominante o modo de dominação carismática, e ao poder absolutista do rei, próprio da primeira forma de Estado Moderno. Em percuciente resumo, La quadra demonstra como as primeiras constituições do mundo (com exceção do constitucionalismo americano) tratam de dar resposta ou submeter ao controle o poder do monarca absoluto.

(...) O Estado Moderno, fruto do rompimento com a fragmentação da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*). A primeira versão do Estado Moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe. Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a declaração de Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787.¹⁴³

E continua:

O constitucionalismo consolidado pela tradição jurídica finca raízes no mundo contemporâneo a partir da noção de Constituição como estatuidora de limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente, institucionalizando a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro (*checks and balances* dos americanos), e o Judiciário aparece como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do *judicial review*. Mais do que isso, é importante salientar que o constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista que posteriormente lhe serviu de suporte ideológico, identificando ordenamento jurídico e Estado, ofereceram esses dispositivos formais consolidando a idéia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno. Trata-se de um Estado resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o

¹⁴³ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 96-97.

sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e o interesse coletivo.¹⁴⁴

Vemos, então, que o fenômeno do constitucionalismo surgiu, em sua gênese, como aponta Lenio Luis Streck, como uma teoria que passou a enxergar a Constituição como a lei fundamental apta a limitar o poder político em benefício de direitos, “os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais)”.¹⁴⁵

O constitucionalismo surgiu, pois, com a concepção de Constituição associada à idéia de Estado de Direito, pois por ela o exercício do poder político é juridicizado, ou melhor, seu exercício passa a encontrar limites no Direito que são erigidos para proteger a liberdade e a propriedade dos cidadãos.

Já afirmava Georges Burdeau, que desenvolveu uma das principais teorias acerca da Constituição, que ela deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito, pois se antes dela o poder é mero fato, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas que o disputam, com a Constituição esse poder muda de natureza, para se converter em Poder de Direito, desencarnado e despersonalizado.¹⁴⁶

Com o advento da Constituição, portanto, o monarca, até então identificado com o próprio Estado (época em que se tornou célebre a frase de

¹⁴⁴ Op. cit., p. 96-97

¹⁴⁵ Idem, in Op. cit., p. 289-290.

¹⁴⁶ *Traité de Science Politique*, tomo IV, p. 44/45. Apud MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, in *Hermenêutica e Direitos Fundamentais* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 32-33.

Luís XIV, o rei da França: “L’ État c’est moi”), passa a ser apenas um dos órgãos da pessoa jurídica Estado, tendo as suas prerrogativas e faculdades delineadas na Constituição.

Logo, dessa concepção em que o exercício do poder estatal é limitado, surge o conseqüente estabelecimento dos direitos e deveres do soberano, criando-se uma esfera de autonomia em que os indivíduos passam a ser titulares, portanto, de direitos exercitáveis contra o poder público.

É como reforça o professor Jorge Miranda:

Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescritíveis e invioláveis. Em vez de um órgão único, o Rei, passa a haver outros órgãos, tais como Assembleia ou Parlamento, Ministros e Tribunais independentes – para que, como preconiza MONTESQUIEU, o poder limita o poder. Daí a necessidade duma Constituição desenvolvida e complexa; pois quando o poder é mero atributo do Rei e os indivíduos não são cidadãos, mas sim súbditos, não há grande necessidade de estabelecer em pormenor regras do poder; mas, quando o poder é decomposto em várias funções apelidadas de poderes do Estado, então é mister estabelecer certas regras para dizer quais são os órgãos a que competem essas funções, quais são as relações entre esses órgãos, qual o regime dos titulares dos órgãos, etc.¹⁴⁷

E a partir de então se verifica o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, que se estabeleceram no contexto de todo o ideário pregado pelos revolucionários burgueses, como direitos a prestações negativas por parte do Estado, isto é, direitos de não-intervenção.

Já dizia o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição.”

¹⁴⁷ Teoria do Estado e da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 326

A partir desta formulação, segundo destaca Ingo Wolfgang Sarlet, "estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes".¹⁴⁸

Encontramos também em Paulo Bonavides, como não poderia deixar de ser, a afirmação de que a origem do constitucionalismo esteve indissociavelmente ligada à idéia de limitação do poder:

A origem da expressão Direito Constitucional, consagrada há cerca de um século, prende-se ao triunfo político e doutrinário de alguns princípios ideológicos na organização do Estado Moderno. Impuseram-se tais princípios desde a Revolução Francesa, entrando a inspirar as formas políticas do chamado Estado liberal, Estado de direito ou Estado constitucional.

Consubstanciava-se numa idéia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação lograria tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos. O poder, segundo o constitucionalismo liberal, deveria mover-se, por conseguinte, em órbita específica, a ser traçada pela Constituição. Com o emprego do instrumento constitucional, aquela concepção restritiva da competência dos órgãos estatais se fez dominante. Ingressou, assim, o termo constituição na linguagem jurídica para exprimir uma técnica de organização do poder aparentemente neutra.¹⁴⁹

Daí por que conclui o mestre Bonavides que "as Constituições existem para o homem e não para o Estado; para a sociedade e não para o Poder".¹⁵⁰

Após toda essa interpretação da Teoria Constitucional, que reúne elementos históricos e teleológicos, concluímos, como Oswaldo Aranha Bandeira

¹⁴⁸ A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61

¹⁴⁹ Curso de Direito Constitucional, 12 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22

¹⁵⁰ Op. cit., p. 29

de Mello¹⁵¹ e Jorge Miranda,¹⁵² que o sentido da Constituição é o de ser uma garantia, garantia essa de proteção dos direitos fundamentais do cidadão contra os arbítrios ou injustiças praticados pelos poderes estatais.

Consentimos, pois, com as palavras do Professor Português:

Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos.¹⁵³

O Direito Tributário, nessa atmosfera, há de ser interpretado, portanto, não como fonte de exercício soberano e supremo do direito estatal de exigir tributos; ao contrário, ele representa justamente o conjunto de regras jurídicas que disciplinam e limitam o exercício desse direito, de modo a somente permitir a ingerência do Estado na propriedade privada dos cidadãos dentro da forma da lei, isto é, respeitando os direitos fundamentais que a Carta Constitucional outorgou aos cidadãos, em matéria de tributação, que compõem o que a doutrina chama propositadamente de "estatuto do contribuinte."

Conforme os ensinamentos de Roque Carraza,

Estes direitos fundamentais – verdadeiros lindes aos Poderes do Estado, como sinala Balladore Pallieri – formam, no que atina à tributação, o chamado estatuto do contribuinte (Louis Trobatas). (...) O estatuto do contribuinte, como vimos, impõe limitações aos Poderes Públicos, inibindo-os de desrespeitarem os direitos subjetivos das pessoas que devem pagar tributos. Inexistisse, e o legislador poderia, por meio de uma tributação atrabiliária, até espoliar as pessoas. A Fazenda Pública, à míngua deste estatuto, não poderia ser impedida de fazer o mesmo.

¹⁵¹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello já dizia que "o fundamento das constituições rígidas é serem 'leis de proteção, leis de garantia'" (*Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 47).

¹⁵² *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 326.

¹⁵³ *Idem*, op. cit. p. 326.

Evidentemente há, da parte do Estado, o interesse de arrecadar os tributos de maneira simples, expedita e segura. Afinal de contas, é por intermédio deste recolhimento que ele se instrumenta financeiramente a alcançar, com bom sucesso, os fins que lhe são assinalados pela Carta Constitucional ou pelas leis.

Ocorre, porém, que, em nome da comodidade e do aumento da arrecadação do Poder Público, não se pode fazer ouvidos moucos aos reclamos dos direitos subjetivos dos contribuintes, assegurados, como visto, pela própria Constituição. Um desses direitos é exatamente o de só ser tributado pela pessoa política competente da forma pontuada pela Lei Magna.

O "estatuto do contribuinte" exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a idéia de Estado de Direito. Às várias possibilidades de atuação da Fazenda Pública há de corresponder a garantia dos direitos de cada contribuinte. Quanto mais gravosa a intervenção tributária, tanto mais cuidadosamente deverá ser protegida a esfera de interesses dos indivíduos.¹⁵⁴

Portanto, na esteira de tudo o que foi exposto, conclui-se que pelo fato de a própria Constituição significar, em sua gênese e essência, um instrumento de garantia para os contribuintes e não para o Fisco (quanto a este, o que o Texto Constitucional reserva são limites, como vimos), os efeitos decorrentes de eventuais juízos rescisórios que forem acionados em virtude de pronunciamentos supervenientes, em sentido contrário à sentença que o Fisco pretenda rescindir, só poderão ser prospectivos, de modo a permanecer inatingíveis as situações já consolidadas em favor dos contribuintes sob o manto da coisa julgada.

Isso vem bem a corroborar o que já dizia Humberto Theodoro Júnior:

*Não há outro plano em que o patrimônio ou a propriedade corra maior risco de instabilidade e insegurança do que nos das relações tributárias com o Poder Público. Daí a importância do rigor com que se tem de respeitar, em tal terreno, a estabilidade alcançada por via da coisa julgada, tornando excepcionalíssima a rescisória em favor do Fisco.*¹⁵⁵

Assiste razão ao processualista ao ponderar que as rescisórias propostas pela Fazenda devam ter apenas efeitos *ex nunc*, sob pena de se

¹⁵⁴ *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 265.

