

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

Luís Fernando Belém Peres

**FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PARA A MODULAÇÃO
DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECLARAÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

BELO HORIZONTE - MG

2010

Luís Fernando Belém Peres

**FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PARA A MODULAÇÃO
DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECLARAÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Werther Botelho Spagnol.

BELO HORIZONTE - MG

2010

Luís Fernando Belém Peres

**FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PARA A MODULAÇÃO
DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECLARAÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, visando à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2010.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Werther Botelho Spagnol (Orientador)

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

RESUMO

Na tradição do Direito Constitucional brasileiro, o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de um determinado diploma normativo implicava, necessária e inexoravelmente, na sua exclusão do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*.

Mais recentemente, contudo, incorporando tendências verificadas na maioria absoluta dos Estados constitucionais contemporâneos, passou-se a admitir, também no direito brasileiro, como exceção, a mitigação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade. Com efeito, o art. 27 da Lei n. 9.868/99, entre ataques e ovações por parte da literatura especializada, veio a efetivamente estabelecer 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.”

A modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade vem, de fato, sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. A dogmática jurídica, no entanto, pouco tratou da questão até agora. Neste contexto, busca o presente trabalho tecer parâmetros conceituais que sirvam de trilha para a aplicação do instituto em questão, especialmente no que se refere às declarações de inconstitucionalidade de normas tributárias. Com este intento, as análises retornarão às bases teóricas que fundamentam a jurisdição constitucional, apreciando criticamente as relações que a sua atividade estabelece com a interpretação jurídica, o princípio da divisão dos poderes do Estado, a democracia e a proteção dos direitos fundamentais. Investigar-se-á, ainda, se a modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade se compatibiliza com o postulado da supremacia da Constituição.

Ao final, em abordagem desenvolvida sob a ótica do Direito Tributário brasileiro, e de suas peculiaridades, o problema será apreciado à luz dos direitos fundamentais do contribuinte e das limitações constitucionais ao poder de tributar.

ABSTRACT

In the history of Brazilian Constitutional Law, the judicial recognition of the unconstitutionality of a particular legislative act meant, necessarily and inevitably, in its exclusion from the legal system with effect *ex tunc*.

More recently, however by incorporating trends in the absolute majority of contemporary constitutional states, began to be admitted, also in Brazilian law as an exception, mitigating the effects of temporal declarations of unconstitutionality. Indeed, art. 27 of Law No 9.868/99, between attacks and standing ovations from the literature, came to actually establish that, "*(...) declare the unconstitutionality of a law or normative act, and in view of legal reasons or exceptional social interest, can the Supreme Court, by a majority of two thirds of its members, restricting the effects of that statement or that it will only be effective from their res judicata or other time as may be prescribed.*"

The temporal modulation of the effects of the declarations of unconstitutionality is, in fact, being applied by the Supreme Court. The legal science, however, little has dealt with so far. In this context, this paper seeks to weave conceptual parameters that serve as a trail for the implementation of the rule in question, especially with regard to declarations of unconstitutionality of the tax law. With this intent, the analysis will return to the theoretical foundations that underlie constitutional jurisdiction, critically approaching the relationships that their activity shares with legal interpretation, the principle of division of state powers, democracy and protection of moral rights. Will be investigate, even if the temporal modulation of the effects of the declaration of unconstitutionality to reconcile with the postulate of supremacy of the Constitution.

Finally, the approach developed in the perspective of the Brazilian Tax Law, and its peculiarities, the issue will be assessed in light of the fundamental rights of the taxpayer and the constitutional rules on taxing power.

SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO	13
1.1. O contencioso constitucional tributário	13
1.2. A modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade	15
1.3. A possibilidade da modulação de efeitos das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e seu impacto nas relações tributárias	24
2. REVELANDO O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO: A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	33
2.1. O texto constitucional e a concretização da Constituição. Entre fatos e normas	33
2.2. Conclusões parciais sobre a concretização da Constituição	79
3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, SEPARAÇÃO DE PODERES E MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	85
3.1. Considerações gerais	85
3.2. Jurisdição constitucional. Julgar ou legislar?	88
3.2.1. Sistema político, sistema jurídico e jurisdição	95
3.2.2. A Jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito	114
3.3. Supremacia constitucional e modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.	132
4 – FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PARA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.	151
4.1 - Sistema constitucional tributário: panorama geral	151
4.2 – Os princípios tributários potencialmente relacionados com a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de ação direta.	166

4.2.1. Considerações iniciais	166
4.2.2. A proteção da confiança como princípio que embasa a modulação a favor dos contribuintes.	168
4.2.3. Modulação temporal das declarações de inconstitucionalidade em favor da Fazenda Pública. Possibilidade?	178
5 – CONCLUSÕES	189
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	198

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
CTN	Código Tributário Nacional
ICMS	Imposto sobre a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação
STF	Supremo Tribunal Federal

“(...) Fala claro, interrompeu Jesus, Não é possível, disse Deus, as palavras dos homens são como sombras, e as sombras nunca saberiam explicar a luz, entre elas e a luz está e interpõe-se o corpo opaco que as faz nascer (...).”
(José Saramago, *O Evangelho Segundo Jesus Cristo*)

“(...) as pessoas que têm excessiva certeza de que há um só caminho e uma só verdade, verdade que lhes é inteiramente conhecida, são perigosas e propensas a todo tipo de crime. Saber da verdade e querer impô-la aos outros, num mundo onde tudo muda e tudo se encobre por toda sorte de aparências, é uma grave espécie de loucura.” (João Ubaldo Ribeiro, *Viva o Povo Brasileiro*)

Aos meus pais, Valdir e Cecília, com quem aprendi a valorizar, como virtude maior, o esforço contínuo da depuração espiritual, dinamizada através do diálogo, da leitura e da reflexão incansáveis.

Às minhas irmãs, Flávia e Cristiane, pelo carinho com que me presentearam desde sempre.

Ao pequeno Heitor, menino hoje, homem amanhã, que, espero, conhecerá um Brasil mais justo e solidário que o do presente.

À Fabíola, amor da minha vida, sempre...

AGRADECIMENTOS

É praxe afirmar que um trabalho acadêmico não é fruto de um esforço individual.

Nada mais verdadeiro. Há, de fato, pessoas sem as quais o presente trabalho jamais seria produzido.

Agradeço, em primeiro lugar, ao Professor Doutor Werther Botelho Spagnol, que, com maestria, orientou a condução da presente pesquisa. A ele cabem os méritos que porventura sejam vislumbrados no trabalho; não lhe podem ser imputados, contudo, os defeitos que, certamente existem, e que devem ser creditados apenas ao autor.

Sinto-me no dever de enaltecer a importância da posição que o Professor Werther desempenhou na minha vida acadêmica e profissional, representando, para mim, um modelo de professor e de advogado a ser sempre perseguido. Tive o privilégio de com ele conviver desde os tempos do bacharelado, no Grupo de Estudos Tributários, onde adquiri o especial interesse pelo Direito Tributário que, depois, jamais me viria a abandonar.

Agradeço, ainda, aos meus colegas do escritório e da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Especialmente, destaco o apoio indispensável que me foi concedido pelo amigo André Ávila, que, ao concordar prontamente com o meu afastamento temporário das atividades na Banca, tornou possível que, na reta final dos trabalhos, eu me dedicasse com maior concentração à presente pesquisa. Agradeço, ainda, à amiga Úrsula Figueiredo, que me convidou a integrar o prestigiado Núcleo Consultivo Tributário da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, tornando viável, assim, que o presente trabalho se visse enriquecido com conhecimentos que somente podem ser hauridos na vivência imediata da atividade fiscal do Estado.

Agradeço, ainda, ao meu pai, Valdir Peres, e ao meu amigo, irmão, Otto Carvalho, meus ‘procuradores’ em Belo Horizonte, que muito gentilmente contribuíram na condução de providências instrumentais, indispensáveis à frequência do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como a efetivação de matrículas, o preenchimento e a entrega de formulários, etc.

Por fim, agradeço, em especial, à Fabíola, que, além de me confortar ao longo de toda essa caminhada com o seu amor e o seu carinho, contribuiu tecnicamente com a produção das reflexões aqui transcritas. Com ela pude debater os resultados que foram sendo obtidos, passo a passo, nessa caminhada. A ela devo, ainda, a revisão de todo o texto.

Muito obrigado a todos!

I - INTRODUÇÃO

1.1. O contencioso constitucional tributário

O Direito Tributário brasileiro se caracteriza, particularmente, pelo detalhamento com que o texto constitucional forja os contornos normativos que embasam o exercício válido e legítimo do poder de tributar.

Controvérsias acerca do significado das normas constitucionais que estruturam o sistema tributário nacional, em tal contexto, são sobremaneira comuns. A litigiosidade entre a Fazenda Pública e os contribuintes, engendrada a partir de divergências em torno do real alcance das limitações constitucionais ao poder de tributar, é notória e dispensa comprovação através de dados estatísticos.

Especificamente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, consulta breve e informal à base de dados do Supremo Tribunal Federal mostra-se suficiente para a imediata detecção da enorme quantidade de atos normativos tributários cuja validade foi impugnada, perante aquele Corte, pelos legitimados arrolados nos incisos do art.103 da Constituição (que sistematicamente lançam mão de instrumentos processuais em defesa de suas concepções acerca do real alcance das normas constitucionais tributárias).

Com efeito, a cada diploma normativo que é editado, positivando novas regras instituidoras de tributos, ou modificadoras dos já existentes - ou mesmo cuidando apenas de regimes de arrecadação e procedimentos de fiscalização - arrojam-se as autoridades e órgãos, legitimados a impulsionar o monitoramento concentrado de constitucionalidade das leis, a questionar a validade da recém-editada medida, deduzindo, perante o Supremo Tribunal Federal, argumentos, em geral, diretamente ligados a supostas violações aos direitos fundamentais dos contribuintes e ao desrespeito às limitações constitucionais ao poder de tributar. Confederações representantes de categorias econômicas, o Procurador-Geral da República, Governadores de Estado, enfim, toda uma gama de autorizados à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade não se acovardam em questionar a validade de

inovações introduzidas no sistema tributário nacional, fazendo uso intenso dos mecanismos de controle que a Constituição, democraticamente, pôs ao alcance de inúmeras autoridades e entidades, amplamente representativas dos segmentos que formam a matizada sociedade brasileira.

A agenda da jurisdição constitucional, no Brasil, assim, é repleta de litígios acerca da validade de normas tributárias. Os direitos e garantias fundamentais outorgados aos contribuintes, bem como a exaustiva discriminação de competências e a aposição de rígidos requisitos formais e materiais para o exercício do poder impositivo, presentes no próprio texto constitucional, perfazem a munição argumentativa da qual a sociedade faz legitimamente uso para, no âmbito dos processos predispostos a tanto, suscitar a invalidade de regras tributárias.

Não raramente, os argumentos apresentados pelos contribuintes, ou por outro dos legitimados à propositura da ação direta, são acolhidos em juízo, sendo os atos normativos impugnados expurgados do ordenamento jurídico.

* * *

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, acolhendo arguições diretas de inconstitucionalidade propostas em face de normas tributárias, representam verdadeiras inovações no ordenamento jurídico, que passa a não mais contar, no seu repertório de fontes, com o texto expurgado. O sistema jurídico-tributário, assim, sofre modificação em sua composição estrutural, passando a reger a vida social de maneira distinta daquela que, até então, vinculava a conduta dos destinatários da norma, que passam a contar com horizonte distinto acerca das conseqüências jurídicas dos seus atos.

O Direito se insere no cotidiano dos cidadãos, das empresas e dos órgãos estatais; é vivaz, e define previamente as opções de conduta possíveis de todos os membros da sociedade. Sua desobediência acarreta sanções. Sua modificação resulta na alteração das próprias perspectivas de ações juridicamente viáveis por parte das pessoas. As estruturas sociais são pontualmente alteradas quando uma decisão proferida em controle concentrado reconhece a invalidade de um dado texto normativo tributário.

Enfim, o Direito vige aqui e agora, não é uma entidade transcendental presente apenas nos códigos adquiridos nas livrarias; não é puramente abstrato, nem pode sofrer modificações sem que isso deságüe em resultados práticos diretos e imediatos.

No que se refere, especificamente, às relações jurídico-tributárias, as alterações normativas provocadas pelas decisões proferidas em ações diretas resultam em aguda e incomum alteração do cotidiano dos destinatários das normas. Empresas planejam suas estratégias de atuação no mercado a partir da existência de uma determinada carga de impostos, taxas e contribuições. O Estado, igualmente, erige o orçamento vislumbrando uma determinada arrecadação. Tais previsões são básicas na racionalização da vida econômica de tais agentes. A modificação do panorama normativo, digamos, ‘no meio do caminho’, pode acarretar graves conseqüências para ambos.

Neste contexto, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões que reconhecem a invalidade de normas, a partir de um juízo fundamentado do Supremo Tribunal Federal, passou a ser séria e amplamente considerada na literatura e na jurisprudência, em nítido distanciamento da clássica fórmula adotada no constitucionalismo brasileiro, que sempre apregoou a nulidade *ex tunc* de qualquer princípio ou regra que viessem a ser editados em contrariedade à Constituição. A superveniência de uma solução legislativa para a questão não tardou.

1.2. A modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade

O art. 27 da Lei n. 9.868/99 veio consagrar expressamente, no Direito brasileiro, técnica de decisão, aplicável ao controle concentrado de constitucionalidade¹, cuja

¹ O Supremo Tribunal Federal vem aceitando, também, analogamente à técnica instituída no âmbito do controle abstrato, a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (cf., por todos, o RE n. 197.917-8, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004, no qual se afastou, por inconstitucional, a aplicação da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela – SP, que fixava, para a composição de seu Poder Legislativo, número de vereadores incompatível com os parâmetros estabelecidos na CF). Tal questão, a par de sua inegável relevância, não será aqui abordada, contudo, para não se induzir a necessidade de discussões processuais polêmicas em torno da adequação da modulação de efeitos ao controle difuso de constitucionalidade, vez que o objeto do trabalho, como mais adiante se verá, é outro, e se situa mais no plano do direito material, especificamente na necessária relação de adequação que deve haver entre a modulação de efeitos no tempo, os direitos fundamentais do cidadão contribuinte e as limitações constitucionais ao poder de tributar. E o paradigma processual que permite a modulação de efeitos é o controle concentrado, na medida em que há solução legislada – ainda que polêmica – que assim dispõe. Enfim, levar a discussão

utilização já era observada em inúmeros países, e que permite ao órgão julgador modular, no tempo, os efeitos das declarações de inconstitucionalidade das leis. Nestes casos, o Supremo Tribunal Federal poderia, mesmo ao reconhecer a inconstitucionalidade, por exemplo, de uma dada lei, determinar que os efeitos de sua decisão nulificante – de regra provida de eficácia *ex tunc* – sobreviessem somente a partir de um determinado instante no passado (eficácia *ex tunc* mitigada), do trânsito em julgado do acórdão (eficácia *ex nunc*), ou em outro momento ulterior fixado pela Corte (eficácia *pro futuro*).

A par da clássica discussão em torno da nulidade ou da anulabilidade dos atos normativos inconstitucionais, fato é que se evidenciou o nascimento, na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, a partir da avaliação prudente da própria complexidade das situações concretas enfrentadas, de argumentos acerca da necessidade de serem criadas fórmulas decisórias que adequassem, no tempo, os efeitos do reconhecimento da invalidade de diplomas editados em contrariedade à Constituição. Mais singelamente, impôs-se a assertiva de que o reconhecimento inflexível da nulidade das leis inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, longe de ser providência neutra, poderia servir de mote a reviravoltas de situações consolidadas em sintonia com as normas nulificadas, de tal magnitude, que não poderiam ser consideradas de acordo com o texto constitucional. Tratar-se-ia, assim, do reconhecimento, já retratado acima, da vivacidade do fenômeno jurídico, e de sua inexorável inserção no tempo social, o que reclamaria alternativas decisórias, à disposição da jurisdição constitucional, que melhor se adequassem à incomensurável complexidade dos fatos.

Daniel SARMENTO, em artigo acadêmico no qual abordara o tema, procedeu a uma precisa exposição acerca da adoção, no direito comparado, da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de atos normativos. Ressaltou o autor, em seu estudo, que a regra geral, na maioria dos países, é a eficácia *ex tunc* das decisões declaratórias da inconstitucionalidade das leis (*“A grande maioria dos países que adotou o controle jurisdicional de constitucionalidade optou, no que tange aos efeitos temporais da decisão, pelo modelo norte-americano, onde a decretação da inconstitucionalidade produz efeitos*

para o âmbito para o controle difuso terminaria por desviar as atenções do cerne do problema aqui tratado, que é basicamente de direito material, para intrincados problemas processuais.

retroativos.” [2002: 14]), destacando, todavia, que em quase todos há válvulas de escape que permitem que, em casos excepcionais, a regra da nulidade dos atos normativos inconstitucionais, e a sua congruente projeção no tempo, sejam amenizadas em prol de outros princípios constitucionais, derivados diretamente, em geral, da idéia de segurança jurídica. Compõem este grupo, segundo o professor citado, dentre outros, Portugal², Espanha³ e Alemanha⁴.

A positivação de tal possibilidade, no Direito brasileiro, teve em Gilmar Ferreira MENDES um de seus mais notórios estimuladores. Em obra paradigmática sobre o assunto, resultante do curso de doutoramento que o autor concluíra, na Alemanha, no final da década de oitenta (intitulada “*Jurisdição Constitucional*”), MENDES demonstrara com fôlego exaustivo - sobretudo a partir da casuística do Tribunal Constitucional Federal Alemão - como a fórmula tradicional, que oscila radicalmente entre a rejeição da argüição de inconstitucionalidade ou a declaração da invalidade da lei atacada com efeitos retroativos, seria insuficiente para se atingir uma solução justa para inúmeras controvérsias constitucionais.

O autor, em tal contexto, apesar de reconhecer que a tradição do constitucionalismo brasileiro apontaria no sentido da nulidade *ex tunc* das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal⁵, pontuou que razões

² Em Portugal, por exemplo, estabelece o texto constitucional:

“Artigo 282º - (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade).

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 reprivatização 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 argüido.

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

³ “(...) houve caso em que a jurisprudência constitucional espanhola declarou a inconstitucionalidade de uma lei que dispunha sobre o imposto de renda, atribuindo à decisão apenas efeitos prospectivos, sob o duvidoso argumento de os recursos público obtidos já teriam sido gastos pelo Estado.” (SARMENTO, 2002: 16)

⁴ Idem, 2008: 16-17.

⁵ “O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. (...) Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.” (MENDES, 2005: 317-318)

derivadas do princípio da segurança jurídica, com sede no próprio texto constitucional, poderiam, também no Brasil, servir de esteio para a modulação temporal dos efeitos das decisões que acolhem argüições de inconstitucionalidade. Todavia, isto somente poderia se dar a partir de um juízo severo e fundamentado por parte do STF, que, sopesando o princípio da nulidade da lei inconstitucional com outros princípios presentes na Constituição, tendo por pano de fundo a idéia de proporcionalidade, concluísse pela necessidade de, em determinado caso, conferir efeitos *ex nunc* à sua decisão, ou até mesmo prostrar a sua eficácia para algum outro ponto no tempo (efeitos *pro futuro*).
Afirmou MENDES:

“Tal como observado, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.” (MENDES, 2005: 394-395)

Tal solução, conforme assinalado no início deste tópico, veio a ser objeto de disciplina explícita na Lei n. 9.868/99, que, em seu art. 27, assim dispôs:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Comentando tal disposição, ainda Gilmar Ferreira MENDES (2005: 317) ressaltou ser *“notório que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade”*.

Ou seja, consagrou-se, no direito positivo infraconstitucional, norma processual, disciplinadora das decisões proferidas nos processos objetivos de monitoramento da constitucionalidade das leis, que faculta ao Supremo Tribunal Federal, em determinados casos e sob quorum qualificado, restringir temporalmente a eficácia de seus acórdãos declaratórios da inconstitucionalidade de atos normativos; possibilidade esta que

derivaria da existência de princípios constitucionais que, contrapostos ao princípio da nulidade das leis inconstitucionais, sobressairiam, ao menos parcialmente, na resolução de determinados litígios.

A recepção da técnica, no âmbito do STF, pode ser ilustrada a partir da seguinte passagem de voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos do Recurso Extraordinário n. 370682/SC:

“Como a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo, não é difícil imaginar que a adoção sistemática da sanção de nulidade acarretaria graves transtornos às relações sociais, visto que a própria certeza do direito poderia ser colocada em xeque. A anulação da norma inconstitucional, com a modulação dos efeitos temporais da decisão, surge assim como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores socialmente relevantes, em especial o da segurança jurídica.

A necessidade de preservar-se a estabilidade de relações jurídicas pré-existentes, levou o legislador pátrio, inspirado nos modelos alemão e português, a permitir, nas Leis 9.868, de 10 de novembro de 1999, e 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que o Supremo Tribunal Federal regule, ao seu prudente arbítrio, os efeitos das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas argüições de descumprimento de preceito fundamental.

(...)

Recorde-se, ademais, que o STF ao proceder, em casos excepcionais, à modulação dos efeitos de suas decisões, por motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social, estará realizando a ponderação de valores e princípios abrigados na própria Constituição.”

* * *

A solução legislativa (conforme assinalado, defendida na literatura constitucional por vários autores, e já amplamente adotada no direito comparado), entretanto, não é isenta de incisivas objeções. Numeroso grupo de constitucionalistas, com efeito, deduz críticas consistentes à adoção da fórmula que permite a modulação temporal dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

Segundo tais estudiosos, a possibilidade de se modular no tempo os efeitos das declarações de inconstitucionalidade das leis equivaleria ao reconhecimento da suspensão temporária da vigência da Constituição, no tocante ao período com referência

ao qual se conferiu legitimidade aos efeitos produzidos por normas que viriam a ter sua invalidade reconhecida. Com o reconhecimento da aplicação da lei inconstitucional ao longo de um dado intervalo, ter-se-ia a inversão temporária da hierarquia das fontes integrantes do ordenamento jurídico, sobressaindo, num tal contexto, a eficácia de uma norma inválida sobre a força normativa da própria Constituição. Situações ilegítimas se consolidariam, suportadas por forças apócrifas emanadas do domínio fático, que sustentariam a aplicação intermitente de normas inconstitucionais e submergiriam a própria noção de supremacia da Constituição, sustentáculo do Estado de Direito.

Ainda segundo os críticos da fórmula, a possibilidade da modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade – que, ao cabo, equivaleria a uma faculdade de se condicionar a vigência da própria Constituição – não se inseriria dentre os feixes de atribuições que poderiam ser legitimamente conferidos aos órgãos encarregados da Jurisdição Constitucional. A estes, como órgãos judiciais que inquestionavelmente são, responsáveis pela aplicação do direito positivo a partir do código sistêmico lícito-ilícito, não seria dada a prerrogativa essencialmente política de, a partir de fórmulas genéricas como “*segurança jurídica*” ou “*relevante interesse social*”, deliberar sobre a conveniência e a oportunidade de se deixar de aplicar, com referência a dado intervalo de tempo, o texto constitucional. Junte-se a isso o fato de que poucos são os membros das Cortes Constitucionais, sendo, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal integrado por onze Ministros, que, por mais cultos e justos que fossem – mesmo, aliás, se idealmente perfeitos – ainda assim não deteriam a prerrogativa de deixar de aplicar a Constituição, norma básica que se sustenta sobre a mais ampla base de legitimidade política e ‘pertence’ a todo o povo, não sendo a sua força normativa, assim, sujeita a disponibilidade por parte da jurisdição constitucional.

Integra o grupo de estudiosos que sustenta a inconstitucionalidade da norma que conferiu ao STF a possibilidade de modular os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade, o professor Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, que, em artigo publicado em 2002⁶, externou as seguintes observações:

⁶ Reflexão profunda do autor sobre o tema, no mesmo sentido aqui referido, consta, ainda, da obra *Devido Processo Legislativo*, na qual, sob a ótica da teoria do discurso, são tecidas ácidas críticas às disposições da Lei n. 9.868/99).

*“Por fim, e nesse sentido, é também preciso reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 9.868/99, que pretende descaracterizar o controle difuso, ao buscar alterar o artigo 482 do Código de Processo Civil, e por intentar transformar as decisões em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal federal num meio espúrio de suspensão da ordem constitucional, ao pretender atribuir a esse Tribunal o poder de restringir o conteúdo e de fixar os efeitos temporais de suas decisões, flagrantemente invertendo a hierarquia das fontes ao poder determinar, à cidadania, à Administração Pública e aos demais juízes e tribunais, a obediência a leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo próprio Tribunal, com base em ‘razões (?) de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’ (art. 27, da Lei n. 9.868/99).” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?* in SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 77)*

Álvaro Ricardo de Souza CRUZ, por sua vez – apesar de, ao final, concluir pela conveniência da adoção da tese da anulabilidade das normas inconstitucionais, nos moldes propostos por KELSEN (1998) e em dissonância com a tradição constitucional brasileira –, na obra intitulada *Jurisdição Constitucional Democrática*, expõe relevantes observações, que denotariam, sob a ótica da Teoria Discursiva do Direito, o caráter político, e não jurídico, da modulação de efeitos temporais das decisões que acolhem arguições de inconstitucionalidade. Segundo o autor, se *“a supremacia da Constituição deixa de ser admitida em favor da teoria da aparência, para fins de proteção de terceiros de boa-fé, da coisa julgada ou do princípio do equilíbrio econômico financeiro, na verdade, o Judiciário estaria abandonando o Direito e passando a operar exclusivamente por meio de argumentos pragmáticos, ou seja, politicamente”* (CRUZ, 2004: 254-255). Logo a seguir, o estudioso conclui o seu raciocínio:

“Em decorrência, é inadmissível que razões de conveniência ou oportunidade possam determinar que uma norma declarada inconstitucional continue gerando efeitos durante algum tempo, ou seja, prospectivamente. Isso seria admitir a ‘validade de um ato ilícito’, o que certamente é uma contradição em si mesma.” (2004: 255)

Mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a técnica não foi acolhida com simpatia por todos os Ministros, e, em alguns casos, a sua aplicação vem ocasionando acalorados debates no Plenário da Corte. Por exemplo, durante o julgamento do RE n. 370.682/SC, em que se discutia a possibilidade de aproveitamento, na sistemática do

Imposto sobre Produtos Industrializados, de créditos decorrentes da aquisição de insumos não-tributados, isentos, ou sujeito a alíquota zero, quando levantada questão de ordem acerca da possibilidade de ser conferido efeito meramente prospectivo à decisão que ali era proferida, por razões de segurança jurídica, posicionou-se o Ministro Marco Aurélio, ao negar a viabilidade de tal providência, no sentido de que a modulação de efeitos levaria a uma situação em que sobrelevariam “*duas Constituições Federais, uma anterior ao julgamento e uma posterior; como se houvesse disciplinas distintas, a anterior, contemplando o crédito, e a posterior, afastando-o*”. Mais adiante, prosseguiu Sua Excelência em seu substancioso voto:

“A segurança jurídica está, na verdade, na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal e exercendo o Supremo o papel que lhe é reservado – o de preservar a própria Carta da República e os princípios que a ela são ínsitos, como o da razoabilidade e o do terceiro excluído.

(...)

De minha parte, pouco importando os interesses individuais e momentâneos em jogo, sufrago o entendimento, sempre e sempre, da preponderância da ordem jurídica. É o preço a ser pago em um Estado Democrático de Direito, e é módico. Concluo pela eficácia das decisões tal como proferidas.”

No âmbito do direito comparado, sintoma primeiro da complexidade – ou, poder-se-ia mesmo afirmar, do caráter polêmico – do problema da modulação temporal dos efeitos do acolhimento das arguições de inconstitucionalidade são as próprias oscilações da técnica no âmbito da jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, que, ao contrário do que se verifica nos Tribunais Constitucionais Europeus, não a incorporou, em definitivo, ao seu rol de técnicas decisórias potencialmente utilizáveis.

Nos Estados Unidos, conforme expôs Daniel SARMENTO, a Suprema Corte, a partir da década de sessenta, passou a admitir a modulação temporal dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade das leis – não no que tange ao caso concreto no qual a decisão foi proferida, mas sim perante os terceiros que sofreriam os efeitos retroativos do precedente vinculante (*stare decisis*). Contudo, mais recentemente, aponta o autor um retorno da Suprema Corte americana à aplicação irrestrita da regra da nulidade *ex tunc* dos atos inconstitucionais, o que, diz, liga-se à composição mais conservadora que a Corte veio a possuir já na década de oitenta (“*Com efeito, em*

Griffith v. Kentucky, a Suprema Corte, sob a presidência do Juiz Rehnquist, já afastara a doutrina da não retroatividade, afirmando que, ao resolver controvérsias constitucionais, os juízes declaram o direito pré-existente e não legislam.” [2002: 20]. Conclui o autor, referindo-se à questão nos EUA:

“Portanto, após a admissão, durante certo período, do seu poder de mitigar os efeitos retroativos das decisões no controle de constitucionalidade, a Suprema Corte voltou atrás, insistindo na tese ortodoxa da retroatividade plena dos seus julgados.” (2002: 21)

* * *

Deixando o aprofundamento nas duas posições logo acima expostas – a favor e contra a possibilidade de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade – para mais adiante, oportunidade em que serão os argumentos deduzidos por ambas, difusamente ao longo de toda a exposição, analisados com mais vagar, fato é que, conforme assinalado, a fórmula recebeu consagração legislativa expressa no direito brasileiro e vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, portanto, de uma técnica que efetivamente compõe, hoje, o repertório de possibilidades decisórias do qual o Supremo Tribunal Federal pode, amparado em lei, lançar mão, realidade esta que não pode ser estoicamente ignorada, máxime num trabalho que, como o presente, ambiciona ser essencialmente dogmático.

De toda sorte, isso não impede que os impactos e a conveniência da adoção da fórmula sejam analisados criticamente, especificamente com relação ao Direito Tributário, na busca reflexiva de parâmetros normativos que se mostrem mais consistentes, e que até mesmo equacionem as divergências acima expostas. Há, com efeito, variáveis que, nas relações jurídico-tributárias, podem induzir à construção de balizas adicionais a serem argumentativamente enfrentadas, pelo Supremo Tribunal Federal, sempre que formulada proposta de restrição temporal da nulificação de normas impositivas inválidas.

Eis o ponto de partida do presente trabalho: a presença efetiva, na legislação e na jurisprudência – enfim, no ordenamento jurídico-positivo brasileiro – da técnica

decisória que permite a modulação temporal dos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de diplomas normativos, fórmula esta que será criticamente apreciada, inclusive no que toca à sua adequação constitucional, tendo por pano de fundo as peculiaridades que marcam as relações jurídico-tributárias, os direitos fundamentais do contribuinte e as limitações constitucionais ao poder de tributar.

1.3. A possibilidade da modulação de efeitos das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e seu impacto nas relações tributárias

Os diversos ramos especializados do ordenamento jurídico apresentam singularidades que induzem à existência de diferenciações no que se refere à aplicação da técnica da modulação temporal de efeitos, a depender da configuração normativa das relações que são afetadas pela decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade.

A possibilidade de se reconhecer a produção de efeitos, ainda que restrita no tempo, por uma lei declarada inconstitucional, pode se contrapor não apenas ao princípio da nulidade dos atos normativos assim qualificados, mas também a direitos fundamentais dos cidadãos e a princípios específicos, nucleares num dado subsistema normativo. A chancela da eficácia de um diploma tido por contrário à Constituição pode, com efeito, ter por resultado situações inusitadas, que merecem ser estudadas em separado, com o fim de se aperfeiçoar os parâmetros normativos que devem reger a modulação temporal dos efeitos das decisões que acolhem arguições de inconstitucionalidade.

No Direito Administrativo, por exemplo, desapropriações - que representam uma forma de intervenção pública na propriedade privada - podem ter se aperfeiçoado com base em atos normativos inválidos; muitas podem ter sido aplicadas com esteio em leis editadas contrariamente à Constituição. No Direito Processual Civil, um órgão jurisdicional pode haver tido a sua composição definida por uma lei ofensiva, *v.g.*, ao princípio do juiz natural, cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada muito após diversas decisões terem sido proferidas pelo referido, e hipotético, órgão judicante. A manutenção de tais situações pode, ou não, dar-se a partir de um juízo discricionário do Supremo Tribunal Federal, que modularia, eventualmente, com efeitos *ex nunc* ou *pro*

futuro, as leis exemplificadas, cuja invalidade teria sido reconhecida pela Corte? O manejo no tempo dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, nas hipóteses tecidas, se ajustaria ao texto constitucional?

Os exemplos que melhor traduzem, *prima facie*, o que aqui se pretende ilustrar, situam-se no âmbito do Direito Penal. Suponhamos que cidadãos tenham sido condenados, através de sentenças transitadas em julgado, pela prática de um crime cuja tipificação legal veio a ser supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Poderia a Corte, numa tal circunstância, ressaltar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas para o futuro, não abrindo chance a que os condenados proponham revisões criminais em face dos provimentos jurisdicionais através dos quais se viram apenados? Daniel SARMENTO (2002: 34) chegou a tratar do tema, e assim expôs seu pensamento:

“Cabe ainda indagar se a faculdade de modular os efeitos das decisões no controle de constitucionalidade das leis estende-se a todos os domínios normativos. Em que pese o silêncio da lei, entendemos que, no mínimo, as normas incriminadoras do Direito Penal estão excluídas deste campo. O princípio da legalidade, no Direito Criminal, assume um rigor absoluto, tornando absolutamente inaceitável admitir-se a punição de alguém pela prática de suposto ilícito tipificado em legislação inconstitucional, e portanto desprovida de valor jurídico. O relevo superior atribuído pela Constituição à liberdade, e a filosofia penal garantista, que se deixam entrever na obra do constituinte, permitem que se conclua, sem sombra de dúvida, que as decisões no controle de constitucionalidade que beneficiarem acusados ou condenados terão forçosamente que retroagir.”

A utilidade de se recorrer ao direito comparado, na tentativa de se responder às perguntas acima externadas, é limitada, pois são as ordens jurídicas específicas de cada país, máxime suas Constituições, que servirão de base à resolução das questões propostas. Entretanto, não deixa de ser curioso, diante das colocações de Daniel SARMENTO, o fato de que a Suprema Corte Americana, em oportunidade marcante, ao atribuir efeitos apenas prospectivos às suas decisões, o fez justamente em um caso penal, negando o pedido de revisão criminal de um cidadão que havia sido condenado definitivamente a partir de provas produzidas em moldes que posteriormente viriam a ser considerados inconstitucionais pelo Tribunal (caso *Linkletter vs. Walker*, 1965). Em outras palavras, a Suprema Corte Americana – quando veio a aplicar inicialmente a

modulação de efeitos, técnica da qual, como visto acima, não mais lança mão – conferiu efeitos prospectivos justamente à inconstitucionalidade de disposições processuais penais, e negou pedidos rescisórios de condenações que teriam se perpetrado a partir de procedimentos de instrução considerados inválidos pelo Tribunal em casos idênticos.

O Direito Tributário igualmente oferece inúmeras peculiaridades que podem se contrapor à possibilidade irrestrita de serem conferidos efeitos meramente prospectivos às declarações de inconstitucionalidade de normas tributárias. A primeira indagação que se faz deriva do princípio da legalidade estrita em matéria tributária, o qual tem por conteúdo básico a diretriz de que o contribuinte somente poderia ter o seu direito fundamental à propriedade privada restringido, pelo exercício do poder tributário, nos casos da existência de uma lei válida que embasasse a atuação da Fazenda Pública. A Constituição, de fato, não permite que os cidadãos sejam forçados a canalizar parte de seus recursos privados para os cofres públicos, a título de tributo, senão quando uma lei legitimamente assim dispuser (simetricamente ao que se dá no campo penal, em que ninguém pode se sujeitar a uma sanção privativa da liberdade, a não ser pela prática de um ilícito criminal legalmente definido). Neste contexto, se a lei que embasou a arrecadação de um imposto, por exemplo, durante um dado período, vem a ter a sua constitucionalidade negada pelo Supremo Tribunal Federal, poderia a Corte modular os efeitos de sua decisão, consolidando os recolhimentos que se procederam sob o pálio da legislação inválida?

E se uma lei tributária for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por violação ao princípio da igualdade, ou ao princípio da capacidade contributiva, que nada mais são que o desdobramento de direitos fundamentais gerais no âmbito do sistema tributário? Pode a arrecadação, procedida mediante a aplicação de uma norma tal, ser mantida incólume, a partir de um juízo de ponderação efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, através do qual a Corte optasse por conferir efeitos *ex nunc* à sua decisão?

Ainda no âmbito tributário, e vista a questão de outro ângulo, o Supremo Tribunal Federal poderia arrimar-se, como fundamento para modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei tributária, nas dificuldades financeiras que seriam enfrentadas pelo Estado, caso fossem atribuídos efeitos *ex tunc*

ao acórdão? Ou tal argumento seria de índole meramente econômica, de modo que o seu emprego se traduziria, ao cabo, na dissolução da normatividade do sistema jurídico no seu ambiente, comprometendo a própria função que o Direito – e, mais especificamente, a Constituição – desempenha na sociedade moderna?

Sobre a possibilidade específica das dificuldades de caixa do Poder Público servirem de esteio à modulação de efeitos, Misabel Abreu Machado DERZI, por exemplo, rechaça-a com veemência:

“Se as perdas do Estado com a compensação dos tributos pagos, com base em lei inconstitucional, se tornarem o parâmetro para a modulação de efeitos das decisões, então os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes serão letra morta.” (DERZI, 2009: 520)

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal efetivamente modulou, em favor da União, os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade das regras que instituíam prazos diferenciados de decadência e de prescrição para a constituição e execução de créditos referentes às contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários (Recurso Extraordinário n. 559.882/RS⁷, no qual fora examinada a constitucionalidade das regras constantes da Lei n. 8.212/91, que estabeleciam prazos de dez anos para a Administração lançar e cobrar os tributos disciplinados naquele diploma legal, em contrariedade às disposições do CTN, que afirmam serem os referidos interregnos quinquenais). Ao fazê-lo, a Corte, ainda que não o haja declarado expressamente, teve em mira, provavelmente, evitar que a Fazenda Pública Federal se visse embaraçada com a necessidade proceder à devolução de ingente montante de contribuições que, segundo os prazos fixados pelo Código Tributário Nacional, haviam sido pagas quando já fulminadas pela prescrição.

* * *

Enfim, quais são os parâmetros que devem ser observados pelo Supremo Tribunal Federal, quando da modulação de efeitos no tempo das declarações de inconstitucionalidade de leis tributárias?

⁷ Apesar de se tratar de controle difuso de constitucionalidade, a fundamentação desenvolvida no acórdão, bem como os debates travados em Plenário, referente aos parâmetros para se proceder à modulação de efeitos, são compatíveis com o controle concentrado, sendo, assim, pertinente a sua análise neste trabalho.

A definição de tais balizas normativas é de fundamental importância para o aperfeiçoamento e contínua democratização da atividade exercida pela Jurisdição Constitucional. O mero recurso às cláusulas genéricas da segurança jurídica e do relevante interesse social, tal como dispostas no art. 27 da Lei n. 9.868/99, não se mostra suficiente para sustentar medida tão grave como a manutenção de atos de aplicação de uma lei tributária declarada inconstitucional.

O estabelecimento de parâmetros normativos mais precisos, que possam ser utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, à luz das peculiaridades do domínio normativo em que se insere a lei cuja invalidade é reconhecida, surge como providência de todo relevante, na medida em que intenta contribuir, com repercussões práticas imediatas, para o incremento do conhecimento em torno das técnicas decisórias que podem ser empregadas pela Corte.

Note-se que a modulação de efeitos, desde o início das discussões em torno da possibilidade de sua adoção no direito brasileiro, sempre foi vislumbrada como uma medida absolutamente excepcional, contraposta à regra geral aplicável às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, que é a da eficácia *ex tunc*. Esta posição foi muito bem exposta pelo Ministro Sepúlveda Pertence no seguinte voto:

“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 protrair 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.” (ADI 1.102, Rel. Maurício Corrêa, DJ 17.11.1995)

Não obstante isso, o Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, tem modulado os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de leis sem se desincumbir de maiores ônus argumentativos, reflexo, talvez, justamente da falta de estabelecimento de parâmetros mais efetivos, aptos a moldar o emprego de tal fórmula decisória.

Voltemos, por exemplo, ao Recurso Extraordinário n. 559.882/RS, que teve por objeto a questão ligada à constitucionalidade da fixação de prazos prescricionais e decadenciais diferenciados para a constituição e cobrança de contribuições previdenciárias. Naquele processo, como visto acima, o STF reconheceu a inconstitucionalidade dos prazos decenais previstos na Lei n. 8.212/91 (Plano de Custeio da Seguridade Social). Ressalvou, todavia, com base no princípio da segurança jurídica, todos os pagamentos já efetivados – e ainda não questionados em juízo – tendo por base o diploma legal inválido, chancelando, assim, situação em que tributos que teriam sido quitados quando já decaídos ou prescritos não mais poderiam ser reavidos. E, ao fazê-lo, o Tribunal praticamente não expôs qual seria o conteúdo da “segurança jurídica” que ali era protegida. Com efeito, após tecer considerações acerca da aplicabilidade da modulação dos efeitos no controle difuso, o Ministro Gilmar Mendes, Relator, no que toca especificamente ao conteúdo da segurança jurídica que, naquele caso concreto, deveria ser protegida através da modulação de efeitos do reconhecimento da nulidade da lei, asseverou apenas que:

“Na espécie, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 pode acarretar grande insegurança jurídica quanto aos valores pagos fora dos prazos quinquenais previstos no CTN e que não foram contestados administrativa ou judicialmente.”

A supremacia da Constituição, traduzida no princípio da nulidade das leis inconstitucionais, no caso específico, foi afastada sem que para tanto fossem apresentados fundamentos suficientemente consistentes, o que destaca a relevância da busca de parâmetros mais seguros que definam as potencialidades legítimas de aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99.

Como visto acima, cada domínio normativo do ordenamento jurídico oferecerá singularidades que recomendam a análise, em separado, das possibilidades de aplicação da modulação de efeitos com relação aos efeitos produzidos por leis inconstitucionais em dado interregno. Os impactos da técnica, conforme expusemos, se diferenciam conforme se trate de leis penais ou administrativas, sendo, assim, mais conveniente, do ponto de vista científico, que a avaliação da adequação, da legitimidade e dos limites do emprego da modulação de efeitos se faça separadamente, tendo por paradigma investigativo determinado ramo do ordenamento jurídico. O objetivo do presente

trabalho, em tal contexto teórico, é colaborar para a fixação de parâmetros dogmáticos concretos, que devam ser observados quando se cogite acerca da aplicação da mencionada fórmula decisória aos casos em que for declarada a inconstitucionalidade de normas tributárias.

* * *

O estabelecimento dos ônus argumentativos do qual o Poder Judiciário deve se desincumbir, quando chancela os efeitos que uma lei inconstitucional produziu durante certo intervalo de tempo, passa, necessariamente, pela avaliação crítica de elementos teóricos básicos, conjugada com reflexões em torno do próprio texto constitucional brasileiro.

O primeiro trecho do itinerário investigativo, em busca de parâmetros mais efetivos para a aplicação da modulação de efeitos em casos tributários, buscará investigar os fundamentos hermenêuticos que envolvem a construção do sentido das normas constitucionais. Tal ponto de partida se justifica na circunstância de que a decisão judicial representa o momento aplicativo do direito por excelência. Compreender o seu funcionamento, nesse contexto, equivale a clarificar como os textos normativos – e os fatos que lhes são subjacentes – se relacionam quando do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, dando ensejo ao nascimento de pretensões ligadas à modulação temporal dos efeitos da decisão que reconhece a ilegitimidade da norma impugnada.

A segunda etapa da pesquisa se consubstanciará em incursões no próprio papel que cabe à jurisdição constitucional concentrada exercer no Estado Democrático de Direito. Neste ponto, a discussão induz reflexões em torno da diferenciação funcional entre o direito, a política e a economia, como subsistemas sociais diferenciados, e dos próprios limites da legitimidade da atividade judicante, mais precisamente daquela que se debruça sobre controvérsias acerca da adequação de diplomas normativos gerais ao texto constitucional, e que, autorizada por lei, pretende modular no tempo os efeitos de suas decisões.

Enfim, há que se verificar qual seria a base de legitimidade constitucional – extraída paradigmaticamente da noção de Estado Democrático de Direito – detida pelo

Supremo Tribunal Federal quando decide ações diretas de inconstitucionalidade. A verificação do papel do ‘juiz constitucional’ na sociedade brasileira contemporânea, bem como a pesquisa em torno de quais seriam os fundamentos constitucionais que embasariam, em geral, as discussões em torno da validade e da aplicação, ou não, do art. 27 da Lei n. 9.868/99, será capaz de situar adequadamente a posição que o STF ocupa frente a essa temática, o que, espera-se, contribuirá para a fixação de parâmetros decisórios para a atuação da Corte.

De posse de elementos teóricos pré-definidos acerca do papel que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado, desempenha no constitucionalismo brasileiro atual, assim como assumida uma posição no debate existente, em torno da validade e da legitimidade da modulação de efeitos no tempo, estaremos aptos a adentrar na última fase da investigação, na qual procederemos ao cotejo do texto constitucional, mais especificamente das limitações constitucionais ao poder de tributar, com os dados anteriormente depurados.

Conforme já assinalado acima, a Constituição brasileira é pródiga de dispositivos que, através da positivação de princípios e regras de garantia, condicionam o exercício do poder estatal de tributar. Este amplo arcabouço normativo, dentre outras diretrizes, consagra inúmeras e preciosas aquisições jurídicas da sociedade brasileira, expressas em princípios como o da legalidade, da igualdade, da capacidade contributiva, do não-confisco, da anterioridade, enfim, todo um feixe de normas especificamente referidas à atividade impositiva do Estado, que não podem ser deixadas de lado nos casos em que for considerada a modulação, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei tributária.

Enfim, articularemos, a partir de agora, num diálogo teórico recíproco, as quatro variáveis acima expostas (teoria da interpretação constitucional - teoria da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito - teoria da manipulação temporal da eficácia das declarações de inconstitucionalidade - teoria das limitações constitucionais ao poder de tributar), postura metodológica que, pretendemos, revelará parâmetros dogmáticos consistentes, aptos a balizar as potencialidades da modulação de efeitos, no tempo, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões que declaram a

inconstitucionalidade de normas tributárias no âmbito dos processos objetivos de controle.

2. REVELANDO O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO: A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. O texto constitucional e a concretização da Constituição. Entre fatos e normas.

Não se sustenta hoje em dia, como antanho, que os juízes, ao decidirem casos concretos que lhes são submetidos, atuem de forma neutra, como a boca da lei, ou seja, como agentes de uma operação de subsunção direta envolvendo fatos e normas⁸. Já Hans KELSEN (1998), no derradeiro capítulo de sua *Teoria Pura*, externava lição que tinha por substrato o reconhecimento do caráter relativamente indeterminado da linguagem através da qual o direito é vertido, ao admitir a possibilidade de, pela via interpretativa de um dado texto, erigir-se uma moldura de variados sentidos possíveis da norma; definida a moldura, restaria ao aplicador, no exercício de uma vontade inescrutável, optar, dentre aqueles extraíveis do texto, pelo sentido que lhe aprouvesse, concretizando, assim, a norma do caso⁹.

Essa indeterminação parcial da linguagem¹⁰ natural (assim entendida aquela que usamos para falar, ou seja, para nos fazermos entender uns perante os outros no dia-a-dia), por meio da qual se externam as comunicações jurídicas^{11 12 13}, é intuitiva, e

⁸ “Desde O. Bülow, é cediço afirmar o árduo papel criador do juiz. O abandono de uma caduca concepção de aplicação da lei, como um silogismo lógico dedutivo, em favor de uma compreensão jurídica, parece ser uma aquisição definitiva.” (DERZI, 2009: 49)

⁹ “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível.” (KELSEN, 1998: 390)

¹⁰ Segundo Arthur KAUFMANN, “(...) a linguagem é a auto-expressão da pessoa, ela é a origem do espírito humano e da sua personalidade, só com a faculdade de falar começa o ser humano a ser humano em sentido próprio e profundo: a tomar posse de si e do seu mundo (o que não significa, que o merecimento de tutela jurídica só comece neste momento e não já a sua potencialidade para ser pessoa). Por esta razão não é adequado o ‘cogito ergo sum’ de Descartes como ponto de partida para a descoberta do ‘mundo exterior’. O ponto de partida para o homem que se busca a si mesmo e ao mundo – ‘o seu mundo’ – é a linguagem. ‘No princípio era o verbo’. A linguagem é pura e simplesmente o humanum.

(...)

Através da linguagem, diz Oksaar, constrói o homem a sua concepção sobre a realidade envolvente, e cita uma frase notável de Karl Kraus: ‘o mundo é peneirado através da peneira das palavras’. No mesmo sentido também se falou da verbalidade do mundo.” (2004: 165 - 166)

¹¹ “Inegavelmente, a linguagem jurídica, enquanto um tipo de linguagem ordinária ou natural especializada e não uma linguagem artificial, é ambígua e vaga, o que dá ensejo a interpretações divergentes.” (NEVES, 2006: 204)

¹² “A linguagem, portanto, é um instrumento de compreensão, já que, como afirma Santaella, ‘nosso acesso sensível ao mundo é sempre como que vedado por essa crosta signíca’, e também de comunicação, servindo para a sugestão de estímulos de significações e sentidos de um ser humano para o outro. O Direito, portanto, sendo interferência intersubjetiva de comportamentos, sendo a imposição de

aprendemos a reconhecê-la desde a infância. Há uma antiga brincadeira, popular entre as crianças, chamada telefone sem fio, cujo fito é justamente a diversão de se detectar como uma mensagem simples pode ser desvirtuada, na exata medida em que na sua transmissão vão se interpondo novos interlocutores. Nessa interação lúdica, perfilam-se diversas crianças; da primeira parte uma frase simples, que deve ser repetida ao longo da cadeia de pequenos mensageiros; o resultado é que, pela décima criança, a frase simples emitida no início já se desvirtuara completamente (por exemplo, a expressão “*na hora do recreio iremos ao parquinho*” se transfigura em “*na hora do passeio comeremos um pouquinho*”). Num tal contexto, representativo da contingência lingüística que se nos impõe cotidianamente, assoma como imperdoável ingenuidade crer que uma mensagem escrita – uma lei, v.g. – emanada dos órgãos soberanos do Estado, será apreendida com sentido uniforme pelos integrantes de toda a sociedade.

Lidar e aceitar essa indeterminação, inerente ao direito, é tarefa difícil e invocadora de pretensões ambíguas, que dialeticamente disputam espaço ao longo do vivenciar do fenômeno jurídico. De um lado, busca-se segurança através da cunhagem o mais precisa possível dos textos normativos. De outro, intenta-se resguardar a capacidade do ordenamento de dar respostas adequadas e adaptadas às circunstâncias das situações concretas reguladas através de princípios e diretrizes gerais, cuja densidade semântica somente se completa à vista de um caso determinado. Isso demonstra de plano a tensão interna que pulsa ininterruptamente no interior da ordem jurídica, e que se apresenta como elemento propulsor de seu contínuo evoluir: de um lado a segurança; de outro, a justiça.

Partindo-se de KELSEN (1998), no itinerário em busca da compreensão dos fundamentos da interpretação jurídica, capazes de explicar à sociedade os seus mecanismos e peculiaridades mais íntimas, não se pode contentar com as teses expostas na *Teoria Pura*. Na verdade, o aperfeiçoamento contínuo da hermeneutica jurídica se

modelos de expectativas de comportamento pelos agentes do poder a terceiros, inevitavelmente é um fenômeno de linguagem e de comunicação, ou, como afirma Arthur Kaufmann, ‘el derecho se produce a través del language’.” (CAYMMI, 2007: 26)

¹³ “*Toda linguagem, e a jurídica não é exceção, possui três dimensões ou ‘enfoques semióticos’, que são a semântica, a sintática e a pragmática. A semântica estuda a relação do signo com o seu objeto ou significado; a sintática ou sintaxe estuda, a relação dos signos entre si; e a pragmática, a relação dos signos com a realidade social no processo de sua utilização, levando em conta a relação emissor-receptor dos sujeitos da relação comunicativa.*” (idem, 2007: 31)

impõe como necessidade emergente da própria evolução paradigmática do direito, agora revestida de um complexo horizonte chamado Estado Democrático de Direito. A superação das conclusões de KELSEN, todavia, não é tarefa fácil; nem por isso, contudo, deve ser posta de lado.