¹⁵⁵ Ação rescisória – Matéria tributária – Decisão incidental do STF – Proclamação de constitucionalidade de lei anteriormente havida como inconstitucional – Descabimento da rescisão. *Revista de Processo*, v. 87, p. 206.

converterem em fator de desestabilização da relação fisco-contribuinte. Basta considerarmos, por exemplo, que muitas das empresas não terão como sobreviver à cobrança retroativa dos tributos ou ao desfazimento das compensações autorizadas em definitivo pelo Poder Judiciário, caso à ação rescisória da Fazenda seja atribuído o efeito *ex tunc*.

Situação diversa deverá ser, no entanto, quanto às rescisórias que forem interpostas pelos contribuintes visando a desconstituir sentenças favoráveis à Fazenda Nacional, que se revelem contrárias a ulteriores decisões do Supremo Tribunal Federal, pois, nesse caso, os efeitos do juízo rescisório deverão ser retroativos em favor dos autores da ação, não socorrendo ao Fisco o direito de se apropriar indevidamente de valores por força de tributos declarados inconstitucionais pela Corte Suprema e que foram criados por ele próprio (Estado), mesmo porque o Código Tributário Nacional prevê o direito à restituição do indébito. Assim, a eficácia da ação rescisória, neste caso, somente poderá ser *ex tunc*.

É a chamada retroatividade benigna, no entender de Flávia Brant Figueiredo.¹⁵⁶

Conclui-se, portanto, que os efeitos a serem produzidos no juízo rescisório dependerão de um prévio exame acerca de quem suportará maiores prejuízos com a retroatividade: havendo declaração de constitucionalidade de uma determinada lei pelo STF, que imponha obrigação ao contribuinte, e possuindo este em seu favor uma decisão passada em julgado que a considerava inconstitucional, os efeitos de eventual rescisória proposta pela Fazenda Nacional

¹⁵⁶ Diz a autora citada que "em matéria tributária, não se permite a retroatividade de lei, a não ser nos casos em que a lei beneficia o contribuinte. É a chamada "retroatividade benigna". Assim, havendo declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que beneficia o contribuinte, a eficácia de eventual rescisória é *ex nunc*, sendo defeso ao Fisco a cobrança do tributo não recolhido anteriormente à declaração de inconstitucionalidade, sob pena de se afrontar princípios da previsibilidade, da não surpresa, da irretroatividade e da segurança jurídica (*Controle de Constitucionalidade: Coisa Julgada em Matéria Tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 77).

deverão ser *ex nunc*; já se se tratar de declaração de constitucionalidade de lei que beneficia o contribuinte, ou declaração de inconstitucionalidade de lei instituidora de determinado tributo, a eficácia de eventual rescisória proposta pelo contribuinte só pode ser *ex tunc*, alcançando todos os fatos ocorridos antes da declaração, de modo a possibilitar a repetição do indébito.

Nesse próximo e último capítulo, abordaremos o advento da Lei n.º 9.868/99 que, em seu art. 27, conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para fixar livremente no tempo os efeitos das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade.

Veremos se o advento do referido diploma normativo representa, como parte da doutrina aponta, uma verdadeira inovação no Direito brasileiro e comentaremos, notadamente, os problemas que poderão advir do excesso de amplitude da faculdade então outorgada ao STF.

5 A LEI N.º 9.868/99: FLEXIBILIZAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE E A REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Vimos no capítulo 2 que o entendimento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o da teoria da nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional, produzindo a decisão declaratória efeitos retroativos.

Observamos também, todavia, que em determinadas situações, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou com um certo temperamento nos efeitos retrooperantes, admitindo a produção de efeitos *ex nunc* para preservar situações já consolidadas e constituídas anteriormente às decisões declaratórias que, em homenagem aos princípios da boa-fé, da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, não deveriam mais ser objeto de alterações.

Além das manifestações do Supremo Tribunal Federal, alguns doutrinadores também já alertavam para a necessidade de se temperar o dogma dos efeitos retroativos, como Pontes de Miranda, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Hugo de Brito Machado, Humberto Theodoro Júnior, Araken de Assis, Sacha Calmon Navarro Coelho, Misabel Derzi, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Roque Carraza e Zeno Veloso, todos citados neste ensaio.

O próprio Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, que tinha se afirmado como defensor da teoria da nulidade *ipso jure*, tempos depois, preocupado com a segurança jurídica, mudou seu entendimento para aconselhar também um certo temperamento à retroatividade dos efeitos:

Da mesma sorte as relações jurídicas que se constituírem, de boa-fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em consequência da inconstitucionalidade, nem a coisa soberanamente julgada perde por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. (...) é manifesto, porém, que essa doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em

termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário".¹⁵⁷

Apesar desse crescente movimento pela tese da quebra do dogma da nulidade, o Supremo Tribunal Federal ainda não suavizou a aplicação dos efeitos retroativos no controle concentrado, ou então ainda não se sentiu autorizado a afastar a teoria da nulidade absoluta mesmo depois do advento da Lei n.º 9.868/99, ao menos em matéria tributária.¹⁵⁸

5.1 O art. 27 da Lei n.º 9.868/99

Tem-se atribuído à Lei n.º 9.868/99 o feito de haver introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a autorização para que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, possa flexibilizar os efeitos das suas decisões.

Estabeleceu o referido diploma legal, em seu art. 27, que

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.

Vale esclarecer que esse dispositivo de lei somente permite tal flexibilização quando o Supremo Tribunal Federal exercer o controle de

¹⁵⁷ O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 147-148.

¹⁵⁸ Todavia, em matéria não-tributária, o STF já decidiu, após a edição do citado diploma normativo, pela preservação dos efeitos gerados pelas leis "ainda constitucionais", assim entendidas como aquelas reputadas constitucionais até o momento da decretação do vício de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, como ocorreu no caso do exame da legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil *ex delicto*, tratada no RE 341.717/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Informativo do STF n.º 272, junho/2002. Esse entendimento também foi observado em sucessivas decisões (RE 196.857/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, RE 208.798/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, RE 213.514/SP, Rel. Min. Moreira Alves, RE 229.810/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, RE 295.740/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

constitucionalidade por via de ação. Na via incidental, isto é, no controle difuso, o Supremo Tribunal Federal sempre pôde, como já o fez em algumas oportunidades, delimitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.¹⁵⁹

Importa também registrarmos que o conteúdo desse dispositivo já foi objeto de anteriores iniciativas legislativas. Gilmar Ferreira Mendes lembra que na Assembléia Constituinte 1986-88, foi rejeitada a proposta de criação de dispositivo inspirado no artigo 282, parágrafo 4.º da Constituição Portuguesa, autorizando o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle concentrado perderia a sua eficácia *ex tunc* ou a partir da data da publicação da decisão.¹⁶⁰

Na oportunidade, o ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, lamentou a rejeição da proposta:

Para o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade, por via de ação direta, lamentável foi não haja logrado aprovação emenda oferecida pelo Senador Maurício Corrêa, deste teor:

"Dê-se ao § 2.º do art. 127 do Projeto de Constituição, a seguinte redação:

Art. 127 ...

§ 2.º 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".¹⁶¹

Justificando sua irresignação, disse o Ministro:

Dessa maneira, com o dispositivo proposto, mas não acolhido, dar-se-ia ao Supremo Tribunal Federal assento normativo, notadamente,

¹⁵⁹ Exemplo disso ocorreu no caso do RE 78.594-SP, já referido neste trabalho (Capítulo 2, subitem 2.2., p. 53).

¹⁶⁰ *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 255.

¹⁶¹ "A dimensão política do Judiciário e a nova constituição". *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 173, 1988, p. 49/66.

para que fosse viável, em circunstâncias especiais, certo temperamento quanto aos efeitos da decisão afastando, por vez, o rigorismo, ou em atenção à “segurança jurídica, razões de e ou interesse público de excepcional relevo”, na expressão da regra da Constituição portuguesa.

O relator da proposta, então deputado Nelson Jobim, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, assim também justifica o conteúdo da proposição:

A instituição, na Constituição de 1988, de um modelo de controle abstrato de normas com ampla legitimação e possibilidade de impugnação quase ilimitada do direito federal e estadual se, de um lado, coloca o Brasil numa posição destacada entre os países mais avançados no que concerne ao desenvolvimento de uma jurisdição constitucional, recomenda, de outro, a adoção de institutos que atenuem ou mitiguem os efeitos danosos que podem advir da declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa de leis aplicadas há muitos anos pode acarretar problema de difícil solução. Daí por que, não raras vezes, os tribunais se vêem impossibilitados de declarar a inconstitucionalidade, para evitar situações de autêntica comoção social ou de grande instabilidade.

Não só o desfazimento de situações jurídicas consolidadas, mas também a necessidade de desembolso de recursos para o pagamento ou eventual repetição daquilo que se recebeu indevidamente ocasionam instabilidades sérias ou traumas de proporções incomensuráveis. A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.¹⁶²

Defendeu também o Deputado a idéia de que, em casos especiais, fosse permitido, mediante um determinado *quorum*, que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*:

Todas essas razões recomendavam que se introduzisse, entre nós, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, alternativa normativa que permita ao Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.

¹⁶² JOBIM, Nelson e MENDES, Gilmar Ferreira. A Reforma do judiciário – O Supremo Tribunal Federal na Revisão Constitucional de 1994 – parte II. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 202, p. 141-160.

Nos dias atuais, essas mesmas razões de segurança e de interesse social, que já constavam da proposta de revisão constitucional de 1986/1988, constituem os pressupostos para o abrandamento dos efeitos da nulidade da lei declarada inconstitucional, conforme se infere do art. 27 da Lei n.º 9.868/99.

Parece, portanto, que, com o advento desse artigo 27 o dogma da nulidade permaneceu, no Direito brasileiro, como a regra, sendo a exceção a hipótese de que, mediante *quorum* qualificado (dois terços), a declaração possa ter seus efeitos suavizados.

Resta apontar a questão de saber se o legislador ordinário poderia dispor a respeito dos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, como o fez por ocasião da Lei n.º 9.868/99.

Há quem alegue, sem embargo das nobres razões que deram origem ao projeto da lei, autorizando, no seu artigo 27, o Supremo Tribunal Federal a fixar, no tempo, os efeitos das suas decisões, que a constitucionalidade do dispositivo legal é duvidosa.¹⁶³

A esse respeito, já se posicionou o ministro Néri da Silveira,¹⁶⁴ asseverando que, diferentemente do que parece ter ocorrido no Brasil, nos demais países, a previsão da suavização dos efeitos da nulidade da lei inconstitucional vem disciplinada pela vontade do constituinte:

Na Constituição da Áustria, estipula-se, nos parágrafos 5 e 6 do art. 140, acerca da decisão de inconstitucionalidade de lei, que a anulação entrará em vigor no dia em que proferida a decisão, se o Tribunal Constitucional não houver fixado um prazo para a

¹⁶³ Ver nesse sentido, também, a opinião de Bruno Moura de Moraes Rêgo. Da suavização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 60, set/2000, p. 54.

¹⁶⁴ A dimensão política e a nova constituição. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 173, 1988, p. 49-66.

expiração de sua vigência. Dito prazo não poderá exceder de um ano. Anulada pelo Tribunal Constitucional uma lei como inconstitucional, restauradas ficarão, na mesma data em que surgir efeito a anulação, as disposições legais que hajam sido derogadas pela lei declarada inconstitucional, salvo se a Corte Constitucional outra coisa dispuser. À sua vez, o parágrafo 7 do mesmo art. 140, além de estabelecer que os tribunais e órgãos administrativos ficarão vinculados à decisão que anular lei por inconstitucional, preceitua que, sem embargo disso, se seguirá aplicando a lei declarada inconstitucional às situações de fato consumadas antes da anulação, salvo aquela que tenha dado origem à decisão, se o Tribunal Constitucional não houver disposto diferentemente no julgado. Se tiver sido fixado prazo, que não poderá exceder de um ano, a lei se aplicará a todos os fatos que se consumem antes de expirado o prazo, com exceção precisamente do caso que deu origem à decisão. Também, na Espanha, o art. 164, da Constituição, estabelece que as decisões do Tribunal Constitucional têm "o valor de coisa julgada a partir do dia seguinte à sua publicação". Na Itália, a lei declarada inconstitucional cessa de ter eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão (Constituição Italiana, art. 136). A Constituição de Portugal, em seu art. 282, dispondo sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, preceitua:

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

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

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

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto nos n.ºs 1 e 2."

De semelhante teor ao parágrafo 4.º do art. 282 da Constituição Portuguesa, a ressalva aos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade também consta dos textos constitucionais da Áustria,¹⁶⁵ da Espanha¹⁶⁶ e da Itália.¹⁶⁷

¹⁶⁵ § 5.º e 6.º do artigo 140.

¹⁶⁶ Artigo 164.

¹⁶⁷ Artigo 136.

Não é difícil imaginar o motivo pelo qual a previsão, nesses países, consta de expressa disposição no Texto Constitucional. Ora, a sistemática do controle da constitucionalidade é matéria afeita à Constituição porque ela é um instrumento que visa a garantir a supremacia da norma constitucional sobre as demais.

No caso do Brasil, a competência para o exercício do controle de constitucionalidade, na modalidade concentrada, foi outorgada pelo Texto Constitucional, no art. 102, ao Supremo Tribunal Federal. Logo, *a priori*, não caberia à lei ordinária, pelo princípio da hierarquia das leis (supremacia da Constituição), disciplinar acerca dos efeitos das decisões do STF proferidas no juízo abstrato.

Sob outro enfoque, diz Gilmar Ferreira Mendes que a inconstitucionalidade do tratamento, via lei ordinária, dos efeitos da decisão do STF resulta de uma interpretação histórica da Lei Maior, haja vista o já narrado fato de que, durante a Assembléia Constituinte 1986/1988, a proposta de introdução de um dispositivo que autorizava a Suprema Corte a restringir a eficácia retroativa dos seus julgados, no controle abstrato de constitucionalidade, findou derrotada, o que confirmaria que a questão dos efeitos retroativos da lei inconstitucional consiste num princípio implícito da atual Constituição.¹⁶⁸

Paulo Roberto Lyrio Pimenta assinala que “não pode o Poder controlado editar norma infraconstitucional restringindo ou até mesmo ampliando a competência do órgão controlador, no caso o Poder Judiciário”.¹⁶⁹

Oswaldo Luiz Palu, por sua vez, também entende que o “legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada – somente a Constituição pode fazê-lo”.¹⁷⁰

¹⁶⁸ *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 255-256.

¹⁶⁹ *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 99.

¹⁷⁰ *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 184-185.

Interessantes, a esse respeito, são as colocações de Octavio Campos Fischer, ao considerar que a lei ora comentada, não só interpretou o texto constitucional como foi além: operou uma "indevida restrição nos poderes do Supremo Tribunal Federal", pois se antes a Corte Suprema poderia, em tese, fixar os efeitos com fundamento em qualquer valor constitucional, agora "somente em caso de 'segurança jurídica' ou de 'excepcional interesse social', é que poderá o Supremo restringir os efeitos daquela declaração. E conclui dizendo que a outorga de competência ao Judiciário para analisar a validade das leis "já lhe confere poderes para manipular os efeitos da sua decisão em tais situações, pois o art. 27 da Lei 9868 é formal e materialmente inconstitucional, seja porque tratou de questão que não é de sua alçada e, ao fazê-lo, restringiu o campo de atuação do Judiciário".¹⁷¹

Pensamos que a discussão em torno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não é tema dos mais relevantes, até mesmo porque, segundo nosso sentir (e aqui corroborando, em parte, as lições há pouco transcritas), a positivação de uma regra que autorizasse o STF a flexibilizar o dogma da nulidade é desnecessária; o Supremo sempre pode fazê-lo à luz dos princípios constitucionais da Carta de 1988, notadamente os da boa-fé, da irretroatividade das leis e da segurança jurídica, como já expusemos em passagens anteriores.¹⁷²

O que nos parece merecedor de uma análise mais profunda é a amplitude que se conferiu ao Supremo Tribunal Federal para fixar os efeitos de suas decisões para o futuro, sem estipulação de qualquer limite temporal.

¹⁷¹ A manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado) – Setor de ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 168-170. Apud Regina Macedo Nery Ferrari, in *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 299.

¹⁷² Também nesse sentido, assinala Hugo Machado, embora ressalve que "a edição do dispositivo legal em tela tem o mérito de contribuir para a superação de posições excessivamente cautelosas, para não dizer tímidas, da Corte Maior" (A supremacia constitucional como garantia do contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 68, p. 57). Da mesma forma, Regina Macedo Nery Ferrari (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 298).

Da forma como está o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, parece que o Supremo está autorizado a manter em vigor, por exemplo, por dez ou vinte anos, um tributo declarado inconstitucional, o que frustraria a repetição do indébito para os contribuintes.

Pensamos, contudo, que é possível, a partir da interpretação teleológica da norma em foco e do princípio da supremacia constitucional como garantia dos contribuintes, somados a algumas garantias próprias da matéria tributária – como o princípio da vedação do confisco v.g. – estabelecer limites para eventuais tentativas de subsistência, na ordem jurídica, de uma norma cuja inconstitucionalidade já tenha sido definitivamente reconhecida e que assim o seja em favor para o Fisco.

5.2 A discricionariedade conferida ao Supremo Tribunal Federal e seus reflexos na repetição do indébito tributário

Admitimos que, segundo o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, foi conferida textualmente ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de fugir da posição inflexível e dogmática da teoria das nulidades do Direito americano, para ponderar as conseqüências práticas e políticas de suas decisões no controle abstrato de constitucionalidade.

Ao comentar o disposto no parágrafo 4.º, do art. 282 da Constituição Portuguesa, que serviu de inspiração, no Brasil, para o projeto revisional de 1986-1988, que foi rejeitado, Jorge Miranda diz que

...a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade 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 a 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.¹⁷³

¹⁷³ *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1996, t. II.