KELSEN ofereceu duas noções básicas para a compreensão da interpretação do direito. A primeira delas, vista logo acima, consubstanciou-se no reconhecimento de que um texto normativo pode oferecer possibilidades hermenêuticas diversas, capazes de formar um quadrante definido dos sentidos possíveis que poderão ser conferidos à norma do caso. A segunda, incidindo no momento que se segue imediatamente à definição da moldura de interpretações potenciais do texto, é representada pela renúncia da ciência do Direito à pesquisa das razões que levam o aplicador a optar por um ou outro dentre os sentidos possíveis anteriormente apurados. Em outras palavras, o autor preceitua a possibilidade do controle metódico do instante inicial do processo de revelação do sentido da ordem jurídica, quando a razão permitiria delimitar precisamente as possibilidades semânticas que um dado texto oferece, mas não do segundo, quando o juiz ou administrador, por exemplo, optariam livremente por um daqueles sentidos num primeiro momento detectados. Ou seja, a revelação do sentido da ordem jurídica, procedida inicialmente com controle, exatidão e rigor científico na definição das interpretações possíveis que um dado texto permitiria, desaguaria, ao final, num átimo, em descontrole e decisionismo, ainda que restritos aos lindes da “moldura” semântica previamente definida. Isso tudo, é claro, da perspectiva da ciência do Direito, que é o objeto das atenções daquele consagrado autor.

A prática judiciária parece confirmar, num primeiro momento, as bases lançadas por KELSEN. O contato diuturno com a resolução de conflitos de interesses pelo Poder Judiciário deixa entrever, com efeito, certo descontrole metódico na realização das opções hermenêuticas por parte dos julgadores. Suas convicções íntimas e histórias de vida parecem, de fato, se sobrepor a qualquer possibilidade racional de se definir *a priori* parâmetros de controle para esse momento íntimo, representado pelo derradeiro instante, pela opção final, que redundará na norma individual que regerá enfim o caso.

Contribuições críticas à obra de KELSEN vêm sendo copiosamente produzidas há décadas, e abarcar toda a literatura que hoje trata do assunto é tarefa impossível.

Selecionar informações é imprescindível. Como o nosso objeto de análise aqui é, primordialmente, a hermenêutica constitucional, recuemos um pouco no tempo e voltemos a um famoso texto de Ferdinand LASSALLE, antes de adentrarmos nas críticas efetivamente oponíveis, no particular, à *Teoria Pura do Direito*.

* * *

Até que ponto os fatos regulados pelo direito influenciam na sua própria interpretação? Interpretar a Constituição é uma tarefa que envolve apenas, como se poderia inferir das lições de KELSEN, um texto e o seu leitor? É no itinerário da busca de respostas a tais indagações que se faz necessário o recuo a LASSALE, e à sua famosa, e polêmica, assertiva, no sentido de que a constituição seria uma mera *“folha de papel”*, destituída de potencial normativo suficiente para regular as forças políticas efetivamente vigentes na sociedade.

Para LASSALE, a verdadeira Constituição seria formada não por um texto normativo, mas sim pelas relações de poder existentes, de fato, na sociedade. O texto constitucional somente adquiriria normatividade, isto é, capacidade de incidir sobre situações reais, disciplinando-as juridicamente, se e na medida em que correspondesse às relações de poder regentes, *hic et nunc*, das interações entre os atores políticos. Ao contrário, se o texto constitucional deixasse de simplesmente projetar essas mesmas relações de poder, seria por elas simplesmente sobrepujado. O poder regulador, enfim, seria dos fatores políticos estruturantes da sociedade, e não do texto constitucional. Eles, e somente eles, ao cabo, estabilizariam as expectativas dos integrantes de determinado corpo social, no que se refere às relações de poder nele existentes. O texto constitucional seria – redundantemente – nada mais que um texto. Não por outra razão, o autor em questão assevera que onde *“(…) a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.”* (LASSALE, 2001: 33)

Mais adiante, na *“Essência da Constituição”*, apresenta-se a conclusão radical de que os *“problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do*

poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar”. (LASSALE, 2001: 40)

A base do raciocínio do autor reproduz, em parte, ainda que implicitamente, uma famosa diferenciação que veio por décadas a ser objeto de análise por parte da literatura jurídica, entre Constituição formal e Constituição material¹⁴. A primeira seria, grosso modo, representada pelo texto normativo, abordado e reificado friamente como coisa isolada dos fatos sociais por ele regulados; a segunda, por sua vez, na visão da LASSALE^{15 16}, equivaleria à efetiva relação existente entre as forças reais de poder num

¹⁴ LASSALE não usa a expressão constituição material para identificar as estruturas de poder vigentes, qualificando-as como “constituição real”, contraposta à “constituição escrita”, sistematização que em tudo remete à classificação existente entre constituição material (em sentido amplo) e constituição formal, assim sintética e didaticamente exposta por José Afonso da SILVA (1998: 42-43): “*A constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais.*”

A constituição formal é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria estabelecidos.”

¹⁵ Que não se identifica, como se verá abaixo, com a noção de Constituição Material de outros autores, como, por exemplo, Jorge MIRANDA (2005: 321-322), para quem tal conceito exprime não o sentido de relações de poder existentes na prática, mas sim aqueles conteúdos que são considerados como tipicamente objeto de disciplina constitucional. Vejamos:

“I – Há duas perspectivas por que pode ser considerada a Constituição: uma perspectiva material – e que se atende ao seu objeto, ao seu conteúdo ou à sua função; e uma perspectiva formal – em que se atende à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico.

A estas perspectivas vão corresponder diferentes sentidos, não isolados, mas interdependentes.

II – De uma perspectiva material, a Constituição consiste no estatuto jurídico do Estado ou, doutro prisma, no estatuto jurídico do político, estrutura o Estado e o Direito do Estado.

(...)

Tendo em atenção, contudo, as variações históricas registradas, justifica-se enumerar sucessivamente uma acepção ampla, uma acepção restrita e uma média.

A acepção ampla encontra-se presente em qualquer Estado; a restrita liga-se à Constituição definida em termos liberais, tal como surge na época moderna; o sentido médio é o resultante da evolução ocorrida no século XX, separando-se o conceito de qualquer direção normativa pré-sugerida.

Para salientar mais claramente as diferenças entre a situação antes e após o advento do constitucionalismo, pode reservar-se o termo Constituição institucional para a Constituição no primeiro período e o termo Constituição material para a Constituição no segundo período; Constituição institucional ali, porque identificada com a necessária institucionalização jurídica do poder; Constituição material aqui, porque de conteúdo desenvolvido e reforçado e suscetível de ser trabalhado e aplicado pela jurisprudência.

Como hoje a Constituição material comporta (ou dir-se-ia comportar) qualquer conteúdo, torna-se possível tomá-la como o cerne dos princípios materiais adotados por cada Estado em cada fase de sua história, à luz da idéia de Direito, dos valores e das grandes opções políticas que nele dominem. Ou seja:

dado corpo social. Ou seja, contrapostos ao texto constitucional haveria os fatos constitucionais básicos, a Constituição real, a servir de fundamento estrutural central das relações de poder existentes na sociedade, e a reger, empiricamente, as condutas dos políticos profissionais e o exercício da “cidadania”. A fonte básica de apreensão do Direito Constitucional, assim, não seria o texto constitucional, os princípios e as declarações de direito através dele positivados, objetivados como simples formalizações de boas intenções – expressões, digamos, de certo romantismo político-social – mas sim as relações sociais de poder empiricamente constatáveis na sociedade. Estas sim seriam responsáveis pela estabilização de expectativas acerca das estruturas direcionadoras dos processos decisórios – ou seja, da configuração das relações políticas – num dado Estado.

À primeira vista, os regimes totalitários da primeira metade do século XX parecem ter dado razão às assertivas de LASSALE. O fracasso, especialmente, da Constituição de *Weimar*, com a instalação do regime nacional socialista e o predomínio dos fatores reais de poder vigentes sobre o texto constitucional, assomam, num primeiro lançar de olhos, como uma comprovação empírica irrefutável das afirmações daquele autor¹⁷. No Brasil, outrossim, pode-se vislumbrar exemplos neste sentido – não tão

a Constituição em sentido material concretiza-se em tantas Constituições materiais quanto os regimes vigentes no mesmo país ao longo dos tempos ou em diversos países ao mesmo tempo. E são importantíssimas, em múltiplos aspectos, as implicações desta noção de Constituição material conexa com a de forma política.

III – A perspectiva formal vem a ser a de disposição das normas constitucionais ou do seu sistema diante das demais normas ou do ordenamento jurídico em geral. Através dela, chega-se à Constituição em sentido formal como complexo de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força jurídica superior à de quaisquer outras normas.” (MIRANDA, 2005: 321-322)

¹⁶ Já BONAVIDES parece identificar as noções de ‘constituição sociológica’ (à similitude da concepção de LASSALE de constituição real) e de ‘constituição material como expressão que remete ao conteúdo normativo tipicamente constitucional’:

“Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

Debaixo desse aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja.” (BONAVIDES, p. 80-81)

¹⁷ Diz Konrad HESSE (1991: 10): *“A concepção sustentada inicialmente por Lassale parece ainda mais fascinante se se considera a sua aparente simplicidade e evidência, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua aparente confirmação pela experiência histórica. É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática. Pode-se recordar, a propósito, tanto o conflito relativo ao orçamento da Prússia (Budgetkonflikt), referido por Lassale, como a mudança do papel político do Parlamento, subjacente à resignada afirmação de Georg*

evidentes, é claro – ao longo de sua história constitucional. O texto de 1891, por exemplo, mergulhado em relações de poder refratárias aos ideais subjacentes ao regime republicano, foi absorvido pelo coronelismo e por outras práticas sociais absolutamente excludentes¹⁸. O texto de 1946, por sua vez, parece jamais ter conseguido se estabilizar minimamente; vigeu ameaçado por quase vinte anos, num vaivém institucional marcado historicamente por diversas tentativas de golpe de estado e por um presidente da República que veio a se suicidar; naufragou definitivamente em 1964, a partir de quando passou, irrefutavelmente, à humilhante condição de mera “folha de papel”¹⁹.

A tese de LASSALE, contudo, peca pela simplificação, ao pretender se amparar em suposta realidade que se auto-evidencia, destacada a partir de um corte metodológico que põe à margem importantes fatores ínsitos não só à idéia de constitucionalismo, mas também ao próprio fenômeno jurídico.

Direito é antes de tudo norma; “dever-ser”, e não “ser”, como já defendia KELSEN em sua *Teoria Pura*. Ou seja, é sistema regido pela noção de imputação, e não de causalidade. O argumento jurídico traz ínsito em si, nesse contexto, a possibilidade do comando normativo não ser cumprido. A lei jurídica, ao contrário da lei da natureza, não perde automática validade quanto negada pelos fatos. Se as afirmações acerca da gravidade não se confirmassem na prática, a lei da gravidade jamais teria ‘entrado em vigor’; se tais afirmações, noutro giro, após já haverem sido confirmadas, fossem em seguida confrontadas pela realidade cientificamente apurada, em revelação tida

Jellineck, ou ainda o exemplo da débâcle da Constituição de Weimar, em, em virtude de sua evidência, revela-se insuscetível de qualquer contestação.”

¹⁸ Paulo BONAVIDES e Paes de ANDRADE enfatizam:

“Entre a Constituição jurídica e a Constituição sociológica havia enorme distância; nesse espaço se cavara também o fosso social das oligarquias e se descera ao precipício político do sufrágio manipulado, o que fazia a inautenticidade da participação do cidadão no ato soberano de eleição dos corpos representativos.” (2006: 260)

¹⁹ *“Em outras palavras, a Constituição de 46 não logrou se fazer presente no dia-a-dia do povo, nem mesmo demonstrar que era instrumento de participação e mudança. A ditadura do Estado Novo criou o mito de que as conquistas, como a legislação, por exemplo, não significavam conquistas, mas dádivas do poder e do seu chefe. A maioria das lideranças políticas, ao invés de trilharem o duro caminho do esclarecimento e da penetração dos mecanismos de decisão democrática pelo tecido social, preferiram o caminho fácil do populismo, no estilo inaugurado por Vargas. As exceções, as honrosas exceções, sempre existiram e sempre existirão, mas a verdade é que a grande maioria não optou por realizar, tornar efetivo os princípios consagrados pela Constituição, e que deveriam ser as aspirações máximas de nosso povo.*

O fato então é que a consciência autoritária não se viu atacada em sua raiz, e o populismo se fez uma alternativa trilhada de maneira irresponsável. Ninguém percebeu que a Constituição por si só não poderia garantir os princípios expressos em seu texto. Não se percebeu sobretudo que essa ambigüidade se tornaria insustentável por muito tempo.” (idem, 2006: 416)

intersubjetivamente como mais próxima da ‘verdade’, a lei da gravidade seria instantaneamente ‘ab-rogada’. No direito, contudo, o problema é mais complexo, na medida em que a própria noção de norma se erige a partir da possibilidade de o comando nela contido se manter hígido, mesmo quando descumprido. Ao contrário do que LASSALE diz, portanto, o descumprimento da Constituição, apurado na realidade dos fatos, não pode, por si só, levar à conclusão de que inexista uma norma constitucional posta e vinculante, que se sustenta em vigor mesmo quando descumprida. Afirmar que são as relações de poder empiricamente existentes que determinam, ao cabo, os rumos da sociedade, não significa, nesse contexto, defender uma concepção “real” de Constituição, mas sim negar a juridicidade – ou seja, a noção da Constituição como um documento que veicula típicas normas jurídicas – que o constitucionalismo inaugurado no século XVIII veio atribuir às pretensões de controle do poder. A noção de LASSALE, portanto, simplesmente não se coaduna com o que viemos a entender como sendo uma Constituição, após as revoluções americana e francesa. Sua Constituição “real”, enfim, simplesmente não é Constituição, ao menos do ponto de vista jurídico. O referido autor, assim, arrojou teoria demasiado ambiciosa, que pretendeu ser mais realista do que a própria realidade que pretendia retratar, qual seja, a realidade jurídica, que é normativa, e, portanto, não se rege por nenhuma espécie de causalidade sociológica, cujos mecanismos sejam definíveis *a priori*.

O constitucionalismo, como aquisição evolutiva²⁰, unge as constituições a um patamar normativo diferenciado. Norma das normas, regramento e principiologia do exercício do poder, acoplamento estrutural entre direito e política, a Constituição é o repositório das pretensões de liberdade e de igualdade da sociedade. É o texto constitucional, ou melhor, a normatividade conferida àquele documento, que suporta que, ao longo do tempo, pessoas e grupos possam traduzir, sob diferentes paradigmas, a sua vontade de liberdade e igualdade em lutas por *direitos* de liberdade e de igualdade, ou seja, pela efetivação prática de uma justiça que já lhes é, supõe-se, assegurada juridicamente – ainda que através de normas providas de conteúdo fluido. Nesse passo, o discurso constitucional, porquanto normativo, é potencial e instrumentalmente assestado à transformação das relações de poder excludentes, que porventura se encontrem diluídas em formas de vida ou ancoradas no *ethos* dominante. Destituir a

²⁰ Cf. LUHMANN, 1996.

juridicidade da Constituição, adstringindo o seu conceito às relações de poder por ela disciplinadas (à realidade política pura, pois), assim, significa desarmar a cidadania da chancela jurídica que é conferida às suas pretensões de emancipação, lançando-a na sorte certa das disputas de poder travadas à margem de qualquer disciplina normativa: a vitória do mais forte.

Por outro lado, as discussões em torno das assertivas de LASSALE acerca da Constituição real, apesar de não confirmarem a exatidão de tal conceito, denotam uma realidade irrefutável, que se auto-evidencia a partir dos referidos debates, qual seja, a de que há, com efeito, relações de implicação recíproca entre o texto constitucional e a realidade política por ele regulada. Mesmo para KELSEN, uma ‘*constituição formal*’ que nada regulasse, ou seja, que deixasse absolutamente de ser observada pelos destinatários da norma, deixaria de vigorar²¹. Por sua vez, os exemplos de *Weimar* e do Brasil de 1891 e de 1946, acima expostos, se por um lado, do ponto de vista da história do constitucionalismo globalmente considerada, não foram capazes evoluir as pretensões das sociedades ocidentais de serem regidas por constituições impregnadas de juridicidade – aptas a servir de suporte argumentativo para a manifestação da vontade de igualdade e de liberdade dos cidadãos e grupos –, por outro denotam o fato de que a realidade disciplinada exerce uma pressão considerável sobre o texto constitucional, buscando dirigir-lhe o sentido²². O divórcio absoluto entre a Constituição formal e a realidade política, inclusive, poderia ser assimilado à erupção do poder constituinte, deitando por terra o regime vigente e inaugurando uma nova ordem jurídica.

O momento de convergência da tensão entre o texto normativo e a realidade disciplinada é o da concretização constitucional. É nesse instante que poder (fatos) e texto passam a interagir dialeticamente no discurso que envolve a atribuição de sentido – e, portanto, a própria construção lingüística – das normas constitucionais. Na aplicação do direito, assim, não há como se estancar e isolar metodologicamente nem a

²¹ “Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponda efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma-se dizer – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como uma norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência.” (KELSEN, 1998: 12)

²² “O direito constitucional deve normatizar o processo político. Por isso a concretização se vê sob a pressão potenciada de interesses, do poder e da violência.” (MÜLLER, 2005: 140)

realidade juridicizada, nem o texto normativo (a “*fonte do direito*”), na medida em que ambos se imiscuem inevitavelmente no cinzelar das decisões.

Visto isso, voltemos a KELSEN e à sua moldura de sentidos possíveis da norma de decisão, erigida a partir da análise científica do texto legal.

* * *

Logo acima, ao se introduzir as digressões acerca das teses de LASSALE, ressaltou-se que se cuidava do início da busca de respostas a duas perguntas básicas. Rememoremo-nas:

- Até que ponto os fatos regulados pelo direito influenciam na sua própria interpretação?
- Interpretar a Constituição é uma tarefa que envolve apenas, como se poderia inferir das lições de KELSEN, um texto e o seu leitor?

As reflexões até o momento expostas, por sua vez, já revelam de antemão dois pontos de partida irrenunciáveis na busca pelo esclarecimento das indagações acima colocadas:

- A Constituição é um sistema de regras e princípios vinculantes, ou seja, provido do mais amplo caráter normativo, encontrando-se volvido a juridicizar as relações de poder existentes na sociedade – o que traz já a noção de que por vezes as normas que o integram se vejam descumpridas, sem que isso, por si só, acarrete a dissolução do sistema;
- A realidade disciplinada pelos textos constitucionais exerce influência nos procedimentos que envolvem a sua concretização, sobressaindo o momento aplicativo do direito como o átimo em que se dá a convergência da tensão existente, e permanente, entre fatos e normas.

Essas conclusões parciais já permitem identificar relevantes falhas existentes nas colocações de KELSEN acerca da interpretação/aplicação do direito posto. Isso porque,

na medida em que se reconhece a importância dos efeitos que a realidade dos fatos exerce sobre a atividade extrativa dos sentidos do texto constitucional, bem como a circunstância de que a neutralidade absoluta do intérprete, imerso na concretude da vida, é um estado de espírito impassível de ser atingido – ainda que legitimamente desejável –, a viabilidade metodológica de, por exemplo, através da ciência do direito, definir-se e colocar-se à disposição do aplicador oficial uma moldura precisa de sentidos possíveis para a norma de decisão, assoma como ficção demasiadamente abstrata e divorciada do que efetivamente se passa. Mais que isso, a confiança acrítica na viabilidade lingüística de se definir o quadro de sentidos possíveis da norma, tal como defendida por KELSEN, embuça a complexidade que envolve a imposição forçada do direito, escamoteando os pressupostos hermenêuticos que envolvem qualquer ato interpretativo²³ (ligados à realidade dos fatos, à subjetividade ao leitor e à intersubjetividade que caracteriza o próprio processo de construção de sentidos), ao invés de reconhecê-los e tentar racionalizá-los.

²³ Tanto MULLER (2005), como HESSE (2009), tecem críticas, quanto a tal questão, ao Tribunal Constitucional Federal Alemão. Ambos os autores, com efeito, asseveram que aquela Corte, ao dar conta dos métodos hermenêuticos dos quais lança mão, indica apenas os cânones tradicionais erigidos pela pandectística – mais precisamente por Savigny – que levariam em consideração apenas o texto constitucional e o seu intérprete (interpretações gramatical, sistemática, teleológica e histórica, técnicas aptas a revelar o sentido objetivo da norma). Todavia, apresentando copiosa análise de acórdãos, demonstram MULLER e HESSE que o Tribunal Constitucional, ao contrário do que divulga, unge, obscuramente, o juízo formulado sobre os fatos ligados ao caso *sub judice*, à condição de critério decisivo na interpretação do texto constitucional

Diz HESSE (2009: 108): “Portanto, as ‘regras tradicionais de interpretação’, que o Tribunal expressamente reconhece, só oferecem uma explicação parcial sobre o modo e a forma como ele elabora suas decisões.”

Já MULLER, mais ácido, afirma que a “(...) prática decisória do Tribunal Constitucional Federal quase não pode ser compreendida com as regras programaticamente professadas por esse tribunal” (2005: 9) O mesmo autor, mais adiante, prossegue:

“Casos deste tipo mostram na sua totalidade que a autolimitação programática aos tradicionais recursos exegeticos auxiliares é ilusória diante dos problemas da prática, que os recursos metódicos auxiliares não logram mais cobrir e encobrir, nem mesmo no plano verbal, os procedimentos de concretização exercidos na realidade e que os acontecimentos cotidianamente manuseados da concretização hodierna da constituição dão ensejo ao questionamento da concepção tradicional da norma jurídica e da sua aplicação.

(...)

Constata-se então que numerosos fatores normativos adicionais – encobertos pela forma verbal da metódica jurídica tradicional e do seu estilo de apresentação – entram em jogo.” (2005: 15-16)

Finalmente, conclui MULLER:

“Considerada na sua totalidade, a jurisprudência do Tribunal Constitucional federal fornece um quadro, de acordo com o estado atual, de evolução que envereda com uma série de novos enfoques pelo caminho que parte de um tratamento do texto em termos de lógica formal, só aparentemente suficientes, e avança na direção de uma concretização da constituição referida à coisa e ao caso. Do ponto de vista de uma prestação de contas hermenêutica e metodológica que é apresentada com referência ao seu próprio fazer e deve ser apresentada no Estado de Direito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal fornece um quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizantemente indistinto quanto acrítico ‘métodos exegeticos’ transmitidos pela tradição – e caudatários do positivismo legalista na sua alegada exclusividade -, mas rompe essas regras em cada caso de seu fracasso prático sem fundamentar esse desvio.” (2005:20)

A realidade empiricamente constatável da mutação, ao longo do tempo, do sentido das palavras constantes das leis²⁴, ao escancarar os influxos que o interminável cambiar dos fatos provoca sobre o próprio conteúdo semântico do texto interpretado, pode servir de suporte às críticas iniciais endereçadas ao tratamento teórico da interpretação jurídica na *Teoria Pura do Direito*. Seu eminente autor, com efeito, deixou em aberto as evoluções que poderiam sobrevir na amplitude do quadro semântico inicialmente definido pelo intérprete, ocasionadas pelo simples fluir do tempo, pelas alterações nos costumes, enfim, pela vivacidade dos fatos subjacentes ao ordenamento jurídico. Uma palavra a que outrora se impingia um determinado significado pode sofrer alterações relevantes em seu uso, capazes que defluir em inflexões de sentido ao longo da história. É cediço, por exemplo, que igualdade e liberdade são conceitos normativos que foram tidos antanho como sintonizados com o instituto da escravidão, o que hoje é, evidentemente, inaceitável; ninguém porfia, também, que o conceito legal de “mulher honesta”, há pouco ainda presente na literalidade do Código Penal brasileiro, manteve o seu sentido intacto ao longo de seus quase setenta anos de vigência. Não há texto que se situe fora da história, e que permaneça imune às suas vicissitudes. Assim, ainda que houvesse uma “moldura” de sentidos possíveis para a norma de decisão, como veio a defender KELSEN, esse catálogo semântico revelaria ao longo do tempo e do espaço uma grande influência dos fatos que lhe são subjacentes – o que é empiricamente irrefutável –, denotando a existência de uma quantidade tal de ‘molduras’ que a proposta metodológica do autor ver-se-ia, de plano, desprovida de sentido prático. Afinal, de que adiantaria falar-se em moldura de sentidos possíveis para a lei, se o referido quadro é vivo e dinâmico; enfim, se de ‘uma’ moldura não se trata efetivamente, mas sim de um processo ao qual relevante dose de plasticidade é inerente?²⁵

²⁴ Atesta-o, com clareza, Luís Roberto BARROSO: “A finalidade de uma norma, portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto.” (2008: 139) No mesmo sentido é a lição da Marcelo NEVES, para quem definição dos limites da interpretação justificável (assim considerada aquela passível de ser racionalmente extraída do texto normativo, como produto seu, ainda que não exclusivamente) é dinâmica, “eis que metamorfoses normativas sem alteração textual podem conduzir à mudança das fronteiras entre os campos das interpretações legítimas e ilegítimas.” (2003-2: 366)

²⁵ Nesse sentido parece ser o entendimento de Luís Roberto BARROSO: “Além de não ser neutro, o direito não tem objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito.” (2008: 280)

As propostas de KELSEN, ademais, mostram-se inteiramente desprovidas de sentido quando se está diante não de regras, mas sim de princípios.

A diferença entre regras e princípios não é exata, mas algumas distinções básicas podem ser apontadas, principalmente do ponto de vista metodológico. As regras se estruturam linguisticamente a partir da previsão abstrata de um fato que, se aperfeiçoado na realidade, servirá de esteio para a deflagração dos efeitos previstos na norma. Se alguém percebe renda, deve pagar o imposto de renda segundo a base de cálculo e a alíquota fixadas no conseqüente da norma tributária; se um cidadão matar outro, estará sujeito à pena privativa de liberdade prevista no art. 121 do Código Penal. Além disso, duas regras contrárias não podem vigorar ao mesmo tempo; os conflitos entre regras devem ser solvidos através de técnicas – por exemplo, de direito intertemporal – que afastem qualquer possibilidade de uma mesma situação se encontrar regida, simultaneamente, por duas regras válidas, porém contrapostas.

Os princípios, ao contrário, ostentam uma estrutura prescritiva que não revela, *prima facie*, as situações de fato às quais poderão ser aplicados, nem tampouco o conteúdo concreto, suficientemente já tornado denso, que servirá como norma de decisão individual para o caso. O princípio da igualdade não traz em si, abstratamente, a previsão dos fatos aos quais incidirá, nem o conteúdo que assumirá à sua luz; o mesmo se pode afirmar acerca da capacidade contributiva, da liberdade de iniciativa, da liberdade religiosa. Somente as situações conflituosas adensarão argumentativamente os princípios que num primeiro contato se apresentaram como aptos para reger o caso, e definir-lhes-ão, ao longo de um complexo processo de concretização, o conteúdo normativo suficiente para dirigir situações da vida. E esses princípios, atraídos inicialmente como normas potenciais, aptas, em tese, a prover soluções adequadas para os problemas aos quais se apresentam, encontrar-se-ão, nos mais das vezes, em conflito. Neste contexto, somente a argumentação adequada, erigida a partir de um discurso de aplicação^{26 27 28} racionalmente construído, voltado ao caso concreto²⁹ posto sob análise,

²⁶ “Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente (...).

Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade, sempre pressupondo um ‘pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas’, a serem argumentativamente problematizadas: ... ‘o critério formal da

será capaz de definir e densificar o princípio que, enfim, resolverá o conflito de interesses posto; isso sem prejudicar em nada, do ponto de vista abstrato, a plena vigência dos demais princípios que inicialmente se haviam apresentado, em tese, como aptos a reger o caso.

Sobre a distinção entre regras e princípios, é salutar aqui transcrever as lições de CANOTILHO acerca do tema:

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrabelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições; nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e

adequabilidade só pode ser a coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis na situação’ (GUNTHER, Klaus. The sense of appropriateness. Trad. Jonh Farell. New York: State University of New York, p. 243 et seq).” (Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, 2004: 62-63)

²⁷ Conforme ensina Menelick de CARVALHO NETTO: *“É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Gunther denomina senso de adequabilidade, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões.” (2004: 39)*

²⁸ *“Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação.” (HABERMAS, 1997: 270)*

²⁹ *“A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.” (BARROSO, 2008: 331-332)*

peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).” (2003: 1162)

Pois bem. O modelo de KELSEN se revela inapto para servir de instrumento para a interpretação dos princípios. Isso porque, se para a definição do conteúdo concreto desta espécie normativa se faz imprescindível a existência de um caso, ainda que hipotético, não há como se falar aprioristicamente numa moldura de sentidos possíveis para um princípio. Por exemplo, o princípio da igualdade, tomado em toda a sua abstração, não seria, em tese, capaz de oferecer aos órgãos oficiais de aplicação do direito um quadro com lindes minimamente definidos, dotado das alternativas semânticas a partir das quais se operaria a escolha insondável da norma individual que regeria o caso. Ou seja, a idéia de uma “moldura” de sentidos do texto legal, desconectada da realidade dos fatos, tal como definida no derradeiro capítulo da *Teoria Pura do Direito*, é inteiramente inadequada para o tratamento metódico dos princípios, razão pela qual o seu uso, nos dias de hoje, como técnica de revelação do conteúdo normativo da Constituição, mostra-se unguida de reduzida utilidade prática.

Conforme assevera CANOTILHO, “*o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in the books para uma law in action para uma living constitution.*” (2003:1163) O uso da metodologia de interpretação proposta por KELSEN, para o trabalho hermenêutico que se debruça sobre um subsistema normativo provido de tais caracteres – ou seja, dotado de um amplo catálogo de princípios – revela-se, à toda evidência, impróprio.

* * *

As críticas já até aqui expostas refutam quaisquer alternativas teóricas que indiquem a predominância exclusiva, no processo de concretização das normas jurídicas, de aspectos ligados a fatos ou a textos³⁰. Assim, a postura de LASSALE, que indicaria a Constituição real como sendo consubstanciada pela realidade política

³⁰ “*O sociologismo descarta demais do programa da norma, que tem valor próprio; o normologismo descarta demais do âmbito da norma, que igualmente tem valor próprio. O decisionismo faz desaparecer ambos na existencialidade acachapante da decisão soberana.*” (MÜLLER, 2005: 88)

existente em uma dada comunidade, é posta de lado. Igualmente rejeitada, com base nas críticas acima desenvolvidas, a posição de KELSEN, segundo quem a escolha das normas de aplicação da Constituição se daria a partir de um leque de sentidos possíveis, previamente erigido a partir de uma perspectiva que envolveria um único intérprete, neutro, e o texto constitucional. Na verdade, qualquer metódica constitucional que se pretenda desenvolver deve, ao contrário, levar em conta, a um só tempo: (1) a natureza eminentemente intersubjetiva do processo interpretativo³¹; (2) a inexistência de absoluta neutralidade por parte do intérprete/aplicador, imerso que está na sua história de vida e nos panos de fundo, nas pré-compreensões, que integram o tecido social do qual ele participa^{32 33}; (3) a necessidade, apesar disso, de parâmetros objetivos para a interpretação da constituição³⁴, sendo o texto normativo, ainda, a pedra angular do processo hermenêutico, a partir do qual a legitimidade do processo de concretização da norma poderá ser discursivamente medida e defendida; e, finalmente, (4) a integração circular de sentido que reciprocamente se dá entre o texto normativo e o caso regulado³⁵.

³¹ “O esquema sujeito/objeto da teoria do conhecimento pertence ao passado, mesmo nas ciências explicativas da natureza, mas mais ainda nas ciências hermenêuticas da compreensão.” (KAUFMANN, 2004: 14)

Mais adiante prossegue o mesmo autor:

“(…) os conhecimentos têm de estar referidos às coisas (o que não equivale a serem ontológico-substanciais; assim, diga-se desde já, o Direito não é substância, mas relação; são as relações das pessoas entre si e com as coisas que constituem o ‘objecto’ do direito), os conhecimentos têm de se encontrar numa congruência de fundamentos (não sendo de exigir, contrariamente à opinião de alguns autores, um sistema fechado) e os conhecimentos têm de ser verificáveis (o que não significa que tenham de ser logicamente necessários; nas ciências normativas a verificação surge no discurso, que, por certo, nem sempre conduz ao consenso como muitos teóricos do discurso pensam, mas pode pelo menos conduzir a uma validade intersubjetiva, uma susceptibilidade de consenso).” (idem, 2004: 99)

³² “A compreensão é, antes, sempre simultaneamente objetiva e subjetiva; o interprete insere-se no ‘horizonte de compreensão’ e não se limita a representar passivamente o objeto na sua consciência mas antes o conforma, ou, noutros termos: não se limita a ‘subsumir’ o caso na lei permanecendo completamente a margem deste processo, mas desempenha um papel conformador activo na chamada ‘aplicação do direito’.” (KAUFMANN, 2004: 68)

³³ “Se a interpretação do Direito, em fase inaugural, se centrava na busca da intencionalidade primária do legislador, em uma segunda etapa desloca-se para o exame objetivo da obra jurídica, desligada das subjetividades de seu autor, como totalidade e sistema integrado de normas. Finalmente, a partir da década de sessenta, coube a GADAMER acrescentar-lhe a perspectiva histórica do intérprete. Toda interpretação, inclusive jurídica, é uma ‘intermediação entre a nossa visão lingüística do mundo e a linguagem do texto.’

O intérprete, em que pesem todas as pretensões à objetividade, não pode abolir o seu pertencer ao mundo, de modo que sempre se dá uma tensão entre o sentido original do texto e o atual. O aqui e agora ou a historicidade do Direito, através do caso, do problema proposto, atua concomitantemente no sentido da norma, no evoluir jurídico do texto.” (DERZI, 2009: 93-94)

³⁴ Afirma Celso Fernandes CAMPILONGO: “Não existe, na hermenêutica jurídica contemporânea, nem quem defenda a completa liberdade do juiz nem quem encare a sua atuação como o resultado de uma irretorquível lógica de aplicação da lei.” (2002: 58)

³⁵ “Não pode, pois, tratar-se duma supressão da lei. Do que se trata é antes da integração, desenvolvimento e concretização da lei, ou seja, da realização da sua generalidade e, assim, da

A razão teórica não é capaz de equacionar inteiramente os problemas que envolvem a interpretação da Constituição. Algo de imponderável restará inevitavelmente como resíduo desconhecido do processo de concretização das normas constitucionais. O selo que veda a consciência do intérprete, tornando-a impenetrável, jamais será rompido por qualquer metódica que se venha a adotar. Isso não faz, contudo, do processo de revelação do sentido da Constituição, uma atividade aleatória, descontrolada e puramente subjetiva³⁶. Não exclui, além disso, os ônus argumentativos e de fundamentação que podem ser opostos ao aplicador da Constituição, forçando-o a prestar contas de sua atividade aos seus interlocutores, imediatos e mediatos. Tampouco põe de lado a possibilidade de se tratar metodicamente a influência que os fatos exercem sobre o processo de construção do sentido das normas constitucionais, ou destitui a dogmática constitucional do seu posto de técnica, por excelência, da qual a jurisdição constitucional deve lançar mão para a resolução consistente dos conflitos de interesses que lhe são submetidos. O manejo racional do Direito Constitucional é atividade plenamente viável, ainda que a Constituição, em si, jamais possa ser equiparada, sequer aproximadamente, a um objeto passível de apreensão exata³⁷.

A concepção do processo de aplicação do direito como mero silogismo, ou seja, como incidência automática da norma abstrata sobre o caso, não assoma como

realização da sua directiva geral, ainda não efectivada na situação histórica. Isto não é, ao invés da metodologia que nos foi deixada pelo século passado, um mero acto de aplicação da lei, que nada altera, nem na lei, nem no caso, nem no aplicador. Dado que (como se demonstrou mais em pormenor no capítulo 6) também a lei geral e abstracta e o caso concreto e individual não estão propriamente no mesmo nível categorial – a lei pertence ao dever, o caso ao ser – eles têm, para se poderem corresponder reciprocamente, que ser equiparados ('teoria da equiparação'): a lei por interpretação de uma 'hipótese típica' [tatbestand] e o caso por construção numa 'situação de facto' [Sachverhalt] não ocorrendo estes dados um ao lado do outro, um temporalmente após o outro, mas numa recíproca simultaneidade (não se pode 'subsumir' um 'caso' numa 'norma', mas apenas uma 'situação de facto' numa 'hipótese típica'). Depois deste acto hermenêutico tanto a lei como o caso, e não menos aquele que operou a sua correspondência, já não são os mesmos, que eram antes (isto é, o cerne da historicidade do direito) – mesmo quando o jurista experimentado, a maioria das vezes, não se apercebe destas modificações." (KAUFMANN, 2004: 214-215)

³⁶ *"É certo que a decisão jurídica, e muito particularmente no Direito Constitucional, nunca pode ser racionalizada de todo; porém, isso só pode significar que se trata da racionalidade 'possível', e não simplesmente que se possa prescindir de uma metodologia consciente." (HESSE, 2009: 116)*

³⁷ *"A racionalidade total, como bem percebeu Hesse, não é atingível no direito constitucional. Isso não significa que se deva renunciar a ela, mas sim buscar a 'racionalidade possível'. A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário." (BARROSO, 2008: 112)*

metodologia adequada para a compreensão do fenômeno jurídico. Arthur KAUFMANN sobre isso faz interessante observação:

“A aplicação do direito seria a subsunção dum caso na lei, e esta subsunção não seria senão a mais simples e segura inferência lógica, isto é, um silogismo segundo o modo barbara (sobre isso falaremos no próximo capítulo). Mas as realidades não se podem encobrir com teorias. Que a aplicação do direito não é apenas, nem sequer em primeira linha, uma conclusão silogística, não constitui segredo algum. Aqueles que ainda hoje defendem o dogma da subsunção equiparam-se aos actuais fumadores: fazem-no, é verdade, mas já não com o mesmo à-vontade.” (2004: 82)

A perspectiva puramente silogística do processo de criação das normas individuais de decisão se dissolve na realidade lingüisticamente constatável de que, assim como o texto, também o próprio caso a ser resolvido carece de interpretação, que lhe definirá os contornos. A vida que conhecemos, nossas tradições, nossa história, inclusive individual, são, em si, construções hermenêuticas intersubjetivamente cinzeladas; tudo o que somos, que vemos, passa pela palavra, e, portanto, por todas as vicissitudes que o uso da palavra acarreta. Ninguém descreve uma situação de fato, um acidente automobilístico, um assassinato, o aperfeiçoamento de um contrato, através da linguagem matemática. A percepção dos fatos, assim, e o seu ingresso na consciência, dá-se por meio da palavra e da interpretação³⁸. Qualquer fato da vida, enfim, é, para o homem, uma construção lingüística³⁹. Nesse sentido, qualquer metodologia que predique a existência de uma fenomenologia da incidência como algo naturalístico, causal, que implica a automática – ou seja, sem a mediação de um intérprete – aplicação da norma sobre um fato, considerado em si como coisa externa ao homem, evidente e de

³⁸ “Também a captação do problema pressupõe um ‘compreender’; por isso, também depende da pré-compreensão do intérprete e igualmente precisa de uma fundamentação teórico-constitucional.” (HESSE, 2009: 110)

³⁹ Assim afirma Menelick de CARVALHO NETTO: “Esses fatos, como revelam a própria ciência e sua teoria, por exemplo, através do conceito de ‘paradigma’ em Thomas Kunh, são, na verdade, equivalentes a texto, ou seja, somente apreensíveis por meio da atividade de interpretação, mediante uma atividade de reconstrução fática profundamente marcada pelo ponto de vista de cada um dos envolvidos. Por isso mesmo, aqui, no domínio dos discursos de aplicação normativa, faz-se justiça não somente na medida em que julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o Direito vigente, mas para isso ele tem que ser igualmente capaz de se colocar no lugar de cada um desses envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racional ou fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta.” (2004: 40)

desnecessária apreensão hermenêutica, pode ser considerada como prisioneira do vencido esquema epistemológico sujeito/objeto da filosofia da consciência.

O fato jurídico sobre o qual incide a norma jurídica, portanto, não é um evento natural e externo ao homem, sobre o qual a regra incide inexoravelmente. Normas jurídicas não são raios que recaem sobre a terra. A própria configuração do fato sobre o qual se dará a incidência, na verdade, erige-se como construção hermenêutica, mediada pela linguagem e intersubjetivamente forjada. Resta, nesse contexto, apenas definir a posição que a construção interpretativa da situação de aplicação do direito deve assumir numa metódica constitucional, bem como as conexões que a própria definição dos fatos estabelece com a erupção do sentido do texto legal.

Konrad HESSE, em trabalho clássico⁴⁰, esboçara já quais deveriam ser as pretensões metódicas que, necessariamente, deveriam ser antevistas e ambicionadas pelo intérprete/aplicador do direito, no que se refere à composição da tensão entre fatos e normas, que, como visto, emerge em toda sua plenitude quando da concretização da Constituição. No que toca mais de perto às questões aqui abordadas, referia-se o eminente constitucionalista alemão à necessidade, no desenvolvimento da força normativa da constituição – ou seja, em apertada síntese, da promoção da capacidade efetiva de a Constituição servir de direção e limite ao poder político –, de uma aproximação dialógica entre texto constitucional e a realidade por ele tratada. Nessa aproximação metódica, através da qual a Constituição se concretizaria, nem os fatos⁴¹ poderiam ser ignorados – reconhecendo-se, assim, a sua influência sobre o texto normativo – nem o texto poderia ser subvertido⁴². A aproximação entre ambos, na busca do ‘melhor’ sentido para norma constitucional que deveria reger o caso, dar-se-ia ao

⁴⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. 34p.

⁴¹ “Dado que aquilo que pretendem as normas da constituição é ordenar a realidade das concretas situações existenciais, ter-se-á de apreender essa realidade nos termos demarcados no programa normativo, em sua forma e caráter materialmente - e, não raro, também juridicamente – determinados.” (HESSE, 2009: 112)

⁴² “A interpretação acha-se vinculada a algo estabelecido. Por isso, os seus limites situam-se onde não existe algo estabelecido de forma vinculante pela Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou uma determinada solução está em clara contradição com esse texto.” (idem, 2009: 116-117)

No mesmo sentido, Luís Roberto BARROSO: “Em primeiro lugar, a atuação do intérprete deve conter-se sempre dentro dos limites e possibilidades do texto legal. (...) não é possível distorcer ou ignorar o sentido das palavras, para chegar-se a um resultado que delas seja inteiramente dissociado.” (BARROSO, 2008: 126)

longo do próprio processo de concretização, que, assim assestado, estabeleceria um diálogo recíproco entre fatos e normas à vista de um *telos* específico: o desenvolvimento da força normativa da Constituição. Ou seja, o reconhecimento da influência exercida pela realidade política na concretização das normas constitucionais seria um instrumento não de enfraquecimento da juridicidade da Constituição positiva, mas sim de sua promoção, na medida em que a consideração isolada do texto poderia levá-lo ao insulamento frente à sociedade. O raciocínio de base utilizado por HESSE é singelo, porém preciso. A Constituição tem limites que lhe são inerentes. Ela não é um texto divino que se impõe a qualquer custo sobre a realidade que busca conformar. A adoção de um texto constitucional democrático por uma sociedade profundamente autocrática não a transformará, num instante, em uma comunidade regida por pretensões de igualdade e liberdade⁴³. A Constituição, assim, tem potencialidades de atuação naturalmente finitas; e a melhor forma de promovê-la seria reconhecer esses limites estruturais e minimizá-los através da atividade de concretização, na qual se inseriria o evoluir dinâmico do sentido do texto constitucional – a partir da dialética fatos/normas – no fio da história.

O processo de concretização, tal como assimilado por HESSE, supõe o desdobramento estrutural da norma jurídica em dois planos distintos: o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo é esboçado através da investigação semântica e sintática do texto constitucional, o qual oferta ao aplicador o ponto de partida para o processo de concretização da norma de decisão. Nesse passo, sob a ótica do programa normativo já inicialmente vislumbrado, procede-se ao recorte do âmbito normativo, ou seja, da parcela da realidade objeto da disciplina jurídica constante do texto⁴⁴ - atividade esta de ‘construção’ dos fatos que, como visto acima,

⁴³ Segundo HESSE, a força normativa da Constituição, e o conseqüente sucesso do projeto social nela inserido, funda-se não apenas em elementos racionais, mas também em elementos histórico-sociais, aos quais intenta a razão impingir forma. Diz o autor: “*Onde inexiste força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção. (...) A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente.*” (1991: 18)

⁴⁴ “*Destarte, a ‘concretização’ do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, só se tornam possíveis incorporando as circunstâncias da ‘realidade’ que essa norma é chamada a regular. As singularidades dessas circunstâncias, não raro já conformadas juridicamente, integram o ‘âmbito normativo’, o qual – a partir do conjunto dos dados do mundo social afetados por um preceito jurídico e através do mandato contido, sobretudo, no texto da norma, o ‘programa normativo’ – é alçado à condição de parte integrante do conteúdo normativo.*” (HESSE, 2009: 99)

também é hermenêutica. Friedrich MÜLLER trabalha estes dois conceitos⁴⁵ – programa e âmbito da norma – de forma ainda mais aprofundada, estabelecendo metodicamente⁴⁶ as relações recíprocas que se estabelecem entre o texto legal, a realidade que ele pretende regular e o contexto fático global que o rodeia⁴⁷.

“O teor literal expressa o ‘programa da norma’, a ‘ordem jurídica’ tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma, i.e., o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como âmbito de sua regulamentação.

(...)

No âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem e o que por ela foi ordenado são momentos da concretização da norma, em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguidos apenas em termos relativos.

O âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica.” (MÜLLER, 2005: 42-44)

Feito esse esboço inicial do programa normativo e do âmbito normativo, dá-se início a uma aproximação gradual entre ambos, que sucessivamente, um lido a partir do conteúdo do outro, vão se tornando semanticamente densos, até que, enfim, sobreleve desse ir e vir dialógico, argumentativamente, a norma jurídica, ou seja, o comando jurídico apto a reger a situação concreta⁴⁸ (composto, pois, de um programa normativo e

⁴⁵ Diz Marcelo NEVES: “Conforme Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo [normprogramm], que é construído do ponto de vista interpretativo mediante a assimilação de dados primariamente lingüísticos, e do âmbito normativo [normbereich], que é construído pela intermediação lingüístico-jurídica de dados reais, primariamente não lingüísticos. A estrutura da norma [normstruktur] resulta da implicação recíproca desses dois componentes.” (2006: 200)

⁴⁶ O autor assim define a metódica como “designação de uma concepção global sistematicamente reflexionante dos modos de trabalho do direito (...), é o conceito abrangente de hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia.” (MÜLLER, 2005:2)

⁴⁷ “O ‘âmbito do caso’ [Fallbereich], composto dos fatos que provavelmente serão relevantes para a solução do caso, já constitui um filtro ou mecanismo seletivo em relação ao âmbito da matéria (Sachbereich) (o conjunto de dados empíricos que supostamente estão em conexão com a norma ou, em outras palavras, o conjunto de dados reais genérica e imprecisamente relacionados com o texto concretizador), reduzindo-lhe a excessiva complexidade; é do âmbito do caso, por sua vez, que será construído seletivamente o âmbito da norma como o conjunto dos dados reais intermediados lingüisticamente conforme o programa da norma.” (NEVES, 2006: 201)

⁴⁸ Na prática, as colocações de Arthur KAUFMANN acerca da aplicação do direito, ainda que não possam ser inteiramente assimiladas ao processo de concretização exposto por MÜLLER e HESSE, com ele muito se assemelham: “A conversão duma norma legal numa ‘hipótese típica’ (por interpretação) acontece perante o caso, a conversão do caso numa ‘situação de fato’ (por construção) acontece perante a norma legal – e esta conversão é sempre um ato criativo, criador, que precede a subsunção (mesmo quando, nos casos ‘claros’, conversão e subsunção parecem coincidir).” (KAUFMANN, 2004: 130)

de um âmbito normativo que, ao cabo do processo de concretização, se mostram linguisticamente congruentes). Vejamos:

“A metódica é tida por metódica da interpretação de textos de linguagem. Mas como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua aplicação não pode esgotar-se somente na interpretação, na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. A partir do conjunto de fatos do caso – não importando se ele deve ser decidido concretamente ou se ele é apenas imaginado – destacam-se como essenciais ao caso aqueles elementos que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo programa da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, por sua vez, interpretados no mesmo processo da formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas.” (MÜLLER, 2005: 26)

“Uma regra jurídica produz o esboço vinculante de uma ordem materialmente caracterizada, que no entanto não se dissolve no fato dela ser materialmente determinada. O âmbito da norma entra no horizonte visual da norma jurídica bem como da norma de decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma. Legislação, administração e tribunais que tratam na prática o âmbito da norma como normativo, não sucumbem a nenhuma normatividade apócrifa do fático.” (idem, 2005: 45)

Para MÜLLER e HESSE, portanto, a realidade fática objeto de disciplina, linguisticamente selecionada sob a ótica do texto legal, integra estruturalmente o fenômeno jurídico, compondo o chamado ‘âmbito normativo’, que, acoplado ao ‘programa normativo’, compõe a própria morfologia da norma jurídica materializada.

* * *

O mais interessante da concepção metódica concretizadora é que ela responde de maneira convincente a inúmeros pontos obscuros que as demais teorias antes aqui expostas não haviam esclarecido. Por exemplo, passa-se a poder contar com um instrumental teórico que clarifica racionalmente porque muitas normas têm o seu conteúdo alterado ao longo dos anos, sem que o texto que lhes serve de fonte haja

sofrido qualquer modificação. O art. 179, XIII, da Constituição brasileira de 1824, v.g., estabelecia: “*A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.*” Lido hoje, esse dispositivo, se, por hipótese, ainda se encontrasse em vigor, seria tido como flagrantemente incompatível com o instituto da escravidão. E isso ocorreria justamente em razão das radicais mudanças qualitativas e quantitativas operadas no âmbito normativo do princípio da igualdade – ou seja, na parcela da realidade por ele abarcada – nos últimos dois séculos. O texto, assim, mesmo sem alteração, resultaria numa norma jurídica materializada diversa daquela que dele antigamente se extraía, justamente porque um dos componentes estruturais da própria norma teria, nesse interregno, passado por notáveis redefinições, refletindo paradigmas de sociedade profundamente diversos. Certamente outros inúmeros exemplos semelhantes a este, em breve pesquisa, poderiam, por exemplo, ser colhidos na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que por mais de duzentos anos vem trabalhando sobre um mesmo texto⁴⁹, oferecendo respostas a uma realidade constitucional que, obviamente, sofreu profundas modificações durante tão longo período.

Outra questão que cai por terra, em parte⁵⁰, com a adoção da metodologia concretizadora, é a classificação entre constituição formal e constituição material, na medida em que se rompe com a dicotomia existente entre Constituição e realidade constitucional. Partindo-se da idéia da existência de uma realidade e de um texto constitucional, que se fundem na norma jurídica através dos conceitos de programa e de âmbito normativo, não há sentido em se falar numa realidade constitucional contraposta à Constituição ‘formal’. Conforme afirma Marcelo NEVES, na verdade o “*texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através na normatividade constitucional obtida através do processo de concretização.*” (2003: 568)⁵¹

⁴⁹ A Constituição americana, desde o início de sua vigência em 1787, sofreu apenas vinte e sete emendas, sendo que doze delas já haviam sido editadas em 1804.

⁵⁰ Diz-se “em parte” porque, para diversos autores, o conceito de constituição material não se identifica com o conteúdo qualificado por LASSALE de constituição real. Essas outras classificações, que assimilam a noção de constituição material apenas à matéria tipicamente constitucional, permanecem intocadas.

⁵¹ Nesse mesmo sentido, Menelick de CARVALHO NETTO, ao tratar da distinção entre constituição ideal e constituição real, afirma tratar-se de uma teorização que só vem a reforçar a ‘força normativa do fático’ e o distanciamento do programa normativo constitucional, visto como algo idealmente distante e utópico. Propõe, assim, outro modo de se encarar a questão relativa à eficácia da Constituição e à sua interpretação: “*Esse outro modo, acreditamos, deve vincular-se ao reconhecimento de que as práticas*

A metódica estruturante de MÜLLER, com efeito, propicia o abandono de quaisquer classificações que tenham por substrato a oposição entre Constituição formal e real, ao erigir racionalmente o âmbito da norma como parte componente desta, evitando, assim, na medida do possível, a integração obscura de remissões erráticas à ‘realidade’ ao longo do processo hermenêutico. Passa-se, destarte, de uma visão que entrevê na realidade política e na normatividade constitucional perspectivas estanques e contrapostas, a um processo estruturado que trabalha sobre um texto constitucional, uma realidade regulamentada que lhe é subjacente, e resulta na norma jurídica, estuário do processo de concretização, composta de um programa e de um âmbito normativo.

Igualmente inconsistente passa a ser a moldura de sentidos possíveis para a norma de decisão, tal como proposta por Hans KELSEN. Isso porque, como visto acima, para aquele autor a definição do referido quadro semântico se daria a partir de apenas duas variáveis isoladas: o texto legal e o seu leitor – este, aliás, desempenharia um papel ‘menor’ (neutro) na interpretação do direito, na medida em que apenas ‘descobriria’ os sentidos possíveis que o texto normativo ofereceria, ou seja, a revelação do direito se daria, na verdade, a partir da relação entre um ouvinte (o intérprete) e um texto que falaria por si⁵² (e não através do seu leitor), como um emissor autônomo de significados.