Como narra Zeno Veloso, o disposto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 advém do espelhamento de uma mudança na sistemática de controle de constitucionalidade verificada no Direito comparado nos últimos tempos. Assim, como na Áustria, as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade (Kelsen), nos Estados Unidos da América do Norte, na Alemanha e na Itália, as mesmas razões induziram a atenuar a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade.¹⁷⁴

Com efeito, diz a mensagem do projeto de lei em tablado que

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 um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, do outro.¹⁷⁵

No caso brasileiro, porém, essa atenuação da eficácia temporal das decisões proferidas pelo STF tem sido vista com desconfiança, como aponta Ivo Dantas:

A nós pouco importa se outros modelos constitucionais consagram idêntica posição. A verdade é que estamos diante de uma situação na qual, mesmo dizendo que a norma é inconstitucional, poderá dizer que ela continue produzindo efeitos, em razão de excepcional interesse social.

Imaginemos um exemplo: determinada Medida Provisória cria um novo tributo (como fez com a Contribuição Previdenciária dos Inativos) e o Supremo Tribunal Federal a entende eivada de inconstitucional. Contudo, em razão de necessidade de caixa, invocada como excepcional interesse social, poderá dizer a Corte, por maioria de dois terços de seus membros, que mesmo sendo inconstitucional, poderá ser cobrada por mais de 5 (cinco) anos, por exemplo. Ou então, que em relação aos anos em que foi cobrada a situação ficará imutável, pois que a decisão só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado. IVO DANTAS

Pergunta-se: de que valerá a Supralegalidade da Constituição? De que valerão os princípios nela insculpidos? De que valerá o Controle de Constitucionalidade?¹⁷⁶

¹⁷⁴ *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 188.

¹⁷⁵ Mensagem n. 396, de 07 de abril de 1997, publicada no DOU 06.12.1997, p. 40.337-40.340.

¹⁷⁶ *O valor da Constituição*. Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 244-245.

Dessa forma, nossa maior preocupação, no que tange ao art. 27 da Lei n.º 9.868/99, é a amplitude temporal que se outorgou ao Supremo Tribunal Federal para fixar os efeitos de suas decisões.

Preocupamo-nos, portanto, com servir esse dispositivo legal a um Poder Executivo forte e autoritário, que pretenda reverter ao seu favor a possibilidade de se conferir limitações temporais à declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Em matéria tributária, como ressaltou Ivo Dantas, segundo essa “manipulação política”, um tributo declarado inconstitucional por decisão do STF, em ação direta, poderá ser considerado devido durante um lapso indefinido, afastando-se qualquer direito à repetição. O art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não estabelece qualquer limite temporal para os efeitos que venham a ser fixados na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Está-se, pois, como anota Lenio Luiz Streck,

... diante de uma espécie de “inconstitucionalidade por tempo certo” ou “inconstitucionalidade interrompida”, quebrando a tradição de dar efeito *ex tunc* às ações diretas de inconstitucionalidade. Tenho que a previsão acarreta uma série de problemas, a começar pela enorme discricionariedade que concede ao Supremo Tribunal. Afinal, o que se pode entender por “excepcional interesse social”? E qual é o “outro momento” de que fala a Lei?¹⁷⁷

De fato, os pressupostos constantes do art. 27, necessários à limitação dos efeitos – a segurança jurídica e o excepcional interesse social – são, em princípio, conceitos abertos, sem um conteúdo determinado ou, como na Teoria Pura do Direito, de Kelsen,¹⁷⁸ comportam vários significados, que a doutrina procura oferecer.

¹⁷⁷ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 693.

¹⁷⁸ *Teoria Pura do Direito*. 2. ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 366.

Quanto ao primeiro requisito, a segurança jurídica, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho¹⁷⁹

Embora o princípio da segurança jurídica seja considerado um elemento essencial do princípio do Estado de Direito, não é fácil sintetizar o seu conteúdo básico. Além das imbricações que ele tem com o princípio de proteção da confiança, pode dizer-se que as idéias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos:

(1) estabilidade ou eficácia "ex post" da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.
(2) Previsibilidade ou eficácia "ex ante" do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.

Quanto ao segundo requisito – o excepcional interesse social -por ser ainda mais genérico, é nele que identificamos o fundamento que pode servir de justificativa para abusos que venham a ser cometidos pelo Poder Executivo.

Esses abusos, no entanto, poderão ser evitados se se partir, ao menos, de uma premissa que jamais poderá ser afastada: a de que o excepcional interesse social a que se refere a lei não se confunde com as "razões de Estado" ou com as necessidades de caixa do Tesouro.

O interesse social, referido no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, há de ser compreendido como o interesse público primário e não o secundário, que se traduz no interesse próprio da Administração Pública.

Diz, com toda a propriedade, Marcelo Cerqueira, que "a Administração Tributária, no seu atuar, não está exercitando interesse próprio, mas sim dando cumprimento à lei, que prestigia interesse socialmente reconhecido."¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Direito Constitucional*. 5. ed., Lisboa: Almedina, 1992, p. 384.

¹⁸⁰ *Repetição do Indébito Tributário* – Delineamentos de uma teoria. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 286.

Noutras palavras, o interesse do Estado de arrecadação decorrente de um ato de abuso de poder legislativo não poderá prevalecer sobre o legítimo direito individual do contribuinte de não sofrer a ação da tributação a não ser quando a pessoa jurídica de direito público estiver legitimada constitucionalmente para exigir a prestação econômica. Assim, o direito à restituição dos tributos inconstitucionais deverá ser sempre tutelado pela ordem jurídica, o que resulta a inaplicabilidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, caso seja utilizado como óbice para a repetição do indébito.

Esse é o raciocínio que mais se afina com as exigências de cumprimento do interesse público primário, que, como já ressaltamos, não se confunde com o interesse da administração em encher seus caixas às custas do esbulho da propriedade dos contribuintes.

Nesse contexto, mostram-se bastante apropriadas as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao estabelecer a distinção entre os interesses público primário e secundário:

Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário.

Interesse público primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois é este o interesse que a lei consagra e integra à compita do Estado como representante do corpo social.

Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.¹⁸¹

Igual distinção também é encontrada no tributarista Roque Carraza:

Convém, neste ponto, afastarmos, de uma vez por todas, a superadíssima idéia de que o interesse fazendário (meramente arrecadatório) equivale ao interesse público.

¹⁸¹ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 57.

Em boa verdade científica, o interesse fazendário não se confunde nem muito menos sobrepõe o interesse público. Antes, subordina-se ao interesse público e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele.

O mero interesse arrecadatório não pode fazer tábula rasa da igualdade, da legalidade, da anterioridade, enfim, dos direitos constitucionais dos contribuintes.

Nem mesmo o objetivo, em tese louvável, de solucionar os "problemas de caixa" das pessoas políticas tem força bastante para subverter os princípios fundamentais do sistema constitucional tributário brasileiro, que deitam raízes, em última análise, no próprio princípio da segurança jurídica.¹⁸²

Isto significa que possíveis alegações de comprometimento das finanças públicas – as "razões de Estado" – não podem afastar a repetição do indébito. O Supremo Tribunal Federal, se for o caso, deverá desprezar por completo argumentos dessa natureza, como já o fez em outras oportunidades, a exemplo do Agravo de Instrumento n.º 236.546, cuja relatoria ficou a cargo do ministro Celso de Mello:

É preciso advertir que as razões de Estado – quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição – representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (o que é intolerável), a autoridade normativo-hierárquica da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais".¹⁸³

No caso do RE n.º 184-099/DF, a Corte Maior também decidiu que a repetição do indébito é uma garantia do contribuinte, de modo que a declaração de inconstitucionalidade de um tributo não impede o Estado de dispor retroativamente em benefício do particular.¹⁸⁴

Quando analisou o caso da restituição da tarifa do lixo criada por decreto pelo Município do Rio de Janeiro, que foi declarada inconstitucional com a ulterior generalização do julgado por ato do Senado Federal, também decidiu o STF:

¹⁸² *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 282.

¹⁸³ *Revista de Direito Administrativo* n.º 218, p. 222-225.

¹⁸⁴ STF, RE n.º 184.099-DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 10.12.96. Informativo STF n.º 57.

Tarifa básica de limpeza urbana. Repetição de pagamento. Declarada a inconstitucionalidade da tarifa pelo Supremo Tribunal Federal, não se pode admitir a eficácia da cobrança feita, impondo-se a repetição do cobrado indebitamente.¹⁸⁵

O ministro Oscar Corrêa, relator do acórdão, rejeitou o argumento lançado na decisão recorrida, do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, segundo o qual fazer com que as prestações de serviços "se tornem gratuitas, retroativamente, implicaria enriquecimento sem causa, à custa, afinal, de outros munícipes".

Nessa ocasião, disse de forma salutar o Ministro que "não se pode reconhecer ao poder público direito de retenção das importâncias indevidamente cobradas sob o fundamento de uma eventual prestação de serviço. Em verdade reconhecer tal direito de retenção ao ente tributante é fazer tábula rasa do princípio da reserva legal."

Outro exemplo também digno de registro é o caso em que o STF declarando, pela primeira vez, a inconstitucionalidade da lei que criara a incidência retroativa do imposto de renda, modificando a súmula 584, reafirmou a eficácia *ex tunc* da decisão e desconsiderou o argumento da ameaça iminente à solvência do Tesouro.¹⁸⁶

¹⁸⁵ RE 103.619, Ac. da 1 T., de 8.2.85, Rel. Min. Oscar Corrêa. *Revista de Direito Administrativo* 160, p. 80.