Na verdade, a fixação semântica, neutra, de um catálogo de palavras, a ser descoberto pelo intérprete a partir única e tão-somente de um texto escrito, simplesmente inexistente⁵³. É uma ilusão, ancorada em simplificação hermenêutica hoje

sociais, ou melhor, as posturas e supostos assumidos pelos distintos atores em sua ação, a gramática dessas práticas sociais, é atribuidora de sentido, de significação.” (2004: 27)

⁵² “O texto da norma não ‘contém’ a normatividade e sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado.” (MÜLLER, 2005:41)

⁵³ “Compreendida paradigmaticamente em novos termos, a norma jurídica não é apenas o texto lingüístico primacial, mas um modelo ordenador materialmente definido. E a normatividade não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável: a saber, o efeito dinâmico da norma jurídica, que influi na realidade que lhe deve ser atribuída (normatividade concreta) e que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade materialmente determinada).” (idem, 2005: 130)

insustentável⁵⁴. O quadro de significados possíveis de um texto, erigido a partir dos métodos tradicionais de interpretação, é somente o início do processo de ‘revelação’ da norma. Esses significados que, em tese, seriam *prima facie* vislumbrados, contudo, não subsistem autonomamente, na medida em que a sua extração já se deu, ainda que inconscientemente, sob a ótica de um âmbito normativo e de um caso – real ou hipotético. É que programa normativo e âmbito normativo não são estruturas concebíveis isoladamente; uma só existe porque foi forjada à vista da outra. São decorrências necessárias da realidade palpável de que o texto não se expressa sozinho, em ambiente asséptico, fornecendo ao intérprete um catálogo semântico pronto, mas sim, na verdade, tem o seu sentido construído lingüisticamente a partir de um pano de fundo “real”. Os fatos e os intérpretes são os combustíveis dos textos; vislumbrar sentidos atribuíveis a textos num ambiente sem fatos e interlocutores seria algo análogo a conceber fogueiras no vácuo.

* * *

Enfim, MÜLLER nega veementemente qualquer possibilidade da pré-existência de normas, consubstanciadas no sentido de uma vontade objetiva da lei ou subjetiva do legislador – que deveriam, assim, apenas ser explicitadas e aplicadas mediante um procedimento silogístico, conforme se compreendia no paradigma positivista. Neste contexto, toda norma de decisão é resultado de um processo estruturado de concretização referido ao caso e ao âmbito de sua regulamentação.

A noção de uma norma pré-existente, a ser apenas descrita e em seguida aplicada, ao fim termina sempre por reconduzir a norma apenas ao texto legal, pois a decisão, de qualquer modo, teria sido extraída apenas do documento legislativo, tratado filologicamente. MÜLLER, ao contrário, diferencia claramente a norma jurídica do texto da norma. KELSEN também já o fazia; mas apenas em parte, na medida em que concebia a norma como sendo o resultado final de um processo hermenêutico que abarcava tão-somente o texto legal, já que a norma de decisão deveria corresponder a um dos sentidos extraídos exclusivamente a partir do documento normativo (tomado

⁵⁴ “Contudo, o que é a interpretação? Será que interpretamos apenas textos? Nesse passo, temos que nos referir, ainda que rapidamente, a Hans Georg Gadamer e à denominada virada hermenêutica que empreendeu.” (CARVALHO NETTO, 2004: 28)

como objeto cognoscível isoladamente do contexto que o envolve). Na metódica estruturante, ao seu turno, concebe-se a norma jurídica como o resultado de um processo de concretização que, conquanto se inicie no texto (a “*ponta do iceberg*”, segundo MÜLLER [2005: 38]), compõe-se também, de forma estruturalmente complexa, do âmbito normativo. Este, conforme acima explicitado, remete aos dados da realidade tratados pelo texto, e é lingüisticamente construído, juntamente com o próprio programa normativo, através de um processo estruturante que resulta finalmente na norma jurídica. Rompe-se, assim, com a separação radical entre ser e dever-ser, ao trazer-se “os fatos” objeto da disciplina legal (lingüisticamente construídos a partir do caso e do contexto, à luz do programa normativo) para dentro da própria norma, não compondo estes, portanto, realidade que lhe é externa, a ser meramente subsumida num processo puramente lógico e – pode-se dizer – fictício de subsunção.

O texto legal (ou constitucional), contudo, não deve ser de modo algum subestimado⁵⁵. Ele remanesce como o principal termômetro da consistência da atividade interpretativa, ou seja, como o mais importante medidor de que o direito está sendo aplicado de maneira correta, a partir dos seus próprios códigos. O texto legal, nos sistemas de matriz romano-germânica, é o elemento objetivo por excelência do processo hermenêutico, o paradigma em torno do qual devem gravitar os argumentos pertinentes para a concretização da norma – que afigura em parte como o resultado de um processo incerto, mas não arbitrário; é o veículo comunicativo do qual fazem uso os órgãos encarregados da positivação do direito. Levar a legislação a sério é respeitar a própria divisão funcional dos poderes, um dos pilares do Estado de Direito. Em qualquer lugar onde os juízes subvertam completamente os documentos legislativos, deixando de levá-los em consideração na resolução de problemas concretos, a política terá trocado de sítio, e não mais estará ancorada nos procedimentos deliberativos e abertos sobre os quais se desenvolvem os trabalhos legislativos, mas sim nos tribunais. Num tal contexto, a função, por sua vez, de aplicar imparcialmente o direito com base no código lícito/ilícito – ou seja, a própria jurisdição – resta prejudicada, porquanto substituída por pretensões de poder e de governo, desenvolvidas e reproduzidas a partir de

⁵⁵ “No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como limite da interpretação.” (COELHO, 2003: 67)

sistematicidade própria. Os prejuízos que um quadro institucional como esse traria à liberdade e à igualdade assomam evidentes. Dizer que o texto legal não é tudo não significa, absolutamente, afirmar que ele não é nada.

Assim, perfilando as lições de Marcelo NEVES, refutamos veementemente “(...) *qualquer concepção puramente retórica, que reduz a práxis jurídica de interpretação-aplicação normativa ao mero jogo discursivo, sem qualquer vínculo com a ‘legislação’ (aqui, o texto constitucional).*” Prossegue o referido autor:

“(...) Embora sejam possíveis diversos caminhos de concretização das normas constitucionais – tendo em vista a plurivocidade (semântica) dos textos e a diversidade (pragmática) dos agentes constitucionais, o ato concretizante precisa ser argumentativamente reconduzível ao texto constitucional (Muller 1994: 134). É claro que, assim como ocorre com o processo constituinte, o processo concretizador realiza uma seleção de expectativas normativas. Sendo que, nesse caso, para que se possa falar de concretização consistente, a seletividade refere-se a expectativas normativas decorrentes do texto e a ele dirigidas. Caso o caminho seguido nada tenha a ver com o modelo elaborado lingüisticamente pelo Constituinte, não cabe falar de concretização das respectivas normas constitucionais, mas sim de bloqueio ou deturpação do processo concretizador.” (NEVES, 2003: 572-573)

É inegável, contudo, que o processo de concretização constitucional é em parte incerto. O reconhecimento de que a construção da situação de aplicação, à vista do programa normativo, e vice-versa, resulta numa maior racionalização dos processos interpretativos, trazendo metodicamente para o interior da norma jurídica individual elementos outrora considerados como fora dos lindes do direito – e, portanto, infensos a quaisquer espécies de controles argumentativos críticos – não elimina do processo interpretativo uma ainda considerável dose de indeterminação (que, enfim, é inerente ao direito, tão-só por ser ele comunicado através da linguagem natural, e pelo fato de, conforme afirmado acima, serem os refolhos da consciência do intérprete inacessíveis a terceiros)⁵⁶.

⁵⁶ Conforme esclarece Marcelo NEVES, é “*verdade que os sentidos objetivos são construídos em cada contexto específico de uso, mas os sentidos construídos socialmente passam a ter uma força que ultrapassa a vontade ou a disposição subjetiva do eventual intérprete ou utente. Portanto, na interpretação jurídica, não se trata de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista, mas também é insustentável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme os critérios de um juiz hipotético racionalmente justo. A possibilidade de mais de uma decisão justificável à luz de princípios e regras constitucionais parece-me evidente. O problema está exatamente em delimitar*

Em tal contexto, a um só tempo, de incerteza relativa, e de inegável importância do texto constitucional, como verificar se o resultado de um determinado processo de concretização se encontra revestido de legitimidade, ou seja, que a norma erigida a partir da metódica estruturante pode ser argumentativamente reconduzida aos dispositivos escritos que lhe deram origem?⁵⁷

* * *

Marcelo NEVES propõe interessante modelo de verificação da correção material das normas jurídicas resultantes dos processos de concretização constitucional, que traz à tona importantes discussões.

O autor parte de duas premissas.

Primeiramente, destaca, com esteio na tese de Peter HABERLE⁵⁸, a condição eminentemente aberta da interpretação constitucional, perspectiva na qual a esfera pública (caracterizada, nas sociedades pós-convencionais, por todos os cidadãos, grupos e poderes, estatais e privados) protagoniza um amplo debate acerca do sentido que deve ser atribuído à Constituição.

O pluralismo de valores e interesses é a marca das sociedades modernas, caracterizadas antes pelo dissenso que por qualquer espécie de consenso acerca da correção de conteúdos jurídicos, morais e políticos. A manutenção do dissenso, através da paradoxal construção legítima de consensos provisórios (como, por exemplo, a

as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que não são 'atribuíveis' aos textos constitucionais e legais no Estado Democrático de Direito.” (2006: 206-207)

⁵⁷ “Mas qual o critério semântico para definir, dentre as concretizações possíveis – mesmo dando-se relevância aos outros elementos lingüísticos do ‘programa da norma’ e aos dados reais do ‘âmbito da norma’ -, aquelas que são compatíveis com o texto?” (NEVES, 2006: 203)

⁵⁸ “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (zufmassige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade.” (HABERLE, 2002: 13)

aprovação de uma lei), é o desafio das democracias ocidentais atuais. Cada indivíduo, hoje, é o autor de sua própria história, não mais condicionada estritamente por formas de vida rígidas, que outrora estruturavam sociedades mais simples. Da perspectiva pública, projetos os mais divergentes acerca da ‘boa sociedade’ disputam espaço politicamente, tanto em fóruns oficiais (Estado) como em não-oficiais (associações de bairro, corporações, grupos ligados a minorias, etc.). Dessa ampla diversidade emanam concepções diversas acerca de como deve se dar a estabilização das expectativas normativas em torno do exercício do poder, ou seja, do que deve significar a Constituição. Sindicatos dotam o princípio da igualdade de sentido diverso daquele que lhe atribuem federações de bancos e indústrias, sendo ambos participantes legítimos do processo de interpretação da Constituição. Assim também se dá com associações que defendem o direito ao aborto como projeção direta do direito da mulher ao próprio corpo, e a igreja católica, que assevera, no caso, a prevalência do direito à vida do nascituro. Enfim, os conflitos que marcam o dissenso estrutural da esfera pública são os mais diversos, e se refletem em incontáveis sentidos que se pretende que sejam conferidos ao texto constitucional.

A segunda premissa de Marcelo NEVES diz respeito ao papel seletivo desempenhado pelos intérpretes oficiais da Constituição⁵⁹.

O direito serve à estabilização de expectativas de conduta. Num contexto de ampla pluralidade de valores e interesses, essa função primordial do sistema jurídico restaria comprometida se não existissem mecanismos redutores de complexidade, capazes de, dentre as incontáveis possibilidades decisórias emergentes da esfera pública, optar por uma delas, tornando suportável, assim, a contingência social. Os órgãos oficiais criadores/aplicadores do direito servem justamente a essa função redutora da complexidade, na medida em que filtram, dentre as incomensuráveis expectativas de

⁵⁹ Sobre a tese de HABERLE, diz Marcelo NEVES, indicando o seu caráter não errôneo, mas incompleto: “Assim, deixa de considerar o papel seletivo que os participantes, em sentido estrito, do processo de interpretação da Constituição desempenham perante o público. Visto que a esfera pública não constitui uma unidade, mas sim uma pluralidade de valores e interesses conflitantes, surgem expectativas contraditórias em torno do texto constitucional, que poderão ser selecionadas ou excluídas no processo de sua interpretação. Em princípio, no Estado Democrático de Direito, o procedimento oficial de interpretação constitucional está aberto a todas as interpretações que emergem na esfera pública, mas o seu resultado importa sempre uma seletividade que rejeita expectativas relevantes. Daí porque torna-se complexa a questão da legitimidade da interpretação constitucional.” (NEVES, 2003-b: 364-365)

condutas existentes na sociedade, aquelas que efetivamente estruturarão normativamente as relações/comunicações entre indivíduos e grupos.

Da perspectiva concretizadora da Constituição, a jurisdição constitucional serviria justamente como mecanismo seletivo das diversas interpretações emergentes da esfera pública. Se por um lado todos são intérpretes legítimos do texto constitucional, por outro, um determinado sentido deve lhe ser atribuído *hic et nunc*, sob pena de não se conseguir estabilizar quaisquer expectativas normativas acerca do exercício do poder em uma dada comunidade – resultando em algo como um eterno processo constituinte; ou seja, numa ebulição social permanente que poderia resultar na própria dissolução sistêmica do direito, na medida em que a interminável disputa radical em torno do sentido do texto constitucional, sem que a ninguém coubesse dar a última palavra nos casos de conflitos de interesses, retiraria da Constituição, na prática, a sua supremacia normativa (afinal, um texto que não pode ser imposto por autoridade alguma pré-constituída poderia ser considerado um documento jurídico?). Esta seria substituída por debates e lutas írritas a qualquer tipo de controle normativo – já que, na ausência de um ‘árbitro’⁶⁰, seriam inevitavelmente estruturadas apenas e tão-somente pelo código binário governantes/governados, deixando de lado, por motivos óbvios, a perspectiva do controle exercido por uma Constituição que a ninguém cabe impor forçosamente –, inviabilizando, assim, a sua aptidão de servir de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político⁶¹.

Vistos esses dois pontos de partida, Marcelo NEVES desenvolve a questão da correção da concretização constitucional como um problema duplamente entestado: de um lado, a legitimidade da interpretação adotada pelos órgãos oficiais encarregados da

⁶⁰ Gilmar Ferreira MENDES, em perspectiva diversa, tece afirmação nesse mesmo sentido: “*Tal como observado por Grimm, um sistema que admite o conflito de opinião e a pluralidade de interesse como legítimos somente poderá subsistir se houver consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites dos conflitos. Se a controvérsia tiver por objeto o próprio método de solução dos conflitos, então não está o sistema democrático livre da ameaça de instabilidades e de tumultos no seu funcionamento.*”

(...)

Vê-se, assim, que, enquanto órgão de composição de conflitos políticos, passa a Corte Constitucional a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático.” (2004: 468-469)

⁶¹ Menelick de CARVALHO NETTO diz: “*É a diferenciação entre um direito superior, a Constituição, e o demais direito, que acopla estruturalmente Direito e política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao direito pode ser imposta de forma coercitiva.*” (1999: 473)

aplicação da Constituição se daria a partir do cotejo da norma concretizada com as expectativas de significado emergentes da esfera pública; de outro, a consistência seria medida a partir da verificação da compatibilidade dos resultados interpretativos atingidos com os demais elementos internos ao sistema jurídico (com o texto constitucional e os precedentes jurisprudenciais, basicamente). Correta seria qualquer concretização que cumprisse esses dois requisitos ao mesmo tempo. Diz o autor:

“As duas perspectivas a respeito da validade de enunciados interpretativos – a sistêmica ou interna, que aponta para a autovalidação com base na consistência (auto-referência) e na reorientação das expectativas (hetero-referência), e a externa, que se refere à heterovalidação através do fluxo de sentidos que advêm da esfera pública – antes de se excluírem, complementam-se no que se refere à compreensão dos procedimentos vinculantes de interpretação-aplicação jurídica no Estado Democrático de Direito. Uma enfatiza a redução de complexidade e seletividade imprescindíveis à continuidade do sistema jurídico e à sua adequação ao meio ambiente. A outra aponta para a relevância da esfera pública pluralista na construção dos sentidos dos textos constitucionais.” (NEVES, 2003-b: 371)

Mas a verificação da correção da interpretação constitucional não se reduz a um cotejo interno e externo obtido sem parâmetros de análise. Caso assim fosse, ou seja, se não se desenvolvesse um instrumental para o exame lingüístico-pragmático da adequação da concretização constitucional aos aspectos internos do ordenamento jurídico e às pretensões emergentes da esfera pública, se recairia novamente, após tanto esforço compreensivo, no decisionismo kelseniano. Em outras palavras, de nada valeria todo o trabalho até aqui desenvolvido, no sentido da racionalização da atividade concretizadora do direito, se, ao final, a aferição efetiva da correção dos resultados práticos atingidos se mostrasse inviável, porquanto dependente de balizas imperscrutáveis de consistência e legitimidade.

Tal circunstância não escapou a Marcelo NEVES, que propôs, como fio condutor dessa avaliação interna e externa da correção da concretização constitucional, a noção de “estranheza” dos resultados hermenêuticos atingidos. Vejamos.

* * *

Numa sociedade marcada, como visto, pelo amplo dissenso acerca de conteúdos jurídicos, morais e éticos, não há como se exigir qualquer espécie de consenso real e amplo em torno do conteúdo material de qualquer pretensão normativa. Restariam, no entanto, segundo NEVES, “*regras do jogo*” comunicativo, formais, sobre as quais haveria, de fato, acordos necessários, os quais fincariam sua existência na própria necessidade de compreensão mínima do discurso de um interlocutor por outro. ‘Falas’ fora das “*regras do jogo*” seriam estranhas, e, portanto, de uso incorreto em determinados contextos. No Brasil, por exemplo, com relação às comunicações faladas e escritas cotidianas, travadas no mundo da vida, seria uma regra do jogo formal o uso da língua portuguesa. Podemos sobre tudo dissentir; mas, em geral, teremos que fazê-lo em português, já que o uso de um idioma completamente estranho certamente tornará, de plano, prejudicada a própria comunicação.

O jogo da comunicação jurídica seria também estruturado com base em regras formais mínimas, acerca das quais também existiriam consensos, e a partir das quais uma determinada interpretação do direito poderia ser tida como errada; ou, nas palavras de Marcelo NEVES (2006), “*estranha*”. Diz o autor:

“(…) o ‘acordo’ passível de ser exigido refere-se ao sentido da linguagem em que se estruturam as regras do jogo. (...) A noção de ‘estranheza’ do sentido da linguagem, o qual, dessa maneira, não corresponde às regras do jogo, é suscetível de ser relida no que se refere a determinar as fronteiras entre as interpretações textuais juridicamente corretas e incorretas.” (NEVES, 2006: 210)

Uma interpretação seria considerada “*estranha*”, nessa linha de pensamento, quando não pudesse ser generalizada, na esfera pública pluralista, como sendo o produto de uma atividade empreendida sobre as bases daquelas “*regras do jogo*” acerca das quais existiria consenso. E a estranheza se evidenciaria, segundo Marcelo NEVES, quando a concretização normativa efetivada não pudesse ser objeto de reprodução para casos resolvidos à luz do mesmo texto interpretado:

“Definida a interpretação ‘como a substituição de uma expressão da regra por outra’, pode-se afirmar que, do ponto de vista da heterovalidação na esfera pública pluralista, uma interpretação é incorreta quando a sua ‘estranheza’ impede que se possa compreendê-la como expressão de uma regra do jogo extraível do respectivo texto

constitucional ou legal. Com maior precisão e rigor, cabe falar de produção de sentido ‘estranha do texto’. A ‘estranheza’ importa que ela não tem capacidade de generalizar-se consistentemente como critério para tratamento de outros casos em que se recorre aos mesmos dispositivos. Enquanto ela for compreensível como expressão de uma regra extraída do respectivo texto normativo ou produzida a partir dele, constitui uma interpretação correta. Nesse caso, ela tem de ser capaz de apresentar-se como critério de solução de outros casos em que se recorre aos mesmos dispositivos. A predominância técnico-jurídica de uma solução interpretativamente ‘estranha’ e incorreta apresenta-se antes como introdução arbitrária de uma nova regra do jogo, rompendo com a constitucionalidade e a legalidade enquanto princípios do Estado Democrático de Direito.” (NEVES, 2003-b: 369)⁶²

* * *

À tese de Marcelo NEVES acerca da correção dos resultados interpretativos devem ser agregadas algumas considerações.

A capacidade de generalização e reprodução de uma determinada interpretação constitucional na esfera pública⁶³, com a sua aplicação a casos subseqüentes, na condição de um conteúdo normativo extraído do texto da Constituição segundo as “regras do jogo”, é, de fato, um importante norte para se avaliar a consistência hermenêutica e a legitimidade da concretização empreendida^{64 65}. Todavia, esse padrão,

⁶² O autor reiterou a sua tese em texto mais recente:

“A ‘estranheza’ ou ‘absurdidade’ importa que não há condições para que a proposição pretensamente interpretativa seja partilhada como expressão de segundo grau de uma regra do jogo já revestida linguisticamente em primeiro grau pelo texto constitucional.(...) O relevante é saber se o enunciado interpretativo é capaz de generalização congruente como expressão de segundo grau de uma regra extraída produtivamente do texto constitucional ou legal.” (NEVES, 2006: 211-212)

⁶³ *“(...) o espaço público pode ser entendido como canal de transmissão dos impulsos comunicativos gerados no mundo da vida às instâncias formais de tomadas das decisões.” (SOUZA NETO, 2002: 300)*

⁶⁴ Ainda segundo Cláudio Pereira de SOUZA NETO: *“O fundamental é que as expectativas normativas geradas espontaneamente no espaço público possam afetar as decisões judiciais, rompendo com o caráter antidemocrático inserido no processo de autonomização do sistema jurídico. No espaço público vigora a linguagem comum, do ser-humano concreto.*

(...)

Se se concebe a possibilidade do discurso prático, o ordenamento jurídico deve refletir as concepções normativas que repousam no mundo da vida.” (2002: 97-298)

O mesmo autor, mais adiante, afirma conclusivamente: *“Assim, a fundamentação das decisões proferidas por autoridades estatais toma por base o teste do debate público. Na fundamentação das decisões, o magistrado, e. g., deve ter em vista o potencial crítico que emerge do espaço público.” (SOUZA NETO, 2002: 301)*

⁶⁵ Conforme assevera Gilmar Ferreira MENDES, *“(...) é a inserção da Corte no espaço pluralista – ressalta Habermas – que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei.” (2004: 471)*

isoladamente – ou conjugado somente com a concepção exposta acerca das regras formais do jogo comunicativo – é ainda insuficiente para se avaliar, criticamente, a correção hermenêutica dos resultados dos processos de concretização da Constituição, na medida em que não leva em conta, ao menos aparentemente, a existência de quaisquer pretensões ideais, de correção material, imiscuídas nas comunicações jurídicas, reduzindo-as apenas ao aspecto formal.

Interpretações ‘corretas’ seriam, de fato, em tese generalizáveis para o tratamento amplo de conflitos emergentes da esfera pública; o contrário, contudo – a assertiva de que interpretações ‘estranhas’ não seriam generalizáveis – não se pode afirmar satisfatoriamente. Isso porque a esfera pública pode estar estruturada a partir de formas de vida parcialmente arcaicas, conformadoras, paradigmaticamente, das “*regras do jogo*” comunicativo, que levariam a aceitar-se como ‘normal’, em parte, a reprodução do direito fundada em códigos, por exemplo, fornecidos pelo poder político ou econômico; o que é particularmente grave em países periféricos como o Brasil⁶⁶, nos quais subsistem não desprezíveis fragmentos de estruturas pré-modernas. Em outras palavras, a esfera pública, estruturada a partir de um pano de fundo tecido em preconceitos e em tradições autoritárias, pode ‘consumir’, com satisfação, decisões dos órgãos oficiais emitidas contra a existência do direito, e voltadas ao controle autocrático da própria esfera pública. As ditaduras plebiscitárias bem o confirmam.

A falha da tese de Marcelo NEVES projeta-se a partir da concepção de “*regras do jogo*” adotada. A noção de um consenso de fundo essencialmente formal, e efetivo, que viabiliza a comunicação e permite o reconhecimento de sentidos “estranhos”, renuncia a qualquer fragmento de razão prática porventura existente no direito, mergulhando-o, assim, potencialmente, na concreta eticidade da comunidade. E esta pode figurar, na prática, como corruptora da juridicidade, ou seja, da própria diferenciação funcional do direito. Assim, o autor acerta quando enfatiza que a

⁶⁶ HABERMAS tece críticas às denominadas “*teorias hermenêuticas*” do direito, que podem, também, ser aplicadas às posições, acerca da interpretação jurídica, de NEVES (ainda que este autor não se encontre alinhado às teses referidas por HABERMAS, no particular), na medida em que a aferição da correção do direito a partir apenas da esfera pública, com a sua capacidade de reprodução nesta, o dissolveria, ao fim, na eticidade concreta da comunidade. Eis a crítica:

“*O recurso a um ethos dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista na qual diferentes situações e interesses e forças religiosas concorrem entre si. O que para um vale como topos comprovado historicamente é, para o outro, pura ideologia ou preconceito.*” (1997: 248)

legitimidade da concretização constitucional se dá a partir da esfera pública; acerta, uma vez mais, quando dá o necessário relevo à consistência que a interpretação deve sustentar; equivoca-se, contudo, quando elege a capacidade de reprodução da decisão jurídica como sendo ‘o’ critério de correção da interpretação, na medida em que não considera a possibilidade de a esfera pública, de maneira autofágica – ancorada em “*regras do jogo*” impregnadas, por exemplo, de um *ethos* autoritário –, preferir, num rompante de involução constitucional situado historicamente, a violência ao direito, mergulhando e dissolvendo este em relações de poder travadas à margem de qualquer controle normativo.

Na verdade, os atos de aplicação do direito trazem em si, sempre, como condições para poderem ser reconduzidos à esfera pública – na qualidade de produto racional de suas expectativas autônomas –, idealizações que lhes são ínsitas (de segurança e justiça), e que não podem ser desprezadas em qualquer teoria da interpretação, sob pena de se recair, sempre, ao cabo, no decisionismo que outrora enredou KELSEN.

O direito é incerto, como vimos acima; é, ainda, não por poucas vezes, aplicado com total desconsideração às peculiaridades dos casos concretos decididos. Elevadas expectativas de segurança e de justiça, contudo, não o abandonam; muitas vezes, explicar para alguém que não lida habitualmente com o ordenamento jurídico como os resultados de um processo judicial, por exemplo, são incertos, gera tal desconforto no ouvinte que, ao observarmos suas reações, verificamo-lo absorto na angústia inerente a quem antevê o porvir como um conjunto de eventos absolutamente erráticos. Afirmar, por outro lado, que o caso concreto do jurisdicionado não será, sob qualquer ângulo, apreciado em suas peculiaridades, cedendo lugar a uma aplicação cega da lei, igualmente, gera idêntico inconformismo, motivado, desta vez, pelo evidente desprezo às singularidades que efetivamente compõem a vida (da qual o direito faz indubitavelmente parte). A incerteza total, motivada pela necessidade de se proferir uma lei justa, única para cada caso, bem como a certeza pura, desconectada da situação a ser decidida, intuitivamente, não são, portanto, generalizáveis. Mas, por que assim ocorre, se a prática diuturnamente nos impõe julgamentos inconsistentes, ou incongruentes com as situações concretas (não) apreciadas?

A resposta a essa indagação requer que se faça um recuo teórico em direção aos caracteres que estruturam a linguagem em geral, na medida em que as idealizações a que nos referimos não se circunscrevem às comunicações jurídicas, estendendo-se, na verdade, a toda e qualquer ação voltada ao entendimento mútuo entre dois ou mais interlocutores⁶⁷.

A linguagem, como um fio denso, dinâmico e complexo, traz em si, qualquer que seja o seu contexto de aplicação assestado ao entendimento – jurídico, científico, artístico, cotidiano, etc. –, tensões entre a faticidade do que efetivamente se dá, e a idealidade ínsita⁶⁸ aos atos de comunicação externados. Idealiza-se, nessas situações, com efeito, acerca da suposta comunhão de significados que os interlocutores atribuem a um dado conceito (talvez a isso se possam assimilar, genericamente, as “regras do jogo” a que Marcelo NEVES se refere); idealiza-se, ainda, que o ouvinte esteja a

⁶⁷ “Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou transcender-se a si própria. Deste modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas lingüisticamente.” (HABERMAS, 1997: 21)

⁶⁸ Maria Fernanda Salcedo REPOLÊS traduz o que aqui se quer dizer a partir da diferenciação entre a razão prática, fundada na consciência, e a razão comunicativa, calcada na linguagem. Assim, para a autora, a razão comunicativa “(...) pressupõe interações e formas de vida estruturadas, tendo como elemento de mediação a linguagem e o uso da linguagem. Não é, pois, uma faculdade subjetiva e sim um conjunto de condições, estruturado por meio da linguagem cotidiana, que possibilita e limita a interação entre atores que visam ao entendimento. Ela possui, por isso, um conteúdo normativo fraco na medida em que ‘prescreve’ que indivíduos que se comunicam, pelo meio da linguagem cotidiana, visando alcançar o entendimento mútuo, devem empreender determinadas idealizações. Apenas obriga os indivíduos comunicativamente atuantes a se comprometerem com pressupostos pragmáticos contrafactuais, cujo telos é o entendimento mútuo. A razão comunicativa mantém uma ligação indireta com a prática social, porque não diz aos atores como agir. São os próprios atores, que ao usarem a linguagem com vistas ao entendimento mútuo, estabelecem determinadas condutas como válidas.

E em que consistem essas idealizações que atores visando alcançar o entendimento devem empreender? As idealizações empreendidas pela razão comunicativa se apresentam como condições intransponíveis de uma prática de se alcançar o entendimento. Em primeiro lugar, pessoas que se comunicam visando alcançar o entendimento devem pressupor que estão atribuindo idêntico significado aos proferimentos que utilizam, isto é, devem pressupor a generalidade dos conceitos: presume-se que falantes e ouvintes podem entender as expressões gramaticais que utilizam de forma idêntica.

Em segundo lugar, eles devem pressupor que os destinatários estão sendo responsáveis, autônomos e sinceros uns com outros. Ou seja, devem pressupor que entre falante e ouvinte se estabelece uma relação de respeito e reconhecimento mútuo, caso contrário se estaria desqualificando ou outro como interlocutor.

E em terceiro lugar, pressupor que falante e ouvinte vinculam os seus proferimentos a pretensões de validade que ultrapassam o contexto. Essas pretensões de validade são 1) à verdade proposicional: falante e ouvinte pressupõem que os proferimentos que cada um emite podem ser aceitos como verdadeiros, já que na comunicação ambos visam poder compartilhar seu saber com o outro; 2) à veracidade subjetiva: eles pressupõem que um diz ao outro o que realmente pensa, que ele não está mentando, pois cada um quer que o outro acredite no que ele diz; 3) à correção normativa: eles pressupõem que o proferimento pode ser aceito como justo, que tem como referência normas e valores vigentes, intersubjetivamente reconhecidos.

Todo contexto, isto é, toda fala que ocorre factualmente, pressupõe condições ideais, e é a partir delas que a fala pode ser questionada.” (2003: 48-51)

vislumbrar no falante um efetivo interlocutor, e não um meio para o alcance de objetivos estratégicos; finalmente, inserem-se nos discursos pretensões de validade que extrapolam contrafaticamente o contexto do ato de comunicação, e que servem, essencialmente, de parâmetro crítico para a avaliação dos resultados da interação.

O discurso científico, por exemplo, se desenvolve através da interlocução direcionada ao entendimento mútuo acerca da verdade sobre algo. Idealiza-se, nesse contexto, acerca não só da comunhão em torno dos significados a partir dos quais se erigem os argumentos, e da própria existência de um contexto marcado pela busca do entendimento intersubjetivo, mas também sobre os próprios limites que envolvem a verdade possível de ser atingida através do método científico. O discurso científico busca e se sujeita criticamente ao parâmetro ideal da ‘verdade’, mas estrutura-se, de fato, pela inexorável contingência que unge os resultados obtidos pelo cientista, quanto à sua correção. Em outras palavras, a ciência rege-se, de um lado, pelo ideal de busca da ‘verdade’ objetiva, precisa, perfeita, e, por outro, pela faticidade de que toda ‘verdade’ é provisória, somente vigorando até que ‘verdade melhor’ seja descoberta. Não obstante essa tensão entre faticidade e validade que emerge do discurso científico, é possível o estabelecimento de procedimentos (métodos) que sirvam à presunção racional de que o ideal da ‘verdade’ foi atingido, ao menos momentaneamente, ou seja, que sustentem a correção de um determinado resultado à luz das exigências ideais a partir das quais a ciência se estrutura. Note-se, aqui, que o mote central para a busca incessante da correção dos resultados científicos, que jamais se revestirá pragmaticamente de ares de eternidade, é justamente a idealização da ‘verdade’, erigida a partir das pretensões de validade veiculadas em tal espécie de discurso.

Ao longo dos discursos jurídicos, *v.g.*, de aplicação, manifestam-se igualmente tensões entre faticidade e validade, ainda que de maneira mais complexa do que se dá na ciência. Com efeito, qualquer busca intersubjetiva da solução jurídica correta para um determinado caso envolve idealizações. Especificamente no que se refere às pretensões de validade sustentadas argumentativamente, tem-se que a aplicação do direito traz à tona, sempre, expectativas contrafáticas que têm por vetor a busca da resposta, simultaneamente, justa e segura^{69 70} para o conflito a ser julgado. É nesse sentido que

⁶⁹ “Hermes Lima afirma serem duas as exigências fundamentais às quais o Direito deve corresponder: a justiça e a segurança nas relações entre os homens.” (SPAGNOL, 2004: 102)

HABERMAS expõe seu pensamento, salientando que o “*conteúdo da tensão entre a legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema de decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente*” (1997: 292)⁷¹. Evidentemente, a isso se contrapõe a realidade de que jamais haverá consenso efetivo em torno da consistência e da justiça da decisão jurídica proferida – máxime numa sociedade que, como assinalamos acima, se estrutura a partir do dissenso acerca da correção de quaisquer conteúdos normativos – e de que, ainda assim, as decisões nos serão impostas com base na força.

Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, a Constituição, erigida sobre fundamentos democráticos de liberdade e igualdade, exige que a sua aplicação pelos órgãos estatais busque, simultaneamente, a congruência com os fatos julgados e a compatibilidade com o que vinha se considerando como sendo o ordenamento jurídico constitucional até então – com seus textos e sua história – num diálogo com as expectativas emergentes da esfera pública iluminado simultaneamente por pretensões, repita-se, ideais, de justiça e segurança⁷². Nas comunidades em que esse diálogo se dá somente com fundamento ou na consistência, ou na justiça, e não em ambas a um só

⁷⁰ “*O Direito é um sistema de limitações ao poder, fruto e instrumento da racionalidade humana, que busca a realização dos valores fundamentais da humanidade, entre os quais merecem especial destaque a segurança e a justiça.*” (MACHADO, 2009: 01)

⁷¹ Em outro trecho de sua obra, HABERMAS assim detalha a sua tese:

“*A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas.*
(...)”

O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidí-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial.

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro de uma ordem jurídica estabelecida. (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.” (1997: 245-246)

⁷² “*Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.*” (CARVALHO NETTO, 1999: 482)

tempo, a Constituição – e o direito em geral - entra em crise, seja porque não responde aos anseios sociais de adequação da resposta jurídica às situações concretas (insulamento formal do ordenamento jurídico), seja porque se dissolve no jogo absolutamente incerto das pretensões materiais de justiça (caindo, assim, em sociologismo estéril, que somente enfatiza o “real”).

Marcelo NEVES reputa as pretensões de validade que, segundo HABERMAS, envolvem os atos de aplicação do direito, como incompatíveis com complexidade social atual⁷³. Isso se daria porque o amplo dissenso, efetivamente existente na sociedade, acerca da correção de qualquer conteúdo normativo, projetado na incerteza que envolve a atribuição de sentido ao direito, transformaria as idealizações de segurança e justiça, supostamente inseridas nos discursos de aplicação, em verdadeiras ficções, inteiramente descoladas da realidade da vida. Em outras palavras, Marcelo NEVES parece partir da suposição de que o pluralismo social contemporâneo seria tal que, nem mesmo idealmente, se poderia falar em pretensões de validade, na medida em que os indivíduos nem mesmo sobre isso acordariam, sequer em tese.

Todavia, tal argumento não subsiste, na medida em que as pretensões de validade antecedem a própria possibilidade do entendimento sobre algo, e não, ao contrário, se sucedem aos resultados obtidos apenas como parâmetros de correção, acerca dos quais seria necessário o estabelecimento de qualquer consenso efetivo. Dessa forma, é impossível, linguisticamente, que se fale em ciência, e em verdade científica, sem que se suponha o desenvolvimento de discursos voltados à busca de uma ‘verdade’ que, ao cabo, é sempre ideal. Ou seja, a ‘verdade’ ideal serve de estrutura ao argumento científico, está dentro dele, e não fora, apenas como um instrumento predisposto a avaliá-lo. No direito, ao seu turno, ao menos segundo o paradigma atual do constitucionalismo democrático, as pretensões de segurança e justiça se inserem dentro dos discursos de aplicação, movendo-os rumo a um resultado racionalmente aceitável, ainda que incerto; estão em sua base (e não em uma espécie régua – sobre a qual deveria haver consenso –, que lhes é externa e que serve apenas para medir-lhes a exatidão),

⁷³ “Vinculado a essa visão do consenso como veículo racional da ‘validade’ de um julgamento, Habermas adota a idéia dworkiniana de ‘uma única decisão correta’, evidentemente no sentido de um ‘ideal regulativo’. Dessa maneira, parece-me que se mantém preso a um racionalismo e idealismo que não avalia adequadamente a complexidade da sociedade moderna e o alto grau de incerteza do direito positivo contemporâneo.” (NEVES, 2006: 208-209)

viabilizando que se possa, ao menos, ambicionar um entendimento acerca do direito ‘correto’, mesmo sabendo-se que, na prática, esse acordo jamais será perfeito, dado justamente o amplo dissenso que, com efeito, estrutura a esfera pública.

Justamente por força do dissenso e do pluralismo que marcam, de fato, a sociedade atual, não supõe HABERMAS a possibilidade de que as pretensões de validade integradas ao discurso jurídico venham a revelar conteúdos definitivos, inquestionavelmente válidos. Assim, o uso da razão comunicativa resulta em pretensões normativamente fracas, que não oferecem conteúdos concretos, ou parâmetros de avaliação materiais, para se esquadriñar o acerto ou o desacerto das decisões jurídicas⁷⁴, seja no âmbito da justificação do direito, seja no plano da sua aplicação. Com efeito, afirma o autor que:

“Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem.

A razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática.” (HABERMAS, 1997: 21)

A sociedade, portanto, não estabiliza suas estruturas jurídicas apenas a partir da perspectiva da faticidade da força, mas também fiada na idealidade da segurança e da justiça; enfim, na legitimidade^{75 76}. Como em qualquer espécie de comunicação dirigida

⁷⁴ “A proposta de Habermas, ao formular o princípio D, é que só se pode atingir o ‘bom’ motivo, ou o melhor motivo, para validar uma norma, ao se apresentarem razões, em favor da aceitação das mesmas. Assim, uma norma de ação torna-se válida se as pretensões de validade por elas levantadas podem ser reconhecidas pelos possíveis atingidos (intersubjetivamente) na medida em que esses levantam razões; ou seja, pelo reconhecimento motivado racionalmente e que a todo momento pode ser problematizado. (...)

Portanto, o princípio D é neutro, pois refere-se a normas de ação em geral. Ele é abstrato porque apenas explicita o ponto de partida do qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação. Ele é ainda sem conteúdo uma vez que os argumentos que poderão ser utilizados para fundamentação das normas de ação não podem ser determinados a não ser posteriormente, na discussão. Pode-se dizer ainda que ele é procedimental, já que exige que toda forma de vida comunicativamente estruturada tenha como condição de realização o reconhecimento mútuo, a simetria entre os participantes, e relações de inclusão entre eles.” (REPOLÊS, 2003:98)

⁷⁵ “Essa explicação sobre o uso da razão comunicativa nos discursos e falas individuais é transposto no nível geral da organização das sociedades modernas; elas também são estruturadas sob as bases da linguagem cotidiana – como será explicado adiante – e é dela que decorrem todas as interações e consensos que vão sendo formados nessas interações.” (idem, 2003: 50)

⁷⁶ “Apresentada a teoria da linguagem reconstruída por Habermas, pode-se concluir que a linguagem pode ser uma forma de integração social bastante efetiva porque é por meio dela que as práticas sociais podem se dar tendo como fim o entendimento mútuo, por via do agir comunicativo. Ou seja, sendo o agir

ao entendimento, o direito é aplicado a partir da premissa de que será ‘perfeitamente’ entendido, de que os interlocutores desejam saber qual é o direito correto, bem como de que o que se busca é a simultânea consistência e justiça da decisão; ainda que, racionalmente, se saiba que assim nem sempre passará, pois o direito bem poderá ser absorvido com sentido bem diverso daquele previsto pelo seu emitente, sendo potencialmente utilizado por um ouvinte que deseja atuar estrategicamente, e não viabilizando, ao cabo, do ponto de vista material, qualquer consenso em torno da decisão tomada.

Como o consenso efetivo em torno da correção material das decisões jurídicas é praticamente inatingível, tendo em vista, vale repetir, o amplo pluralismo que marca as sociedades contemporâneas, e a própria perspectiva estratégica assumida pelos atores, como podem ser satisfeitas, racionalmente, as pretensões validade inerentes aos discursos de aplicação do direito (que aqui nos interessam especificamente)? Ou seja, numa ambiente social em que as pretensões de validade desempenham papel central na integração social, na medida em que se imiscuem em quaisquer ações voltadas ao entendimento mútuo, como se pode supor que uma determinada decisão judicial é o produto da aplicação de um direito autonomamente construído pela comunidade?

HABERMAS transpõe todas as exigências ideais de correção normativa para as condições pragmáticas do discurso, construindo a tese de que somente podem ser racionalmente aceitos os resultados emergentes de procedimentos que tenham permitido que todos os argumentos pertinentes para a solução da controvérsia viessem à tona⁷⁷. O

comunicativo, e seu objetivo de alcançar o entendimento mútuo, um mecanismo de coordenação da ação, os pressupostos contrafactuais da linguagem, de atores que orientam a sua ação por pretensões de validade, mantém uma ligação com a construção e preservação de ordens sociais. Isto porque também as ordens sociais existem pelo reconhecimento de proferimentos normativos de validade.

(...)

A integração social, isto é, o processo em que atores procuram a construção e preservação de uma ordem social, traz em si, como na linguagem, a tensão imanente entre facticidade e validade.” (REPOLÊS, 2003: 64)

⁷⁷ *“O conceito amplo de uma racionalidade procedimental, abrangendo a dimensão pragmática de uma disputa regulada entre argumentos, permite complementar as características semânticas dos argumentos através das propriedades indiretamente constitutivas da validade de um arranjo, no qual se atualiza o potencial da motivação racional que os bons argumentos carregam consigo. A fresta de racionalidade que surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma seqüência incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade da pretensão à ‘única decisão correta’, de outro lado, é fechada idealiter (idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade.”* (HABERMAS, 1997: 283)

autor, portanto, não oferece qualquer parâmetro material para a avaliação da correção das decisões judiciais, o que se mostraria absolutamente incompatível com o nível de complexidade atingido pelas sociedades contemporâneas; considera viável, contudo, que se verifiquem as condições discursivas a partir das quais a decisão foi produzida, de modo a se poder considerá-la, ou não, como sendo o resultado racional da efetiva interação dialógica entre os interessados em sua expedição.

Quando uma pretensão de validade acerca de uma determinada decisão jurídica é questionada, instauram-se, em torno dos pontos controversos, discursos, através dos quais os interlocutores desfiam argumentos⁷⁸ voltados a sustentar as suas perspectivas sobre qual seria, naquela situação concreta, a resposta normativa que, simultaneamente justa e consistente, solveria o conflito. As partes de um processo judicial, por exemplo, buscarão convencer a autoridade judiciária, através de toda sorte de argumentos jurídicos e fáticos, que suas teses são normativamente corretas, e que, portanto, devem servir de base para a decisão a ser proferida.

Como não é possível definir parâmetros materiais para se analisar quais são os melhores argumentos apresentados pelas partes, é inútil buscar de antemão a substância do que seja ‘o’ justo, ou ‘o’ seguro, a servir de anteparo para a crítica do direito revelado. Por isso, HABERMAS desloca quaisquer ambições de definição material da correção de uma decisão jurídica para as condições procedimentais e pragmáticas de sua produção. Dessa forma, o que importa para o autor não é o estabelecimento de qualquer conteúdo normativo absolutamente correto, mas sim a definição dos supostos a partir dos quais se possa generalizar uma dada decisão como havendo sido tomada racionalmente, a partir de argumentos desfiados em torno dos pontos controversos. Considerações materiais acerca dos conteúdos normativos, assim, tendo em vista a pluralidade e o dissenso que estruturam a sociedade contemporânea, são alocadas nos argumentos⁷⁹ apresentados pelos interessados, a partir dos quais se poderá produzir uma decisão supostamente racional (correta)^{80 81}.

⁷⁸ “Argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas.” (HABERMAS, 1997: 280-281)

⁷⁹ “Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de

Mas não basta se estabelecer um procedimento, em tese aberto, para se poder supor que uma decisão foi corretamente proferida. Para HABERMAS, faz-se necessário ir muito além, verificando-se se as condições pragmáticas de produção dos argumentos (ou seja, a situação discursiva efetivamente existente) permitem supor que a decisão jurídica tenha sido proferida num ambiente em que, de fato, haja sido facultada a todos os interessados na solução do caso a tradução de suas perspectivas numa argumentação racional⁸² ⁸³. A abertura procedimental meramente simbólica é, assim, refutada, e substituída por requisitos discursivos pragmáticos, que confirmam presunção de correção a uma dada decisão.

Somente as condições práticas que garantam aos envolvidos, efetivamente, a participação equânime na interlocução estabelecida em torno da decisão jurídica a ser proferida, devem ser consideradas como predispostas a satisfazer os requisitos ideais que envolvem a argumentação jurídica. Noutra giro, a destituição da parte processual da sua condição de sujeito capaz de apresentar argumentos, e a sua transformação em objeto do processo, retira do procedimento a aptidão de gerar decisões passíveis de serem generalizadas como sendo corretas. O exemplo do Processo Penal brasileiro pré-Constituição de 1988 bem esclarece o que aqui se busca ilustrar. A leitura do Código de Processo Penal em sua redação original, descontextualizada das garantias processuais dispostas na Carta Magna, revela um procedimento que tinha por efeito a destituição do acusado da qualidade de sujeito que argumenta e participa ativamente do provimento jurisdicional que, ao final, o poderia absolver ou condenar, e o transfigurava em mero

atos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente.” (HABERMAS, 1997: 281)

⁸⁰ “Correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos.” (idem, 1997: 281)

⁸¹ “O que Habermas propõe não é uma razão prática monológica, centrada no sujeito, mas a possibilidade de se fundamentar racionalmente, através da argumentação, uma pretensão normativa. Para o autor, abrir mão da razão prática em sua versão monológica não implica a impossibilidade de se estabelecerem condições para que o discurso prático (voltado para a ação e não limitado à observação) se desenvolva racionalmente. O racionalismo do autor é, por conta disso, procedimental, e tem lugar no processo comunicativo.” (SOUZA NETO, 2002: 297)

⁸² “Daí decorre a exigência de formulação de regras não só referentes à estrutura dos argumentos, mas também aos aspectos éticos da interação discursiva: ‘tais condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força de motivação racional inerente a eles’.” (SOUZA NETO, 2002: 283)

⁸³ “(...) a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo.” (HABERMAS, 1997: 287)

objeto da persecução criminal. Sua própria qualidade de interlocutor, de pessoa capaz de traduzir em verbo a sua perspectiva, era desconsiderada, de modo que decisões proferidas num tal contexto discursivo não poderiam ser reputadas como havendo sido corretamente elaboradas.

A Constituição da República estabelece, em seu texto, todas as condições pragmáticas para o desenvolvimento discursivo de argumentos voltados à aplicação segura e consistente do direito. Repita-se, todavia, que somente nos processos nos quais essas condições hajam sido efetivadas poderá se supor a correção normativa do juízo formulado. Em linhas gerais, os supostos procedimentais que validam uma decisão judicial podem ser assimilados ao princípio do devido processo legal, o qual se desdobra em inúmeras outras garantias, dentre as quais destacamos o contraditório, a ampla defesa, o direito ao advogado, o dever de fundamentação das decisões, o amplo acesso à justiça, o juiz natural, a necessária blindagem institucional dos magistrados e a publicidade dos julgamentos.

O atendimento efetivo dessas garantias viabiliza, com efeito, que venham potencialmente à tona todos os argumentos relevantes para a solução do conflito de interesses deduzido em juízo. A condição discursiva ideal, protagonizada, por exemplo, por juízes absolutamente imparciais, advogados tecnicamente preparados ao extremo, etc., obviamente jamais será aperfeiçoada, mas servirá de parâmetro para a avaliação da potencialidade do procedimento judicial produzir uma decisão correta.

A qualidade pragmática do contexto argumentativo é, assim, o ponto decisivo a ser levado em conta. Se os juízes, *verbi gratia*, minimizam a extensão do dever de fundamentação das decisões judiciais, a potencialidade do processo gerar decisões presumivelmente justas e seguras resta severamente comprometida. É o que se passa, por exemplo, na aplicação que os tribunais brasileiros vêm conferindo ao princípio *da mihi factum dabo tibi ius*. Segundo este princípio, o juiz não está obrigado a solucionar a lide a partir dos argumentos jurídicos propostos pelas partes; na verdade, conhecendo o ordenamento jurídico (*iura novit curia*), pode o magistrado decidir de maneira diversa da proposta pelo autor, ou pelo réu, aplicando ao caso as normas que entender que são pertinentes para solver o conflito. O Superior Tribunal de Justiça, ao seu turno, saca deste princípio consequência normativa adicional, asseverando que o órgão

jurisdicional, em razão de poder considerar normas jurídicas diversas das suscitadas pelas partes, não estaria, igualmente, obrigado a analisar todos os argumentos de direito por elas suscitados⁸⁴. Todavia, num contexto em que se sabe que a interpretação dos textos legais é algo, por si só, tão incerto e discutível quanto os próprios fatos – conforme visto amplamente ao longo deste capítulo –, é extremamente estranho que os juízes possam decidir processos simplesmente desconsiderando os argumentos de direito deduzidos pelos interessados. Na prática, isso desobriga os magistrados de dar a atenção devida a essas razões, podendo, assim, tranquilamente passar ao largo de teses potencialmente consistentes sem ao menos sobre elas refletir, bloqueando-se severamente o acesso de argumentos ao processo. Destarte, não se cumprem, neste exemplo, de plano, os pressupostos discursivos de que fala HABERMAS, já que o direcionamento de argumentos jurídicos ao Poder Judiciário, que deles não se obriga a sequer tomar ciência, resta em grande parte ceifado.

Há que ressaltar, contudo, que a Constituição, através do princípio do contraditório, exige que o magistrado, diferentemente do que afirmado nos precedentes acima referidos, analise e responda a todos os argumentos deduzidos pelas partes, cumprindo-se, assim, em parte, os requisitos discursivos para que se possa considerar o provimento jurisdicional consistente e legítimo. Assim já o afirmou categoricamente, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, através da autorizada pena do Ministro Gilmar Mendes:

“Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;*
- 2) direito de manifestação (Recht auf Ausserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou*

⁸⁴ Cf. por todos, o seguinte precedente:

“Quanto à apreciação de violação de princípio constitucional, cumpre asseverar que é cediço, neste Tribunal, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.” (EDcl no AgRg no agravo de instrumento nº 980.079 – SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 27.05.2008)

por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

- 3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berucksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (aufnahmefähigkeit und aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas.*

Sobre o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (...), que corresponde, obviamente, ao dever do Juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (...), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (...).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões.” (STF – Tribunal Pleno – MS n. 24.268-0/MG. DJ 17.09.2004. Rel. Ministro Gilmar Mendes)

O exemplo acima, referente à extensão aplicável ao dever de fundamentação das decisões judiciais, bem ilustra o que aqui se quer dizer. Conjugado com os demais requisitos normativos emergentes do princípio do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa – concretamente exercidos – viabilizam que se presuma e que se generalize uma decisão como havendo sido corretamente expedida.

Não se pode desconsiderar, todavia, que a perspectiva das partes de um processo judicial é estratégica, ou seja, voltada não ao entendimento, mas sim à satisfação de seus interesses individuais. Se a questão foi levada a juízo, é justamente porque não houve consenso sobre a solução da situação, que passa a necessitar de equacionamento externo, imposto coercitivamente. A perspectiva do Estado-juiz, contudo, é a do participante, do interlocutor que, por imperativo constitucional, deve atuar performativamente na busca da satisfação de pretensões de validade (de segurança e justiça). Assim, se as partes, por um lado, assumem uma posição estratégica, o juiz, por outro, somente pode abordar o conflito imparcialmente, colocando-se à margem de qualquer objetivo outro senão o de aplicar corretamente o direito.