¹⁸⁶ ADIN 513-DF, Ac. do Pleno, de 14.6.91, Rel. Min. Célio Borja, RTJ 141: 739: "IV. Alegação de só poder ter efeito *ex nunc* decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo Tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade à hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente. Também não é ela atinente à eventual restituição do imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso. V – Não existe ameaça iminente à solvência do Tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, *in casu*, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora."

Nesse contexto, importa acrescentarmos que, no que tange a normas de Direito Tributário, a Constituição de Portugal foi expressa ao estatuir o direito de não pagar impostos inconstitucionais, a teor do seu artigo 106, n.º 3:

1. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e cuja liquidação e cobrança se não façam nas formas prescritas na lei.

Com base nesta norma, Jorge Miranda afirma que existe, então, expressa ressalva na Constituição Portuguesa no que concerne à restrição dos efeitos da inconstitucionalidade quanto à matéria tributária. Como consequência, sustenta ainda o Constitucionalista que, nos casos de violação de direitos, liberdades e garantias individuais – protegidos pelo “Direito de Resistência”, expresso no artigo 21 da CRP – a declaração de inconstitucionalidade produziria efeitos sempre retroativos.¹⁸⁷

De outra forma não poderá ser no Direito brasileiro, como alerta Regina Maria Macedo Nery Ferrari, para quem “deve prevalecer a repetição do indébito, pois se a coletividade se beneficiou em detrimento do patrimônio de determinada pessoa, o contribuinte, essa mesma coletividade deve suportar o ônus de recompor o que foi indevidamente arrecadado”.¹⁸⁸

Portanto, esperamos que o Supremo Tribunal Federal não cometa desatinos semelhantes ao que praticou quando do julgamento do caso do aumento das alíquotas do imposto de importação e da contribuição previdenciária das agroindústrias, adiante narrados pelo professor Hugo Machado:

Não obstante a importância do princípio da irretroatividade das leis, e talvez em razão da existência de norma constitucional específica que enseja interpretação literal limitadora, esse princípio tem sido

¹⁸⁷ *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹⁸⁸ *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 353.

entre nós freqüentemente amesquinado pelo fisco. E o Poder Judiciário nem sempre tem sabido amparar o direito do contribuinte, admitindo às vezes a prevalência da interpretação literal que reduz significativamente a sua utilidade.

Entre os muito exemplos que poderiam aqui ser arrolados, de amesquinamento do princípio da irretroatividade, vamos examinar apenas dois. Um, já apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que infelizmente não lhe deu o alcance que efetivamente tem para alcançar sua real finalidade que é a preservação da segurança jurídica, diz respeito ao imposto de importação. O outro, ainda objeto de disputa judicial, e sobre o qual ainda vai decidir a Corte Maior, sendo razoável esperar-se que desta vez faça valer o princípio, diz respeito ao efeito retroativo de decisão que declara a inconstitucionalidade de lei.

Já por várias vezes foram elevadas alíquotas do imposto de importação, e o fisco cobrou o imposto correspondente mediante aplicação das alíquotas majoradas, mesmo em relação a produtos que se encontravam já no território nacional no momento da majoração.

A alíquota do imposto de importação para automóveis foi elevada pelo menos duas vezes recentemente. Na primeira delas, ficou dito expressamente que o aumento seria cobrado apenas em relação às importações que ainda não estivessem em curso. Na Segunda, porém, de maior expressão econômica, nenhuma ressalva se fez e a cobrança do aumento alcançou automóveis já desembarcados nos portos brasileiros, simplesmente porque não se dera o respectivo desembaraço aduaneiro.

O Judiciário, infelizmente, limitou-se à interpretação literal do art. 150, inciso III, alínea "a". Afastou-se, porém, da literalidade do art. 19, do CTN, que praticamente desconsiderou, para admitir que o fato gerador do imposto de importação é o desembaraço aduaneiro dos bens importados, e assim decidiu a final a favor do fisco, validando a cobrança do imposto com alíquota elevada, mesmo em relação aos automóveis que se encontravam já no pátio da repartição aduaneira na data do aumento.

Muitos importadores já haviam vendido vários dos automóveis e ficaram em situação difícil, forçados a arcar com o prejuízo decorrente do aumento da alíquota do imposto de importação. Daí em diante, ao efetuarem venda de automóveis ainda não recebidos, passaram a fazer constar dos contratos correspondentes cláusula estabelecendo que o preço respectivo seria reajustado na hipótese de aumento do imposto. Tal solução, porém, apenas em parte resolve o problema. Ampara o importador vendedor, mas deixa desprotegido o comprador, que a final poderá ter que pagar um preço que, se conhecido na data da compra, teria motivado decisão diversa. Seja como for, deixa evidente a insegurança jurídica, que o contrato apenas consegue transferir do importador vendedor para o comprador.¹⁸⁹

Relativamente à contribuição previdenciária das agroindústrias, relata

Hugo Machado:

(...) As empresas agroindustriais deveriam pagar suas contribuições

¹⁸⁹ A supremacia constitucional como garantia do contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 68, maio/2001, p. 53-54.

sobre a folha de salários, relativamente ao setor industrial, e sobre a produção, relativamente ao setor agrícola ou pastoril. Ocorre que empresas cujo processo produtivo é totalmente automatizado, e por isto mesmo a mão-de-obra é de valor diminuto em relação á produção, provocaram, por intermédio da Confederação respectiva, o Supremo Tribunal Federal, e este declarou inconstitucional o dispositivo de lei que estabelecia aquela forma de calcular a contribuição das agroindústrias para a Seguridade Social. E em face dessa decisão o INSS passou a exigir das agroindústrias que, em relação ao setor agrícola ou pastoril tem folhas de salários elevadas e haviam pago contribuições sobre a produção, a diferença entre o valor destas e o valor das contribuições calculadas sobre as folhas de salários.

Tal exigência é incompatível com a segurança jurídica. A empresa agroindustrial praticou suas operações sob o regime jurídico de uma lei que se presumia constitucional. Formulou o seu plano de atividades com fundamento nesse regime jurídico. Estabeleceu os preços de seus produtos com base na lei vigente, presumidamente constitucional. Em face da declaração de sua inconstitucionalidade, não é razoável submetê-la a regime tributário mais gravoso.

É razoável, pois, esperar-se que o Supremo Tribunal Federal prestigie o princípio da segurança jurídica e decida que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operam-se retroativamente apenas em favor do cidadão, não podendo implicar gravame para o contribuinte. Assim, em relação àquelas empresas agroindustriais com folha de salário do setor rural muito elevadas, que por isto mesmo sejam favorecidas com a declaração de inconstitucionalidade, esta haverá de produzir efeitos retroativos.¹⁹⁰

Pensamos, pois – como Hugo Machado – que as declarações de inconstitucionalidade de um tributo pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que beneficiem os contribuintes, deverão ter necessariamente efeitos retrooperantes, o mesmo não acontecendo, como já expresso em linhas anteriores, para as declarações que venham a se operar em favor do Fisco.

Admitir o contrário, isto é, que o Supremo Tribunal Federal venha a aceitar as invocações das “razões de Estado” para, em declarando a inconstitucionalidade de um tributo, fixar efeitos futuros a essa declaração, frustrando a repetição do indébito, seria escancarar as portas para o arbítrio, uma vez que se estaria concedendo uma implícita autorização para o Estado instituir tributo caracterizadamente inconstitucional para, confiante na manipulação dos

¹⁹⁰ Op. cit., p. 54.

efeitos pelo STF, locupletar-se ilicitamente durante certo tempo, em detrimento do patrimônio dos contribuintes.

Outra coisa isto não seria do que a instituição de tributo com caráter nitidamente confiscatório, o que é expressamente vedado pelo Texto Constitucional, em seu art. 150, inciso IV.

O tributo confiscatório, como entende Bernardo Ribeiro de Moraes, “não se define por um percentual, mas pelo ônus fiscal que, sem motivo, se torne insuportável para o contribuinte”.¹⁹¹ Ou, ainda: tributo com efeito de confisco é tributo que, por ser excessivamente oneroso, ou por ser injustificadamente oneroso, seja sentido como penalidade, no dizer de Hugo de Brito Machado.¹⁹²

Logo, concluímos, seja pelo princípio constitucional da vedação do confisco, seja pelo fato de adotarmos a tese de que, pela gênese e essência do controle de constitucionalidade, os efeitos *ex tunc* somente poderão ser produzidos em benefício dos contribuintes (tema abordado no capítulo anterior), o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não poderá servir ao absurdo de implicar a tutela jurídica de um ato de enriquecimento ilícito por parte do Poder Estatal.

É como bem adverte Hugo Machado:

Importante, porém, é observar que a relação de tributação não é simples relação de poder como alguns têm pretendido que seja. É relação jurídica, embora o seu fundamento seja a soberania do Estado. Sua origem remota foi a imposição do vencedor sobre o vencido. Uma relação de escravidão, portanto. E essa origem espúria, infelizmente, às vezes ainda se mostra presente em nossos dias, nas práticas arbitrárias de autoridades da Administração Tributária. Autoridades ainda desprovidas da consciência de que nas comunidades civilizadas a relação tributária é relação jurídica, e que muitas vezes ainda contam com o apoio de falsos juristas,

¹⁹¹ *Compêndio de Direito Tributário*. 3. ed., 2.ª vol. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 127.