Para HABERMAS, mesmo nesse contexto, é possível o estabelecimento de arranjos procedimentais que, conjugando a atuação egoística das partes, leve, ainda assim, a que todos os argumentos pertinentes ao caso venham à tona, podendo-se atingir soluções racionais, justas e consistentes, a partir do cruzamento discursivo da teia de argumentos estratégicos apresentados. O autor cita, como exemplo de sucesso em tal

intento, o júri anglo-saxão, em que a organização procedimental permitira a criação de uma situação discursiva potencialmente geradora de decisões corretas, já que “*os espaços da ação estratégica estão organizados de tal forma que possivelmente todos os fatos relevantes para a constituição do estado de coisas são tematizados. O tribunal apóia neles sua avaliação dos fatos e seu julgamento jurídico.*” (HABERMAS, 1997: 293)

Enfim, se por um lado não há como se fixar acordo em torno de conteúdos, por outro, é racionalmente possível a consideração pragmática de procedimentos como sendo aptos a gerar, ou não, decisões justas e consistentes; ou seja, atribuíveis potencialmente à esfera pública como o produto normativo de uma comunidade de homens e mulheres autônomos, privada e publicamente, em que aos interessados numa decisão (por serem por ela afetados) é conferido, sempre, o amplo e efetivo acesso argumentativo ao processo em cujo bojo ela será linguisticamente construída.

2.2. Conclusões parciais sobre a concretização da Constituição

Pode-se afirmar que o avanço dos conhecimentos em torno da interpretação do direito se deu de forma pendular entre, de um lado, tendências que abordavam primordialmente a questão da busca da segurança e da exatidão dos processos de aplicação das normas jurídicas, e, de outro, perspectivas que privilegiavam somente a adequação da decisão jurídica às situações concretas analisadas.

As soluções unilaterais atingidas por tais perspectivas jamais se mostraram, em tese, satisfatórias. A ênfase exclusiva na consistência da decisão, ou seja, no sentido de que a concretização normativa deveria se dar à luz somente dos parâmetros formais que lhes fossem impostos pelo sistema jurídico, isolaria o direito da realidade da vida, conduzindo-o a uma inevitável perda de legitimidade democrática. Nessa linha de raciocínio, as normas jurídicas, ao se desconectarem das expectativas reais de justiça que lhes são depositadas, passariam a depender, como mecanismo que afiançaria a sua vigência, somente da força coercitiva do Estado. Daí para um contexto de violência pura, no qual o direito não seria considerado na resolução dos conflitos sociais, o salto seria curto, na medida em que a sociedade passaria a refugar sistematicamente as decisões normativas tomadas pelos órgãos oficiais. Do ponto de vista teórico, o

desfecho desse processo seria absolutamente paradoxal: as preocupações exclusivamente com a consistência das decisões, com o isolamento formal do ordenamento jurídico, inspiradas em razões apenas de segurança, poderiam desaguar num contexto de caos social e de severa imprevisibilidade das decisões estatais.

Por outro lado, as abordagens que buscam transformar os atos de aplicação do direito em análises focadas apenas nas situações concretas a serem solvidas, igualmente se mostram insuficientes. A ênfase apenas no caso ignora uma das mais importantes funções do direito, que é a de servir de estabilização de expectativas sociais acerca das condutas que devam ser consideradas como lícitas ou ilícitas. Desse modo, a abordagem do direito como algo quase inteiramente desvinculado dos textos legais e precedentes jurisprudenciais em vigor deslocaria o eixo da decisão jurídica para a complexidade social atual, dissolvendo-o na pluralidade de valores, crenças e formas de vida que estruturam a esfera pública. O direito passaria a vagar sem rumo no mar revolto dos interesses conflitantes, dos dissensos acerca do que se deve entender como uma ‘boa vida’, uma ‘boa sociedade’, uma ‘boa humanidade’, uma norma correta. Na inexistência de parâmetros seletivos, que servissem de fio condutor dos processos de concretização das normas, o Poder Judiciário ver-se-ia inundado em meio às expectativas conflitantes advindas da esfera pública, sem que os seus pronunciamentos pudessem ser metodicamente criticados pelos cidadãos, à míngua de critérios minimamente objetivos para tanto. O arbítrio, num tal contexto, assomaria como resultado mais que previsível. A ênfase somente na justiça concreta, enfim, curiosamente, geraria um outro paradoxo: conduziria, ao contrário do intento inicial que a inspirava, à injustiça.

Nesse passo, perspectivas opostas, que enfatizavam somente a forma em detrimento dos fatos (v.g., KELSEN), ou somente os fatos em detrimento da forma (como LASSALE), não se prestaram satisfatoriamente a servir de instrumental teórico para o tratamento racional do direito. Os resultados que ambas proporcionaram, com efeito, testados ao longo da história, e representados pelo decisionismo e pelo arbítrio, as desqualificaram e as tornaram superadas.

A metódica estruturante, desenvolvida por Friedrich MÜLLER, serve eficazmente de ponto de partida para a compreensão da interpretação do direito como a denotação de um sentido normativo que seja, simultaneamente, consistente e justo. A

perspectiva concretizadora, com efeito, leva a sério os textos legais, a Constituição escrita, os precedentes jurisprudenciais, o papel desempenhado pela dogmática jurídica e pelos métodos tradicionais de interpretação. Mas com eles não se satisfaz, na medida em que embute no interior da própria norma jurídica concretizada a construção lingüística do caso que deverá ser decidido, bem como da situação que o circunda. A ‘realidade’ concreta e a abstração das fontes jurídicas formais se fundem, num processo de diálogo recíproco que intenta revelar, argumentativamente, o conteúdo adequado para a decisão jurídica. A consistência do ordenamento e a justiça do caso – ambos integrados através da hermenêutica simultânea de textos e fatos –, assim, se efetiva e recebe tratamento racional na metódica estruturante concretizadora.

Mas mesmo do processo de concretização sobejam resíduos de irracionalidade que ainda podem ser equacionados. Se, por um lado, a perspectiva de MÜLLER, que integra argumentativamente forma e conteúdo, já afunila o espectro de arbítrio deixado à autoridade que decide – na medida em que sua decisão deve cumprir, simultaneamente, requisitos emergentes não só dos textos, e nem só dos fatos, mas de ambos –, por outro a sua metódica ainda se ressentida da ausência de critérios discursivos para a ‘medição’ dos resultados normativos atingidos. Com efeito, mesmo a perspectiva concretizadora pode revelar várias decisões possíveis. E essa pluralidade de resultados viáveis, já menor que em KELSEN, subsiste à margem de qualquer controle racional. Seria esse o ponto limite, a linha divisória, até onde a razão pode oferecer seus préstimos à questão da interpretação do direito? A resposta é negativa. É, com efeito, possível a fixação de parâmetros racionais, e adicionais, de avaliação crítica dos julgamentos, mesmo quando estes já hajam sido efetivados sob a perspectiva metódica da concretização.

Marcelo NEVES (2006), neste contexto, propõe o teste dos resultados da concretização a partir da noção de “estranheza” da interpretação atingida pelos órgãos oficiais encarregados da aplicação do direito. Para o autor, não haveria a possibilidade, na sociedade moderna, marcada pelo pluralismo de valores e visões de mundo, de se aperfeiçoar qualquer consenso em torno do conteúdo correto das normas jurídicas. Todavia, seria possível se falar num consenso formal, de fundo, acerca das “regras do jogo” que envolvem a comunicação jurídica, de modo que concretizações normativas efetivadas fora daquelas regras poderiam ser tachadas de erradas; ou, nas palavras de

NEVES, “*estranhas*”, sendo assim qualificadas aquelas que representassem resultados hermenêuticos que não pudessem ser considerados como erigidos a partir do texto legal ou constitucional, à luz das mencionadas “regras do jogo”. E a perspectiva deste teste de “estranheza” seria aquela da esfera pública, na qual pululariam as mais diversas interpretações legais e constitucionais; ou seja, os órgãos oficiais encarregados de impor o direito, em sua função seletiva das expectativas normativas emergentes da esfera pública aberta, somente poderiam adotar interpretações que, à luz das regras do jogo formais da comunicação jurídicas, pudessem ser generalizadas àquela mesma esfera pública, em casos futuros que invocassem a aplicação dos mesmos dispositivos interpretados.

O consenso sobre “regras do jogo” de que fala Marcelo NEVES, contudo, ainda é insuficiente, na medida em que comunidades concretas podem estar de acordo sobre parâmetros formais de comunicação jurídica ancorados em formas de vida parcialmente arcaicas, promotoras da exclusão e renitentes à efetivação prática da Constituição. A interpretação, assim, poderia ser considerada como não sendo “estranha”, sem satisfazer os requisitos de segurança e justiça acima ventilados, produzindo, destarte, resultados insatisfatórios, capazes de dissolver o direito na eticidade de comunidades concretas. A possibilidade de decisionismo e de relativismo material exacerbado, assim, remanesce latente.

Nessa linha de raciocínio, é a teoria do discurso de HABERMAS que se mostra mais apta a retratar a complexidade da interpretação e da imposição do direito nas sociedades atuais. Demonstra o autor, com efeito, que a tensão entre faticidade e validade é inerente à linguagem instrumentalizada ao entendimento – portanto, a qualquer forma de discurso fundado em pretensões de validade. Projetando essa premissa para o discurso jurídico, tem-se que, aqui, essa tensão se manifesta entre pretensões de justiça e de segurança, entre intentos de adequação a situações concretas e de consistência, entre legitimidade e coerção. Assim, em qualquer ação voltada ao entendimento mútuo acerca da correção normativa de questões de direito, essas pretensões se encontrarão presentes, e em permanente tensão.

Numa sociedade altamente complexa, entretanto, é evidente que consensos acerca do que seja justo, injusto, consistente, inconsistente, legítimo, ilegítimo, enfim,

correto ou incorreto, são impossíveis. Isso não afasta, contudo, a realidade, lingüisticamente constatável, de que pretensões de justiça e segurança existem no direito, e que a coesão social da satisfação racional delas depende.

A democracia reivindica que as decisões jurídicas possam ser abstratamente generalizadas a todos os interessados como o produto de uma vontade autonomamente construída. Somente aqueles conteúdos erigidos intersubjetivamente, no processo de concretização normativa, que possam ser argumentativamente estendidos a toda a esfera pública, à luz de pretensões de segurança e justiça, podem ser tidos como normativamente corretos. E, num contexto de amplo dissenso acerca de conteúdos e valores, como se pode julgar uma determinada decisão como sendo extensível a toda a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, segundo as idealizações de justiça e consistência que imantam qualquer comunicação jurídica assestada ao entendimento? A resposta está nas condições pragmáticas para que o procedimento de formação do discurso jurídico possa ser considerado como apto a gerar decisões racionais, ou seja, generalizáveis. Somente o procedimento que garanta concreta e pragmaticamente a posição de interlocutores efetivos a todos os interessados, que assegure que todos os argumentos, pertinentes à situação ser decidida, venham à tona, pode ser tido como apto a servir de fio condutor para discursos jurídicos construídos sobre pretensões de justiça e de segurança⁸⁵. Só os resultados alcançados a partir de um procedimento assim cinzelado podem, ao cabo, ser abstratamente considerados como acolhidos por toda a esfera pública, impedindo, destarte, que produtos hermenêuticos calcados em formas de vida autoritárias, que admitem como compatíveis com as “regras do jogo” processos conduzidos sob condições pragmáticas desfavoráveis à comunicação, possam ser reconduzidos à categoria de um direito autonomamente produzido pela sociedade.

⁸⁵ “Mas o que é certeza jurídica hoje? A certeza ou previsibilidade do conteúdo das decisões, como se o Direito pudesse ser mecanicamente aplicado? Não. Deveríamos, então, renunciar à nossa pretensão cotidiana de certeza e de segurança em prol de um uso alternativo (ou nenhum uso!) do Direito? Também não.

Numa sociedade lingüisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade. Tal é, inclusive, a noção que considero a atual do princípio do ‘devido processo legal’.” (OLIVEIRA, 2002: 79-80)

A partir do exposto ao longo do presente capítulo, extraem-se, assim, as conclusões sintéticas de que a interpretação do direito é incerta, mas não é arbitrária; de que direito não é só forma, nem só matéria, mas sim a conjugação discursiva e procedimental de ambos; de que os ideais de consistência pura, ou de justiça pura, desaguaram em fórmulas teóricas testadas e fracassadas; de que não se pode falar em direito sem se remeter a pretensões ideais de justiça e de segurança, mesmo quando o dia-a-dia nos impinja desigualdade, violência e incerteza; de que a concretização das normas é dinâmica e mutante, sendo falha como o homem que a produz, mas que não escapa ao crivo da crítica racional intersubjetiva, mesmo num contexto de amplo pluralismo social e axiológico; de que a noção de constitucionalismo, mesmo com toda a incerteza que envolve os sentidos concretos que a Constituição deva receber aqui e agora, permanece íntegra como a mais forte promessa de igualdade e liberdade que se legará às gerações vindouras.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, SEPARAÇÃO DE PODERES E MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

3.1. Considerações gerais

Os problemas que envolvem a modulação temporal dos efeitos dos pronunciamentos de inconstitucionalidade das leis podem ser reconduzidos, de certa forma, ao princípio da divisão dos poderes entre os órgãos centrais do Estado⁸⁶. Mais precisamente, essas questões suscitam a imprescindibilidade de se clarear as linhas divisórias que separam, de um lado, as tarefas político-legislativas (inclusive de reforma da Constituição), e, de outro, a função jurisdicional.

A crítica central que se faz ao poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, de mitigar a eficácia temporal do pronunciamento da nulidade dos atos normativos que contrastam com a Constituição, pode ser desdobrada em dois aspectos. O primeiro deles se liga ao fato de que, para tanto, aquela Corte, no exercício da jurisdição constitucional, necessitaria se utilizar não de discursos de aplicação da Constituição, mas sim de discursos de justificação, lançando mão, assim, de argumentos destituídos de caráter jurídico – no mais das vezes, puramente políticos ou político-econômicos –, predispostos a embasar juízos acerca da conveniência e oportunidade de se reconhecer eficácia a uma norma reconhecidamente inválida. A segunda crítica que se faz, diz respeito ao fato de que a modulação de efeitos representaria uma forma de suspensão temporária da vigência da própria Constituição, relativamente ao período em que se reconheceria a primazia dos efeitos de um diploma normativo de hierarquia inferior, que com ela contrastava; o que redundaria na quebra da própria supremacia jurídica da Carta Magna, com evidentes prejuízos para o Estado Democrático de Direito, na medida em que ao Supremo Tribunal Federal, ao cabo – e na prática – teria sido atribuído um tipo de ‘poder constituinte’, absolutamente ilegítimo, consubstanciado na possibilidade de se bloquear discricionariamente, por decisão de oito Ministros, a concretização do texto constitucional.

⁸⁶ “A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão de poderes.” (HABERMAS, 1997: 298)

No capítulo anterior, restou assentado o caráter relativamente indeterminado – mas não arbitrário, nem imune à crítica racional – da interpretação constitucional. O princípio da separação dos poderes, não obstante, foi arquitetado a partir da concepção de que as funções de criação das normas (através da edição das leis) e da sua aplicação (na resolução de conflitos [jurisdição] ou na gestão pública [administração]) podiam ser claramente separadas entre si. Ocorre que o reconhecimento da incerteza que cerca a imposição de qualquer norma jurídica, agravada quando o objeto interpretado é a Constituição – à vista da abertura semântica da maioria dos termos utilizados em seu texto –, esmaece os lindes entre os atos de criação e aplicação do direito.

Nesse contexto, não mais se diverge, hoje, acerca da criatividade que envolve os atos de aplicação judicial e administrativa do ordenamento jurídico, concretizado, como vimos anteriormente, a partir de uma complexa interação recíproca entre textos, fatos e horizontes de compreensão do próprio intérprete.

Se o aplicador do direito exerce a sua criatividade ao revelar o sentido concreto de quaisquer normas; se essa mesma criatividade se potencializa quando o objeto de aplicação é a Constituição; se o controle de constitucionalidade das leis, por si só, já se situa, à primeira vista, numa zona de fronteira cinzenta entre o direito e a política; e, finalmente, se as críticas em torno da modulação temporal de efeitos giram em torno, justamente, da utilização indevida de argumentos políticos e econômicos como fundamentos para pronunciamentos jurisdicionais; faz-se necessário o desenvolvimento de reflexões acerca do conteúdo e da estrutura dos discursos que podem ser legitimamente empolgados como base de decisões judiciais proferidas no âmbito do monitoramento da constitucionalidade das leis. Em outras palavras, mais simples, é imprescindível definir de antemão, através de parâmetros dogmáticos de decisão^{87 88}, o ponto limite a partir do qual o Juiz constitucional, ao pretender modular temporalmente

⁸⁷ “A dogmática prepara, pois, a decisão, cria para ela condições razoáveis, de tal modo que ela não apareça como um puro arbítrio, mas decorra de argumentos plausíveis.” (FERRAZ JÚNIOR, 1994: 95)

⁸⁸ “A Dogmática cumpre, pois, o papel de limitar a facultatividade das variações que resultam possíveis quando uma relação vem imaginada como variável bilateralmente (o sentido da norma e os fatos).

(...)

Somente os conceitos dogmáticos permitem a verdadeira formação de expectativas normativas, projetando as decisões para o futuro e alargando os horizontes temporais do sistema jurídico.” (DERZI, 2009: 184)

os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, deixa para traz o terreno do direito e ingressa, ilegitimamente, no âmbito da política (ou da política econômica).

Isso, evidentemente, implica um ponto de partida rígido: o de que direito e política se ligam, mas não se confundem. Fazer política e aplicar direito são tarefas próximas, mas não idênticas. A partir da política, é certo, são definidos os conteúdos dos textos normativos. É na política democrática, além disso, que o ordenamento jurídico ancora primordialmente a sua legitimidade e a sua capacidade de servir de meio eficaz para a integração social. Todavia, aplicar o direito posto – ou seja, vigente a partir de uma decisão de poder – é missão que difere, mesmo num contexto de reconhecimento da fluidez dos atos interpretativos, do afazer político.

De toda sorte, a posição do juiz constitucional na estrutura do Estado é particularmente delicada. O controle concentrado de constitucionalidade das leis, aliás, era classicamente equiparado ao legislar; só que em sentido negativo, analogamente ao que se dá, no âmbito do Poder Legislativo, com as derrogações e ab-rogações.

Enfim, há que se investigar, à luz das conclusões acerca da interpretação da Constituição expostas no capítulo anterior, a conformação que a relação entre direito e política apresenta no exercício da jurisdição constitucional – mais exatamente, do controle concentrado de constitucionalidade das leis – a fim de se definir o conteúdo e a estrutura dos discursos aptos a serem legitimamente utilizados pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, definida a linha de atuação discursiva a partir da qual os juízes constitucionais podem, num Estado Democrático de Direito, fundamentar os seus pronunciamentos, poder-se-á verificar se existe, na Constituição, substrato que valide o uso da técnica da modulação temporal dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, sem que se vulnere o dogma da supremacia constitucional.

Assim, eis as questões que a seguir, nos próximos dois subitens, guiarão as nossas investigações:

- À vista da natureza relativamente indeterminada da concretização constitucional, como situar o limite entre a aplicação do direito e o exercício da política, no âmbito da jurisdição constitucional?

- Modular os efeitos das declarações de inconstitucionalidade significa, necessariamente, violar a supremacia constitucional?

3.2. Jurisdição constitucional. Julgar ou legislar?

O princípio constitucional da separação dos poderes não exige o divórcio absoluto entre os órgãos máximos do Estado⁸⁹, encarregados das funções jurisdicional⁹⁰, administrativa e legislativa. A necessidade de interligações e controle recíprocos efetivos entre os Poderes⁹¹ do Estado, na verdade, há séculos é reconhecida como uma

⁸⁹ A noção de separação dos poderes apregoada por SEABRA FAGUNDES, por sua clareza indiscutível, é o nosso ponto de partida:

“O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins por meio de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e judicial, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde e sim tem nela a sua competência principal ou predominante. Ao Poder Legislativo delega o direito escrito a quase-totalidade das atribuições de natureza legislativa, como, de modo semelhante, delega as de natureza administrativa e jurisdicional aos Poderes Executivo e Judiciário respectivamente.” (SEABRA FAGUNDES, 2006: 3-4)

⁹⁰ Outro ponto de partida deste trabalho é o conceito de jurisdição construído por Ovídio A. Baptista da SILVA, que consideramos o mais correto por enfatizar os dois pontos essenciais que marcam indelevelmente a atividade jurisdicional: a tarefa de aplicar o direito tendo por objetivo apenas e tão-somente a reafirmação do ordenamento jurídico (e não, por exemplo, a consecução do interesse público), e a idéia de imparcialidade que deve inspirar todo esse atuar. Eis as palavras do autor:

“Depois dessa breve exposição das principais teorias sobre o conceito de jurisdição, cremos que as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica do seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função ‘tendo a lei por limite de atuação’, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, ‘segundo o direito objetivo’; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse ao interesse que tutela por meio de sua atividade. Como observa Micheli (...), não é tanto o caráter de substitutividade, como afirma Chiovenda, que define a jurisdição, mas seu caráter de imparcialidade. ‘A norma a aplicar é, pois, para a administração pública, a regra que deve ser seguida para que uma certa finalidade seja alcançada; a mesma norma é, para o órgão jurisdicional, o objeto de sua atividade institucional, no sentido de que a função jurisdicional se exerce com o único fim de assegurar o respeito ao direito objetivo. O juiz, por conseguinte, é portador de um interesse público na observância da lei (MICHELI, Curso de derecho procesal civil, v.1., p.7), enquanto o administrador, quando cumpre e realiza o direito objetivo, tem posição similar à de qualquer particular.” (SILVA, 2002: 40-41)

⁹¹ Não desconsideramos as críticas que se faz à denominação do Judiciário, do Executivo e do Legislativo como ‘Poderes’, na medida em que estes seriam, na verdade, órgãos do Estado, executores de um poder que é uno, e do qual se extrai, na verdade, funções diversas, relacionadas com as finalidades do Estado. DALLARI, por exemplo, afirma e noticia que *“(...) existe uma relação muito estreita entre as idéias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções.”* (2005: 217) Entendemos, todavia, que denominar os órgãos nos quais se inserem legisladores, executivos e

condição inarredável para a concretização das pretensões subjacentes à técnica de rateio das funções públicas a órgãos diversos, que, assim, devem ser independentes, mas não isolados. Para se garantir a liberdade, destarte, não basta a divisão dos Poderes; sua interligação criativa, voltada a que cada Poder do Estado influa e controle os demais, é medida essencial para que cada ramo estatal não se isole, e passe a exercer de maneira autoritária suas funções. Legislar sem controle; administrar sem controle; julgar sem controle; nada disso é compatível com a liberdade. James MADISON, no *Federalista* n. 48, já concluía, ao criticar fórmulas constitucionais que haviam desconsiderado a necessidade de se estabelecer arranjos institucionais que ligassem os Poderes, voltados ao seu controle recíproco, como garantia da liberdade do indivíduo, a insuficiência da sua simples separação⁹².

As técnicas possíveis de se fixar as formas de controle recíproco entre os Poderes, contudo, são as mais diversas. Cada sociedade tece a sua, de acordo com as suas necessidades concretas. A fórmula certa não existe; formam-se apenas tipologias⁹³. A constante nisso tudo está localizada no *telos*, no objetivo que a divisão das funções estatais entre Poderes diversos intenta concretizar: a proteção da liberdade. O constituinte brasileiro fez as suas opções. Conferiu, por exemplo, ao Presidente da República a prerrogativa de indicar e nomear os componentes da cúpula do Poder Judiciário, num processo do qual também participa o Senado Federal (art. 101); constrangeu a chefia do governo e da administração pública, conduzida pelo Executivo, à chancela do Legislativo, através da positivação do princípio da legalidade, geral (art. 37, *caput*) e tributária (art. 150, I); o aumento dos subsídios dos magistrados e a estruturação institucional do Judiciário dependem, igualmente, de intervenção do Poder Legislativo; projetos de lei cujo teor esteja indicado no rol do art. 61, §1º, só podem ser legitimamente iniciados pelo chefe do Poder Executivo. Os exemplos, enfim, são plúrimos, e se encontram alocados ao longo de todo o texto da Constituição. Só um

magistrados de ‘Poderes’, aos quais se rateiam funções públicas, é terminologia mais que consagrada história, e que chamá-los de ‘órgãos’, além de nada acrescentar do ponto de vista prático, atrapalha a comunicação com o leitor. Ademais, o texto constitucional se utiliza da palavra Poder. Por que não segui-lo?

⁹²“A conclusão que me propus extrair destas observações é que uma simples demarcação, no papel, dos limites constitucionais dos diferentes ramos não constitui uma barreira suficiente contra as violações que dão margem a uma concentração abusiva de todos os poderes do governo nas mesmas mãos.” (HAMILTON, MADISON, JAY, 2005: 311)

⁹³ Para uma análise exaustiva da noção de tipo, e das diferenças entre as formas de ordenação tipológicas e conceituais, cf. DERZI, 2007.

deles, na verdade, nos interessa nesse trabalho, e diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal para analisar, através de processos concentrados de controle, a validade das leis, eventualmente as nulificando, se constatada a sua contrariedade aos ditames constitucionais⁹⁴.

* * *

Os processos constitucionais de monitoramento da compatibilidade das leis com a Constituição visam a afiançar a própria supremacia desta^{95 96}, tutelando-a contra o exercício arbitrário dos poderes políticos, refratários, não raramente, ao sentido das regras e princípios nela capitulados. Trata-se de procedimentos conduzidos sob o crivo do contraditório⁹⁷, predispostos, assim, à proteção da Constituição⁹⁸, que se veria

⁹⁴ “Não podemos deixar de gizar que o desenvolvimento da questão do controle de constitucionalidade das leis, seja pelas cortes constitucionais, seja pelos tribunais judiciais, independentemente dos métodos difuso ou concentrado, além de revelar opções históricas, está deixando entrever uma superação inevitável da Teoria da Tripartição em sua fórmula clássica.” (COELHO, 2008: 54)

⁹⁵ “Os estudos das relações entre Constituição e Processo, ou das normas constitucionais referentes ao processo, são recentes. A preocupação com a eficácia das normas constitucionais, por meio de mecanismos processuais específicos, levou à disciplina Direito Processual Constitucional.
(...)”

No exame das relações entre a Constituição e o Processo podemos considerar dois ângulos: o da eficácia das normas constitucionais, através de mecanismos processuais específicos, pela disciplina Direito Processual Constitucional; e o da análise das disposições constitucionais concernentes ao Processo, sob a denominação de Direito Constitucional Processual.” (BARACHO, 1984: 126-127)

⁹⁶ “Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.” (KELSEN, 2007: 126)

⁹⁷ Sobre a noção de processo como sendo o procedimento realizado sob a luz do contraditório, confirmam-se as lições de Aroldo Plínio GONÇALVES:

“O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional.” (GONÇALVES, 2001:102)

“O processo começará a se caracterizar como uma ‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas.” (idem, 2001:112)

“Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos autos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.” (ibidem, 2001:115)

⁹⁸ “O Processo Constitucional tem por objeto essencial a análise das garantias constitucionais, como são vistas atualmente, isto é, como instrumentos predominantemente processuais, dirigidos à reintegração da ordem constitucional, quando ocorre o seu desconhecimento ou violação pelos órgãos de poder.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. in SAMPAIO e SOUZA CRUZ, 2001: 139)

gravemente encimada pela legislação ordinária⁹⁹ caso esta pudesse ostentar sentidos normativos divorciados do texto constitucional¹⁰⁰.

Ao controlar a constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário procede ao cotejo entre as normas legais e constitucionais, assestado à verificação da compatibilidade das primeiras com as segundas. A Constituição é o substrato de validade de toda a ordem jurídica¹⁰¹; não há norma, geral ou individual, que possa com ela contrastar. A existência de regras e princípios legais que afrontam o texto constitucional outra coisa não é senão o resultado do exercício do poder ao largo dos lindes normativos da Carta Magna. E, como é cediço, o Estado de Direito refuga o poder sem peias, que se exerce e se impõe fora de parâmetros normativos. A existência de mecanismos processuais predispostos à restauração do texto constitucional malbaratado pelo legislador, assim, é decorrência lógica e direta da própria idéia de supremacia constitucional.

Todos os atos administrativos ou legislativos representam, juridicamente, a interpretação/aplicação de normas que lhes são hierarquicamente superiores, e que lhes servem de fundamento de validade. Neste contexto, todos, absolutamente todos, os atos estatais remontam à Constituição, ainda que indiretamente¹⁰². Norma máxima da ordem

⁹⁹ “Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. (...) Toda lei, todo regulamento, e mesmo todo ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem uma força jurídica superior à de tal Constituição, à qual no entanto são subordinados e da qual eles deduzem sua validade.” (KELSEN, 2007: 179)

¹⁰⁰ “Entre as medidas técnicas precedentemente indicadas, que têm por objeto garantir a regularidade das funções estaduais, a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição.” (idem, 2007: 148)

¹⁰¹ “A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa da irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios e diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.” (ibidem, 2007: 132)

¹⁰² “Mas essa concepção da relação entre legislação e execução é inexata. Essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação à aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-se melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito. Legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias. (...) o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito. Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva do Estado moderno.

(...)

Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito.

(...)

O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais.” (ibidem, 2007: 124-126)

jurídica, a eficácia dos princípios e regras constitucionais, impingidos forçosamente quando desafiados através do uso ilegítimo do poder, depende da existência de um ou mais órgãos a que se incumba guardar a Carta Magna, sendo institucionalmente capaz de impô-la em face de qualquer vontade desviante. Enfim, se por um lado todos são intérpretes legítimos da Constituição, por outro, a existência de uma instituição apta a dar a palavra final sobre o que a Constituição significa é uma necessidade sistêmica, conforme deixamos assentado no capítulo anterior, na medida em que a complexidade dos debates em torno do sentido da Carta Magna deve, em algum momento, sofrer redução, sob pena de conflitos políticos se perpetuarem *ad eternum*, elevando a contingência da vida social a um nível insuportável e desagregador.

No Brasil, esse papel de guardião final da Constituição foi conferido ao Supremo Tribunal Federal, como se sabe. E o exercício dessa vigília constante se dá, dentre outras formas¹⁰³, no veio dos processos abstratos de controle de constitucionalidade das leis, objeto de nossas atenções aqui.

* * *

Mas, o fato de haver sido investido na ativa função de exercer o controle concentrado de constitucionalidade das leis, conferindo sentido último e vinculante ao texto constitucional, não redundava em que haja o Supremo Tribunal Federal sido transformado num órgão tipicamente político. Longe disso. A jurisdição constitucional, como seu próprio nome sonoramente o diz, exerce-se, como ocorre em qualquer outro caso de uso do poder judicial, a partir dos objetivos de aplicação e reafirmação desinteressada do direito posto, e da idéia de imparcialidade, ou seja, dentro dos estritos lindes do conceito de jurisdição, tal como acima o expusemos (a partir da lição extraída da obra de Ovídio Baptista da SILVA). Enfim, como atividade jurisdicional, voltada ao monitoramento da compatibilidade da ordem jurídica com a Constituição – fundamento

¹⁰³ Como, por exemplo, o recurso extraordinário, os mandados de segurança, os *habeas corpus* e os *habeas data*, os três últimos reunidos conceitualmente, por alguns autores, sob a o conceito de jurisdição constitucional das liberdades. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, por exemplo, assim expõem: “O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário de constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais - processuais - ‘habeas corpus’, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular.” (2000:79-80)

de validade de todas as normas –, o controle de constitucionalidade das leis não diverge, essencialmente, de qualquer outra espécie de atividade judicial típica, destinada à aplicação do direito a casos controversos.

O ‘caso’ aqui tratado, todavia, colora o processo de controle concentrado de constitucionalidade de tonalidades bem diversas daquelas que marcam as demandas corriqueiramente resolvidas pelos juízes. Não há fato definido sobre o qual se deva aplicar a norma jurídica individual, resultante do processo de concretização das leis ou da Constituição. Nesse sentido, não há que se provar qualquer situação, como suposto necessário para o acolhimento de determinado pleito deduzido em juízo. Mas há sim um ‘caso’, ainda que bem diverso daqueles que comumente são veiculados perante as instâncias judiciais ordinárias.

O ‘caso’ a ser julgado, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, diz respeito ao contraste aparente entre duas normas dotadas de diferente hierarquia: a Constituição, de um lado; e uma norma geral, que aparentemente lhe afronta, de outro.

O Supremo Tribunal Federal, ao proceder à análise destes ‘casos’, exara soluções a partir apenas do Direito Constitucional positivo. Nesse passo, o exercício da jurisdição constitucional volta a se identificar com o atuar ordinário do poder judicial. O controle da validade do direito inferior é desempenhado à luz única e tão-somente do direito superior: a Constituição. Não se insere, portanto, no feixe de atribuições do Supremo Tribunal Federal, a tarefa política de revogar a lei inválida, a partir da reconstrução, *ipsis literis*, dos discursos legislativos que embasaram a sua edição, mas sim a de, eventualmente, nulificá-la, quando a sua análise objetiva revelar nítido contraste aos princípios e regras constitucionais. Esse monitoramento da regularidade do direito hierarquicamente inferior à Constituição, assim, se opera de maneira análoga ao controle da legalidade dos decretos, portarias, instruções normativas, enfim, da adequação dos atos normativos infralegais aos seus fundamentos imediatos de validade.

Não há reconstrução da lei, como se ao Supremo Tribunal Federal coubesse se substituir ao Poder Legislativo no afazer político da positivação das normas gerais. Há aplicação da Constituição, e só. Dessa forma, mostra-se equivocada a qualificação do controle de constitucionalidade das leis como sendo uma tarefa legislativa negativa.

Nada há de legislativo no exercício da jurisdição constitucional. Quando muito, apenas os efeitos da declaração de nulidade das leis inválidas podem ser assimilados, em parte, às derrogações e ab-rogações. Mas a substância da atividade legislativa não se confunde, de modo algum, com os caracteres da função jurisdicional, na medida em que aquela (legislação) se volta à justificação do direito a ser posto através de normas gerais, e esta (jurisdição) à aplicação do direito já posto anteriormente.

Como tentamos evidenciar no capítulo anterior, os discursos de aplicação do direito positivo, erigidos inicialmente a partir da metodologia concretizadora, não são neutros e envolvem uma atividade reconstrutiva das fontes normativas textuais e dos casos veiculados em juízo. Isso, contudo, não os reconduz ao afazer legislativo, amplamente aberto, através de discursos de justificação, a argumentos de toda ordem (pragmáticos, econômicos, éticos, morais, etc.).

Se a jurisdição constitucional em geral já suscita questões acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade das leis e de definição entre os limites entre atividade jurisdicional e afazer legislativo, tais problemas recrudescem frente aos desafios propostos pela modulação temporal de efeitos das declarações de nulidade das leis. Importantes estudiosos do Direito Constitucional¹⁰⁴, com efeito, vêm apontando criticamente o fato de que o art. 27 da Lei n. 9.868/99¹⁰⁵, supostamente, teria aberto ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de lançar mão, em suas decisões, de argumentos puramente políticos, ou político-econômicos.

O princípio da divisão dos poderes é absolutamente refratário a que argumentos estranhos ao sistema jurídico se enfeixem no exercício do controle de constitucionalidade das leis. A concretização do direito, conforme ressalta Friedrich MÜLLER, deve levar a sério a divisão funcional entre os Poderes do Estado^{106 107},

¹⁰⁴ Cf. SOUZA CRUZ, 2004: 254-255.

¹⁰⁵ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado em outro momento que venha ser fixado.”

¹⁰⁶ “O procedimento honesto em termos de método deve também estacar diante da tentação de passar por cima da distinção e correlação das funções da concretização do direito, normatizada pela constituição; deve satisfazer justamente no direito constitucional as exigências que e. g. o direito dos EUA circunscreve nos motes ‘political question’ e ‘judicial self-restraint’.” (MÜLLER, 2005: 101-102)

¹⁰⁷ Conforme ainda afirma MÜLLER, “(...) no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano.” (2003: 60)

ainda que os lindes entre a jurisdição, a legislação e a administração não mais possam ser definidos com a precisão de outrora. Nesse contexto, há que se verificar se o art. 27 da Lei n. 9.868/99 pode receber interpretação que o compatibilize com o rateio constitucional das funções estatais entre os Poderes, princípio que afasta, de fato, a possibilidade de que o Judiciário venha a se valer de argumentos políticos, ou político-econômicos, como fundamentos para suas decisões.

A prévia distinção entre direito e política, e a impossibilidade teórica de decisões judiciais levarem em conta, e sopesarem, as conseqüências práticas delas decorrentes, surge, nessa linha, como instrumento precioso para que, mais adiante, se proceda à correta alocação da jurisdição constitucional no quadro da divisão dos Poderes do Estado, com a demonstração de que o seu atuar deve se desenvolver, exclusivamente, sobre discursos de aplicação da Constituição, ainda quando se tenha em vista a modulação temporal dos efeitos das declarações de nulidade. Aqui, a teoria dos sistemas, tal como desenvolvida por Niklas LUHMANN, será de grande valia.

3.2.1. Sistema político, sistema jurídico e jurisdição

O direito é uma forma de comunicação organizada sistemicamente a partir do código específico lícito/ilícito^{108 109 110}.

Na modernidade, a diferenciação do ordenamento jurídico num subsistema social específico – destinado a definir e limitar as expectativas de expectativas em torno da licitude ou da ilicitude das condutas – resulta do incremento da própria complexidade da sociedade, que passa a demandar estruturas capazes de absorver o amplo pluralismo de visões de mundo que se fez suceder às organizações convencionais.

¹⁰⁸ “A abordagem luhmanniana inicia-se com uma abrangente definição acerca do sistema social do direito: ‘O sistema jurídico de uma sociedade é constituído por todas as comunicações sociais formuladas com referência ao direito’. (...) o sistema jurídico, na formulação aqui apresentada, compreende o lícito e o ilícito, o comportamento permitido e o comportamento proibido.” (PINTO, 2002: 209)

¹⁰⁹ “A diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser interpretada como controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ por um sistema funcional para isso especializado. (...) A positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira o seu fechamento operativo.” (NEVES, 2006: 80)

¹¹⁰ “A positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira o seu fechamento.” (DERZI, 2009: 37)

O decifrar contínuo da vida através da ciência, o advento dos direitos individuais, as mudanças ocasionadas nas relações de trabalho a partir da revolução industrial, a possibilidade de mobilidade social, a intensificação da comunicação entre os homens através do desenvolvimento exponencial da urbanização: todo esse contexto, juntamente com outros inúmeros fatores¹¹¹, conduziu à fragmentação de valores antes tidos por inquestionáveis, de visões que tinham as posições sociais por imutáveis, à desmistificação da vida, ao aumento sensível da racionalização da existência individual e social. O direito, como não poderia deixar de ser, passa a refletir esse novo panorama – em que a sociedade se transforma num turbilhão de possibilidades comunicativas¹¹² – igualmente racionalizando-se, desmistificando-se, transformando-se.

Se a sociedade não mais se estrutura a partir da religião, ou de costumes imemoriais, o direito, ao se racionalizar, buscando ser capaz de responder à diversidade dos problemas que emergem continuamente do dinamismo que passa a caracterizar o evoluir do grupo humano, se afasta de qualquer moral rígida, ou da divindade; enfim, aparta-se de qualquer conteúdo pré-definido, inapto a retratar o pluralismo social, e,

¹¹¹ “Finalizando este tópico da investigação, parece oportuno sintetizar, antes do aprofundamento do estudo da diferenciação do direito, as principais características, para Luhmann, da sociedade moderna. Segue-se, aqui, o entendimento de Stephen Holmes e Charles Larmore, que fornecem uma lista dos nove principais fenômenos descritos na teoria luhmaniana da diferenciação sistêmica: (i) privatização da religião; (ii) o advento das nações-estado territoriais, caracterizadas por crescente ênfase na administração burocrática e aberta proclamação da razão de estado como máxima política; (iii) a separação da propriedade de responsabilidades eclesiásticas, militares e políticas, e a emergência do capitalismo racional baseado na aceitação da busca individual pelo lucro; (iv) a aprovação da ‘curiosidade’, como motivo legítimo para o acesso ao conhecimento, e a especialização da ciência na base de rigorosa técnica quantitativa-experimental-hipotética; (v) a libertação da arte de funções civis e religiosas; (vi) a imposição de limitações constitucionais ao poder político e, ultimamente, a inclusão de toda a população adulta nos processos eleitorais; (vii) o deslocamento, no casamento, de fatores religiosos, econômicos ou institucionais para o amor romântico ou passionai e para a escolha pessoal, bem como a diminuição da célula básica familiar, rumo a um núcleo familiar menor e unigeneracional; (viii) advento da educação pública e universal; (ix) a positivação do direito, ou, em outros termos, a mudança nas bases da legalidade, do direito natural imutável aos procedimentos formais para alteração dos códigos legais de um modo ordenado.” (PINTO, 2002: 196-197)

¹¹² “Existe um tipo de experiência vital – experiência de tempo e espaço, de si mesmo e dos outros, das possibilidades e perigos da vida – que é compartilhada por homens e mulheres em todo o mundo, hoje. Designarei esse conjunto de experiências como ‘modernidade’. Ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas em redor – mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos. A experiência ambiental da modernidade anula todas as fronteiras geográficas e raciais, de classe e nacionalidade, de religião e ideologia: nesse sentido, pode-se dizer que a modernidade une a espécie humana. Porém, é uma unidade paradoxal, uma unidade de desunidade: ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambigüidade e angústia.” (BERMAN, 1997: 15)

portanto, a resolver os conflitos que passam a surgir continuamente na sociedade, não mais passíveis de ser reconduzidos, por exemplo, a soluções religiosas ou costumeiras pretensiosamente perenes.

Essa dissolução de formas convencionais de estruturação social levou a que o direito se diferenciasse funcionalmente, num sistema que reflexivamente se produz a partir de um código próprio. Em suma, a percepção de que o direito não é mais um dado divino, a ser descoberto a partir da apreensão de uma verdade universal, ou um costume imemorial, a ser simplesmente revelado e imposto; de que o direito positivo opera de maneira diversa da moral; de que o fim específico do direito é a resolução de problemas sociais, que não mais poderiam sofrer equacionamento a partir de conteúdos normativos rígidos – morais, religiosos ou éticos; tudo isso gerou o substrato histórico suficiente para que fossem criadas instituições volvidas à criação e à aplicação autopoietica do ordenamento jurídico, operacionalizado, destarte, como um subsistema social autônomo, normativo, objetivo, estável, seletivo, imunizado contra frustrações e unificado a partir do código específico lícito/ilícito; enfim, como um sistema capaz de generalizar expectativas normativas de maneira congruente^{113 114}.

Com efeito, os conflitos sociais instaurados entre pessoas e grupos há muito não mais se resolvem a partir de valores sociais sólidos, em torno dos quais os grupos se estruturam; o pluralismo axiológico, ao contrário, é a marca das sociedades modernas. Tais embates, conforme já assinalado, igualmente não se resolvem a partir de parâmetros religiosos, reveladores de uma vontade divina e imutável, capaz, por si só, de estruturar as interações sociais e estabilizar as expectativas normativas, nem tampouco de uma

¹¹³ “Considerando, então, os conceitos de complexidade, contingência, dupla contingência, expectativas, expectativas cognitivas e normativas e, por fim, expectativas sobre expectativas, é possível compreender a idéia central da teoria luhmanniana, no sentido de que o direito se apresenta como uma generalização congruente de expectativas. (...) Eis a elucidativa síntese de Luigi Pannarale: ‘A função do direito consiste na sua prestação seletiva, ou seja, na escolha de expectativas de comportamento que são suscetíveis de generalização e na imunização simbólica de tais expectativas no confronto com outras possibilidades, de uma forma em que possam ser reduzidos os riscos que vão geralmente direcionados às expectativas resistentes aos fatos.’ (PINTO, 2002: 206-207)

¹¹⁴ “Para Luhmann, o direito promove a ‘generalização congruente de expectativas normativas’. (...) ‘Generalização’ equivale a dizer que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo. Há ‘generalização’ quando um ordenamento subsiste independentemente de eventos individuais. (...) ‘Congruente’ significa a generalização da segurança do sistema em três dimensões: temporal (segurança contra desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização).” (CAMPILONGO, 2002: 19)

moral naturalmente inerente à condição humana. É o dissenso acerca da ‘boa vida’, da ‘boa sociedade’, da ‘boa humanidade’, que define – como inclusive já assentamos no capítulo anterior – a esfera pública. Num tal contexto evolutivo, o insulamento funcional do direito, que se liberta sistemicamente de parâmetros materiais pré-definidos, sejam morais, éticos ou religiosos, é não só decorrência necessária do aumento da complexidade social, mas também garantia de sua manutenção. Só a positivação do direito, a sua reprodução autopoietica a partir do código lícito/ilícito, é capaz de absorver a incomensurável conflituosidade potencialmente existente na sociedade.

A institucionalização da criação reflexiva do direito se abre, assim, às expectativas plúrimas advindas da esfera pública, que, a partir de mecanismos jurídico-processuais de decisão, são postas. Dentre os incontáveis interesses sociais que desejam ‘se tornar direito’, as instituições decisórias, reduzindo a complexidade do ambiente, optam por aquela que se revestirá, hoje, da força do código lícito/ilícito. Amanhã, essas mesmas instituições, verificando a inadequação ou a desatualização da opção outrora feita, podem mudar o direito positivo, que, longe, muito longe do que foi em tempos idos, não mais ambiciona ser eterno¹¹⁵. Conforme afirma Niklas LUHMANN, “(...) *o ‘bom direito’ parece residir não mais no passado, mas em um futuro em aberto.*” (1985: 11)

Nesse contexto, a política se estrutura, separadamente do direito (mas não isoladamente dele¹¹⁶), a partir da necessidade funcional de se tomar decisões vinculantes na sociedade. Canais formais de comunicação e instituições políticas permitem que seja reduzida a contingência e a complexidade da sociedade moderna. Enfim, a relações de poder existentes, definidoras de quem são os governantes e os governados, os comandantes e os comandados, de quais são os assuntos prioritários e os não-

¹¹⁵ “*Dessa forma, o direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência: ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente; o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável.*”

Dessa forma, podemos reduzir o conceito da positividade à formulação de que o direito não só é estatuído (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável).” (LUHMANN, 1985: 10)

¹¹⁶ “*A circularidade resulta em prestações recíprocas entre os dois sistemas: assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico.*” (NEVES, 2006: 92)

prioritários para a coletividade, necessitam ser estruturadas a partir de um sistema específico (o sistema político), capaz de catalisar, dentre as inúmeras demandas emergentes do ambiente¹¹⁷, aquelas que serão efetivamente transformadas em decisões vinculantes.

Conforme define Celso Fernandes CAMPILONGO, a “(...) política tem por função tomar decisões coletivamente vinculantes” (2002: 71). Só um sistema político bem estruturado, limitado normativamente¹¹⁸, diferenciado sistemicamente¹¹⁹, democrático, é capaz de funcionar libertado de formas de vida arcaicas, ou de qualquer espécie de eticidade excludente, propiciando, efetivamente, que as expectativas emergentes do ambiente venham à tona, e que as opções decisórias se dêem a partir de um jogo aberto de argumentos e contra-argumentos¹²⁰.

No jogo argumentativo da política, estruturada sistemicamente e diferenciada funcionalmente, expectativas diversas, com pretensão de se impor à coletividade, emergem continuamente, erigidas a partir do dissenso e do pluralismo que marcam a sociedade moderna. Em termos argumentativos, tudo passa pela política democrática, transitando pelo código poder/não-poder. Pretensões econômicas, científicas, morais, religiosas, valorativas, todas ambicionando ser alvo de prevalência no interior do

¹¹⁷ “Ao reduzir a complexidade da política em face do seu ambiente desestruturado politicamente, a circulação e a contracirculação do poder possibilitam uma complexidade estruturada do sistema político, fortificando-lhe a capacidade seletiva e de aprendizagem.” (NEVES, 2006: 88)

¹¹⁸ “No entanto, a autonomização do sistema político, a saber, a emergência do modelo de circulação dinâmica do poder no lugar da estrutura hierárquica das relações entre dominadores (‘de cima’) e dominados (‘de baixo’), só se torna viável quando o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do próprio sistema político.” (idem, 2006: 89).

¹¹⁹ “Não se trata, portanto, simplesmente de autonomia do direito. Impõe-se também a autopoiese da política como esfera da tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência (autoridade, reputação, liderança), a autopoiese da política significa que as respectivas comunicações não são imediatamente determinadas por fatores externos e particularismos.” (ibidem, 2006: 85-86)

¹²⁰ Sobre o mau-funcionamento do sistema político, caracterizado pela insuficiência dos mecanismos de comunicação que permitam que as expectativas plurais emergentes da esfera pública venham à tona de forma racional, servindo de base para a elaboração de pautas de problemas a serem discutidos, é interessante a seguinte exposição de LUHMANN:

“A autonomia relativa dos processos políticos e sua orientação a partir de problemas autogerados teriam que ser compensadas por estruturas de comunicação mais eficientes e mais densas, o que é limitado em vista da grande complexidade das situações políticas não permitir que se pressuponha entendimentos prévios suficientes e, de resto, do fato de que todos tem alguma outra coisa para fazer.

(...)

Uma vez abertas, as comportas devem inundar um sistema de canais. Na falta dessa rede o que ocorre é uma inundação de requerimentos, petições, projetos, concepções contrárias e pressões, que não podem ser aparadas por uma capacidade adequada de seleção. O sistema político é acuado em um papel defensivo, apenas retardador, de resistência e de reação, passando a ser pressionado pelo tempo e perdendo o controle sobre a colocação dos problemas.” (LUHMANN, 1985: 51)

sistema político, se digladiam através discursos abertos aos mais diversos conteúdos, fornecidos pela esfera pública – ou, se formos seguir à risca o modelo de LUHMANN, pelo ambiente.

A política, obviamente, desenvolve-se, para conseguir tal abertura ao ambiente, a partir de procedimentos bem mais abertos que aqueles relacionados à imposição do direito¹²¹. As instituições políticas, integrantes de um sistema político diferenciado funcionalmente, erigido sobre bases democráticas, são abertas ao pluralismo, ao dissenso e à complexidade moderna; voltam-se, assim, funcionalmente, capilarmente, ao ambiente, à esfera pública, buscando apreender e transformar em decisões vinculantes apenas algumas dentre as infinitas expectativas que buscam hegemonia. Basta pensar, por exemplo, nos partidos políticos, nas associações civis, nos sindicatos, que facilmente se vislumbra a funcionalidade de tais instituições no sistema político, selecionando as expectativas sociais que se querem ver hegemônicas. O Estado é o centro desse sistema¹²². E o Poder Legislativo é o centro do centro.

A política provê o direito de força coercitiva e de caráter vinculante; é a decisão política que positiva o direito, generalizando congruentemente expectativas normativas. O conteúdo do direito, uma vez fornecido pela decisão política¹²³, ingressa, todavia, num sistema diverso, erigido não mais a partir dos códigos poder/não-poder, governo/oposição, mas sim do código específico lícito/ilícito¹²⁴, que passa a definir reflexivamente toda a atividade de produção de normas¹²⁵.

O caráter autopoietico do direito não havia – sob perspectiva diversa – escapado a Hans KELSEN, que, em sua notável obra, já havia deixado assentado, com clareza,

¹²¹ “Por trás da separação entre o legislativo e o judiciário está uma considerável diferença na complexidade a ser dominada.” (LUHMANN, 1985: 40)

¹²² “No interior do sistema político e, particularmente, no plano do território dos Estados, instaura-se a diferença entre centro e periferia. O centro é representado pelo Estado. (...) As decisões coletivamente vinculantes são tomadas nesse centro.” (CAMPILONGO, 2002: 74)

¹²³ “Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença ‘lícito/ilícito’ conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente.” (NEVES, 2006: 81)

¹²⁴ “Já o código próprio do sistema jurídico é direito/não-direito. O sistema jurídico consegue seu fechamento operativo por meio dessa diferença. Nenhum outro sistema pode operar com este código. Os programas do sistema jurídico são normativos. Incluem textos e precedentes, leis e contratos, regulamentos e ‘praxis’ jurisprudenciais.” (CAMPILONGO, 2002: 77)

¹²⁵ “A normatividade constitucional fixa os limites da capacidade de aprendizado do direito. Estabelece como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder a sua identidade/autonomia.” (NEVES, 2006: 100)

que a criação de normas é regulada por normas. Ou seja, que o direito regula a sua própria criação, estabelecendo, formalmente, através de normas procedimentais e de competência, o caminho para a sua própria edição e concretização. Além disso, do ponto de vista dos conteúdos normativos, a estrutura hierarquizada¹²⁶ do ordenamento jurídico impõe, também materialmente, que todas as normas jurídicas guardem compatibilidade de conteúdo relativamente às normas superiores que lhes servem de fundamento de validade. E todo esse desenrolar se dá a partir do código lícito/ilícito.