¹⁹² *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 4. ed., São Paulo: Dialética, 2001, p. 98.

que usam o conhecimento e a inteligência, infelizmente, em defesa do autoritarismo.

Nos dias atuais, entretanto, já não é razoável admitir-se a relação tributária como relação de poder, e por isto mesmo devem ser rechaçadas as teses autoritaristas. A idéia de liberdade, que preside nos dias atuais a própria concepção do Estado, há de estar presente, sempre, também na relação de tributação.¹⁹³

Nessa mesma linha, acreditamos também serem bastante percucientes as ponderações de Roque Carraza:

É certo que a Constituição de 1988, regulando as limitações ao exercício das competências tributárias e elencando os direitos e garantias fundamentais, protegeu, consideravelmente, os contribuintes das investidas do Fisco. Não é menos certo, porém, que duas décadas de ditadura militar (os chamados "anos de chumbo") deixaram um legado de atributo fazendário e criaram uma "mentalidade fiscalista", inclusive no seio dos Tribunais, que urge espancar.¹⁹⁴

Assim, a única hipótese, portanto, da aplicação do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 deve ser no interesse da sociedade, e não do Estado em beneficiar-se da própria torpeza.

Noutros termos, concluímos, como Zeno Veloso, que o STF só deverá fazer uso da amplitude dos efeitos de suas decisões, tal como autorizada no artigo de lei referido, quando o exigir a segurança jurídica e "em nome do mais alto e nobre interesse social", de forma que "a temperança, o comedimento e a prudência no emprego da faculdade de dar conteúdo normativo às suas decisões serão os ingredientes essenciais para que a inovação seja democrática e salutar".¹⁹⁵

¹⁹³ Curso de Direito Tributário. 20.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 37.

¹⁹⁴ Curso de Direito Constitucional Tributário. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 281.

¹⁹⁵ Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 196.

6 CONCLUSÕES

Conforme demonstrado no decorrer do presente ensaio, há muita discussão na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca da natureza da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no juízo do controle abstrato de constitucionalidade, mais precisamente, discute-se se essa decisão tem caráter declaratório, produzindo efeitos *ex tunc* (retrooperantes), ou constitutivo, de que decorrem efeitos apenas *ex nunc* (para o futuro).

Apesar de o primeiro entendimento ter se apresentado dominante no Direito brasileiro, ou seja, o da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional, inspirado no sistema americano de controle de constitucionalidade, nos últimos tempos, vozes mais atualizadas já vêm defendendo o abandono ao apego exclusivo de uma ou de outra corrente (a outra seria a kelseniana), anunciando que os efeitos no tempo da decisão proferida pelo STF devem ser fixados conforme a complexidade da repercussão que terão nas situações concretas que serão afetadas pelo pronunciamento da Suprema Corte.

Esse entendimento mais moderno, com o qual compartilhamos, defende ainda a posição de que o Supremo Tribunal Federal analise essa questão levando em consideração os efeitos favoráveis aos cidadãos, isto é, que somente determine a retroatividade de seus julgados se isto resultar em benefício aos administrados.

Portanto, apesar de a teoria das nulidades e, conseqüentemente, os efeitos *ex tunc*, ainda representarem a tese dominante no seio do STF, e malgrado grande parte da doutrina brasileira ainda insistir na natureza declaratória da sentença de inconstitucionalidade, já se revela cada vez mais crescente a gama de juristas, como Paulo Bonavides, Hugo de Brito Machado, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Araken de Assis, Sacha Calmon Navarro Coelho, Misabel Derzi, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Roque Carraza, e Zeno Veloso, que não hesitam

em acompanhar as lições de Hans Kelsen, as quais, em nosso entender, explicam melhor a natureza do pronunciamento de inconstitucionalidade por se apresentar mais suficiente e legítima para sopesar a aplicação dos princípios constitucionais que, com a declaração de inconstitucionalidade, parecem entrar em colisão.

Portanto, a tese acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade das leis continua a causar polêmica, notadamente em matéria tributária, uma vez que não tem se levado em consideração o argumento da existência de efeitos econômicos favoráveis ao contribuinte, desprezando-se os princípios próprios da seara tributária.

Essa polêmica é acirrada pelo ajuizamento de numerosas ações rescisórias que têm sido propostas pela Fazenda Nacional visando a desconstituir sentenças de efeitos favoráveis aos contribuintes, que se revelaram, pouco tempo depois, contrárias a ulteriores julgados do STF no controle concentrado.

Quanto ao controle difuso, já esclarecemos que não é o objetivo principal deste trabalho, exceto em se tratando da hipótese de haver a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo STF, caso em que haveria identidade de efeitos entre a suspensão e a decisão proferida pelo Supremo em controle abstrato. Afora essa hipótese, pensamos ser incabível o remédio rescisório, pois a decisão do STF, no controle incidental, não se reveste do caráter *erga omnes*, de modo a autorizar que a Fazenda Nacional possa postular a extensão dos efeitos dessa decisão a uma outra situação concreta.

Já pretendendo a extensão dos efeitos da decisão proferida pelo STF no controle concentrado, a Fazenda Nacional interpõe o remédio rescisório porque os efeitos produzidos pela decisão nesta modalidade de controle residem no plano normativo, ou seja, abstraído das relações jurídicas concretas, que, por isso, não são automaticamente desconstituídas pela decisão do Supremo.

Como ressaltamos, contudo, há vozes na doutrina, a exemplo de Teresa Arruda Alvim Wambier, que entendem ser desnecessária a propositura da ação rescisória, com base no advento do disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC, acrescentado pela Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que permite ao embargante alegar a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo tido como inconstitucional pelo STF ou em que se adotou interpretação de lei ou ato normativo não compatível com a Constituição Federal.

Em primeiro lugar, discordamos inteiramente de qualquer raciocínio que venha introduzir mais uma hipótese de relativização da coisa julgada ou alargar ainda mais as situações legais de cabimento da ação rescisória, pois os tribunais brasileiros já imprimem uma interpretação bastante ampla do disposto no inciso V do art. 485 do CPC, que tem servido de fundamento para as ações rescisórias intentadas pela Fazenda Pública diante de julgamentos supervenientes do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à coisa julgada.

Em segundo, entendemos ser manifestamente ilegítima a tentativa de negar exeqüibilidade às decisões transitadas em julgado, como deseja o malsinado art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Essa nova regra, burlando a lei processual, conferiu aos embargos à execução uma verdadeira “função rescindente”, só que sem a necessidade de interposição de ação rescisória, ou seja, sem ser preciso se demonstrar o enquadramento legal em alguma das situações taxativamente previstas pelo art. 485 do CPC.

Vemos, então, que o disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC pretende alterar a coisa julgada sem que sequer sobre ela tenha havido qualquer manifestação do Poder Judiciário, o que se revela uma afronta intolerável ao princípio da separação de poderes e a toda a sistemática processual civil. Ora, uma decisão judicial somente pode ser modificada ou rescindida por outra decisão judicial proferida por uma instância superior e não por um ato do Executivo – a

medida provisória – ou por uma decisão monocrática que venha a ser proferida em sede de embargos à execução.

Logo, ousamos divergir dessa possibilidade de se negar execução às sentenças transitadas em julgado com base no art. 741 do CPC.

No tocante às ações rescisórias intentadas pela Fazenda Nacional, boa parte dos processualistas brasileiros ainda persiste na visão que identifica na decisão rescindenda, que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, um ato jurídico nulo, despido de quaisquer efeitos jurídicos, seja para o futuro, seja em relação ao passado.

E esse raciocínio ainda é bastante acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que tem se manifestado também no sentido de admitir a rescindibilidade das sentenças que aplicaram lei posteriormente declarada inconstitucional e, assim, vem autorizando o manejo das ações rescisórias ajuizadas pela Fazenda Nacional nos últimos tempos, notadamente em matéria tributária, com fundamento no inciso V, do art. 485 do CPC, isto é, sob o argumento de ter a decisão rescindenda afrontado literal disposição de lei, por se encontrar em confronto com a decisão definitiva da Corte Suprema.

E como as lides tributárias guardam quase sempre relação direta com os fundamentos constitucionais, dada a exaustiva positivação dos princípios tributários na Constituição Federal, as ações rescisórias intentadas pelo Fisco não têm encontrado mais o óbice na Súmula 343 do STF, como já é de remansosa jurisprudência desse sodalício.

Um forte argumento que tem servido de base para esse desprezo ao enunciado 343, além do princípio da supremacia constitucional – que também não admite que a sentença rescindenda, aplicando lei posteriormente declarada

inconstitucional pelo STF, possa continuar válida – é a necessidade de se observar o princípio constitucional da isonomia.

Esse princípio, ao traduzir a idéia de que todos são iguais perante a lei, significando, portanto, que a lei deve tratar a todos de modo uniforme, em consequência, também exige que as decisões dos Tribunais não possam aplicar a lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico.

Entendemos que, neste aspecto, andam bem as decisões do Guardião Supremo, pois essa isonomia deve ser respeitada sobretudo para impedir a instalação de um estado de incertezas e de desigualdades, que geraria desconfiança e descrédito da sociedade no Poder Judiciário.

Assim, somos pelo cabimento da ação rescisória em todas as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal venha a pacificar, em sede de controle concentrado, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado texto legal, desde que a ação, é óbvio, tenha enquadramento no inciso V do art. 485 do CPC e respeitem o prazo decadencial de dois anos.