A diferenciação sistêmica do direito impõe, assim, que os atos de aplicação de normas jurídicas se dêem a partir somente de normas jurídicas. Em outros termos, e aproximando a exposição do problema objeto do presente trabalho, a aplicação da Constituição somente deve ter em conta, redundantemente, a própria Constituição, não se podendo deixar influir por códigos diversos, advindos do ambiente, através, por exemplo, do influxo de discursos políticos na fundamentação de decisões exaradas no âmbito da jurisdição constitucional.

O direito, ao se concretizar, destarte, não se abre a códigos sistêmicos diversos. A inserção de códigos políticos ou econômicos na fundamentação da aplicação de normas jurídicas, na verdade, representa um ataque à própria diferenciação funcional do sistema jurídico, ocasionando a diminuição da capacidade de lidar com a complexidade do ambiente que o circunda. Decisões judiciais, por exemplo, não podem ser tomadas a partir de critérios de conveniência política ou econômica¹²⁷, devendo, ao contrário, circunscrever-se a parâmetros jurídicos¹²⁸. Isso não significa que o direito deva se insular formalmente da realidade, passando a se reproduzir com base apenas em textos;

¹²⁶ LUHMANN não vislumbra o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada, conforme assevera CAMPILONGO: “*O sistema político e o sistema jurídico não podem ser pensados, na sua totalidade, como hierárquicos. São demasiado complexos e dinâmicos para admitir essa hipótese.*” (2002: 84)

Todavia, não vemos por que abandonar tal noção, defendida por KELSEN, que tão bem retrata a noção de que a criação/aplicação do direito se dá com base num fundamento normativo de validade específico, que, por lhe conferir autenticidade jurídica – apartando o direito do não-direito – pode lhe ser qualificado como hierarquicamente superior.

¹²⁷ “*A influência política sobre o legislativo é legítima; sobre o executivo ela é parcialmente legítima e em parte rejeitável em nome do direito; mas sobre a justiça ela sempre é ilegítima.*” (LUHMANN, 1985: 45)

¹²⁸ “*Está o juiz limitado pelas normas e pelas seleções pesadas e sopesadas pelo legislador, pelos precedentes judiciais, pelos costumes. Tanto o legislador altera a matéria selecionada como o juiz, dentro das fronteiras impostas pelas leis, e dentro da evolução do aparato conceitual formado, constitui o Direito, de tal modo que, lembra ALFRED BÜLLESBACH, ‘a diferença entre sistema e meio ambiente é sempre mutável’*” (DERZI, 2009: 33)

diz respeito, na verdade, à necessidade discursiva de que fatos sejam decididos, de que conflitos sejam solvidos, a partir de uma argumentação erigida a partir única e exclusivamente do direito, que não se resume aos textos legais (como vimos no capítulo anterior), mas que também não se confunde com a política, nem com a economia¹²⁹.

Nesse passo, aplicar a Constituição, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, é tarefa sistemicamente adstrita ao código lícito/ilícito, ou seja, írrita a argumentos de índole puramente política ou econômica. Somente discursos constitucionais de aplicação, erigidos a partir de uma metodologia concretizadora que tenha em vista o texto constitucional e as peculiaridades concretas do caso, num ir e vir argumentativo, revelador da norma jurídica individual que disciplinará a situação, mostram-se compatíveis com a perspectiva sistêmica do direito. A assunção de argumentos políticos e econômicos, por outro lado, desconectados dos programas normativos extraídos do texto constitucional, surge como alternativa ilegítima para a resolução de conflitos sociais, na medida em que renega a diferenciação funcional do sistema jurídico – vulnerando a sua capacidade de lidar com a complexidade social moderna – e deixa de levar a sério a divisão das funções públicas entre os Poderes do Estado¹³⁰.

Reconduzindo essas premissas ao problema da modulação temporal de efeitos, significa isso que os conceitos contidos no art. 27 da Lei 9.868/99 – razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social” – jamais podem ser lidos como uma porta aberta para a utilização, na aplicação da Constituição, de argumentos extra-jurídicos, que procuram decodificar o direito a partir das perspectivas sistêmicas da política ou da economia. Em outras palavras, as razões de segurança jurídica e de

¹²⁹ “Por isso, a dogmática e a teoria jurídicas, enquanto instâncias reflexivas do direito, e os Tribunais, enquanto organizações com competências decisórias diretamente ligadas ao código do sistema jurídico, devem desempenhar suas funções de modo consistentemente adequado às operações internas do direito. O que não é possível – e nisso Luhmann está absolutamente certo – é abandonar o aparato evolutivo consolidado pelo sistema jurídico e substituí-lo pelas referências diretas a outros sistemas econômico e político, por exemplo) ou às instâncias reflexivas de outros sistemas (teoria econômica e teoria política, por exemplo).” (CAMPILONGO, 2002: 127)

¹³⁰ “De acordo com esse paradigma teórico, a ausência ou deformação da ‘divisão de poderes’, implicando efeitos indiferenciantes, especialmente na relação entre política e direito, é concebida como funcionalmente incompatível com a complexidade da sociedade moderna. Invertendo a concepção tradicional, a concentração de poder, nas circunstâncias hodiernas, não é compreendida como fortificação do poder, mas sim como sua fragilidade e inadequação em face dos problemas emergentes em um contexto social supercomplexo, repleto de expectativas, valores e interesses os mais diversos e contraditórios.” (NEVES, 2006: 160)

excepcional interesse social de que falam a lei não devem ser entendidas como uma abertura operacional do sistema jurídico, que, nos casos de modulação de efeitos no tempo das declarações de inconstitucionalidade, poderia passar a se reproduzir a partir de argumentos econômicos, políticos, religiosos, axiológicos ou morais. Essa é uma premissa que devemos desde já ter em mente.

Qualquer pretensão de aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, assim, deve se sustentar em discursos vertidos no código lícito/ilícito, construídos a partir dos programas normativos constantes da Constituição. O puro sopesar de interesses, valores, prejuízos ou lucros, portanto, necessita ser de plano descartado.

Mais adiante, a partir de tal premissa teórica, buscaremos erigir uma dogmática da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade das leis, o que envolve, necessariamente, a definição de parâmetros para a correta interpretação e aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 aos casos concretos que são submetidos ao Supremo Tribunal Federal. Por enquanto, não obstante, fixemos apenas esse ponto de partida: argumentos desprovidos de caráter jurídico, que escapem ao código lícito/ilícito, à metodologia concretizadora da Constituição, traduzida em discursos de aplicação, são inadmissíveis na fundamentação de quaisquer decisões judiciais, inclusive daquelas expedidas em processos de controle concentrado de constitucionalidade das leis.

* * *

Note-se, por oportuno, desde já, abrindo-se breve hiato em nossa exposição, que o bloqueio da aplicação reflexiva da Constituição, na modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, com esteio apenas em argumentos políticos ou econômicos, levando à banalização do uso de tal técnica, pode conduzir ao declínio da própria força normativa da Carta Magna. Isso porque os atores sociais poderiam de antemão prever, e de certa forma contar, com a não-incidência das normas constitucionais sobre situações que lhes interessam, planejando o seu atuar a partir de tal panorama, e ‘apostando’, com a assunção dos riscos de prejuízos ou lucros inerentes a tal forma de agir, na futura modulação de efeitos.

Assim, a modulação indiscriminada de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, com fulcro em argumentos políticos ou econômicos, poderia provocar a generalização, entre os contribuintes ou no âmbito do próprio Estado, da percepção de que é interessante arriscar e consolidar comportamentos aparentemente contrários à Constituição. Tributos aparentemente inconstitucionais, mas eficientes, por exemplo, podem ser criados e arrecadados por longo tempo, tendo-se plena ciência do vício de origem que provavelmente os acomete, contando-se previamente que, caso o Supremo Tribunal Federal venha eventualmente a expurgá-lo da ordem jurídica, fá-lo-á com efeitos *ex nunc*, ou *pro futuro*, cedendo espaço a argumentos estranhos ao direito. Assimila-se, num tal caso, a impressão de que os órgãos de proteção constitucional fracassam em sua tarefa¹³¹. Em outras palavras, podem ser generalizadas expectativas no sentido de que, ao cabo, o ilícito constitucional vale a pena, ocasionando-se graves prejuízos na própria capacidade da Constituição de regular, com eficácia, a realidade social que lhe é subjacente (enfim, sua força normativa).

A ausência de expectativas acerca da imposição reflexiva e forçada da Constituição, ocasionada pela possibilidade de modulação temporal das declarações de inconstitucionalidade com base em critérios políticos ou econômicos, portanto, pode conduzir ao seu descumprimento indiscriminado. É que, conforme afirma LUHMANN, a expectativa de imposição é uma das mais importantes variáveis que influenciam no cumprimento espontâneo da ordem jurídica¹³². Enfim, os prejuízos sistêmicos ocasionados por uma situação tal são evidentes, levando à queda da juridicidade da Constituição, conseqüência que, pela sua gravidade, dispensa maiores detalhamentos.

* * *

¹³¹ “Se o mecanismo de imposição fracassa em um caso, isso provoca um temor correspondente com respeito a outros casos – mesmo tratando-se de outras pessoas e outras situações, pois o fracasso é imputado não às circunstâncias, mas sim à organização. A não implementação pode ser prevista, e isso poderia alastrar-se quase epidemicamente. Ao invés da generalização de normas, produzir-se-ia então uma generalização da frustração.” (LUHMANN, 1985: 82)

¹³² “Em termos gerais, deve-se diferenciar entre cumprimento (quota de cumprimento) e imposição do direito. Falaremos de cumprimento quando e na medida em que se atua conforme às normas. Falaremos de imposição quando e na medida em que a ação divergente da norma desencadeie atividades especiais que servem à manutenção do direito ou à reconstituição das condições jurídicas. A imposição, portanto, não é cumprimento, mas sim uma ação de outro tipo que, por seu lado, também pode ou não cumprir normas. A imposição expectável é uma das variáveis mais essencialmente determinantes na quota de cumprimento.” (idem, 1985: 70)

O direito positivo se estrutura predominantemente a partir de programas condicionais, erigidos através da fórmula segundo a qual a ocorrência de determinado fato induz a aplicação de uma consequência jurídica pré-definida (“*se, então deve ser*”).

A programação condicional da decisão jurídica se relaciona com a estrutura das operações a partir das quais o direito se diferencia funcionalmente, prestando-se à ‘automatização’ da imposição normativa, em grande parte desconectada das motivações concretas que ensejaram a positivação do direito.

O Poder Judiciário representa o centro do sistema jurídico, responsável por fornecer respostas finais aos problemas sociais que demandam solução a partir do código lícito/ilícito. Nessa tarefa, os juízes, ao aplicarem o direito de forma consistente, tomam parte no processo de sua produção reflexiva. Mais que isso, os magistrados figuram como os principais atores encarregados de assegurar a diferenciação funcional do direito, na medida em que é a resolução autopoiética de conflitos sociais, a partir do código específico do sistema jurídico, que confere a este a necessária unidade.

Para assegurar as operações de aplicação judicial do direito, as garantias da magistratura, que buscam isolá-la do ambiente político e econômico, são essenciais¹³³. Só a blindagem institucional do juiz é capaz de criar o substrato propício à aplicação reflexiva do direito, desconectada de códigos que lhe são estranhos (governo/oposição, por exemplo). A exposição do magistrado, ao contrário, a pressões de toda ordem advindas do ambiente, criaria condições a que argumentos econômicos e políticos se infiltrassem nos processos judiciais sem qualquer mediação pela periferia do sistema jurídico, ou seja, sem o necessário e anterior tratamento legislativo do problema. Num tal panorama, conflitos sociais facilmente passariam a receber solução com base em critérios políticos ou econômicos, comprometendo-se a diferenciação funcional do direito e a sua capacidade de lidar com a complexidade emergente da esfera pública. Em outras palavras, o direito, como sistema autônomo, se dissolveria em seu ambiente, formado por sistemas sociais regidos por códigos diversos, podendo desaguar no colapso social, na medida em que a complexidade atingida pela sociedade se mostraria

¹³³ “A plena neutralização da justiça evidencia-se então como a pedra angular dessa construção, como a espinha dorsal da administração frente à política, e dessa forma como uma das condições de uma tal diferenciação funcional.” (LUHMANN, 1985: 46)

incompatível com a mediação de conflitos a partir de soluções unilaterais propostas pela economia ou por grupos de poder.

Neste contexto, a programação condicional do direito igualmente se presta à tarefa de imunização do Poder Judiciário, na medida em que alivia o juiz da tarefa de justificar a finalidade sistêmica de suas decisões¹³⁴. Grosso modo, descarrega o julgador de ter que aplicar o direito olhando para frente¹³⁵, para as finalidades que o sistema busca concretizar em favor do seu ambiente, permitindo-o solver conflitos a partir de decisões já anteriormente tomadas^{136 137}, vertidas em fórmulas que prescrevem uma consequência jurídica à vista da ocorrência de um dado fato.

Se o direito não fosse, em grande parte, programado condicionalmente, o seu aplicador teria, a todo o momento, que se voltar argumentativamente para o futuro, para as finalidades políticas, econômicas, científicas, morais, etc., a serem atingidas através da decisão judicial a ser proferida. Ocorre que alocar os tribunais em tal posição, além de requerer o dispêndio de tempo e de energia incompatíveis com o volume numérico de conflitos a serem solvidos, deslocaria os juízes, sem mediação legislativa, para a periferia do sistema jurídico^{138 139}, obrigando-os a se conectar com a esfera pública e a selecionar um enorme fluxo de informações advindo do ambiente.

¹³⁴ “Daí, afirma Garcia Amado, ‘o juiz, por exemplo, não atua em razão de fins, mas a partir do cumprimento de certas condições iniciais: as previstas na norma. Para Luhmann, desconhecer este lado e introduzir elementos teleológicos, cálculos sobre as consequências, discricionariedade judicial, etc. significa bloquear a função do direito como estabilizador de expectativas, inviabilizar a redução da complexidade alcançada com a divisão de tarefas entre o legislador e o aplicador das normas e questionar a autonomia do sistema face aos demais sistemas, como o político, o econômico, etc.’” (CAMPILONGO, 2002: 22)

¹³⁵ “Do ponto de vista do tempo, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário estão voltados para o passado, para o input do sistema, para o que pôs o legislador, atuando em estrita vinculação à lei, à Constituição, ao Direito. E o futuro? O futuro é olhado, sem dúvida, na forma de passado-futuro, ou seja, dentro daquilo que já filtrou o legislador.” (DERZI, 2009: 57)

¹³⁶ “A decisão judicial, por sua vez, depende da definição política das metas legislativas. Isso, em tese, põe limites à discricionariedade judicial. O grande dilema da ‘politização do judiciário’ deriva do fato de que, quando esse intercâmbio deixa de funcionar, interpretar passa a ser uma das duas possibilidades: expor o Judiciário à pressão pura, simples e avassaladora dos demais subsistemas ou permitir que ele desempenhe funções que não são suas. Nos dois casos, o risco é idêntico: diferenciação funcional, brusca redução da complexidade de todo o sistema social e surgimento de formas autoritárias de relação intersistêmica.” (CAMPILONGO, 2002: 149)

¹³⁷ “Somente o legislador deve pensar as consequências dos atos legais até o fim. O juiz está limitado pelas escolhas já feitas pelo legislador, de tal modo que não pode ser responsabilizado pelas consequências das decisões, se elas se fundamentam na lei.” (DERZI, 2009: 170)

¹³⁸ “Produzir contratos e legislar, por exemplo, significa criar programas típicos do sistema jurídico. Entretanto, em nenhum desses casos existe a obrigação de decidir. São atributos periféricos do sistema. Por periferia no interior dos sistemas Luhmann imagina as zonas de maior ‘irritabilidade’, ‘sensibilidade’ e ‘contato’ com outros sistemas funcionais.” (CAMPILONGO, 2002: 163-164)

Nessa discussão se insere a questão da obrigatoriedade, ou não, de o juiz avaliar as conseqüências práticas de suas decisões. Isso porque atribuir ao juiz o dever funcional de olhar para frente, para as conseqüências que os seus julgados ocasionam no ambiente externo ao direito, equivaleria a estruturar as operações ao seu cargo não com base em programas condicionais, mas sim em programas finalísticos.

Objecções de duas ordens se colocam aqui. A primeira delas, conforme assinalado, diz respeito ao deslocamento do Poder Judiciário para a periferia do sistema jurídico que a adoção de programas finalísticos provocaria. A segunda, por sua vez, relaciona-se com a inadequação que os procedimentos judiciais de aplicação do direito apresentam para lidar, democraticamente, com as demandas externas advindas do ambiente, que ambicionam se transformar em decisões jurídicas.

Com efeito, se os juízes assumem a tarefa de captar as demandas sociais, vertendo-as em suas decisões, assim motivadas por objetivos que devam ser concretizados, automaticamente são eles reposicionados na periferia do sistema jurídico, em contato com o mar de comunicações externas, advindas do ambiente, que pretendem ser lidas à luz do código lícito/ilícito. Demandas sociais, econômicas, religiosas, etc., passam a exercer pressão direta sobre a magistratura, que se posiciona como apta a dar respostas a tais pleitos, comutando-os dentro do sistema jurídico através de programas finalísticos.

As conseqüências de tal postura podem ser danosas à autonomia funcional do direito, na medida em que se perde a principal instância responsável por assegurar a consistência do sistema, ou seja, por garantir que o direito se produza tendo por base o próprio direito¹⁴⁰, e não a economia ou a política, que passam a exercer enorme pressão

¹³⁹ “(...) o legislador trabalha na periferia do sistema, onde está mais perto dos demais sistemas, de modo poroso em relação ao ambiente, no presente, voltado precipuamente para o futuro.” (DERZI, 2009: 56)

¹⁴⁰ “Essa é a função política do Judiciário: promover o acoplamento estrutural entre a política e o direito por intermédio da aplicação da Constituição. (...) Por isso, a complexidade da politização do Judiciário reside num paradoxo: ‘o poder político dos Tribunais assenta no caráter apolítico do seu exercício. Ou seja, um poder globalmente político tem que ser exercido apoliticamente em cada caso concreto.’ (CAMPILONGO, 2002: 108-109)

direta sobre o Poder Judiciário. Os juízes, ao assumirem programas finalísticos¹⁴¹, vêm-se embaraçados em demandas às quais deveriam oferecer respostas adequadas, passando a se abrir às comunicações estruturadas a partir de códigos diversos do direito, visando transformá-las nos códigos lícito/ilícito. Quer-se a construção de uma escola, ingressa-se em juízo; quer-se o fim da inflação, ingressa-se em juízo; quer-se um hospital, ingressa-se em juízo; quer-se uma lei, ingressa-se em juízo¹⁴². O Poder Judiciário, num tal contexto, para fornecer respostas a pleitos assim configurados, busca informações fora do sistema jurídico (por exemplo, se há verba para a efetivação de uma determinada política), colocando-se em contato com o ambiente. Daí às decisões judiciais começarem a ser expedidas com base em critérios econômicos, religiosos ou políticos, é um salto curto¹⁴³. Institui-se o ‘partido dos juízes’, estruturado não sobre bases democráticas, mas sim a partir das estruturas burocráticas sobre as quais o Judiciário, como Poder técnico e independente, se ergue. Os riscos de uma tecnocracia autoritária se incrementam consideravelmente, não devendo ser desprezados¹⁴⁴.

¹⁴¹ “As conseqüências ampliadas desse desenvolvimento, no entanto, raramente são intencionais: elas podem significar uma considerável perda da segurança jurídica (e dessa forma também da capacidade do direito orientar o comportamento na vida cotidiana), mas por outro lado uma pressão política mais acentuada sobre a justiça, pois sua neutralidade política torna-se menos justificável na medida em que ela assume tarefas de conformação do direito.

A base atual do conhecimento não permite elaborar-se uma prognose do desenvolvimento concreto. Mas a compreensão sociológica da positividade do direito nos fornece a convicção de que as formas de solução dos problemas não são arbitrariamente combináveis entre si, de tal forma que os deslocamentos no âmbito da diferenciação sistêmica terão suas conseqüências.” (LUHMANN, 1985: 41-42)

¹⁴² “O sistema jurídico pode garantir o direito às eleições limpas, o direito à saúde, o direito à educação. Mas não pode, como é curial, garantir antecipadamente o resultado dos pleitos, a ausência de doenças e a educação concreta das pessoas. De modo ainda mais simples: o sistema jurídico não pode fazer as vezes dos sistemas político, sanitário e educativo.” (CAMPILONGO, 2002: 178)

¹⁴³ “Outra tendência do processo de diferenciação funcional do direito, que se processa simultaneamente às mudanças no quadro legislativo, político e econômico, é a crescente orientação da dogmática jurídica e da atividade judicial para as conseqüências das decisões. A teoria do direito trata desse tema como a passagem de uma análise estrutural para uma análise funcional do direito. Inegavelmente, o direito do Estado de Bem Estar é, em larga escala, prospectivo, voltado para o futuro e sensível às conseqüências de sua aplicação. O problema reside no seguinte: um sistema jurídico voltado ao futuro pressupõe sua ampla abertura ao ambiente e uma suposta coerência nas relações inter-sistêmicas. Com isso, acaba por se desfigurar como sistema (não reconhece seus limites internos nem as condições auto-referenciais dos demais sistemas, como, por exemplo, da economia e da política) e passa a exigir recursos cognitivos excessivos e inatingíveis (juiz-político, juiz-economista, juiz-sociólogo e, em casos extremos, juiz-herói). Quando a teoria do direito discute a crise da racionalidade do sistema jurídico do Estado Social – em termos de hiperlegalização da sociedade (Teubner) ou hipersocialização do direito (Luhmann) –, não está fazendo nada mais do que chamar a atenção para os desequilíbrios que a orientação às conseqüências provoca nas relações entre o direito e seu ambiente social. Aqui, menos do que um processo de diferenciação funcional dos sistemas parciais, configura-se ‘um efeito de des-diferenciação que ameaça dissolver a atividade judicial numa ‘engenharia social’ do Estado de Bem Estar.’” (CAMPILONGO, 2002: 92-93)

¹⁴⁴ “Surtem aqui, com toda a força, espaços para a discricionariedade do Judiciário e o desenvolvimento de todas as perversões que uma ‘politização’ da magistratura comporta: decisões ‘contra legem’, violações de direitos individuais e indefinição dos limites do sistema político. Numa palavra: arbítrio.” (idem, 2002: 45)

Além disso, os procedimentos judiciais, ao se estabelecerem entre partes definidas e em torno de um objeto próprio, não ostentam a capilaridade que os procedimentos legislativos, por exemplo, lançam ao ambiente. Isso faz com que os interessados numa determinada questão política, por exemplo, submetida ao Judiciário, caso este assuma programas finalísticos, se isolem do processo e não tomem parte nas discussões. Ou seja, o processo judicial, ao se libertar das peias dos programas condicionais, não está aberto, ao seu turno, sequer em tese, a que todos os interessados numa decisão coletiva participem do procedimento que leva à decisão. Uma ação civil pública, por exemplo, proposta pelo Ministério Público em face do Estado, buscando finalidades que escapam às decisões normativas previamente definidas, se desenvolve a partir da interlocução de apenas dois atores, em geral servidores públicos bem treinados, que não figuram como reais interessados no conflito a ser resolvido (promotores de justiça e advogados do Estado). A ausência de capacidade de recepção de argumentos de toda ordem, por tais espécies de processos, relaciona-se com a configuração que os procedimentos judiciais recebem, instrumentalmente assentados à resolução fragmentária de litígios¹⁴⁵. Por mais que os protagonistas da cena judiciária estejam imbuídos de boas intenções, o máximo que se pode conseguir, no mais das vezes, é uma ilusão de que a decisão tomada corresponde aos anseios de uma esfera pública mantida em silêncio (conforme afirma Celso Fernandes CAMPILONGO, “[...] o Judiciário tem dificuldades estruturais ainda maiores do que as do sistema político para mensurar preferências sociais” [2002: 119]). Não por outra razão, já se falou anteriormente que entre legislação e jurisdição há, sobretudo, um diferente grau de complexidade a ser captado.

Isso não quer dizer, por exemplo, como hoje se vem muito debatendo, que direitos sociais juridicamente garantidos não devam ser tutelados pelo Poder Judiciário. Muito pelo contrário. Se houver programas normativos que garantam, v.g., medicamentos a pessoas carentes, os juízes devem sim fazer valer tais comandos, sem se importar, inclusive, com questões orçamentárias ou de conveniência, ou seja, isolados de códigos econômicos ou políticos. Em tal contexto, se a decisão judicial for

¹⁴⁵ “A decisão judicial, por mais amplos que sejam os seus efeitos, é sempre casual, descontínua e fragmentária.” (CAMPILONGO, 2002: 117)

provocar impactos práticos negativos na economia e na administração pública, os atores sociais têm amplos canais institucionais para alterar, a partir de uma discursividade ampla, o próprio programa normativo que o Judiciário corretamente fez outrora incidir. É a positividade do direito, revelando-se em toda sua plenitude no funcionamento democrático das instituições constitucionais e na divisão racional de tarefas entre os atores e sistemas.

Os processos judiciais, ademais, se revelam nitidamente inadequados para a verificação das conseqüências práticas das decisões judiciais tomadas. Os juízes, isolados no processo, e ouvindo apenas, de forma fragmentária, os argumentos das partes envolvidas, atuantes nos autos, não tem qualquer instrumental minimamente preciso para avaliar os impactos sociais de suas decisões. O risco de engano é enorme. Nos casos de demandas envolvendo o Estado, por exemplo, é muito comum tentar-se pressionar e enredar o Poder Judiciário com argumentos aterrorizantes, no sentido de que a Administração se desintegrará se determinada posição for assumida. Se os juízes abrirem os ouvidos a argumentos de tal ordem, além de se colocarem numa posição periférica do sistema – sujeitando-se a que, em cada conflito, os atores se dirijam aos tribunais com argumentos extra-jurídicos – correm um sério risco de serem conduzidos a conclusões errôneas, na medida em que os procedimentos judiciais não detêm o grau de abertura necessário para receber a quantidade de informações que a avaliação dos impactos práticos de um provimento requer¹⁴⁶.

Por tais razões, LUHMANN vislumbra como sendo uma das vantagens evolutivas da adoção de programas condicionais justamente o alívio do julgador da análise voltada a fins, às conseqüências práticas da decisão – impassíveis, em grande parte, de serem apreendidas e corretamente alinhavadas pelo julgador –, o que assomaria como circunstância essencial para viabilizar uma aplicação reflexiva do direito, baseada no código básico lícito-ilícito¹⁴⁷. Isso não quer dizer que as

¹⁴⁶ “A complexidade do sistema jurídico e de seus acoplamentos estruturais com os demais sistemas sociais é tão grande e indefinida que não permite nenhuma previsão dos efeitos (diretos ou colaterais, intencionais ou não, reais ou simbólicos) da tomada de posições.” (CAMPILONGO, 2002: 109)

¹⁴⁷ “Um caso especial desse desafogamento merece considerações especiais: o desafogamento da atenção e da responsabilidade com respeito às conseqüências da decisão. (...) A sustentação da decisão não é uma relação valorativa entre as conseqüências, mas a própria vigência da norma, e é apenas no seu âmbito que ela pode ser interpretada no sentido de que as conseqüências genericamente esperadas por sua aplicação sejam avaliadas como razoáveis e sustentáveis. Isso desafoga o juiz da necessidade de examinar todas as conseqüências valorativamente relevantes da sua decisão, todas as probabilidades

conseqüências do julgado seriam irrelevantes para LUHMANN, mas sim que o seu processamento poderia se dar, mesmo após a imposição da decisão judicial, na periferia (e não no centro) do sistema jurídico, a qual, seletivamente, sob o pano de fundo da própria positividade do direito, poderia provocar até mesmo a modificação dos programas condicionais aplicados¹⁴⁸, conforme assinalamos acima. Enfim, as comunicações acerca das conseqüências de um determinado provimento jurisdicional que, em tese, provocasse grandes abalos na sociedade, seriam como que reenviadas à periferia do sistema jurídico (ao Poder Legislativo, por exemplo), seu fórum adequado, porquanto aberto a traduzir juridicamente toda ordem de argumentos apresentados pelo ambiente. Vejamos, quanto ao ponto, as palavras do próprio autor:

“Em resumo, a forma da programação condicional possibilita uma expansão das capacidades, imprescindível para reestruturação do direito no sentido da positividade e o respectivo aumento da complexidade do direito: possibilidade de variação racional, desfogamento de exigências desmedidas em termos de atenção, responsabilidade por conseqüências e de comunicação coordenadora. À especificação e à positivação funcionais do direito corresponde uma redução do nível das exigências quanto a esses aspectos. Tais renúncias, no entanto, não são irrelevantes – e isso pode ser nitidamente observado na renúncia à responsabilidade pelas conseqüências. Elas deixam diversos problemas em aberto, provocando assim a procura de dispositivos suplementares e compensadores. A solução é encontrada no próprio princípio da positividade do direito: na possibilidade de decidir-se também quanto aos programas decisórios. Isso permite diferenciar entre decisões programadoras e decisões programadas e prever, para os respectivos processos decisórios, requisitos e condições diferentes ou até mesmo opostas. Dessa forma torna-se ainda possível corrigir a unilateralidade da perspectiva dos programas condicionais por meio de princípios inversos – ao decidir-se politicamente, segundo critérios de oportunidade, sobre a promulgação ou mudança de programas condicionais.” (1985: 33-34)

futuras, de verificar a propriedade dos recursos e das alternativas à disposição e de avaliar valorativamente suas conseqüências secundárias, ou seja: libera-o de considerações decisórias, cuja complexidade, dificuldade e necessidade de simplificação nos é demonstrada pela teoria decisória da economia moderna. Somente assim, livre da responsabilidade sobre as conseqüências concretas, é que fazem sentido os princípios da independência do juiz e da igualdade perante a lei – e esses princípios só são sustentáveis onde o direito e os juízes não estejam demasiadamente envolvidos em uma sistema de planejamento objetivo do futuro.” (LUHMANN, 1985: 31)

¹⁴⁸ *“Dada a complexidade e interdependência dos diversos programas de ação governamental, é natural que o sistema político desenvolva estratégias de revisão e correção dos efeitos de suas iniciativas.” (CAMPILONGO, 2002: 105)*

Assim, as reflexões até aqui expostas, erigidas a partir da necessidade sistêmica de que o Poder Judiciário desempenhe as suas funções primordialmente a partir de programas condicionais, de modo a manter-se no centro do sistema jurídico, redundam na inconveniência de que sejam os juízes sobrecarregados com o dever de avaliar as conseqüências práticas dos seus julgados¹⁴⁹, e até mesmo na impossibilidade de que incursões investigativas desse gênero sejam efetivadas com exatidão no âmbito de processos judiciais.

Essas assertivas fornecem importantes subsídios para a presente investigação, que tem por objeto a modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade das leis, na medida em que induz à conclusão de que a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 jamais se deve dar a partir da perspectiva das conseqüências práticas da decisão que nulifica um diploma normativo.

Transpondo a exposição acima desenvolvida para essa questão específica, tem-se que se o Poder Judiciário admitir a modulação de efeitos nas ações diretas de inconstitucionalidade com esteio em argumentos ligados às conseqüências do julgado, a jurisdição constitucional, no particular, vai se ver deslocada, ao menos em parte, para a periferia do sistema jurídico. Ou seja, em cada ação direta que for ser decidida, o Supremo Tribunal Federal sofrerá uma invasão de argumentos práticos, de índole política ou econômica, buscando a modulação dos efeitos das declarações de nulidade, vendo-se, assim, entestado com o ambiente do sistema jurídico, e buscando ler, a partir de código lícito/ilícito, uma enorme quantidade de expectativas desordenadas acerca dos efeitos práticos que suas decisões acarretarão. No âmbito tributário, a cada processo o Estado levará ao Supremo Tribunal Federal o argumento do terror, da quebra da Administração Pública em caso de não-modulação temporal dos efeitos da decisão; as empresas farão o mesmo, projetando aos Ministros um contexto econômico extremamente conturbado, de falências e extinções de empregos.

Ocorre que as chances de o Supremo Tribunal Federal vir a efetivamente entrever as conseqüências práticas das suas decisões, com a necessária correção, são

¹⁴⁹ “Se analisarmos a questão do ponto de vista da função do sistema jurídico e de sua autonomia, impõe-se o afastamento da consideração das conseqüências econômicas e políticas nas tomadas de decisões.” (DERZI, 2009: 171)

mínimas, na medida em que os processos judiciais não se encontram suficientemente abertos para receber a quantidade e a diversidade de argumentos que são necessários para se atingir a ‘verdade’ quanto ao ponto. As partes envolvidas no processo judicial, obviamente, tendo por escopo os seus interesses, pintam um quadro prático caótico caso a Corte decida num ou noutro sentido. O STF, nessa limitada contraposição de argumentos, dificilmente poderá saber quem tem razão, ainda que se valha de *amicus curiae*, ou do expediente previsto no art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/99¹⁵⁰. Somente os espaços institucionais abertos, como as casas legislativas, se encontram aptos a receber influxos tão complexos do ambiente. Só nestes sítios, através de uma ampla discursividade organizada procedimentalmente, a ‘verdade’ acerca das conseqüências das decisões judiciais poderá vir à tona; e, se for o caso, a própria lei – ou até mesmo a Constituição, desde que respeitadas as regras para tanto – pode ser alterada. Em suma, a análise em torno das conseqüências práticas das decisões proferidas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade deve ser reenviada à periferia do sistema jurídico, principalmente ao Poder Legislativo, que cuidará de dar o tratamento adequado, devidamente aberto, ao tema.

Nesse passo, uma segunda conclusão parcial se esboça: a de que o Supremo Tribunal Federal, ao cogitar acerca da aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, deve fechar os olhos às conseqüências práticas de suas decisões. Em outras palavras, as razões de segurança jurídica e de relevante interesse social, de que tratam o dispositivo, não podem ser assimiladas aos efeitos econômicos, políticos ou administrativos da decisão constitucional. O exercício da jurisdição constitucional deve se colocar no núcleo do centro do sistema jurídico, desincumbindo-se, reflexivamente, da imposição da Constituição, utilizando-se, para tanto, de discursos de aplicação, nos bojo dos quais argumentos práticos relativos às conseqüências da incidência forçada do direito não encontram assento.

¹⁵⁰ “Art. 9º. *omissis*

§1º. *Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*”

3.2.2. A Jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

Já vimos que a aplicação da Constituição, pela jurisdição constitucional, se conduz a partir do código lícito/ilícito; vimos, ainda, que argumentos acerca das conseqüências práticas das decisões não têm lugar nos processos de monitoramento da constitucionalidade das leis.

Pois bem. De posse de tais supostos, é necessário que prossigamos nas nossas investigações, voltadas a definir a posição que a jurisdição constitucional – ou, mais precisamente, o controle de constitucionalidade das leis – ocupa frente ao Poder Legislativo, na arquitetura da divisão constitucional das funções do Estado, o que refletirá, novamente, uma determinada visão dos limites que separam a política do direito.

O que se buscará definir, aqui, não são, ainda, os contornos dogmáticos que deverão nortear a interpretação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, mas sim, paradigmaticamente, a posição que o controle de constitucionalidade das leis deve ocupar, para se presumir democraticamente exercido, frente à gênese da vontade da maioria política, plasmada nas leis. O esboço de um paradigma, que sirva de pano de fundo para o exercício da jurisdição constitucional, servirá de esteio, mais adiante, para que se soerga, enfim, uma compreensão adequada da modulação temporal de efeitos condizente com a noção de Estado Democrático de Direito, apta a servir de parâmetro para a resolução de conflitos concretos.

O primeiro passo para uma compreensão paradigmaticamente correta do papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito deve ser dado a partir da diferenciação entre valores e normas. Essa distinção basilar se mostra de suma importância, na medida em que se propagam copiosamente, na literatura dogmática e na jurisprudência, discursos que se auto-intitulam como orientados por valores, os quais, equiparados aos princípios, encontrar-se-iam aptos a solucionar conflitos concretos de interesses entre pessoas e grupos. Estaria essa postura, aparentemente congruente com as evoluções teóricas pós-positivistas, correta?

Entendemos que valores de modo algum podem ser equiparados às normas jurídicas, sejam às regras, sejam aos princípios. Essa conclusão pode, em parte, ressaltar-se, ser sacada da compreensão que até agora expusemos acerca das noções de direito, política, democracia e sociedade, projetadas na distinção entre discursos de aplicação e discursos de justificação.

Conforme amplamente demonstrado, inclusive, no capítulo anterior, a sociedade moderna é plural. O dissenso é a marca mais profunda das relações sociais contemporâneas. Quebradas as estruturas sociais convencionais, liberta-se o homem das peias de formas de vida tidas por imutáveis, fundeadas em valores éticos e religiosos rijos. Pretensões diversas e contrastantes pululam na esfera pública, sendo impossível definir de antemão qualquer conteúdo que necessariamente deva preencher as formas jurídicas.

Numa esfera pública plural, as concepções acerca do que é bom para a sociedade, dos rumos que devem ser impingidos ao Estado, dos limites que necessitam ser apostos ao poder econômico, são gravemente dissonantes, variando, inclusive, em graus. Por exemplo, uns acham que seria “bom” que as relações de trabalho fossem amplamente reguladas pela lei; outros pensam que essa regulação deveria ser apenas parcial, deixando-se ampla margem de conformação normativa para as negociações coletivas entre sindicatos e empresas; já outros entendem que “bom” mesmo seria que as relações de trabalho não padecessem de regulação legal alguma, prestigiando-se o poder de negociação das organizações coletivas de trabalhadores; finalmente, há quem pondere que o ideal mesmo, o efetivamente “bom”, seria que os sindicatos nem existissem, de modo que as relações de trabalho se regessem apenas pelo Código Civil. Outro exemplo: o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Uns acham isso “ruim”, pois seria pecado; outros acham que seria “médio”, na medida em que haveria prós e contras militando em torno da questão; outros, ainda, pensam que seria “bom”, pois, assim, se conferiria aos interessados imediatos a oportunidade de buscar a própria felicidade em paz, como bem entendessem. Os planos do que seria “bom” para o grupo, desejável para a sociedade, variam, portanto, em qualidade e em grau. Essas concepções do que é “bom” são justamente os valores, objeto de amplo dissenso na esfera pública. E como o direito se posiciona em tal contexto, ou seja, como as normas jurídicas se relacionam com os valores?

Os valores ingressam no direito através dos processos discursivos assestados à positivação das normas jurídicas. Mas não o fazem de maneira isolada. Argumentos de toda ordem a eles se agregam, formando um largo veio em que pretensões vogam rumo às instituições políticas oficiais encarregadas de decidir o que será, ou não, enfim, direito. Considerações econômicas, administrativas, científicas, religiosas, morais, por exemplo, disputam espaço nos chamados discursos de justificação, protagonizados, numa sociedade democrática, por todos os atores sociais que por eles se interessem¹⁵¹. O Poder Legislativo, evidentemente, é o espaço que melhor se conforma à tarefa de captar as apreensões emergentes da esfera pública – dentre as quais se enfeixam, inclusive, os debates unguídos de elevada dose axiológica. É nesse turbilhão argumentativo pré-jurídico, que tem a sua complexidade reduzida através das instituições políticas – máxime do Congresso Nacional – que os discursos acerca de valores se situam. Posto o direito, contudo, a decisão está tomada. Poderá ser revista, como vimos acima, em razão da própria positividade do direito moderno; mas, o acesso à revisão da decisão tomada deverá se dar na via constitucional própria, através da qual o ordenamento jurídico é perenemente cinzelado e redesenhado, à luz da pluralidade social e do dissenso que estrutura a esfera pública.

Os discursos de justificação, portanto, sustentam a validade das decisões legislativas sobre uma base formal, relacionada diretamente com a abertura existente às pretensões que a sociedade dirige ao Congresso Nacional. Somente uma sociedade dotada de procedimentos que viabilizem, pragmaticamente, que todas as espécies de argumentos necessários para que uma decisão coletiva seja tomada se enfeixem discursivamente na justificação da positivação do direito, pode se considerar democrática. Justamente nisso reside, pois, a íntima relação que se estabelece entre os direitos fundamentais e a autonomia pública de uma dada comunidade. Somente onde os indivíduos tenham seus direitos fundamentais – individuais, sociais, coletivos e difusos – realizados, pode-se esperar, e presumir, que os procedimentos políticos voltados à positivação das normas provejam decisões que, racionalmente, possam ser

¹⁵¹ “*Eis por que as regulamentações jurídicas tangenciam não apenas questões morais em sentido estrito, mas também questões pragmáticas e éticas, bem como o acordo entre interesses conflitantes. (...) A práxis legislativa justificadora depende de uma rede ramificada de discursos e negociações – e não apenas de discursos morais.*” (HABERMAS, 2002: 289)

reconduzidas à autonomia pública da sociedade¹⁵² (que, como vimos, é complexa, plural, marcada pelo dissenso, não lhe podendo ser assimilado qualquer conteúdo normativo *a priori*). Isso porque o homem somente se coloca – potencialmente – como interlocutor na esfera pública, quando a sua autonomia privada, vista sob o ângulo formal e material, estiver assegurada. Por outro lado, só uma comunidade publicamente autônoma se incumbirá da efetivação dos direitos fundamentais¹⁵³. O raciocínio é singelo. Não se pode presumir, racionalmente, que excluídos hajam participado das discussões públicas envolvendo uma determinada decisão coletiva¹⁵⁴, ou que delas não tenham tomado parte segundo uma opção livre de opressões. Uma comunidade, noutro giro, em que a formação da vontade pública não reflita os interesses e valores de quem não teve sequer a opção de tomar parte nos debates, tenderá a se manter inerte no que tange à inclusão desses indivíduos (ou, na melhor das hipóteses, a eles se dirigirá paternalisticamente, estabelecendo relações clientelistas entre um Estado-provedor e um cidadão meramente consumidor); ou, mais especificamente, na efetivação de seus direitos fundamentais¹⁵⁵. A relação entre a emancipação do indivíduo e a da comunidade, portanto, é circular, de implicação recíproca¹⁵⁶. Uma não existe sem a outra¹⁵⁷. Em perspectiva diversa, e retornando ao ponto que especificamente nos

¹⁵² “Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, ‘o povo’ permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos human rights ele se torna, em função normativa, ‘povo de um país’ [‘staatsvolk’] de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto instância de atribuição global.” (MÜLLER, 2003: 63-64)

¹⁵³ “(...) a razão prática se realiza, tanto na figura da autonomia privada, como na pública, pois ambas constituem, de um lado fins em si mesmas. Porém, de outro lado, uma é meio para outra. A exigência da orientação pelo bem comum, que se liga com a autonomia pública, constitui uma expectativa racional medida em que somente o processo democrático garante que os ‘cidadãos da sociedade’ cheguem simetricamente ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos ‘cidadãos da sociedade’, assegurada, pode capacitar os ‘cidadãos do Estado’ a fazer uso correto de sua autonomia política. A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra.” (HABERMAS, 2003: 173)

¹⁵⁴ “Assim, não se trata mais de diferenças de classe ou de estratificação social no quadro de uma inclusão genérica, ainda que muito desigual. Muito pelo contrário, o esquema inclusão/exclusão sobrepõe-se como uma superestrutura à estrutura da sociedade, também à estrutura da constituição – como ‘uma espécie de metacódigo [...], que mediatiza todos os outros códigos.” (idem, 2003: 93-94)

¹⁵⁵ “A teoria do discurso pretende fundamentar o equilíbrio da autonomia privada e da autonomia pública, apontando para o fato de que os direitos humanos só podem estar garantidos onde esteja assegurado o princípio da soberania do povo, ou seja, o procedimento democrático de formação da vontade estatal.” (NEVES, 2006: 116)

¹⁵⁶ “As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente.” (ibidem, 2002: 290)

¹⁵⁷ “A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão-somente *status activus* democrático.

(...)

interessa, onde as condições pragmáticas dos discursos de justificação sejam preenchidas, ao menos em parte, o dissenso e o pluralismo da sociedade emergem com força total, assomando pretensões axiológicas de toda ordem, endereçadas, ao cabo, aos órgãos oficiais encarregados de decidir – reduzindo a complexidade social – o que será, ou não, direito. Em outras palavras, há valores ‘dentro’ do direito, que nele ingressaram através dos processos de justificação, mas aplicar o direito não equivale, absolutamente, a aplicar valores.

Se os órgãos jurisdicionais se arvoram na aplicação de valores, as etapas que envolvem a justificação da positivação das normas, abertas procedimentalmente ao pluralismo axiológico que marca a esfera pública, restam desconsideradas. No caso da jurisdição constitucional, o discurso apegado a valores – que vislumbra a constituição como “*ordem concreta de valores*”, assimilando-os aos princípios – busca justamente identificar e aplicar os valores fundamentais da comunidade política. Nesse atuar, sopesa, diante de casos concretos, os valores que deverão incidir sobre os problemas enfrentados, servindo de parâmetro decisório para a decisão do conflito a ser solvido. Ocorre que, na qualidade de valores, a sua aplicação discursiva se pauta por critérios que passam ao largo do direito, porquanto relacionados não à licitude ou ilicitude da solução, mas sim, gradualmente, à sua qualidade de ‘boa’ ou ‘ruim’, ‘melhor’ ou ‘pior’¹⁵⁸. Afirma-se, assim, por vezes, tanto na literatura como na jurisprudência, disfarçadamente, sob o rótulo normativo de direitos fundamentais ou princípios¹⁵⁹, que seria ‘melhor’, do ponto de vista dos valores fundamentais da sociedade, que o caso tal tenha a solução ‘X’, e não a ‘Y’, porque a consequência advinda de X é mais desejável

A democracia avançada é assim – e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um nível de exigências, a quem do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência organizados (denominado ‘Estado’): não como subpessoas, não como súditos, também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do ‘povo’ que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é portanto também um status negativus democrático e um status positivus democrático. Representa ela um nexu necessário, um nexu legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista; isso se acha incorporado ao texto das constituições das quais falamos. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa.” (MÜLLER, 2003: 114-115)

¹⁵⁸ “Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes.” (HABERMAS, 1997: 318)

¹⁵⁹ “A transformação conceitual de direitos e valores fundamentais significa um mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto, de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação.” (idem, 1997: 318)

à luz do caso concreto, etc.; será que a sede própria para este tipo de raciocínio não seria, numa sociedade democrática, o Parlamento?

Demonstrar que algo é axiologicamente ‘ruim’ não equivale a convencer que essa mesma coisa é ilícita. Afirmar, assim, que a decisão legislativa não é ‘boa’, na opinião do indivíduo ou do grupo que fala, não equivale a sustentar que ela não poderia sequer haver sido tomada. Enfim, quem pretender afirmar que uma norma é inválida, terá que se desincumbir do ônus argumentativo de demonstrar que a opção legal deu-se, por parte do Poder Legislativo, ilicitamente¹⁶⁰ – à luz da Constituição –, e não convencer, simplesmente, que determinado valor é ‘melhor’, mais ‘desejável’, mais ‘humano’, enfim, superior à norma impugnada¹⁶¹.

Note-se que, ao se equiparar normas a valores, qualquer decisão jurídica passa a ser passível de fácil questionamento¹⁶². Basta o aplicador argumentar com base num dado valor, chamando-o de princípio, e a decisão legislativa, ou constitucional, pode ser contraposta e tragada por um sopesamento fluido, a ser desenvolvido com base no princípio da proporcionalidade; quando, na verdade, de princípio não se trata, na medida em que o discurso não revela a licitude ou a ilicitude de algo, mas sim a sua qualidade graduável de ‘bom’ ou ‘ruim’, ‘desejável’ ou ‘indesejável’. Ao dever legal, v.g., de não jogar lixo nas ruas, ou de somente poder dirigir automóveis devidamente habilitado, o cidadão se sente amparado a opor, via ação judicial, os valores da liberdade e da propriedade, instaurando, assim, um conflito ‘jurídico’ a ser solvido a partir dos critérios fornecidos pela proporcionalidade.

¹⁶⁰ “Qualquer lei, com a única exceção problemática da própria Constituição, pode ser não-conforme o direito. Todo o direito é colocado em uma situação de problematidade e contingência. E isso não apenas na medida em que o legislador pode criá-lo ou modificá-lo (o que vale também para a Constituição), mas porque o direito pode ser não-direito, ou seja, ilícito. O código direito/não-direito torna-se supraordenado a todo o direito, com exceção da lei constitucional.” (LUHMANN, 1996)

¹⁶¹ “Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.” (HABERMAS, 1997: 317)

¹⁶² “Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica das normas e princípios do direito.” (idem, 1997: 321)

No âmbito tributário, o problema metodológico acima descrito vem produzindo reflexos concretos.

O constituinte, conforme restou assinalado na introdução do presente trabalho, foi pródigo ao instituir, através de princípios e regras expressas, direitos e garantias em prol do cidadão-contribuinte. Fez, portanto, opções claras quanto à legalidade, à tipicidade, à capacidade contributiva, à anterioridade, às diversas imunidades estatuídas ao longo do texto constitucional. Em tal contexto, os princípios efetivamente podem entrar em conflito a partir de uma determinada situação fática, passível de ser solucionado apenas por meio da concretização voltada discursivamente ao caso e ao texto constitucional, ao final da qual se decidirá, argumentativamente, qual princípio regerá e solverá aquele conflito específico. Quando, todavia, se equipara princípios a valores, os conflitos passam a ser vislumbrados por toda a parte, mesmo com relação aos temas sobre os quais o constituinte exarou decisão expressa. Cada intérprete do direito tem os seus valores; cada aplicador, por conseguinte, entrevê conflitos entre os seus próprios valores, projetados sobre a comunidade, e determinadas normas jurídicas; assim, se os valores são metodologicamente equiparados aos princípios, conflitos fictícios a todo instante se reproduzem, em número diretamente proporcional à quantidade de intérpretes. Por exemplo, autores renomados, como José Marcos DOMINGUES¹⁶³, vêm sustentando que o princípio da tipicidade tributária, constitucionalmente consagrado, deve ceder lugar à elaboração das leis fiscais com a utilização de conceitos indeterminados, abertos, na medida em que contraposto ao valor ‘interesse público’, subjacente ao tributo. Ora, a opção constitucional, neste exemplo, já foi feita em prol do princípio da tipicidade, que somente poderia se cogitar, *prima facie*, de ter a sua incidência bloqueada, se restasse argumentativamente demonstrado que o

¹⁶³ “O que está em causa é a compatibilização de um valor fundamental constitucionalmente protegido, a liberdade humana (liberdade de empresa, de trabalho, propriedade privada), com o dever dos administrados de suprir ao Estado os recursos necessários à promoção do bem comum, sua missão básica. E o tributo é o **meio** ordinário para a satisfação daquele **fim**. O emprego de **conceitos jurídicos indeterminados** é a fórmula jurídica que permite a um só tempo outorga de flexibilização do Legislador ao Administrador, sob garantia de **controle de proporcionalidade** pelo juiz, homenageando a separação de poderes e realizando a indispensável harmonia entre eles.” (DOMINGUES, 2008: 66 – grifos no original)

No mesmo sentido, Marcos ABRAHAM:

“Garantir o equilíbrio entre o interesse público e o privado, zelar pelo cumprimento do dever de pagar tributos sem ferir os direitos fundamentais do contribuinte, respeitar a sua liberdade e autonomia privada, combinando segurança jurídica e legalidade com a utilização de uma metodologia de interpretação pluralística das normas tributárias e a tipicidade aberta são as questões-chave do Direito Tributário contemporâneo, sem as quais não será possível manter a harmonia e a eficiência do sistema tributário nacional” (2008: 133)

âmbito normativo de outro princípio, igualmente constitucional, estaria a se confundir com o âmbito de proteção da legalidade estrita¹⁶⁴. O que, evidentemente, não é o caso, nas relações tributárias, na medida em que o princípio da supremacia do interesse público – que, por exemplo, no Direito Administrativo fundamenta a modificação unilateral de cláusulas contratuais – não se presta, segundo a configuração que a Constituição de 1988 deu ao sistema tributário nacional, a reger diretamente conflitos concretos surgidos em torno de obrigações fiscais¹⁶⁵.

Não há, assim, por exemplo, que se sopesar o princípio da tipicidade tributária, da legalidade penal, da indenização justa e prévia, com os ‘valores’ incrustados no interesse público existente em arrecadar de quem ostenta capacidade econômica, de punir o criminoso ou de expropriar rapidamente o proprietário do bem que será útil à população. A opção constitucional já foi feita. O conflito é aparente¹⁶⁶, eis que não se trava entre normas jurídicas, mas sim entre normas e valores. Juridicamente, o constituinte já estabelece que a capacidade contributiva somente poderá ser gravada através da tipificação legal exaustiva, que o criminoso somente será punido por fatos anteriormente previstos e detalhados em lei, e que a desapropriação se dará após a justa e prévia indenização do proprietário (ressalvados, aqui, apenas os casos previstos na própria Constituição)¹⁶⁷.

¹⁶⁴ “Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. Isso também vale para normas ‘abertas’, não referidas a casos exemplares facilmente identificáveis – como é o caso dos programas condicionais – e formuladas sem um sentido específico de aplicação, necessitando de uma ‘concretização’ metodicamente inofensiva. Tais normas encontram sua determinação clara num discurso de aplicação.” (HABERMAS, 1997: 322)

¹⁶⁵ Cf., neste sentido, as lições de Hugo de Brito MACHADO (2009: 32-33).

¹⁶⁶ É inteiramente apropriada aqui a seguinte colocação de Gilmar Ferreira MENDES, que, em que pese se referir apenas às colisões entre direitos fundamentais, aplica-se igualmente aos choques entre princípios:

“Embora se cogite, não raras vezes, de uma suposta colisão de direitos, é certo que a conduta questionada já se encontra, nesses casos, fora do âmbito de proteção do direito fundamental. Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual.” (2004: 77)

¹⁶⁷ É aqui oportuna a transcrição das seguintes observações de Misabel Abreu Machado DERZI:

“De fato, quando se coloca na balança, de um lado, v.g., a violação, na arrecadação tributária, de um direito ou garantia individual de certo contribuinte X e, de outro, o interesse superior da coletividade nos recursos dela advindos, a preferência já está antecipadamente demonstrada pela simples escolha desproporcional dos princípios e valores em jogo. Somente se poderia balancear, nesse caso, o peso dos interesses arrecadatários para a sociedade contra o peso do custo social total da violação de um direito e garantia individual, do desrespeito de um princípio constitucional (de todos os cidadãos, como contribuintes potenciais).” (in BALEEIRO, 2001: 35)

Quando o Judiciário, portanto, assume a postura de defensor de valores, transpõem-se as bordas do campo jurídico para se ingressar na esfera política, estruturando-se os discursos não a partir da necessidade de aplicação do direito posto, mas sim através da lógica que marca a justificação das normas¹⁶⁸. Na prática, isso opera como se os juízes começassem a legislar¹⁶⁹. Ocorre que o legislar judicial, amparado em valores supostamente constitucionais, travestidos de princípios e direitos fundamentais apenas nominalmente, dá-se no restrito ambiente dos processos judiciais, em cujo bojo a pluralidade axiológica que permeia a esfera pública não é retratada através dos argumentos dos interessados. A transfiguração de valores em normas jurídicas individuais, que regerão o caso *sub judice*, ocorre sem qualquer mediação discursiva aberta, característica dos momentos de justificação. Positiva-se, destarte, direito absolutamente novo, à margem do devido processo constitucional.

Não é racional afirmar que, da perspectiva democrática, os juízes estejam legitimados a dizer, pela sociedade, quais são os seus valores, a serem levados em conta na resolução de conflitos de interesses. A legitimação do Poder Judiciário, ao contrário, é para dizer o direito que já foi positivado anterior e prioritariamente através de programas condicionais. Dizer o direito, outrossim, conforme deixamos assentado no capítulo anterior, equivale a concretizar normas, a partir de textos e casos, num discurso de aplicação que envolve, até mesmo por razões práticas, apenas os atingidos pela decisão judicial; é conferir sentido a uma decisão política já tomada outrora, e não reabrir o debate político em torno de opções já consolidadas.

Mas qual é a relevância dessas observações teóricas, especificamente no que se refere ao objeto de investigação do presente trabalho?

¹⁶⁸ “O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva do legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas.” (HABERMAS, 1997: 324)

¹⁶⁹ “Tal jurisprudência de valores levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Bockenforde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente.” (idem, 1997: 320)

A importância reside em que, no âmbito dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, não se pode cogitar do sopesamento de simples valores, ao se discutir a possibilidade, ou não, de se modular temporalmente os efeitos das declarações de nulidade das leis tributárias. Se ao Supremo Tribunal Federal fosse dada a possibilidade de contrastar meros valores aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, ser-lhe-ia reconhecido o poder de decidir acerca da conveniência e da oportunidade acerca da própria vigência da Constituição, ingressando, assim, em campo discursivo reservado ao poder constituinte. Ou seja, ao se cogitar da aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, não basta se desincumbir argumentativamente de um convencimento axiológico, tecendo-se considerações acerca da ‘bondade’ e da ‘conveniência’ emanadas dos ‘valores’ segurança jurídica e relevante interesse social. Há que se ir além, verificando-se se a simples declaração de nulidade retroativa, ordinariamente aplicável em homenagem ao dogma da supremacia da constituição, invade e compete juridicamente com o âmbito de proteção de algum outro direito ou princípio constitucional. Portanto, somente reais casos de colisão entre direitos fundamentais, ou entre princípios constitucionais, podem servir de ponto de partida para qualquer discussão que envolva a modulação temporal de efeitos das declarações de inconstitucionalidade; jamais o simples sopesamento de valores, que alçaria os juízes incumbidos da jurisdição constitucional à condição de legisladores.

* * *

Qual seria, então, a compreensão paradigmaticamente correta, que deve inspirar a resolução de problemas acerca dos limites à atuação da jurisdição constitucional?

A possibilidade de aplicação da Constituição fora de uma compreensão deontológica do direito, baseada no código lícito/ilícito, está descartada, de modo que argumentos puramente econômicos, meramente políticos ou relacionados às conseqüências práticas do julgado, não encontram na jurisdição constitucional sede apropriada para se desenvolver¹⁷⁰; o simples sopesamento de valores, por sua vez, que reconduz a aplicação da Constituição a um exercício axiológico, está, igualmente, fora

¹⁷⁰ Conforme assevera Ana Paula ÄVILA, “é preciso perceber que, quando está em jogo a Constituição, um problema ainda mais grave se põe: admitir-se que ela seja atropelada pelo argumento meramente político, consequencialista ou pragmático, coloca em risco as próprias instituições, levando a uma ruptura estrutural que transcende à relação política e direito.” (2009: 122)

de questão. Por outro lado, a concretização constitucional, conforme assentado no capítulo anterior, erige-se, com certa abertura – ante a indeterminação inerente à linguagem jurídica –, em torno de textos e fatos, o que confere, é claro, relevante margem de criatividade ao intérprete/aplicador. Em tal contexto, marcado pela simultânea e paradoxal abertura do ato de revelação do direito posto, e pela necessidade de vinculação estrita a esse mesmo sistema normativo, é que se situa a jurisdição constitucional, e a sua relação com os órgãos legiferantes. Enfim, se o juiz constitucional é um agente que criativamente dá sentido à Constituição, mas que dela não pode juridicamente se afastar, qual o paradigma de atuação deve ele observar ao exercer o seu altivo ofício, capaz de retratar adequadamente a sua posição na arquitetura da divisão dos Poderes do Estado?

Antes de se definir a resposta a tal indagação, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da noção de Constituição¹⁷¹ adotada no presente trabalho.

A Constituição não se resume a um documento voltado à proteção negativa do indivíduo em face do Estado, assestado, em última instância, a resguardar única e tão-somente – através de declarações de direitos e princípios formais estruturantes do poder – espaços privados juridicamente impenetráveis (Estado Liberal). Tampouco veicula qualquer projeto coletivo rígido, concreto, acerca de como os homens devem conduzir sua existência individual e social, através da sua integração, assim, a um programa coletivo de Estado para cuja definição e execução não lhes cabe participação permanente e ativa – e que, ao cabo, os transforma em clientes de um Leviatã supostamente onisciente acerca do conteúdo dos interesses relevantes para a coletividade (Estado Social).

A Constituição não deve ser compreendida, numa sociedade complexa, como o projeto político de um partido, ou de uma corrente ideológica específica. Não se trata de um sistema normativo sectário, que divide os homens e assoma como obra de apenas uma fatia da sociedade. Conforme viemos afirmando ao longo de todo este trabalho, não há valores absolutos, ou formas de vida específicas, que a Constituição projetaria normativamente sobre a esfera pública, de forma dirigente. Ao contrário, a Carta Magna

¹⁷¹ Para uma exaustiva indicação dos variados conceitos de Constituição constantes da literatura jurídica, confira-se a obra de José Adércio Leite SAMPAIO (2002: 09-20).

é obra de todos, e todos, por consequência, depositam nela, legitimamente, seus suas expectativas jurídicas mais puras de liberdade, igualdade e segurança. O plano do discurso constitucional é, assim, essencialmente plural, e liga-se, em última instância, à dignidade intrínseca a cada ser humano que integra a comunidade política¹⁷², que deve poder lutar pela configuração autônoma de sua individualidade e da gestão pública dos interesses do grupo ao qual pertence.

O projeto constitucional é simplesmente o da emancipação privada e pública, que necessariamente se promove de maneira recíproca, circular, tal como já salientamos. O texto constitucional é o parâmetro central acerca de como isso deve se dar; em torno da incerteza de seus termos, da fluidez e da abertura sistemática das regras e princípios que o conformam, instauram-se conflitos interpretativos, envolventes, potencialmente, de toda a sociedade, acerca de qual é o sentido que a Constituição deva receber aqui e agora. As pretensões de liberdade, igualdade e segurança, apresentadas por indivíduos ou grupos, assim, embasam-se na Constituição, que provê juridicamente acerca de como esses anseios deverão se transfigurar em normas gerais ou individuais, de molde a poderem ser reconduzidas a toda a sociedade como um produto de sua vontade autônoma.

Não há, portanto, ‘um’ projeto constitucional, materialmente definido, de sociedade; tampouco há ‘uma’ ideologia constitucional, albergada pela maioria política que prevalecera no processo constituinte. A Constituição não é uma arma destinada a impor forçadamente à minoria um plano político outrora vitorioso, ainda que, então, legitimado democraticamente. Volta-se, muito além – denotando notável plasticidade – a compor dinamicamente a convivência entre a maioria e a minoria, entre o indivíduo e a coletividade. A concepção de Constituição adotada no presente trabalho é, assim, por negar a possibilidade de qualquer valor, ideologia ou projeto social que condicione rigidamente a interpretação constitucional, eminentemente procedimental.

Mas procedimental, aqui, não quer ressaltar uma concepção formal e vazia de conteúdo, mas sim a noção o que as evoluções conquistadas a partir do advento do

¹⁷² Constituição brasileira: “*Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;*”.

constitucionalismo se relacionam com a emancipação do homem e da sociedade, que é contínua, mutável, e se desenvolve no fio do direito, utilizado, em sua sistematicidade, como meio lingüístico de composição da tensão entre a liberdade e a igualdade que se possui, e a liberdade e a igualdade que se deseja. A Constituição, nessa acepção, é a sede, justamente, das condições jurídico-pragmáticas para que esse contínuo e dinâmico processo de libertação e de equalização se desenvolva democraticamente.

A Carta Magna busca assegurar, destarte, através de princípios e regras, as condições a partir das quais esse processo autônomo, de emancipação individual e coletiva, deve se desenrolar. No Brasil, isso se dá imediatamente através da previsão e efetivação dos direitos fundamentais, individuais, sociais, coletivos e difusos, que não se excluem reciprocamente – antes se complementam¹⁷³ – e mediatamente através da previsão de uma estrutura federativa equilibrada, da divisão dos poderes do Estado, de uma Administração Pública e de um sistema tributários regidos por princípios e regras próprias, enfim, de todo um sistema normativo, dotado de conteúdo, que fixa as condições discursivas a partir das quais as relações de poder devem se desdobrar. A Constituição procedimental, assim, não predica que qualquer decisão que resultar de um processo deva ser considerada legítima, ou que qualquer conteúdo possa lhe ser atribuído; muito além disso, fixa as condições materiais, pragmáticas^{174 175 176 177}, a

¹⁷³ “O presente momento histórico pode ser definido como um período de síntese, em que os ideais de liberdade e igualdade jurídica devem estar legitimados por uma política de orientação social. Em outras palavras, impende resgatar, no Estado de Direito, os ideais liberais assentados sob uma base de igualdade social.

(...)

O Estado Democrático de Direito é, destarte, o corolário de toda uma evolução jurídico-política relativa à organização da sociedade. Procura-se, por meio dele, garantir a liberdade de livre iniciativa econômica (Estado Liberal) em um contexto de igualdade de oportunidades (Estado Social).” (SPAGNOL, 2004: 99)

¹⁷⁴ “Para a teoria do discurso, ‘processos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei’.” (SOUZA NETO, 2002: 298)

¹⁷⁵ “Sem se limitar à legislação, pode-se afirmar que os direitos fundamentais não relacionados imediatamente à organização e aos procedimentos (eleitoral, legislativo, jurisdicional e político-administrativo) são requisitos da legitimação procedimental no Estado Democrático de Direito. Apresentam-se como regras preliminares à realização do jogo. Sem os direitos fundamentais referentes à liberdade e à igualdade não se constituiria uma esfera pública pluralista, nem haveria as condições de emergência do dissenso.” (NEVES, 2006: 154)

¹⁷⁶ “‘Democracia’ deriva de ‘demos’. Para que uma sociedade receba esse título honorífico, não basta que os cidadãos reajam em grandes espaços de tempo como objetos de propaganda eleitoral e expressem, enquanto ‘sujeitos ideais’, - nos referidos manuais e discursos domingueiros conciliadores – a sua anuência ao sistema a cada dia (passivamente, ‘inercialmente’, na linguagem e Sartre), ao molde do ‘plébiscite de tous les jours’ (Ernest Renan). Os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento

partir das quais se possa presumir que a decisão coletiva emanada ao cabo de um procedimento é fruto de uma comunidade autônoma, formada por homens que se querem livres e iguais.

No arranjo constitucional da divisão das funções do Estado entre Poderes diversos, não cabe ao Poder Judiciário a persecução dos interesses de maiorias políticas, ainda que autênticos. O espaço central para a conformação dos interesses coletivos é o Poder Legislativo, que se mostra institucionalmente aberto a toda ordem de argumentos e anseios emergentes da esfera pública. Trata-se do sítio em que os discursos de justificação se desenvolverão em toda sua plenitude, plasmando-se em leis que estruturarão e vincularão toda a sociedade – albergando, sob sua força executória, inclusive, as minorias que vierem a discordar do seu conteúdo¹⁷⁸.

A formação da vontade contida nas leis, contudo, necessita guardar obediência estrita às disposições constitucionais, que, globalmente consideradas, fixam as condições para que qualquer norma possa ser legitimamente produzida. Nesse contexto, a ausência de invalidação das normas legais inconstitucionais, pela jurisdição

materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade. Ela é uma oficina permanente, um canteiro de obras. E quando as instituições estatais encarregadas não zelam suficientemente pelo cumprimento da sua tarefa de supervisão da construção ou chegam mesmo a violar a planta de construção, a constituição, os cidadãos devem defender-se: resistência democrática por meio da sociedade civil.

Por sua vez, tanto a resistência quanto a atividade carecem de três condições necessárias da democracia: direitos humanos eficazes; uma política social empenhada na compensação das desigualdades, para que a democracia enquanto forma estatal da inclusão possa assentar em uma sociedade inclusiva; e formas do Estado de Direito, nas quais a resistência e a atividade possam expressar-se legalmente.” (MÜLLER, 2003: 126-127)

¹⁷⁷ *“Diferentemente, uma interpretação teórico-discursiva insiste no fato de que a formação democrática da vontade não retira a sua força legitimadora de uma convergência prévia de convicções éticas consolidadas, mas dos pressupostos comunicativos que permitem aos melhores argumentos entrarem em ação em várias formas de deliberação, bem como dos procedimentos que asseguram processos justos de negociação. A teoria do discurso rompe com uma concepção puramente ética de autonomia cívica.” (HABERMAS, 1995: 112)*

¹⁷⁸ *“Diferentemente da constrição ética do discurso político, o conceito de política deliberativa somente adquire referência empírica quando levamos em consideração a multiplicidade das formas comunicativas da formação política e racional da vontade. Não seria um discurso de tipo ético que poderia conferir por si só a gênese democrática da lei. Ao contrário, a política deliberativa deve ser concebida como uma síndrome que depende de uma rede bem regulamentada de processos de negociação de várias formas de argumentação, incluindo discursos pragmáticos, éticos e morais, cada um deles tendo como base diferentes pressupostos e procedimentos comunicativos. Na política legislativa, o fornecimento de informação e a escolha racional de estratégias estão entrelaçados com o equilíbrio de interesses, com a consecução de uma auto-compreensão ética e a articulação de fortes preferências, e com a justificação moral e as provas de coerência legal. Assim a política ‘dialógica’ e a ‘instrumental’, os dois tipos ideais que Frank Michelman colocou em pólos opostos, de fato se interpenetram no meio de vários tipos de deliberação.” (idem, 1995:114)*

constitucional, significaria, ao cabo, que a própria Constituição poderia ser alterada pelas normas inferiores que lhe deveriam guardar observância – sem o quorum ou a observância das demais formalidades eventualmente necessárias para tanto (que se erigem naquilo que se denomina de rigidez constitucional, corolário da supremacia jurídica de qualquer Constituição). Determinada matéria, por exemplo, que somente poderia ingressar na ordem jurídica através de uma Emenda Constitucional, devidamente aprovada pela ampla maioria do Congresso Nacional, ver-se-ia inserida no mundo jurídico no bojo de uma simples lei. Assim, se para emendar a Constituição a maioria política necessitaria compor acordos efetivos com a minoria, levando a sério a sua existência, o mesmo não precisa acontecer, necessariamente, com as leis. Enfim, sem a jurisdição constitucional, a própria Constituição ver-se-ia cambiada, através de uma lei inconstitucional, sem que desse processo tomassem parte as minorias assentadas no Parlamento (podendo inclusive, em casos limites, uma norma inconstitucional, ofensiva às cláusulas pétreas – intocáveis até mesmo por emendas à Constituição – romper com a ordem constitucional em vigor sem a instauração de um novo processo constituinte, o qual traria em si a idéia de um acordo firmado entre todas as correntes, minoritárias a majoritárias, integrantes da sociedade). A formação majoritária da vontade, num tal contexto (de ausência de processos predispostos a proteger a Carta Magna), não necessitaria guardar qualquer sintonia com os postulados democráticos inerentes à idéia de constitucionalismo. Nesta perspectiva, a jurisdição constitucional assume um papel de guardião justamente da formação democrática da vontade do povo, protegendo, em última análise, a higidez do processo legislativo e a integridade das minorias. Hans Kelsen, há muito, já havia destacado esse caráter eminentemente contramajoritário da jurisdição constitucional:

“Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a maioria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. (...) Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento

pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria.” (KELSEN, 2007: 181-182)

A perspectiva de KELSEN, no sentido de que a jurisdição constitucional teria por objetivo primordial a tutela das minorias e da condução democrática do processo legislativo, realça um importante aspecto, já acima delineado: o de que a formação política da vontade democrática não se dá em juízo, mas sim ao longo dos procedimentos assestados à positivação das normas jurídicas.

Isso não significa que os juízes constitucionais devam assumir posição tímida diante dos processos políticos; muito pelo contrário, equivale a dizer que, em defesa dos direitos, princípios e normas constitucionais, erigidos como condições pragmáticas do regime democrático, nada deve deter a jurisdição constitucional. Ou seja, no resguardo da Constituição, o juiz constitucional não deve ter o menor pesar de, se for o caso, assumir posição amplamente contramajoritária. Só assim as condições práticas para a subsistência da democracia, do dissenso, do pluralismo, enfim, do constitucionalismo, remanescerão íntegras.

Sob outro ângulo, se os Tribunais encarregados da jurisdição constitucional vierem a assumir a condição de tutores de um projeto político concreto, de uma ordem de valores, ou de uma ideologia, a serem impostos em benefício de uma cidadania que, supostamente, não sabe se gerir autonomamente (povo órfão, incapaz de definir suas próprias necessidades), passarão a atuar não mais como órgãos jurisdicionais, mas sim legislativos, em concorrência ilegítima com os Parlamentos¹⁷⁹. Tendo justamente isso

¹⁷⁹ “O ceticismo de Ely volta-se, com razão, contra uma compreensão paternalista do controle jurisdicional da constitucionalidade, a qual se alimenta de uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria. Segundo essa interpretação, uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais (...) De fato, os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sendo por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, porém, eles não podem substituir discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão de todos os atingidos.” (HABERMAS, 1997: 329)

em vista, HABERMAS enfatiza não caber ao Tribunal Constitucional, no processo político democrático, “*assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade.*” (1997: 347)

O paradigma que inspira o atuar da jurisdição constitucional, derivado da noção de Estado Democrático de Direito, portanto, é aquele que nega aos Tribunais Constitucionais, ou órgãos equivalentes, a condição de espaços politicamente catalisadores de anseios majoritários. O controle de constitucionalidade das leis, assim, tem por escopo último não a substituição do processo legislativo, mas a sua correção, visando a que o ambiente constitucional se consolide, através da promoção da força normativa da Constituição. Se os direitos e garantias constitucionais se efetivarem, a formação democrática da vontade, plasmada nas leis, se dará de forma presumivelmente legítima.

Há que se destacar, aqui, o caso brasileiro. Num país em que a exclusão e a violência vicejam de forma desmesurada, permeadas em formas de vida pré-modernas, é tentadora a assunção, pelo Poder Judiciário, de tarefas tipicamente incumbidas às instituições políticas; mesmo porque a Justiça se vê diuturnamente pressionada por demandas de cunho político, econômico ou social, não depuradas previamente em razão do mau-funcionamento do sistema político¹⁸⁰. A jurisdição constitucional, sequiosa de

¹⁸⁰ Note-se que o deslocamento do Poder Judiciário para a periferia do sistema jurídico, ocasionado pela incapacidade do sistema político tratar eficazmente as demandas emergentes da esfera pública, é um grave problema que marca os sistemas jurídicos periféricos, como o brasileiro. Vejamos:

“Em outros termos: os sistemas jurídicos periféricos possuem um centro e uma periferia com as mesmas estruturas operativas e posições funcionais dos seus similares nos países centrais. A grande diferença está em que, nas periferias dos sistemas jurídicos das economias periféricas, legislação e contratos não são capazes de evitar o acesso em juízo de questões que não foram alocadas em outras instâncias programatórias. A periferia dos sistemas jurídicos periféricos é incapaz de oferecer aos Tribunais auto-isolamento cognitivo. O sistema político universaliza temas. A periferia do sistema jurídico não é capaz de processá-los em termos jurídicos. Esses temas têm acesso ao centro do sistema jurídico, ou seja, aos Tribunais, que são obrigados a fornecer decisões baseadas em programas inexistentes, omissos ou parciais, mas não podem fugir do código a que estão obrigados a observar.” (CAMPILONGO, 2002: 172-173)

Assim, nos países periféricos, demandas políticas que não são avaliadas e absorvidas pelo sistema político - que funciona mal - são diretamente levadas a juízo, atraindo-se os magistrados para a periferia do sistema, e deles demandando, ilegitimamente, a assunção de programas finalísticos. Trata-se de um defeito, e não de uma qualidade, a ser estimulada. A solução democrática para o problema, nesse contexto, compatível com o pluralismo social, é o aperfeiçoamento do sistema político, decorrente diretamente da efetivação das normas constitucionais, e não a politização do Poder Judiciário (e, portanto, a corrupção do sistema jurídico). Afinal, se os juízes se transformarem em políticos, que buscam satisfazer os anseios da maioria da população, quem serão os magistrados que, nos conflitos, garantirão os direitos da minoria?

justiça, num tal contexto, poderia ser unvida à condição de instituição que heroicamente se incumbiria de superar, à força, as mazelas históricas que a comunidade deve enfrentar. Todavia, o resultado de tal postura pode ser desastroso, seja por conduzir ao enfraquecimento dos órgãos legislativos, seja porque o processo judicial, conforme acima destacado, não contém o nível de abertura discursiva que requerem os processos democráticos. Se o Supremo Tribunal Federal viesse a, de boa-fé, assumir tal postura, o máximo que se atingiria seria uma ficção judicial acerca de quais são os anseios coletivos que devem ser buscados pela coletividade, tendo em vista a ausência de participação da esfera pública durante todo esse processo; além, é claro, do esvaziamento dos caminhos institucionais legislativos.

Não se está aqui, lembremos, a falar-se de parâmetros dogmáticos que condicionam o exercício da jurisdição constitucional, mas sim de um paradigma a partir do qual essas balizas devem ser erguidas, posicionando-se corretamente o Supremo Tribunal Federal frente ao Congresso Nacional. E, sinteticamente, qual seria esse paradigma? A resposta é: aquele que comete à jurisdição constitucional a tarefa de resguardar as condições normativas, previstas constitucionalmente, que viabilizam a emergência legítima da vontade coletiva, em sua íntima relação com a integridade do indivíduo; e não aquele que confia aos tribunais encarregados da proteção da Constituição a revelação dessa mesma vontade pública, através de discursos fundados em anseios majoritários – nas expectativas políticas, econômicas, dentre outras, que borbulham na esfera pública – normalmente revestidos em fórmulas como a do sopesamento ou da defesa de valores comunitários concretos.

As condições normativas que pragmaticamente fundam os processos democráticos, conforme já apontado, têm nos direitos fundamentais – individuais, sociais, econômicos, coletivos e difusos – o seu centro. O restante da Constituição a eles se liga instrumentalmente, ainda que de maneira indireta. É na proteção, portanto, daqueles direitos, em perspectiva que busca afiançar a emancipação do indivíduo e da coletividade, coligada ao resguardo da higidez das instituições e procedimentos legislativos, que se centra a atividade desempenhada pela jurisdição constitucional, e, por conseguinte, o controle concentrado de constitucionalidade das leis. Vejamos, a propósito, em conclusão, as palavras de HABERMAS:

“E se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia da auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma ‘ordem’ que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo o seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem eqüitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (...) Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.” (HABERMAS, 1997: 325-326)

Definido um paradigma para a atuação da jurisdição constitucional, iniciemos, agora, as tentativas de erigir uma dogmática constitucional voltada à resolução de problemas envolvendo a modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade. A primeira pergunta que se impõe, nesse itinerário, é: a modulação de efeitos, prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99, mostra-se compatível com o postulado da supremacia da Constituição?

3.3. Supremacia constitucional e modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Conforme salientado no início do presente capítulo, severas críticas desferidas contra a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular temporalmente os efeitos das declarações de inconstitucionalidade relacionam-se com o fato de que tal técnica decisória violaria o postulado da supremacia da Constituição.

A nulidade da lei inconstitucional sempre foi considerada, no direito brasileiro, como um desdobramento necessário da idéia de supremacia constitucional. Segundo

esse entendimento, seria inviável juridicamente reconhecer a produção de qualquer efeito aos atos jurídicos normativos cujo contraste com o texto constitucional fosse judicialmente reconhecido. Daí a decisão de inconstitucionalidade haver sido sempre qualificada, no Brasil, como meramente declaratória de uma nulidade preexistente¹⁸¹, que macularia a lei desde o seu nascimento.

A aplicação da sanção de nulidade à lei inconstitucional, através de decisão unguida de efeitos *ex tunc*, portanto, pertence à tradição do nosso Direito Constitucional, sendo correto afirmar que se cuida de conseqüência normativa implicitamente prevista na própria sistemática da Constituição, como decorrência de sua supremacia jurídica¹⁸². Em outras palavras, a Constituição, através de regra derivada da inegável proeminência normativa que a caracteriza, estatui, implicitamente (na medida em que o texto não prevê disposição expressa nesse sentido), a sanção aplicável aos atos jurídico-normativos que a ela se contrapõem: a nulidade plena, dotada de eficácia retroativa.

O postulado da nulidade dos atos normativos inconstitucionais, portanto, consubstancia-se na conseqüência jurídica emergente do reconhecimento do contraste existente entre a Constituição e os atos que nela têm o seu fundamento de validade. Trata-se, assim, de norma constitucional implícita, provida de natureza material, e não processual, na medida em que não se assimila exatamente aos atos praticados, de maneira encadeada, no âmbito dos instrumentos processuais predispostos ao monitoramento da constitucionalidade das leis, emergindo, antes, como disciplina sancionadora dos atos jurídicos normativos ilícitos, editados em desconformidade com a Carta Magna¹⁸³. Ou seja, configura-se, em essência – analogamente ao que se passa em

¹⁸¹ Neste sentido, conforme noticia José Afonso da SILVA (1998: 54-55), são as lições Rui Barbosa e Alfredo Buzaid.

¹⁸² “Como consignado em tópicos anteriores, a questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano da validade dos atos jurídicos: lei inconstitucional é lei nula. Dessa premissa teórica resultam duas conseqüências práticas importantes. A primeira: a decisão que reconhece a inconstitucionalidade limita-se a constatar uma situação preexistente, estabelecendo acerca dela uma certeza jurídica. Sua natureza, portanto, é declaratória. A segunda: sendo o vício de inconstitucionalidade, como regra congênito à lei, os efeitos da decisão que o pronuncia retroagem ao momento de seu ingresso no mundo jurídico, isto é, são *ex tunc* (v. *supra*, ampla discussão sobre a matéria desse tópico).

Não prevaleceu no Brasil a doutrina que atribuía à lei inconstitucional a condição de norma anulável, dando à decisão na matéria um caráter constitutivo. Sem embargo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atenuou, em diversos precedentes, a posição radical da teoria da nulidade, admitindo hipóteses em que a decisão não deveria produzir efeitos retroativos.” (BARROSO, 2006: 185)

¹⁸³ “Inconstitucionalidade e ilegalidade são ambas violações de normas jurídicas por actos de poder. Verificam-se sempre que o poder infringe a Constituição, a lei ou qualquer outro preceito que ele próprio edite e a que necessariamente fica adstrito. Não divergem de natureza, divergem pela qualidade

outros ramos que integram o ordenamento jurídico – como a consequência jurídica material decorrente da prática de determinados atos em afronta ao seu fundamento de validade. Assim como, no Direito Civil, a teoria das nulidades dos atos jurídicos estatui sanções que não se confundem com as sentenças judiciais – disciplinadas pelo Direito Processual Civil – que as aplicam, no Direito Constitucional, as consequências decorrentes da edição de leis, ou outros atos normativos, em contrariedade com a Constituição, não se inserem no campo normativo específico que tem por objeto a disciplina do Processo Constitucional.

Tais observações, aparentemente desprovidas de sentido prático, contudo, são de fundamental importância para a investigação aqui desenvolvida, na medida em que somente se reconhece ao legislador ordinário, com esteio no art. 22, I, da CF, a competência para disciplinar o processo mediante o qual se desenvolve a ação direta de inconstitucionalidade, não se encontrando ao seu alcance, propriamente, a disciplina material da inconstitucionalidade (que é uma espécie de ilícito inconstitucional) em si – no que incluem os efeitos jurídicos que sobrevêm ao reconhecimento do judicial contraste entre a Constituição e o restante do ordenamento jurídico. Dessa forma, as sanções que incidem sobre os atos normativos considerados inconstitucionais têm sede própria – a Constituição –, não podendo ser cambiadas pela legislação ordinária, à qual cabe apenas forjar os atos processuais através dos quais as normas materiais previstas na Carta Magna se farão atuar. A decisão declaratória de inconstitucionalidade, assim, tem por finalidade impor normas sancionadoras constitucionalmente previstas de antemão, não podendo a legislação alterar a Constituição, sob o fundamento de cinzelar os processos de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade das leis.

As garantias da regularidade das normas subjacentes à Constituição não são uma criação legislativa. Muito mais que isso, trata-se de sanções e de ações que, assestadas à restauração da ordem constitucional eventualmente violada, encontram sua sede na própria Carta Magna. Os procedimentos que afiançam a supremacia constitucional, de fato, podem ser disciplinados pela legislação ordinária, na medida em que a própria Constituição, que não se arvoraria na disciplina de minúcias processuais, assim o quis (art. 22, I); as sanções derivadas da inconstitucionalidade – aqui entendida em acepção

dos preceitos ofendidos, ali formalmente constitucionais, aqui contidos em lei ordinária ou nesta fundados.” (MIRANDA, 2005: 481)

estrita, como o ilícito representado pela afronta de normas gerais, passíveis de serem objeto de ADI, à Constituição – contudo, por imperativo lógico, erigem-se em imposição constitucional direta. Caso contrário, a supremacia constitucional dependeria do legislador, a quem caberia a disciplina dos efeitos da inconstitucionalidade das leis e demais normas, o que é inadmissível no Estado de Direito¹⁸⁴. As conseqüências da contrariedade de quaisquer normas à Constituição, como normas sancionadoras contidas na própria Carta Magna, ainda que implicitamente, enfim, não se encontram ao dispor do legislador ordinário, nem tampouco do Poder Judiciário.

Vistas tais considerações, é praticamente intuitiva a conclusão segundo a qual qualquer cogitação acerca da mitigação do princípio geral da nulidade das normas inconstitucionais necessariamente deve se situar no plano constitucional¹⁸⁵. Afronta a Constituição, destarte, qualquer interpretação que confira ao art. 27 da Lei n. 9.868/99 extensão que ultrapasse a sua finalidade, que é a de apenas disciplinar o instrumental processual predisposto à efetivação das normas sancionadoras emergentes da inconstitucionalidade – que deverão ser imprescindivelmente extraídas do texto da Carta Magna, abordado em sua integralidade. O que é ‘a inconstitucionalidade’, passível de ser alvo de ação direta, bem como as conseqüências dessa espécie de irregularidade, é matéria constitucional típica, não se encontrando no feixe de competências do legislador.

O ponto central das críticas formuladas em face da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade deve, nesse contexto, ser deslocada. Se não se aceita a possibilidade de que a Constituição haja estatuído conseqüência normativa diversa da nulidade das leis que a ela venham se contrapor – com eficácia *ex tunc* – então, com efeito, não há como se aceitar a validade das disposições da Lei n. 9.868/99, que teriam, de fato, criado hipótese inédita de suspensão da vigência da Constituição¹⁸⁶. Todavia, se puder se cogitar de que a Constituição haja

¹⁸⁴ O Poder Legislativo, o maior interessado na manutenção de leis inválidas, poderia, em benefício próprio, disciplinar a matéria de forma a esvaziar a força da própria Constituição, enfraquecendo demasiadamente as sanções incidentes sobre os atos inconstitucionais.

¹⁸⁵ Nesse sentido se posiciona Gilmar Ferreira MENDES, quando assevera que, no direito brasileiro, “*assim como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não há que se basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.*” (2007: 1204)

¹⁸⁶ Nos autos das ADI’s n. 2.154 e n. 2.258 (pendentes de julgamento, diante do pedido de vista formulado pela Ministra Cármen Lúcia), movidas, dentre outros dispositivos, em face do art. 27 da Lei n.

previsto sanções alternativas para a inconstitucionalidade das leis, que não apenas a de nulidade, então a Lei n. 9.868/99 pode receber tratamento hermenêutico que vislumbre, no seu art. 27, a disciplina processual de normas materiais já anteriormente positivadas na Carta Magna, ainda que apenas implicitamente. A pergunta correta que deve servir de fio para o desenvolvimento dos debates, portanto, não é simplesmente se o art. 27 da Lei n. 9.868/99 seria válido ou inválido, mas sim a indagação que lhe antecede logicamente, qual seja, se a Constituição previu apenas a sanção de nulidade para os atos normativos que com ela contrastem. E a resposta a tal questão, diante do que se extrai do postulado da supremacia constitucional, não pode se situar em outro plano que não o da própria Constituição, de modo que, num primeiro momento, a análise das críticas aqui indicadas prescinde, até mesmo, da leitura da legislação, que deve ser analisada *a posteriori*, à luz das conclusões extraídas diretamente da Carta Magna.

Retomando a linha discursiva mais acima iniciada, é certo que a sanção de nulidade, aplicável às leis inconstitucionais, compõe o Direito Constitucional positivo brasileiro, apresentando-se como uma derivação direta da noção de supremacia constitucional – e, portanto, do próprio Estado de Direito. Trata-se, sem dúvida alguma, da regra geral sancionadora aplicável aos casos de inconstitucionalidade de normas, estatuinto que estas, ao haverem sido ilicitamente editadas, devem ser fulminadas desde o seu nascimento, como se jamais houvessem existido^{187 188}. Todavia, afigura-se

9.868/99, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, veio a se manifestar no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo, conforme noticiou o informativo de jurisprudência n. 476/STF:

“O Min. Sepúlveda Pertence, relator, julgou procedente o pedido relativamente ao art. 27 da Lei 9.868/99 (“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.”). Salientando que a nulidade da lei inconstitucional decorre, no sistema da Constituição, da adoção, paralela ao controle direto e abstrato, do controle difuso de inconstitucionalidade, entendeu que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por emenda constitucional. Ademais, considerou que, ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei. Após, pediu vista dos autos a Min. Cármen Lúcia.”

¹⁸⁷ Neste mesmo sentido, o Direito Constitucional alemão:

“Se o Tribunal Constitucional Federal, no procedimento de controle de normas abstrato e concreto, chega à convicção de que a norma examinada é incompatível com direito de hierarquia superior, então ele declara essa norma nula (§78, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). Essa decisão tem força de lei (§ 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). Ela atua fundamentalmente ex tunc e tem, por consequente, como consequência, que todas as sentenças judiciais, regulamentos jurídicos e atos administrativos que foram promulgados com base nas normas nulas, mas também eleições, que se realizaram segundo uma lei posteriormente declarada nula, carecem doravante de base jurídica.” (HESSE, 1998: 499-500)

absolutamente legítimo questionar, à vista do estágio de desenvolvimento atualmente atingido pela teoria constitucional, se seria esta, a partir do sistema de Direito Constitucional positivo brasileiro, a única sanção aplicável aos atos inconstitucionais, ou seja, se o próprio texto da Carta Magna não importaria, para certos casos, a adoção de soluções alternativas, sem que se abalasse, destarte, a supremacia da Constituição.

* * *

A Constituição não é uma codificação harmônica, formada por regras e princípios abstratamente compatíveis entre si¹⁸⁹.

Assim, em termos abstratos, os institutos, regras e princípios constitucionais não constituem uma codificação simétrica, congruente, erigida a partir de conceitos normativos que guardam perfeita sintonia uns com os outros. Muito longe disso, reflete o texto constitucional o amplo pluralismo que marca a sociedade brasileira. É natural, num tal contexto, que, diante de casos concretos, as normas constitucionais, com notável frequência, se vissem em contradição.

Só a atividade concretizadora, desenvolvida à luz do princípio da unidade da Constituição¹⁹⁰, tendo por base o texto constitucional e o caso concreto levado a juízo,

¹⁸⁸ A Constituição portuguesa também preceitua a nulidade das leis inconstitucionais, conforme expõe J. J. Gomes CANOTILHO:

“O efeito principal da declaração de inconstitucionalidade em fiscalização abstracta sucessiva é o efeito invalidatório, ou seja, a eliminação retroactiva da norma declarada inconstitucional.

(...)

A declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade de uma norma implica a nulidade ‘ipso jure’ da mesma norma, produzindo efeitos ex tunc, ou seja, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (cfr. art. 282º/1).” (2003: 1012-1013)

Jorge MIRANDA, igualmente, salienta que *“em nome da supremacia da Constituição como fundamento de validade dos actos surgidos na sua vigência, logicamente a decisão de inconstitucionalidade deveria adquirir eficácia retroactiva, ou ex tunc.”* (2005: 506)

¹⁸⁹ *“O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagonísticos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.”* (CANOTILHO, 2003: 1182)

¹⁹⁰ *“Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um*

mostra-se capaz de equacionar as contradições normativas abstratamente, em princípio, presentes na Constituição. Por exemplo, não há como se afirmar *a priori*, exaustivamente, em quais casos o direito à informação prevalecerá sobre o direito à intimidade, ou quando o princípio da proteção da confiança colocará à margem o princípio da legalidade dos atos administrativos. As possibilidades de construção de uma dogmática exaustiva envolvendo tais conflitos, portanto, são logicamente limitadas, cedendo espaço, *ipso facto*, às discussões metodológicas acerca de como devem ser as contradições porventura existente solvidas, à vista de situações concretas. Os próprios conflitos que potencialmente podem emergir não são, inclusive, inteiramente previsíveis; ao contrário, o suceder ininterrupto dos fatos, o dinamismo da vida social e o dissenso que estrutura a esfera pública resultarão, sempre, em novas contraposições entre as normas constitucionais, verificadas em contextos específicos.

O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma geral é um celeiro de potenciais conflitos entre normas constitucionais. Mesmo antes do advento da Lei n. 9.868/99, conforme noticia BARROSO (2006: 185), o Supremo Tribunal Federal já registrava casos de mitigação da sanção de nulidade das leis inconstitucionais em prol de normas outras, como, por exemplo, a que protege a boa-fé de servidores que receberam vencimentos com esteio em lei inválida (cf. RE 122.202, Rel. Ministro Francisco Rezek, DJU 08.04.1994). Não por outra razão, as Constituições da maioria dos países prevêem válvulas de escape que atenuam a fustigação *ex tunc* das normas inconstitucionais, conforme se viu na introdução deste trabalho, viabilizando, assim, a adequação das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das leis às peculiaridades das situações efetivamente arrostadas.

Deve se lembrar, ainda, que no Brasil não há previsão de qualquer prazo prescricional para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade¹⁹¹. Dessa forma, leis podem ter a sua validade atacada, ou simplesmente declarada (as ações diretas de inconstitucionalidade não por raras vezes demoram vários anos para serem decididas definitivamente), muito tempo após sua entrada em vigor. A sanção de nulidade, com eficácia *ex tunc*, demandaria, de toda sorte, em princípio, a

consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga 'o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador'." (BARROSO, 2008: 196)

¹⁹¹ Em sentido contrário, cf. BARROSO, 2006: 190.

desconstituição de todas as situações aperfeiçoadas sob o pálio das normas invalidadas. Num tal contexto, é claro que podem surgir conflitos na busca da reconstrução jurídica de um passado que, faticamente, já se consolidou, ainda que sob a regência de uma lei inconstitucional. O direito não é indiferente ao decurso do tempo. De plano, garantias como a da coisa julgada já se apresentam, potencialmente, como contrapostas aos efeitos plenos da inconstitucionalidade. No direito português, por exemplo, a ressalva acerca da intangibilidade do caso julgado pelas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional é expressa (art. 282º, ‘3’, da Constituição da República Portuguesa¹⁹²). No Brasil, igualmente, conflitos podem surgir, ainda que não tenham recebido qualquer solução explícita ao longo do texto constitucional. Assim como a Constituição não estatuiu às claras que a nulidade era a sanção genericamente aplicável aos atos normativos inconstitucionais – e esta é, de fato, a consequência extraível do sistema de direito constitucional positivo brasileiro –, também não indicou os possíveis conflitos, e soluções (como o fez o constituinte português com relação à coisa julgada, v.g.), que poderiam sobrevir da relação tensa entre os efeitos das declarações de inconstitucionalidade e os fatos que historicamente lhe antecederam.

O fluir da vida não se detém diante dos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis¹⁹³. A nulidade das leis que se vêm judicialmente declaradas inconstitucionais, ao seu turno, não significa, é evidente, um retorno físico ao passado. Cuida-se, na verdade, quando os atos normativos gerais são expurgados do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, de uma reconstrução jurídica de um passado que havia se formado, posto que ilegitimamente. Essa atividade voltada a reerguer juridicamente o que já se havia efetivado, do ponto de vista fático, só que desta feita em

¹⁹² “Artigo 282º - (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade).

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 reprimendação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

(...)

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 argüido.”

¹⁹³ Por isso, Misabel Abreu Machado DERZI, antes mesmo da edição da Lei n. 9.868/99, já asseverava:

“De fato, no Brasil, em que se dá apenas a alternativa excludente ou constitucionalidade ou inconstitucionalidade com declaração de nulidade necessária e efeitos *ex tunc*, a solução rigorosa atropela os variados casos da vida, de consequências diversificadas. Especialmente nas questões tributárias, previdenciárias ou administrativas, o Supremo Tribunal Federal esbarra em dilemas difíceis.” (in BALEEIRO, 2001: 37)

conformidade com a Constituição, pode, efetivamente, chocar-se com outras normas de conteúdo constitucional. O exemplo da coisa julgada bem ilustra isso.

Diversos outros princípios potencialmente se contrapõem à aplicação da sanção de nulidade *ex tunc* às normas inconstitucionais. Podem, por exemplo, ser indicados, sem qualquer pretensão exaustiva, a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé, enfim, toda uma gama de princípios e direitos fundamentais que, dotados de estatura constitucional, podem induzir à necessidade de mitigações à aplicação plena da sanção de nulidade.

Esses princípios e regras, potencialmente contrapostos aos efeitos plenos da inconstitucionalidade, não se situam, portanto, em plano diverso daquele no qual se aloca a norma constitucional que servira de parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de uma dada lei. Instaura-se, nesta perspectiva, um conflito entre normas de uma mesma hierarquia. De um lado, há a norma constitucional violada, que demanda que a lei que a ela se contrapõe seja fulminada da ordem jurídica com eficácia *ex tunc*; de outro, há princípios e regras, igualmente constitucionais, que demandam que, quanto menos, alguns dos efeitos produzidos pela lei inconstitucional sejam mantidos intactos. Nestes casos, a atenuação da regra geral que predica a nulidade das leis inconstitucionais, esmaecida em homenagem a disposições da própria Constituição, não envolverá qualquer violação ao postulado da supremacia constitucional¹⁹⁴.

A solução do impasse há que passar por um discurso de aplicação da Constituição, tal como o descrevemos no capítulo antecedente, erigido no âmbito da controvérsia examinada na ação direta de inconstitucionalidade. Somente no desenrolar da argumentação dirigida à questão constitucional controvertida poderá se verificar se, com efeito, trata-se de uma situação que requer a amenização da sanção de nulidade, a incidir sobre o diploma normativo contrastante com a Carta Magna. Note-se que, conforme já salientado, apesar de se cuidar aqui de processos abstratos de controle, isso não afasta a circunstância de que há um ‘caso’ submetido à análise judicial, ao qual as

¹⁹⁴ “Fácil perceber que a grande questão está em demonstrar em quais situações a preservação dos efeitos de norma inconstitucional é também o meio de preservação da supremacia da Constituição. Isso passa, evidentemente, pela ponderação entre as normas constitucionais que ensejam a declaração de inconstitucionalidade e as normas constitucionais que justificam a preservação dos efeitos do ato inconstitucional, situação em que o postulado da unidade da Constituição adquire a maior relevância.” (ÁVILA, 2009: 69)

atenções de partes definidas se voltam, consubstanciado na apontada contradição existente uma dada norma geral e o texto constitucional. Não há fatos precisos, uma causa de pedir no sentido tradicional do processo civil, é certo¹⁹⁵; todavia, há uma situação específica, fragmentária, delimitada, representada pelo cotejo entre duas normas de hierarquia diversa, que deve ser solvida a partir do exercício da função jurisdicional. A lógica da aplicação, dirigida pela metodologia concretizadora, prevalece, portanto, mesmo nos processos de controle concentrado de constitucionalidade¹⁹⁶.

Neste ponto, as premissas teóricas lançadas nos primeiros itens do presente capítulo são de grande valia. Relembremo-nas: a jurisdição constitucional deve ser exercida apenas a partir do código lícito/ilícito, ou seja, não deve envolver comunicações erigidas sobre de códigos sistêmicos estranhos, advindos da economia ou da política; nas ações diretas de inconstitucionalidade, não são cabíveis considerações acerca das conseqüências práticas da decisão a ser proferida, seja porque tal avaliação não há como ser feita, com a necessária exatidão, no âmbito de processos judiciais, seja porque tal postura deslocaria o Supremo Tribunal para a periferia do sistema jurídico, colocando-o em contato direto com o ambiente – externo ao direito – das pressões políticas e econômicas; o simples sopesamento de valores, contrapostos aos princípios ou direitos fundamentais previstos na Constituição, não é aceitável num Estado Democrático de Direito, porquanto desnatura a natureza deontológica das normas jurídicas; e, finalmente, o paradigma que deve atualmente servir de anteparo ao desempenho da altaneira tarefa confiada à jurisdição constitucional é, em síntese, o da proteção aos direitos fundamentais, cuja efetividade assoma como condição básica para o surgimento da vontade democrática, não devendo o Supremo Tribunal Federal, nessa

¹⁹⁵ Isso não significa, contudo, que as ADI's não envolvam, potencialmente, fatos ligados à aplicação da norma impugnada, como muito bem demonstrou Gilmar Ferreira MENDES (2004: 461-483), ao analisar o disposto no art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/99. Este dispositivo autoriza ao Ministro Relator de tais processos a condução de providências de instrução, destinadas a esclarecer os inúmeros fatos de difícil compreensão que podem estar subjacentes a uma dada lei, e que lhe condicionam a correta inteligência.

¹⁹⁶ Neste sentido, afirma Jorge MIRANDA que o Tribunal Constitucional, *“como qualquer tribunal, decide uma questão jurídica – a da constitucionalidade ou da legalidade de uma norma – à luz da norma aplicável – que é a norma constitucional ou legal. Sem embargos de repercussões ou conotações políticas, ele não define ou prossegue o interesse público (ou um interesse público primário) como os órgãos de função política, nem sequer faz interpretação autêntica da Constituição.*

Por isso, se escreve que a anulação de uma norma com fundamento da violação de outra é diferente da revogação: esta é um acto de decisão – opção desvinculada (é acto de oportunidade) e a anulação é, em princípio acto vinculado normativamente, é juízo normativo estrito. Ou que o acórdão com força obrigatória geral surge no exercício da jurisdição, entenda no seu sentido próprio e substancial. Ou que o Tribunal Constitucional é controlador de normas, não co-produtor de normas jurídicas.” (2005: 507)

linha, buscar assumir, sob qualquer aspecto, a posição de ‘tutor’ da cidadania, mas sim de garantidor das condições jurídico-constitucionais do seu exercício.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar ações diretas de inconstitucionalidade, poderá vislumbrar a existência de sérios inconvenientes na aplicação da sanção de nulidade, com efeitos *ex tunc*, a uma dada lei tida como inconstitucional.

Essas perturbações causadas pela retroatividade da decisão jurisdicional, contudo, somente poderão interferir, *prima facie*, nos efeitos da sanção de nulidade aplicável à lei inválida, se, e somente se, se consubstanciarem em obstáculos jurídicos – traduzidos, portanto, no código lícito/ilícito –, de estatura constitucional, que se oponham à plena retroatividade da declaração de inconstitucionalidade.

Além disso, os problemas puramente práticos, causados pela retroatividade da nulidade da lei inconstitucional, jamais poderão servir como fundamento para mitigação dos efeitos da sanção. Na verdade, tais conseqüências práticas deverão ser tratadas, com a necessária abertura e acuidade, no âmbito próprio, que é a periferia do sistema jurídico, na qual o Parlamento ostenta nítida posição de destaque. Tal raciocínio, é importante ressaltar, não abarca casos em que a execução da decisão declaratória de inconstitucionalidade atingirá o âmbito de proteção de um determinado princípio constitucional, ou de um direito fundamental. Nessa situação, a adequação da sanção de nulidade poderá se fazer, com efeito, absolutamente necessária. O que aqui se afirma é que o simples conseqüencialismo, através do qual o juiz constitucional avalia a conveniência simplesmente prática da retroação, ou não, de sua decisão, é incabível. Ao Poder Judiciário não é conferida a prerrogativa de negar direitos para evitar transtornos.

No âmbito do contencioso constitucional tributário, há um exemplo sobremaneira interessante, já tangenciado acima, consubstanciado no argumento, utilizado pelo Estado e pelos contribuintes, acerca dos inconvenientes econômicos da adoção de tal ou qual posição pelo Poder Judiciário. Ora, simples considerações acerca das conseqüências econômicas do julgado deverão ser rechaçadas de plano. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar as dificuldades financeiras que a declaração de inconstitucionalidade de uma dada lei acarretará à Fazenda Pública, ou às empresas.

Posição contrária deslocaria aquela Corte para o afazer legislativo, erigido a partir de discursos de justificação, posicionando a jurisdição constitucional em concorrência ilegítima com o Poder Legislativo.

Nesta hipótese, se o Estado, *verbi gratia*, vier a efetivamente sofrer dificuldades financeiras em razão da declaração da inconstitucionalidade de uma dada lei tributária, ocasionada pela necessidade de restituir aos contribuintes os tributos pagos indevidamente, poderá se utilizar de uma ampla gama de possibilidades para resolver o impasse. Por exemplo, poderia ser criado um novo tributo, ou incrementadas as alíquotas dos já existentes, no intuito de se aumentar a arrecadação; poderia, ainda, proceder-se a um ajuste nas contas públicas, visando ao equilíbrio da situação fiscal, em princípio abalado pela decisão proferida pela jurisdição constitucional; poderia o Estado, adicionalmente, criar fórmulas consensuais para a devolução dos valores pagos indevidamente¹⁹⁷; enfim, há infinitas soluções para o problema, passíveis de serem conduzidas no âmbito do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, ou de ambos a um só tempo, não havendo razão para que o Supremo Tribunal Federal, adiantando-se a todo esse debate, proceda à análise das conseqüências da sua decisão, levando-as em conta no momento da fixação da sanção a ser aplicada à lei inconstitucional.