Acreditamos, todavia, que, para se observar o postulado isonômico, não é preciso desprezar a coisa julgada em sua totalidade. Ao contrário, é possível garantir a aplicação tanto do princípio da isonomia quanto da segurança jurídica se se abandonar o radicalismo da adoção de uma e de outra tese a respeito dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado (efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*), para se adotar uma posição mais proporcional: a fixação dos efeitos segundo um postulado geral de benefício aos cidadãos, no caso da matéria tributária, aos contribuintes.

Em outras palavras, entendemos que essas ações rescisórias são cabíveis (em nome do postulado da isonomia), no entanto, quanto aos efeitos do

juízo rescisório, divergimos da tese de que seriam *ex tunc*, de modo a alcançar os atos jurídicos anteriores ao julgamento final da procedência dessas ações, notadamente em matéria tributária, uma vez que essa retroação poderia implicar o encerramento das atividades de empresas que deixaram de recolher determinado tributo em virtude de decisões anteriores do Poder Judiciário.

Por outro lado, parte dos tributaristas defende a idéia de que o Direito Tributário, nesse tocante, possui uma regra especial, que impediria o cabimento da ação rescisória. Segundo essa tese, apegada à literalidade do art. 156, inciso X do CTN, se a decisão judicial passada em julgado extingue a obrigação tributária e o crédito dela decorrente, não se pode admitir ação rescisória para desconstituir decisões transitadas em julgado que tenham, por exemplo, eximido o contribuinte de pagar determinado tributo, sob pena de atribuir-se ao juízo rescisório a capacidade de fazer renascer um crédito tributário já extinto, o que afrontaria o princípio da estrita legalidade tributária.

Pensamos que essa tese não merece guarida, pois o apego à interpretação literal, seja ao inciso X do art. 156 do CTN, seja a qualquer dispositivo legal, não é o método hermenêutico que mais se harmoniza com o nosso sistema jurídico.

A literalidade do CTN não possui a força de se sobrepor ao princípio da supremacia constitucional, que autoriza a rescisão dos julgados que se revelam contrários às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal; muito menos possui o condão também de se destacar em detrimento do postulado da isonomia.

Assim, concluímos que a extinção do crédito tributário, decorrente da decisão judicial transitada em julgado, nos termos do art. 156, inciso X do CTN, é relativa, pois só tem eficácia até o término do prazo para a propositura de ação rescisória, ou, mais precisamente, até o trânsito em julgado do acórdão proferido

em eventual juízo rescisório. Isto é, a coisa julgada em matéria tributária nunca estará definitivamente constituída antes dos eventos ora apontados.

Defendemos, no entanto, um respeito parcial ao referido dispositivo de lei, de modo que ele não impediria o cabimento da ação rescisória, mas obstaculizaria a força retroativa dos efeitos do juízo rescisório. A rescisão, nesse caso, há de ser parcial, de forma a atingir somente os fatos futuros (*ex nunc*).

Concluir-se pelo estabelecimento dessa tese é a medida que melhor salvaguarda qualquer afronta ao princípio da irretroatividade tributária (art. 150, III, a, CF), pois a decisão proferida na rescisória, que produzirá efeitos apenas para o futuro, não implicará a cobrança de tributo em relação a fato gerador ocorrido antes da publicação do acórdão definitivo proferido no juízo rescisório.

Isto significa que a Fazenda Nacional não poderá exigir o valor do tributo, nem multa ou juros de mora, correspondentes aos fatos geradores ocorridos anteriormente à data de publicação do acórdão definitivo proferido no juízo rescisório. O Fisco só poderá efetuar lançamento relativo a fatos geradores ocorridos a partir dessa data e não retroativamente.

Efetivamente, não é justo nem razoável que os contribuintes que deixaram de recolher determinado tributo porque o Poder Judiciário assim decidiu durante longos anos, sejam obrigados a recolhê-lo somente porque o entendimento da matéria mudou, contrariamente à coisa julgada, pois isto significaria completo desprezo ao princípio da boa-fé, que não se compadece com a apenação do contribuinte que se conduziu estritamente em consonância com a sentença rescindenda, antes de conhecer sua superveniente inconstitucionalidade.

Além do princípio da boa-fé, é importante discernirmos que tanto o texto legislativo, declarado posteriormente inconstitucional, quanto a decisão rescindida, assim como a própria proclamação da inconstitucionalidade da lei ou

da ilegitimidade da decisão, constituem todos emanções do mesmo Poder – o Poder Estatal – ainda que no exercício de atividades estatais diversas, ora como Poder Legislativo, ora como Poder Judiciário.

Dessa forma, é intolerável admitir que a Fazenda Nacional, que é órgão desse mesmo Poder Estatal, possa pretender apenas o contribuinte que se comportou em conformidade com a decisão proferida pelo Judiciário. Do contrário, ter-se-á flagrante ofensa ao princípio da moralidade administrativa, pois quem teria dado causa ao comportamento do contribuinte reputado inconstitucional pela decisão do juízo rescisório seria o próprio Poder Estatal e não o cidadão.

Também merece atenção o fato de que a tese que defendemos, isto é, dos efeitos *ex nunc* ou prospectivos do juízo rescisório, caso este venha a operar contra o contribuinte, é uma garantia que o próprio Texto Constitucional lhe confere, raciocínio a que chegamos por meio de uma interpretação histórica e teleológica da Constituição, que contém um princípio implícito de proteção aos cidadãos e aos contribuintes, autorizando a retroatividade apenas se benéfica a estes.

Esse princípio adveio com o surgimento do constitucionalismo, ou, em outros termos, com o advento do Estado de Direito, com o qual o exercício do poder político passou a encontrar limites no direito que são erigidos para proteger a liberdade e a propriedade dos cidadãos, limites esses que podem ser encontrados na atual Constituição Brasileira, por exemplo, no art. 5.º.

No tocante à tributação, talvez pelo fato de que a principal obrigação que o atual Texto Constitucional impõe aos cidadãos é a de índole tributária, como contrapartida ao direito que o Estado tem de exigir da sociedade os recursos necessários à sua manutenção, a Constituição de 1988 detalhou de forma exaustiva o exercício dessa atividade estatal, impondo uma série de limitações ao poder de tributar a propriedade privada dos contribuintes.

Concluimos, pois, que, pelo fato de a própria Constituição significar, em sua gênese e essência, um instrumento de garantia para os contribuintes e não para o Fisco, que os efeitos decorrentes do juízo rescisório só poderão ser prospectivos, isto é, para o futuro, desobrigando os contribuintes de terem que recolher os tributos que tenham deixado de fazê-lo em conformidade com o anterior entendimento do Poder Judiciário.

Situação diversa deverá ser, no entanto, como já assinalamos, quanto às rescisórias que forem interpostas pelos contribuintes, visando a desconstituir sentenças favoráveis à Fazenda Nacional, que se revelem contrárias a posteriores decisões do Supremo Tribunal Federal, pois, nesse caso, os efeitos do juízo rescisório deverão ser retroativos em favor dos contribuintes, não socorrendo ao Fisco o direito de se apropriar indevidamente de valores por força de tributos declarados inconstitucionais pela Corte Suprema e que foram criados por ele próprio (Estado), mesmo porque o Código Tributário Nacional prevê o direito à restituição do indébito.

Dessa forma, mesmo com o advento do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, que conferiu ao Supremo Tribunal Federal uma margem ilimitada para fixar no tempo os efeitos de suas decisões proferidas no controle concentrado, por motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, defendemos o pensamento de que o Guardião da Carta Magna não poderá determinar os efeitos de seus julgados de modo a frustrar a repetição do indébito.

Da forma como está o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, parece que o Supremo está autorizado a manter em vigor, por exemplo, por dez ou vinte anos, um tributo declarado inconstitucional, o que impediria a repetição do indébito para os contribuintes.

E é justamente na conceituação do que se entenderia por excepcional interesse social, dada a sua imprecisão, é que identificamos o fundamento que

pode servir de justificativa para abusos que venham a ser cometidos pelo Poder Executivo para suprir eventuais necessidades de caixa do Tesouro.

Defendemos, porém, a posição de que esse interesse social, referido no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, há de ser compreendido como o interesse público primário, ou seja, da sociedade, e não o secundário, que se traduz no interesse próprio à Administração Pública; ou seja, o interesse do Estado de arrecadação decorrente de um ato de abuso de poder legislativo não poderá prevalecer sobre o legítimo direito individual do contribuinte de não sofrer a ação da tributação senão quando a pessoa jurídica de direito público estiver legitimada constitucionalmente para exigir a prestação econômica. Assim, o direito à restituição dos tributos inconstitucionais deverá ser sempre tutelado pela ordem jurídica, o que resulta na inaplicabilidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, caso seja utilizado como óbice para a repetição do indébito.

Como já expressamos, repetimos que o fato de admitir que o Supremo Tribunal Federal venha a aceitar as invocações das “razões de Estado” para, em declarando a inconstitucionalidade de um tributo, fixar efeitos futuros a essa declaração, frustrando a repetição do indébito, seria conceder uma implícita autorização para o Estado instituir tributo caracterizadamente inconstitucional para, confiante na manipulação dos efeitos pelo STF, locupletar-se ilicitamente durante certo tempo, em detrimento do patrimônio dos contribuintes.

Algo dessa natureza nada mais seria do que a instituição de tributo com caráter nitidamente confiscatório, o que é expressamente vedado pelo Texto Constitucional, em seu art. 150, inciso IV.

Pensamos, contudo, que é possível, a partir da interpretação teleológica do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e dos princípios da supremacia constitucional como garantia dos contribuintes e da boa-fé, somados a algumas

garantias próprias da matéria tributária – como o princípio da vedação do confisco, por exemplo – estabelecer limites para eventuais tentativas de subsistência, na ordem jurídica, de uma norma cuja inconstitucionalidade já tenha sido definitivamente reconhecida e que assim o seja em favor para o Fisco, de modo que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não poderá servir ao absurdo de implicar a tutela jurídica de um ato de enriquecimento ilícito por parte do Poder Estatal em detrimento dos contribuintes.

7 BIBLIOGRAFIA

- 1) ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 4, julho/2003.
- 2) ALMEIDA, J. M. Ferreira de. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, nomeadamente espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas. In: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas*. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.
- 3) ALVES, José Carlos Moreira. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. As garantias do cidadão na justiça*. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1993.
- 4) ALVIM, José Manoel de Arruda. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- 5) ANDRADE, André Martins. A perigosa extensão ao direito tributário da teoria geral das nulidades. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 5, fev/1996.
- 6) ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*. São Paulo: Dialética, 1997.
- 7) ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- 8) BACHOF, Oto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Livraria Almedina, 1994.
- 9) BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- 10) BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Efeitos do pronunciamento judicial de inconstitucionalidade no tempo. *Cadernos da Pós-Graduação*. Belo Horizonte: UFMG, março, 1995.
- 11) BARBI, Celso Agrícola. Supremo Tribunal Federal. Funções na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, n.º 656.
- 12) BARBOSA, Ruy. Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. In *Obras completas de Rui Barbosa*. vol. XX, t. V. Trabalhos Jurídicos, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1958.

- 13) _____. *A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora.
- 14) BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- 15) BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- 16) _____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- 17) BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- 18) _____. *Curso de Direito Constitucional*, 11. ed.. São Paulo: Saraiva, 1989.
- 19) BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed., São Paulo: Lejus, 1998.
- 20) BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro; Forense, 1949.
- 21) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 22) _____. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 23) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A Lei n.º 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 59, ago/2000.
- 24) BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- 25) CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1.
- 26) CAMPOS FILHO, Ezequiel Melo. A ação rescisória como fator de perturbação do sistema de controle de constitucionalidade urgente no Brasil. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. Belo Horizonte, 1998, v. 1.

- 27) CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição Constitucional e Intranqüilidade Discursiva, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol I, Coimbra Editora, 1996.
- 28) _____. A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional. *Nos dez anos da Constituição*. MIRANDA, Jorge de (Org.). Lisboa: Imprensa Nacional, 1996.
- 29) _____. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992;
- 30) _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001;
- 31) CAPPELLETTI, Mauro. *O controle constitucional das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.
- 32) CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- 33) CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- 34) CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *O Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- 35) CERQUEIRA, Marcelo Fortes. *Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de uma Teoria*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- 36) CLÉVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 37) COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- 38) _____. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- 39) COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- 40) _____. Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo STF no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 5, fev/1996.
- 41) _____. A Coisa Julgada como instrumento de certeza e segurança das Relações Jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 81, junho/2002.
- 42) CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- 43) DALLAZEN, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. Análise do parágrafo único do artigo 741 do CPC, acrescentado pela Medida Provisória n.º 2.180-35. *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 14, maio/2004.
- 44) DAVI, René. *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- 45) DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 46) DELFIM, Ricardo Alessi. *Ação declaratória de constitucionalidade e os princípios constitucionais do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- 47) DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Coisa Julgada Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- 48) DERZI, Mizabel Abreu Machado. A irretroatividade do direito tributário. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- 49) DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- 50) _____. Relativizar a Coisa Julgada Material, *Revista de Processo* n.º 9.
- 51) DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- 52) DÓRIA, Antônio de Sampaio. *Direito Constitucional*, v. 3, São Paulo: Max Limonad, 1960.

- 53) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 54) FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- 55) FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 1992.
- 56) _____. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- 57) FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. *Controle de Constitucionalidade – Coisa Julgada em Matéria Tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- 58) FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade. Inovação infeliz e inconstitucional. In: *Ação declaratória de constitucionalidade*. MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira (org.). São Paulo: Saraiva, 1994.
- 59) FISCHER, Octavio Campos. Coisa Julgada Inconstitucional em matéria tributária. *Problemas de Processo Judicial Tributário*. 5.º vol. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética, 2002.
- 60) _____. *Os Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- 61) FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- 62) GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- 63) GRECO, Marco Aurelio. *Contribuições [uma figura sui Generis]*. São Paulo: Dialética, 2000.
- 64) GRECO FILHO, Vicente. Ação declaratória de constitucionalidade. In: *Ação declaratória de constitucionalidade*. MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira (org.). São Paulo: Saraiva, 1994.
- 65) GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 8, maio/1996.

- 66) GUERRA, Cláudia Magalhães. *Lançamento tributário e sua invalidação*. Curitiba: Juruá, 2004.
- 67) GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa Julgada*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- 68) HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- 69) HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- 70) _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- 71) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Port., v. II, 2. ed. Coimbra: Amado, 1962.
- 72) _____. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- 73) _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998;
- 74) KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- 75) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- 76) _____. Limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Direito Administrativo* 2.
- 77) LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 78) LOBO, Jorge. O sistema jurídico americano: a crescente importância da legislação e ao especial significado da decisão judicial. In: *Revista dos Tribunais*, n.º 654.
- 79) LOURENÇO, Américo e LACOMBE, Masset. *Princípios Constitucionais Tributários*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- 80) MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002;
- 81) _____. *Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

- 82) _____. A supremacia constitucional como garantia do contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 68, maio/2001.
- 83) MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro* (administrativo e judicial). São Paulo: Dialética, 2001.
- 84) MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- 85) _____. Controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 1, abril/2003.
- 86) MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n.º 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- 87) MATTOS, Aroldo Gomes de. Segurança Jurídica Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 102, março/2004.
- 88) MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- 89) MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2000.
- 90) MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1999.
- 91) MELO, José Eduardo Soares. *Curso de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- 92) MELO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Teoria das Constituições Rígidas*, 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- 93) MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- 94) _____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2004;
- 95) MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

- 96) MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- 97) _____. *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- 98) _____. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- 99) MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- 100) MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 3. ed., vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- 101) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 102) _____. Eficácia e autoridade da coisa julgada. *Revista Brasileira de Direito Processual n.º 32*.
- 103) _____. Coisa Julgada e declaração. *Temas de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- 104) MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *Temas de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- 105) NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- 106) NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- 107) _____. Coisa Julgada no Direito Tributário. *Revista de Direito Público* 29.
- 108) NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- 109) NOGUEIRA, Ruy Barbosa. A coisa julgada em Direito Tributário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, vol. 14/11, São Paulo, 1974.
- 110) NUNES DE ALMEIDA, Luis. *O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões*. COELHO, Mario Baptista (org.). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, 1987.

- 111) PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 112) PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- 113) PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.
- 114) _____. Cláusulas Pétreas Tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 92, maio/2003.
- 115) _____. Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade – relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180. *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 2, maio/2003.
- 116) PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- 117) POLETTI, Ronaldo. *O Controle de Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 118) PONTES, Helenilson Cunha. *Problemas de Processo Judicial Tributário*, 2.º vol, São Paulo: Dialética, 1998.
- 119) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- 120) _____. *Tratado de Direito Privado*, v. 4, Rio de Janeiro: Borsói, 1955.
- 121) _____. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, t. III, 1987.
- 122) PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil – análise, crítica e atualização*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.
- 123) REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- 124) ROCHA, Carmem Lúcia Antunes da. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.
- 125) ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- 126) RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Ação Rescisória em Matéria Controvertida nos Tribunais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n° 4, jan/1996.
- 127) SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- 128) SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- 129) SANTIAGO, Myrian Passos. Os Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. *Revista de Processo* n°. 94.
- 130) SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- 131) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1991.
- 132) SILVA, Nancy de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- 133) SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa julgada relativa? *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 13, abril/2004.
- 134) SILVEIRA, Geovana Faza da. Repensando os efeitos temporais da declaração abstrata de inconstitucionalidade: análise a partir do plano normativo e no plano normado. *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 9, dez/2003.
- 135) SLABI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- 136) SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no Direito Tributário. *Revista de Direito Administrativo* v.. 5.
- 137) STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2004.
- 138) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Controle de constitucionalidade no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Público* v. 28;
- 139) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público*. São Paulo: LTr, 1985.

- 140) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo* v. 79.
- 141) TORRES, Ricardo Lobo. A declaração de inconstitucionalidade e a restituição de tributos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 8, maio/1996.
- 142) WALD, Arnold. Cabimento da ação rescisória para fazer prevalecer a coisa julgada e as normas legais. *Revista Brasileira de Direito Processual* n.º 30.
- 143) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- 144) _____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 145) WAMBIER, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- 146) VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- 147) VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público* v. 92.
- 148) VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- 149) ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.