Outro ponto a ser destacado é o de que simples valores não podem ser contrapostos à aplicação retroativa da sanção de nulidade. Conforme salientado acima, ponderações acerca da qualidade axiológica de um dado argumento não se confundem com as avaliações jurídicas que dele se façam. Assim, se a nulidade *ex tunc* atinge apenas valores, não há razão para mitigá-la, ainda que tal postura possa receber críticas acerca da sua ‘bondade’, ou seja, ser avaliada a partir de um discurso orientado axiologicamente. Tal contexto não se confunde, todavia, com aquele no qual a retroatividade da decisão declaratória de inconstitucionalidade venha a se chocar com direitos ou princípios constitucionais. Neste caso, o ônus argumentativo a cargo do juiz constitucional é diverso, porquanto jurídico, e se consubstancia na necessidade de se demonstrar, discursivamente, que a aplicação da sanção de nulidade a uma dada lei, sem

¹⁹⁷ Já houve situações em que esse expediente foi utilizado, como no caso da Lei Complementar n. 110/01, que estabeleceu fórmulas de acordos para a recomposição de contas do FGTS, vinculadas aos trabalhadores, sintonizando-se, assim, com decisões que haviam sido proferidas pelo STF contrariamente aos interesses da Fazenda Pública.

quaisquer ressalvas, de fato virá a ferir um direito ou uma norma constitucional, diversa daquela que fundamentou a própria decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Finalmente, a mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade jamais poderá se dar em detrimento de direitos fundamentais¹⁹⁸. Se a missão central da jurisdição constitucional é justamente a de garantir tais direitos, a modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade jamais poderá se dar no sentido de contrariá-los. Por exemplo, nos casos criminais, não seria cabível a manutenção de condenações, erigidas a partir de leis penais ou processuais penais tidas como contrárias à Constituição; a retroatividade plena da declaração de inconstitucionalidade, num contexto tal, se imporia como medida protetora dos direitos fundamentais, tornando viável a revisão das condenações passadas em julgado. A mitigação dos efeitos da nulidade, destarte, com base no art. 27 da Lei n. 9.868/99, na hipótese, seria inadmissível¹⁹⁹.

* * *

O primeiro desafio que remanesce, assim, ao Supremo Tribunal Federal, no que se refere à possível mitigação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, é o de identificar os possíveis princípios, regras ou direitos que, previstos na Constituição, possam, na situação julgada, ser atingidos pela aplicação, sem quaisquer ressalvas, da sanção de nulidade às normas consideradas inválidas.

Assim, se os efeitos da aplicação da norma, considerada inconstitucional à luz de um determinado princípio ou regra constitucional, durante certo intervalo de tempo, são tutelados por outros princípios ou regras constitucionais, então cabe ao órgão encarregado da jurisdição constitucional identificar quais seriam estes. Esse ônus argumentativo, inarredavelmente jurídico, a ser transposto à fundamentação das

¹⁹⁸ “De resto e de plano, ressaltou o Min. GILMAR MENDES, a teoria da nulidade mostra-se adequada, inadiável, se o processo envolve direitos fundamentais, protegidos por vedações e proibições de violação. Ou seja, se o propósito da própria decisão é garantir um direito fundamental (liberdade, direito de propriedade, dignidade da pessoa, etc.) a retroatividade deverá ser necessariamente adotada. Não se pode deixar de observar que, em se tratando de direitos fundamentais, surgem questões de fundo relativas ao Direito Tributário, pois a exigência inconstitucional de tributos tem relação direta com o direito de propriedade, a vedação do confisco, e a igualdade na livre concorrência.” (DERZI, 2009: 524)

¹⁹⁹ Conforme destacamos na introdução deste trabalho, a Suprema Corte americana, na década de sessenta, veio a aplicar a modulação de efeitos, curiosamente, justamente a um caso criminal.

decisões judiciais, conforme acima se demonstrou, é uma decorrência da noção de Estado Democrático de Direito, das derivações que esse postulado impinge ao afazer da jurisdição constitucional e ao seu posicionamento no quadro da divisão dos Poderes constitucionais. Considerações econômicas, políticas, axiológicas acerca das conseqüências práticas da decisão não são aqui admissíveis. Cabe ao legislador assimilá-las e, eventualmente, transmudá-las em direito, e não ao juiz.

A demonstração argumentativa de que há princípios, regras, ou até mesmo direitos fundamentais, previstos na Constituição, que se opõem diretamente à aplicação da sanção de nulidade às normas inconstitucionais, induz a uma importante conclusão dogmática.

As conseqüências jurídicas do ilícito constitucional aqui analisado, consubstanciado na contrariedade de um determinado diploma normativo ao texto da Carta Magna, tradicionalmente, no direito brasileiro, foram assimiladas e reduzidas à nulidade *ex tunc* do ato fustigado. Pode-se especular se tal visão unilateral, acerca da sanção aplicável aos casos de inconstitucionalidade, não se relaciona a uma visão específica da Constituição, eminentemente positivista, que nela enxergava um código harmônico de normas e princípios, completo e desprovido de lacunas, o que induziria, com efeito, naturalmente, a que se tivesse a nulidade como a única conseqüência possível do provimento das arguições de inconstitucionalidade. É possível, ainda, indagar-se se a adoção da nulidade como a única conseqüência possível emergente de tais situações não remonta à história do controle de constitucionalidade no Brasil, que nasceu, e durante muito tempo se manteve, apenas difuso, vinculado a casos concretos que demandavam intrinsecamente, o reconhecimento retroativo da invalidade da lei impugnada – de molde a se oferecer uma decisão útil para o conflito de interesses a ser solvido em juízo. Não cabe aqui aprofundar em tais questionamentos. O que, hoje, assoma incontroverso, tanto na teoria como na prática jurisprudencial, é que as normas constitucionais não por raras vezes, em situações de aplicação, se põem em conflitos que não prescindem de ser equacionados.

A conjugação da idéia da supremacia constitucional – da qual deriva, *prima facie*, a sanção de nulidade das leis inconstitucionais –, com a realidade inexorável de que a Constituição se revela através de um documento pejado de potenciais conflitos

normativos internos, invoca a necessidade de se estabelecer uma nova teorização acerca das sanções aplicáveis aos atos inconstitucionais.

A contrariedade de quaisquer normas à Constituição – qualificada como uma modalidade de ilícito – provoca o nascimento de uma consequência de antemão prevista no ordenamento jurídico-constitucional. Ou seja, ao ilícito constitucional em questão (inconstitucionalidade normativa), segue-se a aplicação de uma sanção, em regra de nulidade.

A aplicação da sanção às inconstitucionalidades, todavia, pode envolver um substrato normativo complexo, no qual determinada lei, ainda que inválida, possa ter os seus efeitos tutelados, em parte, com referência a certo intervalo temporal, pela própria Constituição. É a configuração da situação de inconstitucionalidade, portanto, que indica se a sanção que deverá incidir, no caso, será a de nulidade plena, ou a de nulidade mitigada, com efeitos, *v.g.*, apenas *ex nunc*. Se o ilícito constitucional declarado no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade envolver apenas a norma à qual o diploma impugnado afronta, a sanção aplicável ao caso será a de nulidade. Todavia, o ilícito apurado, a situação relacional de inconstitucionalidade existente, pode, em sua conformação, envolver normas constitucionais adicionais, além daquela que vergasta o ato normativo infraconstitucional impugnado, contexto que poderá invocar temperamentos à sanção de nulidade em princípio aplicável.

Tomemos o exemplo hipotético de uma lei que disciplinava os vencimentos ligados ao desempenho das funções albergadas por um determinado cargo público. Suponhamos que, após dez anos de vigência, o Supremo Tribunal Federal viesse a declarar a inconstitucionalidade daquela lei, tendo vista, por exemplo, que o processo legislativo que nela resultou iniciou-se a partir da proposta de um membro do Congresso Nacional, em violação ao disposto no art. 61, §1º, II, ‘a’, da Constituição²⁰⁰. Neste exemplo, à situação conflituosa se agregaria uma outra norma constitucional: a segurança jurídica, na sua vertente específica da proteção da confiança dos servidores

²⁰⁰ “Art. 61. *omissis*

§1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.;

que, por anos, receberam seus vencimentos com base numa lei afrontosa à norma constitucional que delimita a iniciativa legislativa privativa do Presidente da República. O ‘caso’ submetido à jurisdição constitucional, destarte, passa a envolver não mais apenas a lei impugnada e o art. 61, §1º, II, ‘a’, da CF, abarcando, adicionalmente, os seus arts. 1º e 5º, *caput*, dispositivos dos quais emerge o princípio constitucional da segurança jurídica e todos os seus desdobramentos. Em outras palavras, a situação de aplicação da Constituição torna-se complexa, e passa paradoxalmente a envolver, além de uma norma constitucional violada por uma lei, uma outra norma, igualmente constitucional, que, em tese, é capaz de resguardar os efeitos pretéritos daquela mesma lei. A sanção a ser aplicada, no exemplo, deve refletir o conflito detectado, abordado em todos os seus possíveis ângulos, no fio de um discurso de aplicação exaustivo, de molde a que a consequência jurídica que venha à tona se apresente congruente com a situação de aplicação linguisticamente construída. Dessa forma, a cada situação de inconstitucionalidade, individualizada através de um discurso de aplicação conduzido segundo a metodologia concretizadora (cf. capítulo 2, *supra*), sobrevirá uma sentença que reflita, através da sanção imposta, a aplicação das normas constitucionais envolvidas no conflito.

Portanto, a própria configuração do ilícito constitucional, reconhecido no âmbito da ADI, sofre a ablação emergente de normas também provenientes da Carta Magna, diversas daquelas objetivadas como paradigma para a declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de algo análogo, do ponto de vista lógico, às causas de exclusão da ilicitude, que vêm a afastar o caráter criminoso de determinada conduta típica. No caso da inconstitucionalidade, resta ela igualmente amputada, recortada em sua ilicitude, na medida em que os efeitos produzidos pela lei ilegitimamente editada, durante certo interregno, são tutelados por outra norma constitucional, que produz, destarte, uma eficácia, digamos, quanto a tal ponto restrito, ‘excludente da antijuridicidade’. A sanção a ser aplicada em juízo – nulidade plena, ou nulidade mitigada –, assentada constitucionalmente, assim, não mais deverá fazer do que refletir os exatos contornos da ilicitude detectada, linguisticamente construída no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade segundo os ditames emergentes do devido processo legal. Pode-se assimilar, pois, os casos em que a relação de desconformidade entre uma dada lei e a Constituição se revele em parte decotada, em sua ilicitude, por um dispositivo igualmente constitucional (que ressalve tão-somente a eficácia do ato

normativo inválido durante certo período), a uma espécie de inconstitucionalidade parcial, tal como a descreve Jorge MIRANDA:

“A inconstitucionalidade diz-se total, quando inquina todo um acto ou diploma e parcial, quando atinge apenas uma das suas partes ou uma ou algumas das suas normas.

(...)

A distinção pode também reportar-se ao tempo de aplicação da norma, sendo total então a inconstitucionalidade que a atinge em todo o tempo de vigência e parcial a que atinge apenas em determinado, limitado tempo.” (2005: 487)

Esboços gráficos, erigidos a partir de exemplo hipotéticos, facilitarão a compreensão do aqui se está a afirmar:

Hipótese normativa (situação de aplicação): Inconstitucionalidade total	Consequência normativa: sanção aplicável, extraída da Constituição
Uma lei que, em afronta ao disposto no art. 5º, I, da Constituição, estabelece que apenas cidadãos do sexo masculino possam vir a ocupar o cargo de auditor fiscal da Receita Federal do Brasil.	Nulidade plena, com efeitos <i>ex tunc</i> .

Hipótese normativa (situação de aplicação): Inconstitucionalidade parcial	Consequência normativa: sanção aplicável, extraída da Constituição
Violação da CF por uma lei que, viciada formalmente com relação à iniciativa do processo legislativo que nela resultou – instaurado em contrariedade à Constituição (art. 61, §1º, II, ‘a’) – fixava o vencimento de servidores públicos. Proteção, por outros dispositivos constitucionais (art. 1º e 5º, <i>caput</i>), dos efeitos que a lei acima referida, afrontosa das normas que regem o processo	Nulidade mitigada, com a exclusão da lei inválida do ordenamento jurídico, em razão da violação do disposto no art. 61, §1º, II, ‘a’, da Carta Magna, e o reconhecimento dos efeitos que aquela mesma lei produziu durante certo intervalo, tutelados pelos arts. 1º e 5º, <i>caput</i> , também da Constituição.

legislativo, produziu durante certo período.	
--	--

É a construção argumentativa da situação de aplicação, portanto, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, com o destaque de todos os princípios, regras e direitos constitucionais envolvidos no conflito, que revelará, a partir de um juízo congruente com a complexidade da relação de inconstitucionalidade detectada, a sanção a ser aplicada ao ilícito linguisticamente revelado.

Na construção da situação de aplicação, e da sanção dela derivada, revelar-se-á imprescindível o recurso a todas as afirmações lançadas no primeiro capítulo deste trabalho, daí emergindo, precisamente, o liame que torna íntima a relação entre a questão da interpretação jurídica e da modulação de efeitos nas ADI's. É através da concretização constitucional, no fio da qual medra o discurso de aplicação voltado à construção da situação de aplicação da Constituição, e à fixação da (s) norma (s) que a rege (m), que a imposição, ou não, da sanção de nulidade, em toda sua plenitude, a uma determinada norma geral tida como inconstitucional, se definirá.

Visto isso, soa inteiramente exata a lição de Ana Paula ÁVILA, segundo quem o *“processo de justificação da decisão de inconstitucionalidade com modulação de efeitos exige que sejam fixadas, de um lado, quais as normas constitucionais violadas pela lei declarada inconstitucional e, de outro lado, quais as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos por essa norma durante a sua vigência.”* (2009: 95) Luís Roberto BARROSO, nesse mesmo sentido, destaca que o *“que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional.”* (2006: 187)²⁰¹

²⁰¹ Incongruente com a Constituição, assim, o disposto na exposição de motivos da Lei n. 9.868/99, da qual consta que o art. 27 permitiria ao STF decidir sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, *“fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro.”* (in BARROSO, 2006: 186) O conflito a ser solvido não se refere ao princípio da nulidade das normas inconstitucionais, mas sim à relação que se estabelece entre o dispositivo constitucional que serviu de anteparo para a declaração de inconstitucionalidade, e eventuais outras regras ou princípios que tutelem certos efeitos da norma inválida.

A tarefa primordial, portanto, a ser desenvolvida pela jurisdição constitucional nos casos aqui tratados, é a de definir todas as normas constitucionais que, contrapostas, digladiam-se na regência de uma situação de inconstitucionalidade, projetando-se a complexidade da situação de aplicação, assim construída, no desenho da sanção a ser aplicada através da decisão judicial: nulidade plena, ou nulidade mitigada.

Nos casos envolvendo leis tributárias, há como se apontar os direitos, princípios e regras constitucionais que, em geral, poderão conduzir à modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade. Apesar de a descrição dos possíveis conflitos não poder ser, por razões lógicas – conforme acima ressaltado – exaustiva, é viável tecer uma tipologia de casos tributários em que as controvérsias emergirão, propondo-se as respectivas soluções e construindo-se, assim, parâmetros dogmáticos para o equacionamento dos demais embates que, por certo, surgirão no futuro. Este tema será o objeto de análise do próximo capítulo.

4 – FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PARA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

4.1 - Sistema constitucional tributário: panorama geral

A Constituição da República disciplina minuciosamente o poder de tributar, fixando, com peculiar riqueza de detalhes, os princípios e regras que estruturam a atividade impositiva do Estado²⁰².

O zelo do constituinte para com a segurança do cidadão-contribuinte, e a justiça do tratamento a lhe ser conferido, foi notável. Inúmeros princípios, formais e materiais, que delimitam os lindes da licitude e da legitimidade da atividade impositiva, foram explicitamente alocados no Título específico da Constituição que cuida da atividade financeira do Estado. Legalidade estrita (art. 150, I), irretroatividade (art. 150, III, ‘a’), anterioridade (art. 150, III, III, ‘b’ e ‘c’); igualdade (art. 150, II), capacidade contributiva (art. 145, §1º), não-confisco (art. 150, IV), livre trânsito de pessoas e bens (art. 150, V), isonomia federativa (art. 151, I, e 152); está tudo lá, expreso. Aos interessados cabe apenas abrir a Constituição e lê-la, sem o dispêndio de maior esforço hermenêutico.

A maioria dos princípios acima indicados representa a concretização e a rearticulação de outros princípios fundamentais²⁰³ previstos na Constituição, ostentando, em essência, a qualidade de simples releitura destes, especificamente sistematizada e assestada ao condicionamento jurídico da tributação^{204 205 206}.

²⁰² Conforme afirma Sacha Calmon Navarro COELHO, o Brasil “inundou a Constituição com princípios e regras tributários. Somos, indubitavelmente, o país cuja Constituição é a mais extensa e minuciosa em tema de tributação.” (2008: 47)

²⁰³ “A própria Constituição instituiu uma classificação dos princípios: princípios fundamentais (arts. 1º a 5º), princípios gerais da tributação (arts. 145 a 149) e princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 e ss.). Os direitos e garantias fundamentais também estabelecem finalidades estatais e têm uma dimensão principiológica (art.5º).” (ÁVILA, 2006: 274-275)

²⁰⁴ Conforme deixa assentado Misabel Abreu Machado DERZI, a “grande massa das imunidades e dos princípios consagrados na Constituição de 1988, dos quais decorrem limitações ao poder de tributar, são meras especializações ou explicações dos direitos e garantias individuais (legalidade, irretroatividade, igualdade, generalidade, capacidade econômica de contribuir etc.), ou de outros grandes princípios estruturais, como a forma federal de Estado (imunidade recíproca dos entes públicos estatais).” (in BALEEIRO, 2001: 14)

Pode-se afirmar que os princípios da irretroatividade e da anterioridade são desdobramentos do princípio da segurança jurídica^{207 208}, voltados a assegurar ao contribuinte a previsibilidade das conseqüências tributárias de suas ações. Com efeito, as normas que ordenam que o passado não possa ser revisto e tributado com base em leis que vieram posteriormente a integrar o ordenamento jurídico, bem como que afiançam aos indivíduos e empresas a inviabilidade de se verem surpreendidos, no curso do exercício financeiro, por tributos recém-instituídos, não mais fazem do que materializar o sentido emergente da noção de segurança, projetando-o sobre o âmbito das relações jurídico-tributárias.

A legalidade (formal e material), ao seu turno, além de representar a mais basilar garantia jurídico-tributária do direito à propriedade privada, também se vincula intimamente com o princípio da segurança jurídica. A imprescindibilidade de que a lei preveja, com o maior nível de detalhamento possível, todos os aspectos necessários para a (1) detecção dos fatos geradores ocorridos, a (2) apuração dos valores devidos e a (3) identificação dos sujeitos ativo e passivo, é uma garantia da cidadania, consubstanciada na circunstância de que só se tributará aquilo que o próprio povo, através dos seus representantes nos Parlamentos, autorizar. A decisão legislativa acerca da tributação, portanto, passa por todos os aspectos suficientes para o nascimento da obrigação tributária, não restando a sua conformação abstrata básica, *ipso facto*, inserida no poder regulamentar das autoridades administrativas, a quem cabe apenas a especificação dos elementos das normas-matrizes de tributação já claramente definidos, de antemão, nas leis. Com isso, e sob outra perspectiva, possibilita-se ao contribuinte o conhecimento

²⁰⁵ Werther Botelho SPAGNOL não discrepa desse entendimento, salientando ser “*imperioso notar, no caso dos princípios tributários, que estes frutificaram de experiência jurídica acumulada, e na realidade traduzem mera explicitação, em matéria tributária, de direitos e garantias que, com o passar dos tempos, vieram a ser considerados fundamentais.*” (2004: 97-98)

²⁰⁶ Ricardo Lobo TORRES, igualmente, afirma: “*A CF, nos arts. 150 a 152, cuida das limitações ao poder de tributar. São normas de caráter declaratório, que aparecem como contraponto fiscal da declaração de direitos do art. 5º.*” (2006: 64)

²⁰⁷ “*O valor segurança jurídica, dotado de expressiva força no modelo de Estado de Direito, traduz uma idéia básica de previsibilidade e estabilidade da atuação jurídica do Estado, que é implementada em uma organização social na qual os indivíduos têm a possibilidade objetiva de conhecimento dos direitos subjetivos que possuem e dos deveres jurídicos a que estão obrigados, se tutelando a confiança destes indivíduos na ação estatal, que não os surpreenderá com comandos jurídicos cujo conteúdo não é corretamente divulgado ou passível de apreensão por aqueles submetidos ao órgão de poder.*” (CAYMMI, 2007: 39)

²⁰⁸ Segundo Hector VILLEGAS, o “*contenido del principio de seguridad jurídica está dado por tres aspectos fundamentales, que son la confiabilidad, la certeza y la interdicción de la arbitrariedad.*” (1996: 10)

antecipado, a partir da leitura da lei – que deve ser redigida mediante a utilização de termos precisos²⁰⁹ – das conseqüências fiscais dos seus atos, ou seja, a ciência exata acerca dos contornos da imposição tributária que recairá sobre o seu patrimônio, a sua renda ou o seu consumo²¹⁰. Elimina-se integralmente, ademais, a discricionariedade administrativa na efetivação dos lançamentos, que se consubstanciam, conforme dicção expressa do Código Tributário Nacional (artigos 3º e 142, parágrafo único), em atos administrativos plenamente vinculados.

Diversos princípios materiais que condicionam a tributação, por sua vez, apresentam estreitas ligações com o princípio fundamental da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição.

Tanto a isonomia fiscal, como a capacidade contributiva e a igualdade dos entes federados, têm por escopo último forjar atividade tributária a partir da necessidade de se conferir tratamento impositivo isonômico àqueles que se mostrem iguais, bem como de diferenciar os contribuintes que ostentem qualidades distintas, na medida exata das suas desigualdades. Assim, por determinação constitucional, a fixação da carga fiscal deve se fundar na consideração equânime dos indivíduos, a partir de parâmetros inspirados na idéia de justiça distributiva e na idêntica dignidade ostentada pelos habitantes de todas as regiões do país. Privilégios injustificáveis são vedados, assim como mecanismos que conduzam, sem qualquer base constitucional²¹¹, ao tratamento excepcionalmente gravoso de indivíduos ou grupos; a cunhagem abstrata das hipóteses de incidência deve se dar mediante o recorte de fatos ou situações que denotem a capacidade econômica do cidadão (capacidade contributiva em sentido objetivo), a ser levada em conta, ainda, concretamente, no momento da liquidação do tributo (capacidade contributiva em

²⁰⁹ José Juan Ferreiro LAPATZA, tratando dos reflexos positivos produzidos na segurança jurídica por uma confecção esmerada e precisa do texto normativo, assevera que *“podremos, así, aproximarnos eficazmente a la idea de norma técnicamente correcta y realizar de este modo la tarea que, también, espera la sociedad del jurista creando un Derecho claro, sencillo y coherente fácilmente integible y localizable por el ciudadano al que va dirigido.”* (1995: 10)

²¹⁰ *“Quanto à segurança jurídica, sem dúvida o princípio que sustenta a tipicidade quando essa é analisada de forma didaticamente separada da legalidade, viu-se que sua significação prática é garantir que o contribuinte possa, à luz das disposições do próprio legislador, conhecer e medir os encargos tributários que pesam sobre suas atividades, com razoável grau de certeza jurídica. Proteger essa confiança dos contribuintes é a teleologia da tipicidade tributária.”* (GODOI, 2008: 89)

²¹¹ *“Em algumas situações, a própria Constituição já autoriza expressamente a justificação de tratamento diferenciados com base em princípios cuja realização depende da participação estatal.”* (ÁVILA, 2006: 275)

sentido subjetivo)²¹²; ainda tendo por anteparo o princípio da capacidade contributiva – e, portanto, a idéia de igualdade –, veda-se a tributação que dela desborde, transfigurando-se em confisco, bem como aquela que atinja as rendas mínimas necessárias à sobrevivência do indivíduo e de sua família²¹³; finalmente, o tratamento diferenciado tributário a ser atribuído a bens e serviços, em razão de seu destino ou procedência, em detrimento da população de determinados Estados ou Municípios, é defeso, sem prejuízo de ações voltadas à diminuição das desigualdades regionais existentes no país.

Há, ainda, princípios jurídico-tributários que podem ser considerados como derivados de outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade; por exemplo, o princípio que veda a limitação do tráfego de pessoas e bens mediante a imposição de tributos (art. 150, V, da CF), norma que impede, expressamente, que a livre circulação no território nacional, que é uno, se veja tolhida por barreiras fiscais. Além disso, a proteção ao mínimo existencial e o princípio do não-confisco, cujas ligações com os princípios da capacidade contributiva e da igualdade já foram apontadas, visam, também, a proteção, respectivamente, dos direitos fundamentais à vida e à propriedade privada. Com efeito, a própria sobrevivência minimamente digna do indivíduo e de seus dependentes poderia restar comprometida, caso se possibilitasse a tributação daquele que somente dispõe de renda suficiente para o consumo de bens e serviços básicos. O direito de propriedade, por sua vez, ver-se-ia arranhado caso o Estado avançasse além da tributação dos sinais de riqueza externados pelo contribuinte, e iniciasse a corrosão do seu patrimônio; em outros termos, o empobrecimento do indivíduo pela via da tributação exorbitante assimila-se ao confisco, sendo, por isso, vedado pela Constituição.

²¹² Conforme leciona Misabel DERZI: “*Emilio Giardina (...) explica que a capacidade objetiva absoluta obriga o legislador a tão-somente eleger como hipóteses de incidência de tributos aqueles fatos que, efetivamente, sejam indícios de capacidade econômica. Daí se inferir a aptidão abstrata e em tese para concorrer aos gastos públicos da pessoa que realiza tais fatos indicadores de riqueza.*”

(...)

Não obstante, a capacidade relativa ou subjetiva refere-se à concreta e real aptidão de determinada pessoa (considerados seus encargos obrigatórios e pessoais e inafastáveis) para o pagamento de certo imposto.” (in BALEEIRO, 2001: 690-691)

²¹³ “*Mas a capacidade contributiva, enquanto capacidade de contribuir com a comunidade mediante pagamento de tributo, inicia somente acima do limite das necessidades para manutenção da vida. Por isso, fala-se em zona de capacidade contributiva.*” (ÁVILA, 2006: 86)

A estrutura constitucional de delimitação das competências tributárias apresenta, igualmente, liames com os direitos fundamentais e princípios constitucionais gerais.

De fato, o delineamento constitucional das competências tributárias, por influência do princípio da segurança jurídica, e em homenagem aos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade²¹⁴, é rígido²¹⁵, não podendo sofrer expansões pela via legal ou interpretativa. O poder jurídico dos entes federados de instituir tributos, exaustivamente delineado pelo texto constitucional, destarte, somente pode ser alterado por emendas à Constituição, devendo-se guardar, mesmo assim, observância aos limites explícita e implicitamente dispostos no art. 60, §4º, da Carta Magna, máxime ao princípio federativo (que poderia ser ferido, por exemplo, por alterações constitucionais que centralizassem ainda mais as receitas nas mãos da União, inviabilizando, na prática, a subsistência da autonomia de Estados, Distrito Federal e Municípios).

As normas atributivas de competência tributária sofrem, ainda, reentrâncias derivadas de regras constitucionais específicas, denominadas, pelo próprio texto da Carta Magna, de imunidades. Afirmar que algum fato, situação ou sujeito são imunes ao pagamento de determinado tributo, na verdade, equivale a asseverar que inexistência de competência constitucional a ser exercida em casos tais. Ou seja, que não se conferiu aos entes federados, na hipótese, o poder jurídico de, mediante lei, instituir tributos e gravar os fatos e/ou pessoas explicitamente postos à margem da atividade impositiva do Estado²¹⁶. Neste sentido, Misabel Abreu Machado DERZI conceitua a imunidade como sendo a *“regra expressa da Constituição (ou implicitamente necessária), que estabelece a não-competência das pessoas políticas da Federação para tributarem certos fatos e*

²¹⁴ Ainda conforme destaca Humberto ÁVILA, *“em geral, pode-se afirmar que a liberdade e a propriedade são mais ou menos atingidos pela concretização da relação obrigacional tributária, pois cada tributo tem efeitos específicos.”* (2006: 86-87)

²¹⁵ *“Como já mencionado, o Sistema Tributário Nacional é um sistema rígido. Essas há muito conhecidas rigidez e exaustividade decorrem de dois fundamentos: de um lado, as regras de competência e a repartição das receitas são intensamente reguladas pela própria Constituição. (...) De outro, a instituição dessas regras de competência em nível constitucional conduz a uma rigidez modificativa do Sistema Tributário Nacional.”* (idem, 2006: 109-110)

²¹⁶ Paulo de Barros CARVALHO leciona: *“Recortamos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas suficientemente caracterizadas.”* (2007: 203)

situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário.” (in BALEEIRO, 2001: 16)

Através das regras que consagram imunidades se encontram tutelados, na maioria das vezes, direitos fundamentais e princípios institucionais centrais difundidos ao longo da Constituição. Assumem, assim, o papel de garantias constitucionais, na acepção ampla que lhes dá Paulo BONAVIDES²¹⁷, na medida em que servem instrumentalmente à proteção de outros direitos e normas constitucionais, que se vêem, destarte, resguardados, através da sua exclusão *a priori* do campo da tributação.

A imunidade recíproca assegura a higidez do equilíbrio federativo; a imunidade dos templos de qualquer culto vincula-se ao direito à liberdade de crença religiosa; a imunidade dos livros, jornais e periódicos recrudescer o fluxo de idéias e opiniões na sociedade, servindo, assim, ao direito fundamental à informação; a imunidade dos partidos políticos intenta resguardar a liberdade de atuação daqueles, e, portanto, o exercício desembaraçado dos direitos políticos; a imunidade das instituições educacionais e assistenciais tem por fito estimular a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição; a imunidade das entidades sindicais busca resguardar a plenitude do exercício do direito de associação dos trabalhadores. Enfim, sem pretensão de exaustividade, resta evidente, a partir dos exemplos acima, que diversas das imunidades se ligam umbilicalmente aos direitos fundamentais, e aos princípios constitucionais centrais, a eles servindo de garantia – de modo que as exonerações que ostentam tal qualificação são, inclusive, abrangidas pela cláusula de imutabilidade do art. 60, §4º, da Constituição²¹⁸.

²¹⁷ “Chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.” (BONAVIDES, 2004: 537)

²¹⁸ *A contrario sensu*, não vemos razão para considerarmos, em linha de princípio, que as imunidades que não se ligam instrumentalmente a quaisquer direitos fundamentais, ou à forma federativa de Estado, não possam ser suprimidas por emendas à Constituição. São poucas. Algumas ligadas, v.g., apenas ao estímulo às exportações, sem qualquer conexão com os temas indicados no art. 60, §4º, da Carta Magna. Nestes casos – raros –, a eliminação da imunidade teria por efeito apenas uma expansão da competência das pessoas políticas, pela revogação da norma que a delimitava negativamente; uma emenda constitucional, portanto, que assim dispusesse, não seria inconstitucional, à míngua do ferimento de qualquer cláusula pétrea. Em sentido oposto, todavia, asseverando que todas as imunidades representariam cláusulas pétreas, são os ensinamentos de Regina Helena COSTA (2006: 67).

A definição das imunidades (e, portanto, o desenho constitucional das competências impositivas), além disso, liga-se, adicionalmente, aos princípios especificamente aplicáveis no âmbito tributário. As pessoas políticas integrantes da federação, os sindicatos e as instituições educacionais e assistenciais sem fins lucrativos, por exemplo, se encarregam, em tese, do desempenho de atividades que não revelam qualquer capacidade contributiva.

Enfim, o Título VI da Constituição, dedicado ao condicionamento normativo da atividade financeira do Estado, estabelece uma rede de princípios e regras, destinados, harmonicamente, a assegurar, ao cidadão-contribuinte, o exercício justo e seguro do poder de tributar. Tais normas, conforme assinalado, guardam íntima relação com os princípios e direitos fundamentais externados em outros trechos do texto constitucional. Em alguns casos, os princípios tributários representam a simples releitura dos princípios fundamentais, adaptados e traduzidos para a regência específica das questões de índole impositiva; em outros, assomam como a rearticulação de diversos princípios (o não-confisco, *v.g.*, estabelece liames com a igualdade, a capacidade contributiva e a propriedade privada). Finalmente, há regras que servem instrumentalmente apenas para a elaboração de garantias constitucionais, vertidas na forma de imunidades, voltadas à tutela ou à concretização de direitos fundamentais e princípios constitucionais centrais, pulverizados ao longo do texto da Carta Magna e protegidos em face das potencialidades corrosivas que envolvem o exercício do poder de tributar.

* * *

Além das diretrizes acima referidas, cuidou a Constituição de ressaltar expressamente, no art. 150, *caput*, o caráter expansivo e aberto do sistema de princípios e garantias que resguarda o contribuinte²¹⁹. Tal constatação tem duas implicações

²¹⁹ “Apesar de esse ordenamento constitucional formulado especificamente para um âmbito material (...) ser qualificado pela extensão e intensidade com que trata a relação tributária, ele é caracterizado pela sua abertura. Aberto não apenas no sentido de um sistema capaz de desenvolvimento, como o são os sistemas vertidos em linguagem, mas no sentido de um sistema que expressamente reenvia a outras normas não expressamente previstas no Sistema Tributário Nacional, mas em outras partes da Constituição.

O artigo 150, que regula as limitações ao poder de tributar, prevê algumas limitações, ‘sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte.

(...)

A Constituição Brasileira está expressamente aberta para outras normas implícitas que são incluídas no Sistema Tributário, sem, porém, delimitar abstratamente seu conteúdo. Essa abertura significa que o

imediatas. A primeira delas refere-se ao fato de que outras normas que prevêm a tutela do cidadão que contribui, com parte das suas riquezas, para o custeio da máquina estatal, podem perfeitamente ser extraídas de outros dispositivos de nível constitucional, espalhados ao longo do texto da própria Carta Magna – ou, eventualmente, de tratados internacionais que o Brasil haja firmado e internalizado em sua ordem jurídica com a observância de formalidades atinentes à reforma da Constituição (art. 5º, §3º, da CF); a segunda, ao seu turno, assegura ao legislador e ao administrador a possibilidade de estatuir, através de normas infraconstitucionais, garantias adicionais ao contribuinte, além daquelas já positivadas no sistema constitucional.

Perspectivando as garantias constitucionais do contribuinte previstas fora do Título específico dedicado às finanças públicas, dois dispositivos, de plano (sem prejuízo de outros, evidentemente), assomam, projetando a sua força normativa sobre o sistema tributário nacional e vindo a harmonicamente integrá-lo. O primeiro deles é o art. 5º, que fixa, ao longo de setenta e oito incisos, o rol dos direitos e garantias assegurados a qualquer indivíduo; o segundo é o art. 170, que estabelece os princípios gerais da atividade econômica brasileira²²⁰.

O art. 5º, com efeito, oferece aos cidadãos um amplo feixe de princípios, direitos e garantias fundamentais que condicionam, inclusiva e abrangentemente, o exercício do poder de tributar. O devido processo legal, por exemplo, em suas vertentes material e formal, vincula toda a atuação da Administração Tributária, desde os mais simples atos de fiscalização até a possibilidade de revisão contraditória do lançamento. Outros princípios, como o da segurança jurídica e o da igualdade – que, conforme assinalado, possuem íntimas ligações com diversos dos princípios tributários específicos – oferecem, adicionalmente, soluções normativas que se acrescem àquelas explicitamente incidentes sobre as relações tributárias. O princípio da proteção da confiança, v.g., que

Sistema Tributário protege a esfera privada intensamente, seja porque prevê a dedução de direitos fundamentais e garantias indeterminadas (art. 150 e §2º do art. 5º), seja porque assegura aplicação imediata das normas decorrentes dos direitos e garantias fundamentais. (§1º do art. 5º).

(...)

Como será demonstrado, as denominadas pela Constituição como limitações ao poder de tributar decorrem de vários dispositivos constitucionais que se situam também fora do Sistema Tributário (externo).” (ÁVILA, 2006: 107-108)

²²⁰ *“Por seu turno, as chamadas liberdades econômicas de trabalho, profissão, de iniciativa econômica e de empresa e o direito de propriedade estão em especial contacto com os impostos porque, a mais de constituírem o próprio pressuposto ou outra face do Estado Fiscal, os impostos se concretizam em ablações ou amputações materiais do conteúdo normal ou típico desses direitos.” (NABAIS, 2006: 161)*

analisaremos com vagar adiante, representa um desdobramento do princípio da segurança jurídica, encontrando a sua sede textual imediata, portanto, no art. 5º, *caput*, da Constituição.

Não há como se formular um rol fixo dos direitos e garantias individuais que podem interferir e limitar o uso do poder estatal de tributar. Na verdade, quaisquer daqueles direitos servem potencialmente de limite ao uso abusivo do poder, sob todos os ângulos. Assim, se imposição fiscal vier a, porventura, arranhar algum dos direitos e garantias constantes do art. 5º da Constituição, o cidadão poderá deles se valer, em juízo, para se opor à tributação ilegítima. Por exemplo, taxas exorbitantes cobradas pelos Tribunais a título de custas processuais podem inviabilizar o direito ao acesso à Justiça; eventual taxação, outrossim, do exercício do direito de petição, contrariaria a dicção expressa do art. 5º, XXXIV; o direito de herança não pode se tornar letra morta em razão da tributação que incidir sobre o patrimônio legado pelo *de cuius*; enfim, a tributação deve guardar estrita observância à totalidade dos direitos fundamentais, sendo impossível definir antecipadamente quais deles poderão servir de parâmetro para a solução de conflitos entre a Fazenda Pública e o indivíduo. Melhor deixar assentado simplesmente, como premissa geral, que os direitos fundamentais vinculam a dinâmica da imposição fiscal – sendo aqueles dispostos no art. 5º unidos de singular relevância, pelo fato de a tributação, em si, representar uma restrição da liberdade e da propriedade pelo uso do poder, em prol de toda a coletividade – figurando, assim, em sentido lato, como limitações constitucionais ao poder de tributar.

A Constituição Econômica²²¹, ao seu turno, ao estabelecer as bases jurídicas acerca da economia brasileira, definindo com clareza o papel que nela ao Estado cabe, igualmente influencia o sistema tributário nacional, que deve, assim, ser cinzelado de forma a prestigiar os princípios estatuídos no art. 170 da Carta Magna. Dessa forma, o Estado, ao exercer o seu poder tributário, deve fazê-lo de forma sintonizada com a necessária promoção do desenvolvimento nacional, a busca do pleno emprego das

²²¹ “A presença de temas econômicos, quer esparsos em artigos isolados por todo o texto das Constituições, quer localizados em um de seus ‘títulos’ ou ‘capítulos’, vem sendo denominada ‘Constituição Econômica’.

Significa, portanto, que o assunto econômico assume sentido jurídico, ou se juridiciza’, em grau constitucional.

Decorre desse fato a sua institucionalização pela integração na ‘Ordem Jurídica’, configurando a ‘Ordem Jurídico-Econômica’.” (SOUZA, 2003: 207)

forças produtivas, a liberdade de iniciativa e de concorrência, o respeito à propriedade privada, a função social da propriedade (que, destarte, não deve se manter injustificadamente ociosa), a redução das desigualdades regionais e sociais, a defesa do consumidor e do meio-ambiente e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte²²². Assim, o sistema tributário deve se harmonizar com a ordem jurídico-econômica, em sua dimensão constitucional, de molde a não se contrapor aos seus princípios basilares, favorecendo, assim, a justiça e a segurança na produção e na distribuição das riquezas nacionais. Nesses termos, regimes tributários sancionatórios, por exemplo, que inviabilizam o desenvolvimento de atividades empresariais, buscando coagir o contribuinte ao pagamento de impostos em atraso, em via paralela àquela que emana do devido processo legal, vêm sendo rechaçados pela jurisprudência, há décadas, à luz do princípio da livre iniciativa²²³. As preocupações com as relações entre o sistema tributário e a livre concorrência, por sua vez, se incrementaram recentemente, o que levou o constituinte derivado, inclusive, a, no bojo da Emenda Constitucional n. 42, positivar o art. 146-A da CF, segundo o qual a *“Lei Complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”*

Na verdade, é possível afirmar que a própria noção de Estado Fiscal – que, na sintética afirmação de Ricardo Lobo TORRES (2005: 70), entende-se como sendo *“aquele que vive precipuamente da renda derivada da economia dos cidadãos”* – se apresenta, em parte, como a projeção dos princípios constitucionais de Direito Econômico sobre o delineamento jurídico-constitucional das finanças públicas.

²²² *“A tributação moderna não está mais adstrita ao orçamento fiscal – ou seja, não é simplesmente um meio de obter recursos para o Estado – e sim constitui, hoje, um dos principais instrumentos de repartição de riqueza e desenvolvimento econômico, tal como alertava Klaus Tipke ao comentar o sistema tributário alemão:*

‘O moderno direito tributário está concebido com uma dupla finalidade, já que não se destina, exclusivamente, à obtenção de recursos. Ao mesmo tempo, procura dirigir a economia e a redistribuição de renda.’

Dessa forma, não se pode conceber o Estado Democrático de Direito dissociado de uma tributação com finalidades amplas, que não se resumam na mera fiscalidade.” (SPAGNOL, 2002: 18)

²²³ Confira-se, por exemplo, os seguintes enunciados da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Súmula 70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.”

“súmula 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

“súmula 547 - Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

A Ordem Jurídico-Econômica prevista na Constituição, de fato, prestigia a propriedade privada dos meios de produção e a livre iniciativa, reservando ao Estado, *prima facie*, apenas as funções de regulação, fiscalização, planejamento e incentivo. Nesse contexto, a atuação estatal na atividade econômica, em sentido estrito, é supletiva²²⁴, e somente se legitima em homenagem à segurança nacional, ou ao prestígio de interesses coletivos relevantes. A conjugação dessas assertivas com os princípios inscritos no art. 170 da Constituição se integra à realidade inexorável, delineada normativamente, de que o Estado não subsiste, nem desempenha a quase-totalidade das suas atividades, mediante a exploração do próprio patrimônio público, mas sim a partir da tributação dos indivíduos e empresas. Estes, ao seu turno, são, em princípio, livres para desenvolver as suas atividades econômicas e dispor de seus bens, produzindo as riquezas que serão, em seguida, gravadas, em parte, pelo poder tributário do Estado – razão pela qual José Casalta NABAIS ressalta que “(...) *o Estado Fiscal, visto a partir dos indivíduos que o suportam, concretiza-se no princípio da livre disponibilidade econômica dos indivíduos e suas organizações empresariais.*” (2006: 130)

Não há, assim, Estado Fiscal sem liberdade de iniciativa e sem que se resguarde a propriedade privada. Ricardo Lobo TORRES, nesse sentido, considera o Estado Fiscal como “*coextensivo ao próprio Estado de Direito*” (2005: 70). Casalta NABAIS (2006), ao seu turno, deriva da noção de Estado Fiscal os seguintes supostos:

- A ação econômica do Estado deve se exercer apenas subsidiariamente;
- O Estado, assim, não ancora a sua sobrevivência financeira na exploração do próprio patrimônio, nem na assunção direta de atividades econômicas; tampouco, à vista da natureza geral da maioria das suas atividades públicas, bem como dos objetivos sociais que as regem, tem em tributos exigidos como

²²⁴ Para uma caracterização dogmática precisa – e sobremaneira útil no exame da ‘Constituição Econômica’ brasileira – das diferenças entre a atividade econômica em sentido estrito, protagonizada por agentes privados, e os serviços público, cuja titularidade atribuiu-se ao Poder Público, confira-se a já clássica obra de Eros Roberto GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002), mais especificamente as lições inseridas entre as páginas 129-181. É interessante observar que certos autores, como João Bosco Leopoldino da FONSECA, interpretando a coloração do caráter subsidiário conferido à atuação do Estado no domínio econômico, chegam a afirmar, com evidente exagero, que “*todas as participações acionárias do Estado se tornaram inconstitucionais, a exigir uma pronta tomada de posição legislativa e administrativa no sentido de (...) que, de pronto, sejam transferidas para a iniciativa privada todas as participações do Estado na atividade econômica.*” (2004: 139)

contraprestação a sua base principal de arrecadação – taxas sobre os serviços de saúde e educação, v.g. (no caso do Brasil, a fiscalidade é fundada, como se sabe, primordialmente, nos impostos e nas contribuições sociais indicadas no art. 195, da Constituição);

- Os direitos e garantias individuais, do ponto de vista, digamos, lógico-estrutural²²⁵, antecedem a definição normativa do sistema tributário, de modo que a instrumentalidade das normas fiscais à realização da justiça social é filtrada pelo respeito à dignidade humana, traduzida, entre nós, em matéria fiscal, primordialmente, nos artigos 5º, 145-156 e 170 da Constituição da República.

O sistema constitucional tributário, portanto, não se restringe ao Título da Constituição expressamente reservado à disciplina da atividade financeira do Estado, estendendo-se, ao contrário, por toda a Carta Magna, e demonstrando uma ligação especialmente íntima com os direitos fundamentais e com os princípios gerais da atividade econômica. A leitura dos artigos 145 e seguintes da Constituição deve ser coadjuvada, destarte, com o exame do restante do texto constitucional. Dessa análise sistemática, global, emerge uma ampla rede normativa que protege o indivíduo contra o arbítrio e a violência fiscais, e delimita o veio no qual o poder tributário deve se dinamizar, de forma a ser exercido de maneira válida e legítima²²⁶.

* * *

Busca-se, por vezes, a relativização de tais garantias, incorporadas paulatinamente em nossa tradição jurídica ao longo da história, através da via interpretativa, no intuito de se promover mais ativamente a justiça fiscal, debate este evidenciado nas tentativas recorrentes de se mitigar o princípio da tipicidade (legalidade material), através da edição de leis tributárias redigidas mediante a utilização de

²²⁵ Usamos esse termo para afastar a impressão de que se trata de uma antecipação cronológica ou transcendente, como se de um Direito Natural se cuidasse.

²²⁶ “Por fim, é preciso registrar também que os princípios gerais incluídos no Sistema Tributário Brasileiro revelam uma índole claramente garantista, como é o princípio da segurança jurídica, construído indutivamente por meio das regras da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Todas essas considerações revelam uma tendência conceitualizante, que afasta pura e simplesmente a argumentação casuista de instituir tributos porque o Estado necessita do produto da sua arrecadação.” (ÁVILA, 2006: 204)

conceitos jurídicos indeterminados²²⁷. A Constituição, segundo os defensores de tal tese, teria oposto os princípios da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da eticidade, da função social da propriedade²²⁸, dentre outros, às clássicas limitações constitucionais ao poder de tributar, relação de tensão esta que necessitaria ser composta à luz de situações concretas²²⁹.

Não vislumbramos, todavia, qualquer contradição, interna à Constituição, entre a profusão de garantias individuais asseguradas ao cidadão-contribuinte e os princípios que sustentam a idéia de justiça fiscal.

Há que se retornar, neste ponto, ao que já expusemos no primeiro capítulo acerca da relação circular existente entre soberania e direitos fundamentais. Só há tributação democrática – e, portanto, uma atividade impositiva que se possa considerar como fruto da vontade de um povo formado por sujeitos livres e iguais – se os direitos e garantias individuais forem respeitados. Estes, por sua vez, somente serão garantidos numa sociedade que ambiciona a democracia, e que a partir dela edita o seu ordenamento jurídico-positivo. A autonomia pública em matéria tributária, sintetizada na busca da justiça fiscal, somente se realiza legitimamente num ambiente em que autonomia privada do indivíduo, representada na preservação da sua liberdade e da sua propriedade frente ao poder impositivo, é resguardada²³⁰. É a interpenetração entre as garantias do cidadão-contribuinte e os princípios da tributação justa que permite a ligação democrática entre as necessidades do indivíduo e a vontade democrática do grupo. A

²²⁷ Noticiamos esta discussão no capítulo anterior, quando abordamos criticamente as concepções que assimilam a Constituição a uma ordem concreta de valores.

²²⁸ “Hoje em dia, com a maior efetividade dos valores sociais e princípios constitucionais, já é possível sustentar a desnecessidade de uma ‘tipicidade fechada’ pela legalidade estrita, como único meio de garantir alguma segurança nas relações jurídicas, mormente nas de natureza fiscal. Isto se dá pois se aplicarmos princípios materiais como as da igualdade, da capacidade contributiva e da legalidade como os da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, da eticidade e da moralidade, todos amparados por princípios de legitimação, como as da ponderação e da razoabilidade jurídica, permitir-se-á afastar os excessos, irregularidades ou arbítrios, com a realização de um efetivo controle da adequação do emprego da norma aos fatos concretos, em harmonia com a finalidade a que ela foi instituída e de acordo com os valores imanentes da sociedade.” (ABRAHAM, 2008: 117)

²²⁹ Esse contexto levou Misabel DERZI a formular a seguinte assertiva, já clássica em nossa literatura jurídico-tributária:

“Instalam-se, ao lado do pluralismo e da complexidade, a ausência de regras, a permissividade, a descrença generalizada, a incerteza e a indecisão, de tal modo que princípios jurídicos até então sólidos e bem fundamentados como segurança jurídica, capacidade contributiva, progressividade do imposto, igualdade e até mesmo legalidade são postos em dúvida.” (2004: 68)

²³⁰ “As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente.” (HABERMAS, 2002: 290)

tipicidade, a anterioridade, a irretroatividade, dentre outros diversos princípios, não se erguem como barreiras à justiça fiscal, mas sim como o caminho, constitucionalmente traçado, através do qual deverá ser buscada a distribuição equânime da carga tributária²³¹ ²³². Nesse contexto, a relativização das garantias individuais do contribuinte, açodadamente entrevista como uma barreira à justiça, num segundo instante desnaturaria a própria vontade coletiva formada – incrustada na atuação estatal – externada não na perspectiva de todos os integrantes da sociedade²³³, mas apenas na da maioria política. Não há democracia tributária, nem justiça fiscal, fora dos parâmetros constitucionais que afiançam a integridade individual²³⁴. Refuta-se qualquer solução simplista. Inexistem atalhos. A autonomia individual supõe a autonomia pública, e vice-versa, uma permeando a outra, e lhe servindo de suporte; situação esta que, como não poderia deixar de ser, reflete-se no campo tributário, onde a justiça fiscal se realiza, diuturnamente, na sua implicação recíproca com as garantias do cidadão-contribuinte.

Com isso não se assume, aqui, qualquer posição política específica – e, destarte, externa ao direito – acerca, por exemplo, dos níveis que a carga tributária deverá alcançar. Obviamente, quem defende uma atuação mais efetiva do Estado, há que conviver com um nível de tributação mais elevado; quem, ao contrário, sustenta uma Administração Pública mais enxuta, evidentemente deseja pagar menos tributos. Não importa. Alcance a carga tributária 20% do produto interno bruto brasileiro, ou atinja o patamar de 40%, o importante é que a tributação se dê com a estrita observância dos parâmetros constitucionais, ou seja, mediante a edição de leis que espelhem,

²³¹ “(...) a idéia dos direitos humanos, que se enuncia no direito em relação a liberdades de ação subjetivas e iguais, não pode nem simplesmente impingir-se ao legislador soberano como uma barreira externa, nem se deixar instrumentalizar como requisito funcional para os fins desse mesmo legislador.” (HABERMAS, 2002: 191)

²³² “Sempre me filiei à corrente daqueles que aliam a moral, a ética jurídica, especificamente tributária, à justiça. A segurança jurídica, para mim, é valor fundamental, mas não está em questão ou conflito, por ser prévio ou pressuposto evidente sem o qual não se pode alcançar a justiça.” (DERZI, 2009: 608)

²³³ “(...) regulamentações que podem requerer legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de todos os envolvidos enquanto participantes de discurso racionais.” (HABERMAS, 2002: 292)

²³⁴ “Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um medium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.” (idem, 2002: 293)

simultaneamente, o respeito às garantias do contribuinte e a observância democrática aos princípios que ordenam a distribuição equânime dos ônus fiscais.

* * *

Analisados, em linhas gerais, os princípios e regras que condicionam juridicamente a atuação do poder impositivo estatal, cumpre-nos, a partir de agora – e voltando ao objeto específico de nossa investigação – apontar quais são aqueles que se encontram potencialmente envolvidos, de forma complexa, nas declarações de inconstitucionalidade de leis tributárias.

A construção da tipologia das situações conflituosas enfrentadas quando do acolhimento de arguições de inconstitucionalidade de diplomas legais tributários se dará sob duas perspectivas.

A primeira refere-se aos casos em que normas que beneficiam os contribuintes venham a ser consideradas inválidas. Diplomas legais, ou convênios firmados entre os Estados federados (no caso do ICMS), que veiculam, contrariamente à Constituição, isenções, ou que confirmam tratamento favorecido ao aproveitamento de créditos, servirão de anteparo para se erigir uma dogmática da modulação de efeitos a favor do cidadão-contribuinte – que, em linha de princípio, ver-se-ia adstrito à quitação retroativa de todos os tributos que deixaram de ser pagos por força da incidência de normas inválidas (que conduziram, outrora, ao pagamento a menor dos valores que seriam efetivamente devidos), caso a Carta Magna não houvesse sofrido qualquer violação.

O segundo contexto típico, ao seu turno, remete às situações em que são providas ações diretas de inconstitucionalidade de leis destinadas a instituir ou aumentar tributos. Neste caso, o interessado na modulação de efeitos da declaração seria o Estado, que pretenderia conferir, ao menos, efeitos *ex nunc* à sanção aplicada à invalidez detectada – o que, na prática, o dispensaria de restituir aos indivíduos e empresas os tributos pagos com esteio na lei julgada ilícita –, porquanto editada em desconformidade com a Constituição, providência esta que se faria inexorável em caso de aplicação sem ressalvas da sanção de nulidade.

Visto isso, avancemos.

4.2 - Os princípios tributários potencialmente relacionados com a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de ação direta.

4.2.1. Considerações iniciais

O art. 27 da Lei n. 9.868/99 indica, como causas suficientes para se proceder à modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, supostas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Conforme assinalamos anteriormente, não devem ser levados em conta, na aplicação do direito, aspectos puramente axiológicos, econômicos, políticos ou ligados às conseqüências práticas da decisão judicial. A mitigação da sanção de nulidade, ademais, somente pode ser cogitada a partir da detecção de que, *prima facie*, há princípios ou regras constitucionais que tutelam os efeitos produzidos pelo diploma normativo invalidamente editado.

Assim, a leitura do dispositivo legal acima referido, para poder ser tida como compatível com a Carta Magna, deverá remeter a regras ou princípios constitucionais que traduzam, juridicamente, razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Nesse contexto, de plano, por evidentes razões semânticas, emerge o princípio da segurança jurídica, em todas as suas vertentes e desdobramentos, como uma das normas aptas, em tese, a suportar a mitigação da sanção de nulidade aplicável às leis inconstitucionais. Já o que se possa reconduzir a um “*excepcional interesse social*”, em termos estritamente normativos, é tarefa de certa sorte incerta, que requer equacionamento sistemático, na medida em que não há qualquer princípio ou regra constitucional que, do ponto de vista do seu significado, se aproxime minimamente da expressão legal.

No capítulo precedente, assentou-se não incumbir à lei disciplinar os contornos das sanções que devam ser aplicadas aos atos normativos inconstitucionais, o que induz, necessariamente, à conseqüência de que o art. 27 da Lei n. 9.868/99 é, no particular, simplesmente declaratório de uma disciplina dotada de estatura constitucional que lhe

precede. Ou seja, “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” é expressão que deve receber interpretação conforme a Constituição, de modo a ser compreendida como uma forma de reenvio às normas constantes da própria Carta Magna, capazes de ceifar, parcialmente, os efeitos temporais plenos da sanção de nulidade. Estar-se-ia, caso contrário, a conferir ao legislador a disciplina das conseqüências materiais das inconstitucionalidades, sujeitando-se a própria supremacia da Carta Magna à avaliação discricionária de um Poder constituído.

Propomos, nesse contexto, interpretação à expressão “excepcional interesse social” (paralelamente àquela que reconduz as “razões de segurança jurídica” ao próprio princípio da segurança jurídica) que a assimile a qualquer outro dispositivo constitucional – a obediência às normas constitucionais é, afinal, sempre uma questão de singular relevo para toda a coletividade – que, numa dada situação litigiosa, se contradiga à aplicação plena da sanção de nulidade, a título de proteger um ou vários dos efeitos produzidos pela lei inválida. Em outras palavras, o “*excepcional interesse social*” deve ser compreendido como uma cláusula geral, residual relativamente ao princípio da segurança jurídica, capaz de deixar aberta a possibilidade de que haja princípios ou regras constitucionais impassíveis de serem capituladas de antemão, mas que venham a agasalhar a eficácia que um diploma inconstitucional emanou durante certo interregno²³⁵. Na prática, é como se afirmássemos que a aplicação da sanção de nulidade, em toda a sua abrangência, poderia sofrer temperamentos advindos do princípio da segurança jurídica, ou de algum outro princípio ou regra constitucional que num primeiro momento se apresentasse como candidato a suportar a proteção normativa de parte dos efeitos concretos produzidos pela lei fustigada.

À luz de tais considerações passemos ao exame das duas situações típicas acima delineadas. A primeira delas liga-se à possibilidade da aplicação da modulação de efeitos em prol do contribuinte, tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos criadores de benefícios fiscais. A segunda refere-se à possibilidade constitucional de se mitigar os efeitos temporais da sanção de nulidade em favor do

²³⁵ O Ministro Gilmar Mendes, nos autos do Recurso Extraordinário n. 197.917, assim veio a se pronunciar:

“No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais.” (STF, Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 197.917. Rel. Ministro Maurício Corrêa. DJ 07.05.2004)

Estado, remontando às situações em que se acolhem arguições de inconstitucionalidade que tenham por objeto normas que instituem ou majoram tributos.

4.2.2. A proteção da confiança como princípio que embasa a modulação a favor dos contribuintes.

No âmbito do Direito Tributário, o princípio da segurança jurídica assume excepcional relevo – como se pôde verificar acima –, dele derivando uma série de outros princípios e regras especificamente estruturantes da atividade financeira do Estado.

A garantia da segurança jurídica, todavia, não se esgota nos princípios expressamente consignados nos artigos 145 a 156 da Constituição – legalidade, tipicidade, anterioridade e irretroatividade²³⁶. O sistema constitucional tributário é, conforme assinalado, expansivo no que tange às garantias asseguradas ao cidadão-contribuinte, não se restringindo àquelas expressamente consignadas no Título VI da Carta Magna, especificamente voltado à disciplina normativa da tributação.

No caso das declarações de inconstitucionalidade de normas tributárias que beneficiavam os contribuintes, não há que se falar na aplicação dos princípios da irretroatividade ou da anterioridade. Primeiro, porque não se trata de instituição ou majoração de tributo novo; segundo, porque o efeito normal que emerge do acolhimento do pedido deduzido numa ADI, em homenagem à supremacia da Constituição, é justamente a exclusão do diploma impugnado do ordenamento jurídico, com efeitos *ex tunc*, o que afasta a aplicação, à hipótese, de garantias que resultariam na inviabilidade de a jurisdição constitucional, em regra, alcançar o passado em seus pronunciamentos.

²³⁶ “Assim, a proibição de normas fiscais retroactivas de incidência oneradoras ou agravadoras da situação jurídica dos contribuintes, dispõe agora (diferentemente do que acontece na maioria dos países que nos são próximos) de uma consagração constitucional expressa.

O princípio da segurança jurídica, ínsito na idéia do Estado de direito democrático, este longe, porém, de ter sido totalmente absorvido pelo novo preceito constitucional. É certo que ele deixou de servir de balança na ponderação dos bens jurídicos em presença quando estamos perante um imposto afectado de retroactividade verdadeira ou própria. Quando tal acontecer, a solução está agora ditada, *urbi et orbi*, na Constituição, não podendo os órgãos seus aplicadores, sem violação dela, proceder a uma ponderação casuística.

Mas o princípio em causa tem inequivocamente um lastro bem maior. É que ele também serve de critério de ponderação em situações de retroactividade imprópria, inautêntica ou falsa, bem como em situações em que, não se verificando qualquer retroactividade, própria ou imprópria, há que tutelar a confiança dos contribuintes depositada na actuação dos órgãos do Estado.” (NABAIS, 2006: 148-149)

Remanesce a possibilidade, contudo, de se invocar a aplicação de um desdobramento específico do princípio da segurança jurídica, incidente nos casos em que as garantias ‘fortes’ de estabilidade e certeza, como a irretroatividade, a anterioridade ou a coisa julgada, mostram-se insuficientes ou impertinentes: o princípio da proteção da confiança^{237 238}.

Princípio típico de direito público, a proteção da confiança tem a sua origem apontada em decisões dos tribunais alemães na década de cinquenta do século passado. Conforme noticia Almiro do COUTO E SILVA (2005), na *“Alemanha, onde o princípio da proteção à confiança nasceu, por construção jurisprudencial, pode-se dizer que este princípio prende-se predominantemente à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa-fé.”*

A derivação da proteção da confiança do princípio da segurança jurídica – o qual, por sua vez, emerge como uma decorrência necessária da noção de Estado de Direito – é amplamente aceita pela literatura de Direito Constitucional e Administrativo. Ressaltam os autores, em geral, que o princípio da proteção da confiança surge como a face subjetiva do princípio da segurança jurídica, incidindo, assim, em situações concretas em que o cidadão pôde fiar-se na hígidez e na estabilidade de um dado

²³⁷ *“É verdade que a responsabilidade pela confiança é, como expressamente já apontara CANARIS, um princípio ético-jurídico que permanece como pano de fundo, sempre aflorando naqueles casos em que a segurança-garantia, disponibilizada e regulada pela ordem jurídica, fracassa.”* (DERZI, 2009: XXIII)

²³⁸ É aqui oportuno destacar que Misabel DERZI, em suas notas de atualização à obra de BELEIRO, já acentuava, há muito, preocupações com a retroatividade ilimitada das declarações de inconstitucionalidade, externadas a partir da perspectiva conjugada dos princípios da segurança jurídica, da irretroatividade e da proteção da confiança. Vejamos:

“O princípio não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os tribunais. O que significa que a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo que se desviem da prática até então utilizada, na qual o contribuinte tinha confiado.

(...)

Podemos dizer que o Código Tributário Nacional também adota a mesma diretriz, porque o parágrafo único do art. 100 exclui a possibilidade da imposição de penalidades, cobrança de juros e mesmo atualização de valor monetário da base de cálculo de tributo se o contribuinte vinha pautando a sua conduta em atos normativos decisões ou práticas reiteradas, que depois se alteram. O mesmo deve valer para os tribunais, especialmente para o Supremo Tribunal Federal, o qual, em muitas circunstâncias, para a proteção da confiança nas instituições públicas, deveria atribuir efeitos ex nunc ou pro futuro a suas decisões.” (in BALEIRO, 2001: 193-194)

provimento estatal, pautando suas ações à vista da determinação do Poder Público, ungida de presumível correção.

Conforme expõe Joaquim José Gomes CANOTILHO:

“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conxionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.” (2003: 257)

A invocação do princípio da protecção da confiança é, portanto, jurídica, escorando-se diretamente na Constituição²³⁹, que consagra a segurança jurídica como um princípio de protecção do indivíduo em face do uso arbitrário do poder estatal. Não se trata, destarte, da consolidação de situações irregulares por razões de índole puramente prática, mas sim da contraposição de uma norma constitucional à aplicação irrestrita da sanção de nulidade aos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais que criavam benefícios para determinado indivíduo.

A ordem jurídica protege as expectativas individuais geradas a partir de atos estatais que se revestiam, aparentemente, de estabilidade e de correção normativa. Se um dado provimento estatal que se poderia supor validamente editado produz efeitos por anos a fio, beneficiando o cidadão e induzindo-o à prática de atitudes com ele

²³⁹ “A jurisprudência do tribunal administrativo federal encontrou na literatura aprovação preponderante, mas também, em parte, encontrou recusa decisiva. Sobretudo Forsthoff (Ver wR S. 262 f.) exigia uma observância incondicionada do princípio da legalidade da administração e recusava “uma protecção à confiança contra legem”. A ele, contudo, deve ser oposto, que a protecção à confiança não é concedida “contra legem”, mas está ancorada e ordenada jurídico-constitucionalmente. A jurisprudência do tribunal administrativo federal é diretamente um exemplo-modelo para um desenvolvimento e desdobramento relacionado à constituição de princípios gerais do direito administrativo.” (MAURER, 2006: 326)

sintonizadas, a Constituição incide e tutela, *prima facie*, as expectativas individuais assim formadas.

Não se trata, contudo, de premiar o ilícito. Ao contrário, a proteção da confiança fornece requisitos normativos precisos para a sua incidência, excluindo do seu âmbito de proteção situações de evidente irregularidade, ou absolutamente fugidias, incapazes, assim, de gerar a confiança legítima – e, *ipso facto*, juridicamente protegida – do indivíduo que se encontra sujeito ao poder estatal.

Exemplos colhidos no âmbito do Direito Administrativo facilitarão a compreensão do conteúdo do princípio. É comum, no dia-a-dia da gestão estatal, que a fixação concreta da remuneração de servidores públicos, ou de proventos de aposentadoria de inativos, à luz de leis redigidas deficientemente, se dê de maneira irregular. Erros de cálculo, incorporações indevidas de vantagens, enfim, diversos equívocos praticados com alarmante frequência pelos órgãos de gestão de pessoal da Administração direta e indireta, algumas vezes de difícil detecção, terminam por trazer vantagens pecuniárias indevidas aos agentes públicos, que, em geral sem ter ciência acerca da irregularidade, delas usufruem por vários anos. Transcorrido um longo interregno, a Administração Pública, no exercício do controle de legalidade dos seus próprios atos, detecta o erro cometido, e determina a devolução ao erário de todas as quantias indevidamente percebidas pelo servidor²⁴⁰. Está correta a postura administrativa, à luz do princípio da proteção da confiança? A resposta é: depende. Se o caráter indevido da vantagem paga ao servidor era obscuro, havendo sua concessão se estendido, conforme indicado, por um longo período, pode-se afirmar que o beneficiário, presumivelmente, podia confiar no ato administrativo editado em desconformidade com o direito; ou seja, que o indivíduo se orientou tendo por substrato um contexto marcado pela edição de um ato administrativo objetivamente confiável.

²⁴⁰ Breve consulta ao repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela uma grande quantidade de demandas ajuizadas por servidores, visando obstar o Estado de se restituir de valores que indevidamente lhes foram pagos. Exemplarmente, confira-se os seguintes precedentes: REsp 937.708/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008; AgRg no REsp 896.726/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008; AgRg no REsp 963.437/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 08/09/2008; AgRg no Ag 1030125/MA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2008, DJe 01/09/2008; AgRg no REsp 981.484/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2008, DJ 20/02/2008 p. 137.

Noutro giro, situações esdrúxulas, como, v.g., o pagamento de adicionais noturnos para um servidor que somente trabalhava no período diurno, ainda que se prolonguem por largo intervalo de tempo, de plano se excluem do âmbito normativo do princípio da proteção da confiança²⁴¹.

Esses exemplos revelam que o principal dado a ser verificado nas situações em que se cogite da aplicação do princípio da proteção da confiança diz respeito ao contexto objetivo subjacente ao provimento estatal irregular. Há que se verificar, em outros termos, se a situação de aplicação do direito, discursivamente construída, no bojo de um dado processo, em torno da necessidade de declaração da nulidade do ato administrativo ou da lei ilicitamente editados, revela um panorama estável e dotado de

²⁴¹ Em minha vivência profissional na advocacia pública, já me deparei com situações concretas que se assimilam aos dois exemplos acima apontados. Nos autos do processo n. 2005.01.1.089234-2/TJDFT, uma professora da rede pública de ensino do Distrito Federal pretendia obstar a pretensão da Administração de, corretamente, se restituir de valores que lhe haviam sido pagos a título de gratificação pela ocupação do cargo de vice-diretora. O erro era evidente, na medida em que a autora recebeu a referida gratificação por mais de seis meses após haver deixado a vice-direção do estabelecimento público de ensino em que se encontrava lotada.

Em situação diversa, na qual se pretendia, através de processo administrativo, a restituição de parte de proventos de aposentadoria que haviam sido indevidamente pagos a inativo, opinei no sentido da impossibilidade de efetivação da providência, na medida em que a situação objetiva detectada inspirava a proteção da confiança do ex-servidor. O parecer, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Distrito Federal, recebeu a seguinte ementa:

“APOSENTADORIA. REENQUADRAMENTO. PAGAMENTOS A MAIOR. RESITUIÇÃO. BOA-FÉ. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.

1 - Comprovado nos autos que o interessado sempre desempenhou suas funções em atividades ligadas à educação, bem como que a sua lotação, na época de sua aposentadoria, era a Secretaria de Estado de Educação, não há que se falar na aplicação, ao caso, do art. 1º, §1º, da Lei n. 2.837/01, havendo sido equivocada a transferência da administração de seu benefício securitário à Secretaria de Cultura, bem como a correlação de seus proventos com a remuneração do cargo de técnico de atividades culturais;

2 - O princípio da proteção da confiança, derivado do princípio da segurança jurídica, detém estatura constitucional, devendo ser sopesado, nos casos concretos de pagamentos efetivados indevidamente em benefício de servidores, com o princípio da legalidade, procedimento este que definirá, em cada situação, qual norma será aplicada;

3 - O servidor que, munido de má-fé, receber indevidamente pagamentos do Poder Público, fica obrigado a restituir ao erário os valores percebidos, porquanto o princípio da proteção da confiança não ampara aqueles que agem com deslealdade perante o Estado;

4 - Não são igualmente tutelados pelo princípio da proteção da confiança, devendo ressarcir os cofres públicos de pagamentos sem causa que lhes sejam feitos, os servidores que, culposamente ou não, derem causa ao equívoco administrativo que redundou na percepção indevida do numerário;

5 - Nos casos de erro crasso por parte da Administração, facilmente perceptíveis, devem ser devolvidos aos cofres públicos os pagamentos feitos a maior a servidor público, porquanto não é a sua confiança, em casos tais, digna de proteção;

6 - Demonstrado que os pagamentos excessivos decorrem de erro da Administração de difícil detecção, ocorrido muito após a aposentadoria do interessado, praticado unilateralmente pelo ente público e suscitado apenas porque o próprio beneficiário se manifestara a respeito do equívoco, bem como estando ele munido de aparente boa-fé, entendo que incide, no caso, o princípio da proteção da confiança, a dispensar a restituição do indébito ao erário. Precedentes do STJ.” (Parecer n. 192/2009/PROPES – Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Processo administrativo n. 150.001986/2006)

aparente correção, ou seja, um horizonte capaz de revelar a presumível confiança legítima dos indivíduos que se beneficiaram da irregularidade detectada. Assim, a pergunta correta, nestes casos, é se a expectativa gerada nos indivíduos pelo comportamento público, objetivamente considerado, é digna de tutela normativa. Ou, em forma interrogativa: numa dada situação objetiva, seria legítima, plausível, justa e defensável a expectativa gerada no cidadão acerca da correção e da estabilidade dos efeitos produzidos a partir de um determinado ato estatal? Faz-se oportuna, aqui, a transcrição das seguintes lições de Luis Roberto BARROSO:

“Confiança legítima significa que o Poder Público não deve frustrar, deliberadamente, a justa expectativa que tenha criado no administrado ou no jurisdicionado. Ela envolve, portanto, coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos. A boa-fé traduz-se em uma atitude de lealdade e transparência, sem a intenção de lesar, locupletar-se ou obter vantagem indevida ou irrazoável.

(...)

A doutrina tem construído alguns parâmetros a fim de conferir maior densidade jurídica à noção de expectativa legítima que merece proteção jurídica. Três deles merecem especial registro. Em primeiro lugar, será juridicamente legítima, e merecerá proteção da expectativa que decorra de um comportamento objetivo do Poder Público, isto é, que não seja apenas uma esperança inconseqüente sem vínculo com elementos reais e objetivos da atuação estatal. Um discurso do Chefe do Executivo não gera, por si só, uma expectativa legítima, mas um decreto poderá justificá-la.

Em segundo lugar, a expectativa será digna de proteção se a conduta estatal que a gerou perdurou razoavelmente no tempo, de modo a ser descrita como consistente e transmitir a idéia de certa estabilidade, levando o particular a praticar atos fiados na conduta estatal. Por fim, em terceiro lugar, será relevante saber, para a avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco de futura modificação do ato do Poder Público.” (2006-2: 276, 278-279)

A partir das balizas acima indicadas por BARROSO, podemos apontar os seguintes parâmetros normativos, que deverão nortear a aplicação do princípio da proteção da confiança^{242 243}:

²⁴² À vista do Direito Administrativo alemão, Hartmut MAURER expõe os seguintes requisitos, que se aproximam e reforçam a pertinência daqueles apontados por Luís Roberto BARROSO:

“A questão da retratação de atos administrativos beneficentes é dominada por dois princípios que se antagonizam. O princípio da legalidade da administração, que exige o restabelecimento do estado legal e, por conseguinte, a retratação do ato administrativo antijurídico, deve, hoje tanto como antes, ser observado. A ele, porém, se opõe – e esse conhecimento foi o fundamento para a modificação da

- A existência de uma relação de poder, em que aquele que confia mantém laços de dependência com relação àquele que inspira – ou que deveria inspirar – confiança²⁴⁴;
- A estabilidade da situação, caracterizada por sua subsistência ao longo de período de tempo suficientemente duradouro;
- A aparente higidez do provimento estatal;
- E, finalmente, a lealdade do administrado na criação do benefício.

Transpondo essas condições para os casos em que leis tributárias que previam alguma espécie de benefício para os contribuintes venham a ter sua constitucionalidade impugnada em juízo, tem-se que o último dos requisitos acima apontados se revela praticamente destituído de relevância. É que, em se cuidando de normas gerais editadas pelo Parlamento, é praticamente inviável verificar – ainda que se saiba que isso muitas

jurisprudência – o princípio da proteção à confiança, que pede a consideração da confiança do beneficiado na existência do ato administrativo promulgado pela autoridade e, com isso, a manutenção do ato administrativo antijurídico.

(...)

Em todo o caso, a retratação não pode ser apreciada somente sob o ponto de vista da legalidade, mas deve também ser sob o da proteção à confiança. Como ambos esses princípios entram um com o outro em antagonismo no ato administrativo beneficente antijurídico, deve ser examinado no caminho da ponderação, a qual princípio no caso particular concreto cabe maior peso e – segundo as circunstâncias, se prepondera a legalidade ou a proteção à confiança – afirmar ou negar a retratação (total ou parcialmente).

(...)

Proteção à confiança deve ser então aceita, quando (1) o beneficiado confiou na existência do ato administrativo, (2) sua confiança é digna de proteção e (3) seu interesse de proteção perante o interesse público prepondera no restabelecimento da legalidade. A dignidade da proteção da confiança deve ser negada, (a) quando o beneficiado deixou o ato administrativo cair em desuso ou o obteve por outro meio desleal, (b) quando ele conhecia a antijuridicidade ou devesse conhecê-la ou (c) quando a antijuridicidade situa-se em seu âmbito de responsabilidade (por exemplo, porque ele deu declarações errôneas, em que é insignificante se nisso lhe toca uma culpa ou não). Ademais, em regra, proteção à confiança somente é concedida, quando o beneficiado “atuou” sua confiança, ao ele tomar medidas ou disposições correspondentes (BVerwGE 24, 294, 296; comparar, porém, também – ainda duvidadora – BVerwGE 48, 87, 93). A ponderação conduz, em atos administrativos com efeito de duração, regularmente a isto, que o ato administrativo, sem dúvida, pode ser retratado ex nunc, mas não ex tunc. Mas também excepcionalmente pode uma retratação ex nunc ser inadmissível, ou seja, então, quando o beneficiado, em confiança na existência do ato administrativo, alterou suas condições de vida incisiva e duradouramente e não mais corrigível (...).” (MAURER, 2006: 323-325)

²⁴³ Na verdade, não se busca, aqui, esgotar os argumentos que podem ser deduzidos em torno da existência, ou não, de confiança legítima do contribuinte a ser tutelada, em casos de declaração de inconstitucionalidade de benefícios fiscais. Apenas uma tipologia acerca dos requisitos para a aplicação do princípio da proteção da confiança é ambicionada; partindo-se desta, é viável que, diante de situações reais, outros argumentos possam surgir, buscando demonstrar ou refutar a pertinência de que a referida norma de garantia incida na espécie.

²⁴⁴ “(...) a confiança supõe certa exposição ao risco, certa relação de dependência daquele que confia, pois quem tem supremacia sobre os eventos/acontecimentos não tem confiança a proteger.” (DERZI, 2009: 589-590)

vezes efetivamente se dá, principalmente no âmbito da conhecida ‘guerra fiscal’ –, com o mínimo de certeza, se os contribuintes agiram, por exemplo, como ‘grupos de pressão’ perante os órgãos executivos e legislativos, tendo por escopo a criação de benefícios fiscais em desacordo com a Constituição. Nossa atenção, portanto, aqui, volta-se para o segundo e o terceiro requisitos (o primeiro é suposto no próprio problema analisado, que envolve a edição de leis – e, portanto, uma relação de poder), relativos à estabilidade temporal do provimento estatal irregular, bem como pela sua aparente higidez.

A questão temporal aqui ostenta suma relevância²⁴⁵. Se a lei que criava, *verbi gratia*, uma determinada isenção, ou que conferia, no âmbito do ICMS, o direito ao aproveitamento de créditos em desacordo com a Constituição, vier a ser rapidamente expurgada da ordem jurídica, pelo acolhimento definitivo de uma argüição de inconstitucionalidade, ou tiver a sua eficácia liminarmente suspensa, não há que se falar em confiança legítima, que se consolidara ao longo de determinado interregno. É inviável, não obstante, fixar de antemão critérios rígidos acerca de quanto tempo seria suficiente para se formar uma expectativa legítima do cidadão acerca da aplicação da lei. No ponto, a avaliação individualizada, no bojo de cada ADI, erigida a partir da ampla argumentação deduzida pelas partes, é o único caminho existente.

Já o ponto relativo à aparência de correção da norma é mais complexo, na medida em que busca esclarecer o que seja uma lei confiável, do ponto de vista de sua constitucionalidade.

Propomos um primeiro critério, baseado na existência, ou não, de precedentes sobre o tema debatido na ação direta de inconstitucionalidade²⁴⁶. Suponhamos um determinado benefício fiscal, criado pela legislação de um Estado sem a observância do disposto no art. 155, §2º, XII, ‘g’, da Constituição, que condiciona a concessão de isenções, benefícios ou incentivos fiscais no âmbito do ICMS à deliberação prévia dos

²⁴⁵ “A proteção da confiança tem uma relação necessária com o tempo: o fato da confiança, situado no passado; a confiança que persiste no presente; a confiança que se projeta para o futuro.” (DERZI, 2009: 592)

²⁴⁶ “Já estabelecemos, em capítulo anterior, que o fator decisivo, para definir a jurisprudência, identificada como a mesma jurisprudência, será o fato de a **mesma** pergunta geral (que se extrai de um ou de vários casos similares) obter a mesma resposta geral. A jurisprudência será igual enquanto der a mesma resposta geral a uma questão jurídica geral.” (idem, 2009: 585)

Estados da federação, mediante convênio. O Supremo Tribunal Federal possui copiosa jurisprudência acerca do tema²⁴⁷. Se os fundamentos deduzidos contra a legislação cuja inconstitucionalidade é argüida perante o STF, em sede de controle concentrado, remontam a precedentes da Corte, já passados em julgado²⁴⁸, não há como se afirmar que o contribuinte detinha a expectativa legítima de que o benefício seria mantido quando do julgamento da ADI. Não há que se falar, num tal contexto, portanto, em modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com esteio no princípio constitucional da proteção da confiança, prevalecendo, destarte, a aplicação da sanção de nulidade ao ato normativo inválido, sem qualquer ressalva.

É dizer: se uma lei instituía um benefício fiscal em contrariedade com o sentido da Constituição, tal como já externado pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência, não há como se defender que o contribuinte, ainda assim, possuía a

²⁴⁷ A título exemplificativo, vejamos os seguintes precedentes:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.366, de 7 de julho de 2006, do Estado do Espírito Santo. Lei que institui incentivo fiscal para as empresas que contratarem apenados e egressos. Matéria de índole tributária e não orçamentária. A concessão unilateral de benefícios fiscais, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, afronta ao disposto no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição do Brasil. (...) O texto normativo capixaba efetivamente viola o disposto no art. 155, § 2º, XII, alínea g, Constituição do Brasil, ao conceder isenções fiscais às empresas que contratarem apenados e egressos no Estado do Espírito Santo. A lei atacada admite a concessão de incentivos mediante desconto percentual na alíquota do ICMS, que será proporcional ao número de empregados admitidos. Pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/1975, afronta ao disposto no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Precedentes." (ADI 3.809, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-6-2007, Plenário, DJ de 14-9-2007.)

"A propósito da questão, anota com pertinência o parecer da Procuradoria-Geral da República, verbis: (...) Quanto ao art. 6º, anota a Procuradoria-Geral da República, verbis: 'Do mesmo modo, o artigo 6º da Lei Estadual sob análise incorre em vício de inconstitucionalidade material, ante a violação imposta por este ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais, referentes ao ICMS, serão concedidos e revogados. A lei complementar a que se refere o dispositivo constitucional supramencionado é aquela que disciplinará, exatamente, os mecanismos jurídicos norteadores da celebração dos convênios entre os Estados e o Distrito Federal. Importante destacar que tamanha a relevância dos convênios, que somente havendo a sua ratificação por todos os Estados e pelo Distrito Federal é que a isenção ou benefício se implementa. Ou seja, se apenas um Estado não acordar com os termos do convênio, ter-se-á por ilegítima a isenção ou o benefício concedido'. (fls. 97/98) É essa também a orientação que predomina nesta Corte (...)." (ADI 2.529, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-07, Plenário, DJ de 6-9-07)

²⁴⁸ "Assim, uma jurisprudência consolidada, fixa ou precedente, firmada pelo Supremo Tribunal Federal ou outro Tribunal Superior será qualquer decisão, **tomada em caráter definitivo** pelo Plenário (ou órgão equivalente), que dado resposta a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se única decisão ou se são repetidas, em série." (DERZI, 2009: 588 - grifei)

legítima expectativa de que aquela Corte, em sede de controle concentrado, iria alterar o seu posicionamento, já consolidado em casos definitivamente outrora decididos.

Ao contrário, se a lei, *v.g.*, que instituísse uma isenção, permanecesse em vigor por um longo período de tempo – cinco anos, por exemplo –, e se o Supremo Tribunal Federal não tivesse, ainda, em caso semelhante, analisado os fundamentos da impetração da ação direta de inconstitucionalidade em face do diploma normativo em questão, é razoável supor que o contribuinte se fiava, legitimamente, na estabilidade do benefício.

Resta evidenciada a existência de confiança legítima por parte do contribuinte, ainda de forma mais robusta, quando o STF, em precedentes semelhantes, em que debatida a mesma questão jurídica (*ratio decidendi*) veiculada na ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, já anteriormente havia se pronunciado no sentido da validade do benefício fiscal criado. Ou seja, se o Supremo Tribunal Federal, através de sua jurisprudência, externava o juízo de que benefícios, como os aqui hipoteticamente apontados, seriam compatíveis com a Constituição, e, em momento ulterior, altera o seu posicionamento (virada jurisprudencial), há que se presumir existente a confiança legítima do contribuinte, a ser protegida através da mitigação dos efeitos temporais da sanção de nulidade aplicável ao diploma inconstitucional²⁴⁹.

Há, ainda, peculiaridades derivadas da convivência simultânea entre os controles concentrado e difuso de constitucionalidade das leis, que podem ser relevantes na avaliação da existência, ou não, de proteção legítima do contribuinte a ser tutelada em casos como os aqui ventilados. Uma explosão de litigância em torno do benefício instituído, por exemplo, caracterizada pela profusão de conflitos intersubjetivos de interesses deduzidos em ações ordinárias, ou em mandados de segurança, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do benefício fiscal criado, abala a confiança na higidez da lei, ainda que inexista precedente específico do Supremo Tribunal Federal

²⁴⁹ “O problema da retroação das sentenças se apresenta, então, de forma aguda, nas hipóteses de reversão de jurisprudência. Inexistindo alteração da lei ou da Constituição em que se fundou a **norma judicial anterior** como **precedente**, igualmente inexistindo alteração na ordem dos fatos, dentro do mesmo grupo de casos similares, que permanece sub iudice, poderá haver nova interpretação judicial, criando-se **nova norma judicial**, com rejeição do precedente. Estaremos em face, assim, de **duas normas judiciais contrastantes**, a segunda reformando a primeira. Em relação à última norma judicial, modificativa da anterior, é que se colocam, com intensidade, valores e princípios a ponderar, como segurança, irretroatividade, proteção da confiança e boa fé.” (DERZI, 2009: 586)

sobre o assunto. Nesta hipótese, no intuito de se verificar qual seria a magnitude dos conflitos capazes de abalar a presunção de constitucionalidade da lei, podem ser analogicamente adotados os parâmetros que o Tribunal fixou, ao longo dos anos, ao analisar o cabimento de ações declaratórias de constitucionalidade, que têm como um dos seus requisitos de impetração, justamente, *“a existência de controvérsia judicial relevante sobre a disposição objeto da ação (...)”*²⁵⁰

Assim, a aplicação do princípio da proteção da confiança se mostrará tipicamente adequada apenas nos casos em que (1) o ato normativo instituidor de determinado benefício fiscal já se encontrava em vigor, e eficaz, a tempo suficientemente longo para poder fazer nascer, presumivelmente, nos contribuintes, a confiança legítima de que se estava diante de um provimento estatal dotado de estabilidade; e, ainda, nas situações em que (2) inexistissem precedentes do Supremo Tribunal Federal que, em casos semelhantes ao deduzido na ação direta de inconstitucionalidade, considerassem o benefício em desacordo com a Carta Magna – ou que, ao contrário, tivessem-no por constitucional, reforçando ainda mais, assim, a confiança gerada –, bem como em que (3) não houvesse se sucedido à edição da lei impugnada uma ampla controvérsia jurídica em torno da sua aplicação, capaz de abalar a presunção de sua constitucionalidade.

4.2.3. Modulação temporal das declarações de inconstitucionalidade em favor da Fazenda Pública. Possibilidade?

Questão dotada da mais alta relevância no âmbito do contencioso constitucional tributário é a de saber se há fundamentos suficientes para que se proceda, eventualmente, à modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade que ocasionem efeitos indesejáveis para o Estado.

Quando a criação ou o aumento de um determinado tributo é declarado inconstitucional, podem surgir dificuldades financeiras severas na gestão estatal, agravadas pela necessidade, em linha de princípio, de se restituir aos contribuintes todos os valores que haviam sido arrecadados com esteio na norma invalidada. É muito

²⁵⁰ Lei n. 9.868/99, art. 14, III.

comum, num tal contexto, a Fazenda Pública se dirigir aos autos das ações diretas de inconstitucionalidade acolhidas – em regra através da interposição de embargos de declaração – e requerer a modulação temporal dos efeitos da decisão, de modo a contornar a necessidade de repetir aos indivíduos e empresas as quantias que haviam sido ilegitimamente vertidas aos cofres públicos. Normalmente, ao formular tais pleitos, o Poder Público aponta os prejuízos econômicos que seriam acarretados pela aplicação irrestrita da sanção de nulidade, com reflexos na prestação de serviços públicos à população em geral²⁵¹.

Não se nega a real gravidade, do ponto de vista estritamente financeiro, das conseqüências danosas para o equilíbrio orçamentário que podem ser provocadas pela declaração da inconstitucionalidade de um tributo. Todavia, como deixamos assentado ao longo deste trabalho, circunstâncias de tal ordem somente poderão ser sopesadas quando das decisões proferidas em ADI, para fins de avaliação acerca da pertinência de se aplicar o art. 27 da Lei n. 9.868/99, se, e na medida em que, possam se traduzir em princípios ou regras constitucionais. Isso porque argumentos exclusivamente econômicos, políticos, axiológicos, consequencialistas, ou mesmo de índole meramente legal, não se prestam a, sequer em tese, escorar requerimentos assestados à mitigação da sanção de nulidade que, em homenagem ao postulado da supremacia da Constituição – base do próprio Estado Democrático de Direito – se aplica, em regra, aos atos normativos inconstitucionais. Assim, a indagação que deve servir de fio condutor para as análises aqui desenvolvidas é a seguinte: as dificuldades financeiras do Estado, ocasionadas pelo juízo de inconstitucionalidade formulado em face de um diploma que instituía ou aumentara um dado tributo, podem se traduzir em algum princípio ou regra constitucional capaz de tutelar, juridicamente, os pagamentos efetivados antes da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade?

O Estado não é, em princípio, titular dos direitos fundamentais voltados à proteção do indivíduo em face do exercício do poder. Isso não significa, em absoluto, que nenhuma das garantias dispostas no art. 5º da Constituição não possa tutelar,

²⁵¹ “A ameaça de insolvência da Fazenda Pública e o dano à saúde financeira do Estado são argumentos (consequencialistas) que vêm sendo amplamente utilizados para fundamentar o pedido de eficácia ex nunc à declaração de inconstitucionalidade de tributo. São chavões que já vieram a ser invocados mesmo em ações diretas de inconstitucionalidade de tributo que ainda não tinha sido sequer recolhido, em razão do que não haveria nada a devolver.” (ÁVILA, 2009: 99)

pontualmente, certas expectativas do Poder Público. À Fazenda Pública em juízo (ou seja, ao Poder Executivo frente ao Estado-Juiz), por exemplo, protege o princípio do devido processo legal, com todos os seus consectários. Todavia, é absolutamente impróprio que o Estado venha a argüir uma determinada garantia fundamental para a defesa de si mesmo em face do indivíduo, como ocorreria nos casos em que se buscasse a anulação de um dado procedimento administrativo, que redundara num provimento favorável ao cidadão (reconhecendo, v.g., a insubsistência de um lançamento), por vícios processuais que a própria Administração ocasionara ²⁵².

A segurança jurídica se erige como uma garantia eminentemente individual, que jamais pode ser invocada pela Administração contra o cidadão, na medida em que é ao próprio Estado quem se reclama o exercício estável, claro e inteligível do poder ^{253 254}
255

O princípio da segurança jurídica reclama a estabilidade, a clareza e a confiabilidade das decisões estatais. Com base nelas – trate-se de leis, atos administrativos ou sentenças – o indivíduo deve poder planejar as suas ações com razoável margem de certeza. Ao Estado, portanto, cabe conduzir as situações com segurança, através do exercício responsável e transparente do poder, livre de qualquer espécie de obscurantismo ou de oscilações arbitrárias.

No caso da instituição ou majoração de tributos mediante lei, justamente ao Estado cabe assegurar que a imposição fiscal se positive de forma clara e estável, fornecendo ao contribuinte os contornos dos gravames que incidirão sobre sua renda, consumo ou patrimônio. Não há que se assegurar a segurança e a liberdade da Fazenda

²⁵² O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já sumulou o seguinte entendimento, sintonizado com o que se está a aqui afirmar:

“Súmula 654 – A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.”

²⁵³ *“Pode-se, ainda, acrescentar – já adiantando o capítulo final deste trabalho –, que a segurança jurídica, tendo em vista o seu próprio conceito e a utilização que dela tem feito a jurisprudência pátria, é fundamento a ser invocado na proteção dos direitos dos cidadãos, e não exatamente nos interesses do Estado.”* (ÁVILA, 2009: 102)

²⁵⁴ *“No seio do Direito Público, não obstante, o princípio da proteção da confiança configura um direito individual fundamental, extraído da Constituição, que somente defende a confiança das pessoas privadas, em face das ações ou omissões dos órgãos estatais.”* (DERZI, 2009: 395)

²⁵⁵ Cf., ainda, CANOTILHO, 2003: 257.

Pública contra o indivíduo. O Estado é quem deve criar as leis e aplicá-las de forma certa e estável; este é o conteúdo do princípio da segurança jurídica.

Suponhamos que a lei instituidora de um determinado tributo fosse julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, após cinco anos de vigência. Numa situação tal, o acolhimento da modulação de efeitos em prol da Fazenda Pública, com a aplicação de efeitos meramente *ex nunc* à declaração de nulidade, fundada no princípio da segurança jurídica, significaria que o Estado estaria a usufruir de uma garantia individual, criada para a defesa dos indivíduos em face do exercício instável do poder, em seu próprio benefício. Observe-se que era o Estado quem deveria garantir que a lei fosse unguida de certeza e estabilidade, em benefício da sociedade; e que, no exemplo em questão, a modulação de efeitos, ancorada no princípio da segurança jurídica, estaria sendo aplicada como forma de resguardar e proteger o Poder Público de oscilações causadas pela sua própria atuação. Ou seja, uma garantia fundamental instituída em benefício do indivíduo em face do Poder Público estaria a ser instrumentalizada, nesse caso específico, pelo Estado – em face de sua própria arbitrariedade – contra o cidadão (justamente o alvo da tutela constitucional), que se veria obstado de reaver quantias que pagara indevidamente a título de tributos em homenagem à segurança de um Leviatã que se colocara, espontaneamente, em situação instável. Algo análogo, enfim, com as devidas proporções, a se assegurar, diante da declaração da inconstitucionalidade de um crime, a manutenção dos condenados na prisão, venerando-se a ‘liberdade’ e a ‘segurança’ do sistema penitenciário.

O princípio da segurança jurídica, portanto, é uma norma de defesa do contribuinte, desdobrada em diversos outros princípios explícita e implicitamente espreitados ao longo do texto constitucional, não podendo, dessa forma, ser invocado pelo Estado, legitimamente, contra o indivíduo. O poder, nos casos de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma dada lei instituidora de um tributo, já fora exercido ilegitimamente, porquanto dinamizado em sentido contrário aos ditames da Carta Magna; não cabe, assim, tutelar-se os efeitos de uma norma inválida, essencialmente restritiva da liberdade e da propriedade do cidadão, tendo-se por fundamento uma garantia normativa positivada em prol do indivíduo, e instrumentalmente predisposta a fazer face ao uso arbitrário daquele mesmo poder.

Dessa forma, as dificuldades financeiras em que o Estado pode se ver, em razão da declaração de inconstitucionalidade de um determinado tributo, não podem ser assimiladas ao conteúdo do princípio da segurança jurídica. Trate-se de desequilíbrios orçamentários pontualmente criados pela necessária revisão das previsões de arrecadação, trate-se da imprescindibilidade de se incluir nas estimativas de despesas os gastos relacionados à repetição dos valores ilicitamente coletados, não há como se sustentar a incidência do princípio da segurança jurídica na espécie. O Estado, nesse exemplo hipotético, agira arbitrariamente, ingressando no patrimônio de alguns ao arrepio da Constituição; não cabe, num segundo momento, em nome de todos – ou seja, de um suposto interesse público que, em benefício da maioria, põe de lado, juridicamente, os direitos fundamentais da minoria – invocar uma garantia individual para fins de se manter intocadas agressões ao patrimônio dos contribuintes.

Enfim, não vislumbramos a possibilidade de que o princípio constitucional da segurança jurídica, em qualquer das suas vertentes, venha a servir de substrato para a modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, quando acolhidas arguições deduzidas em face de diplomas normativos que instituíram ou aumentaram tributos.

* * *

Num segundo momento, há que se investigar a possibilidade de que haja alguma outra norma constitucional capaz de suportar a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, a título, desta feita, de razão de “*excepcional interesse social*”.

A estabilidade financeira do Estado pode, com efeito, receber alguma proteção normativa da Constituição. O equilíbrio orçamentário, e das contas públicas em geral, é, em certa perspectiva, objeto de tutela de diversas disposições constitucionais, assim como a continuidade dos serviços públicos.

O problema é que, nos casos de declaração de inconstitucionalidade de tributos, a modulação de efeitos, se aceita, estaria a ser aplicada em detrimento de um direito fundamental dos cidadãos, lesado, em parte, pelo decote indevido da propriedade privada através de uma atividade impositiva ilegítima. E, conforme afirma, com razão,

Ana Paula ÁVILA, *“a modulação de efeitos não pode ser admitida em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos.”* (2009: 134)

A proteção dos direitos e garantias fundamentais é a principal atividade desempenhada pela jurisdição constitucional, servindo de paradigma para toda a sua atuação. É precisamente a índole contramajoritária do controle de constitucionalidade que o legitima no quadro da divisão dos poderes do Estado. Num tal panorama, soa como absolutamente contraditório o sacrifício desses mesmos direitos fundamentais no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade, em nome de princípios que veiculam interesses coletivos.

Num Estado Fiscal, o indivíduo tem, em princípio, a mais ampla disponibilidade sobre seus bens e direitos, que somente poderão ser canalizados, em parte, à Fazenda Pública, pela via da tributação, caso sejam cumpridos os requisitos constitucionais indispensáveis para tanto. A propriedade privada e a liberdade de iniciativa podem ser legitimamente restringidas apenas pela atividade impositiva que se exerce de acordo com a Constituição; em sentido contrário, a tributação efetivada à margem dos parâmetros constitucionais equivale ao uso ilícito do poder, sendo assimilada ao esbulho, ou seja, à conduta estatal de, sem qualquer base jurídica, apropriar-se de rendas privadas. A exigência de tributos inconstitucionais, destarte, reconduz-se a um contexto em que os cidadãos hajam sido convocados a concorrer com os gastos efetivados em prol da coletividade, sem qualquer base jurídica para tanto.

Não é por acaso que as questões tributárias estiveram ligadas a diversos dos levantes revolucionários em prol do constitucionalismo. Se a tributação legítima é um requisito indispensável para a construção de uma sociedade justa e solidária, o uso ilícito do poder impositivo, por outro lado, traduz-se necessariamente em opressão. As necessidades de arrecadação da Fazenda Pública, a partir de opções políticas democraticamente erigidas, devem ser indubitavelmente satisfeitas; todavia, as exigências necessitam ser reconduzidas aos lindes normativos constitucionais, que não se coadunam, de forma alguma, com qualquer espécie de tributação sem base legal.

Uma vez mais calha a analogia com a seara penal. Se um crime é declarado inconstitucional, isso significa que a liberdade ambulatoria daqueles indivíduos que

foram encarcerados, com esteio na lei inválida, restou ilegitimamente restringida. À jurisdição constitucional, que deve zelar de forma contramajoritária pelo respeito aos direitos fundamentais, não caberia modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fulcro em quaisquer outros princípios, ligados à estabilidade do sistema penitenciário.

Deve ser acrescido, às considerações acima, o fato de que, em inúmeros casos, a declaração da inconstitucionalidade de leis tributárias pode vir a se dar em homenagem a princípios e a direitos fundamentais do cidadão-contribuinte. Conforme salientado no início do presente capítulo, diversos dos princípios constitucionais voltados a disciplinar a atividade impositiva do Estado representam desdobramentos e rearticulações de princípios fundamentais que tutelam a liberdade e a propriedade do indivíduo ao longo da Carta Magna, máxime nos seus artigos 5º e 170. Várias das imunidades consagradas na Constituição, além disso, consubstanciam-se em garantias de direitos fundamentais, individuais e sociais, bem como de princípios institucionais centrais (como a isonomia federativa), não podendo, *ipso facto*, ser suprimidas da Carta Magna sequer por emendas constitucionais²⁵⁶.

²⁵⁶ Há precedentes do Supremo Tribunal Federal que se sintonizam com estas afirmações. Vejamos, por todos, o seguinte:

“EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incurtiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.” (ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em

Eventuais normas tributárias, assim, que violem tais dispositivos, ver-se-ão, ao cabo, expurgadas do ordenamento jurídico em homenagem aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Eventual prestígio aos efeitos produzidos por tais regras impositivas redundaria em desconsideração, além do direito de propriedade e da liberdade do contribuinte (sempre arranhados pela exigência de quaisquer tributos inválidos, como visto), do princípio ou regra constitucional especificamente violado pelo diploma invalidado. Suponhamos, por exemplo, uma lei que invada o âmbito de proteção da imunidade dos templos de qualquer culto. A manutenção do pagamento dos impostos ilegítimamente arrecadados ao arripio da Constituição, num caso tal, além de vulnerar o direito fundamental à propriedade privada – tão-só pela manutenção de uma exigência sem base legal –, representaria uma violação à garantia da liberdade religiosa.

Seria inaceitável, num tal contexto, admitir a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na medida em que, repita-se, o papel central do qual a jurisdição constitucional se incumbem, num Estado Democrático de Direito, é o de assegurar o respeito aos direitos fundamentais – os quais se consubstanciam em condição discursiva para a gênese da vontade democrática no seio da sociedade.

* * *

A proposta de modulação dos efeitos em prol da Fazenda Pública pode envolver, ainda, ofensas ao princípio da igualdade.

A primeira delas diz respeito àqueles contribuintes que, através de atos de evasão fiscal, ou simplesmente do não-pagamento do tributo devido, viessem a ser beneficiados com a modulação dos efeitos da fustigação da lei inconstitucional. Vejamos um exemplo hipotético, em que a Lei ‘X’, que instituiu o imposto ‘Y’, veio, depois de cinco anos de vigência, a ser declarada inconstitucional. Nesse período, a maioria dos contribuintes viu-se adstrita a recolher o tributo ilegítimamente exigido, fazendo-o com habitualidade. Todavia, alguns indivíduos e empresas, em detrimento da

Administração Fiscal, praticaram, suponhamos, atos de evasão fiscal com o fito de se esquivar do adimplemento do imposto ‘Y’; outros, por sua vez, apenas não recolheram o tributo, pois não vislumbravam qualquer constrangimento em conduzirem seus negócios com dívidas em aberto. Pois bem. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do tributo, nesse exemplo, prejudicaria apenas aqueles que haviam cumprido as obrigações que a legislação então em vigor, aparentemente hígida, lhes impunha; já os sonegadores se veriam regalados com essa mesma mitigação da sanção de nulidade, na medida em que o imposto ‘Y’, sequer em tese, poder-lhes-ia ser cobrado, na medida em que teve a sua inconstitucionalidade proclamada. Enfim, justamente o cidadão que cumpre escrupulosamente os seus deveres, mesmo quando estes lhes são inconstitucionalmente impingidos, ver-se-ia logrado. A iniquidade que tinge tal contexto, incompatível com os mais básicos sentimentos de justiça, prescinde de maiores explicações.

O segundo desdobramento do princípio da igualdade, nestas situações, refere-se à relação de congruência que deve existir entre os beneficiários da mitigação temporal dos efeitos da inconstitucionalidade e aqueles que suportam os ônus da manutenção parcial dos efeitos produzidos pela lei nula. Tomemos o exemplo do Recurso Extraordinário n. 197.917, no bojo do qual o Supremo Tribunal Federal analisou e decidiu pela inconstitucionalidade da lei municipal que fixava o número de vereadores que integravam o Poder Legislativo do Município de Mira Estrela – SP, por considerá-la incompatível com o disposto no art. 29, IV, da Constituição da República. Neste caso, a Corte aplicou efeitos *pro futuro* à sua decisão – ou seja, ceifou, em parte, a eficácia da sanção de nulidade incidente na espécie – que somente produziria efeitos com relação à legislatura vindoura. Dessa forma, visando preservar a própria existência do Poder Legislativo Municipal, e de todo o direito por ele positivado, o Supremo Tribunal Federal conferiu efeitos prospectivos à sua decisão. Nesse contexto, indaga-se: quem foram os beneficiados com a modulação de efeitos? Quem, ao seu turno, foram aqueles que suportaram o resguardo da eficácia da lei inconstitucional, durante certo período? A resposta para ambas as perguntas é uma só: a população do Município de Mira Estrela.

No caso de eventual modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade de lei que instituísse ou que aumentasse tributos, todavia, essa congruência inexistiria. Isso ocorreria porque a mitigação da sanção de nulidade, em

prol dos interesses coletivos, levaria a que o Estado não necessitasse restituir aos contribuintes os valores arrecadados em desacordo com os ditames constitucionais. Em outras palavras, aqueles que recolheram o tributo inválido suportariam, ao cabo, sobre suas economias, o peso dos interesses de toda a coletividade, consubstanciados, v.g., no equilíbrio das contas públicas. Alguns pagariam, assim, pela estabilidade da maioria, numa relação de desigualdade que não se sintoniza com a Constituição. Não tolera a Carta Magna, com efeito, que alguns sejam obrigados a suportar, sobre o seu patrimônio individual, os prejuízos emergentes de atos que beneficiam toda a coletividade. Este é, inclusive, o fundamento da regra que dispõe acerca da responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF).

À vista de tais considerações, faz-se oportuna a transcrição das seguintes lições de Misabel Abreu Machado DERZI:

“De resto e de plano, ressaltou o Min. GILMAR MENDES, a teoria da nulidade mostra-se adequada, inadiável, se o processo envolve direitos fundamentais, protegidos por vedações e proibições de violação. Ou seja, se o propósito da própria decisão é garantir um direito fundamental (liberdade, direito de propriedade, dignidade da pessoa, etc.) a retroatividade deverá ser necessariamente adotada. Não se pode deixar de observar que, em se tratando de direitos fundamentais, surgem questões de fundo relativas ao Direito Tributário, pois a exigência inconstitucional de tributos tem relação direta com o direito de propriedade, a vedação do confisco, e a igualdade na livre concorrência.

*Além disso, uma constante se faz observar em todos os casos, apontados corretamente na decisão supra transcrita, em que a declaração de inconstitucionalidade se aparta da nulidade: **a segurança geral é difusa, mas os ônus de sua manutenção também são.** Por meio dos efeitos ex nunc ou pro futuro, é absorvida igualmente, por todos de forma diluída e difusa, a meta da segurança. Ela não se dá em detrimento de um grupo social, que suportaria, isoladamente, o peso da segurança. Com a modulação dos efeitos, em tais circunstâncias, como na ADIn n. 2.240, a transição possível, dos fatos sociais irregulares ao estado da inconstitucionalidade, não é ônus de poucos, mas está nos ombros da coletividade como um todo. Dá-se um correto equilíbrio na socialização dos prejuízos, absorvidos pela manutenção da validade dos atos praticados e, às vezes, da posse irregular e ilegítima dos eleitos até o final do mandato. Enfim, o preço a pagar é justo para evitar o caos.”*
(DERZI, 2009: 524-525)

Note-se que, nos casos em que se dê a manutenção dos efeitos de uma lei inválida – *v.g.*, que fixava a remuneração de servidores – em homenagem à proteção da confiança dos atingidos, toda a coletividade estará arcando com a tutela dos direitos fundamentais de poucos. Isso, todavia, é algo absolutamente corriqueiro num Estado de Direito, disciplinado por princípios imantados de fortes pretensões de justiça distributiva. A recíproca, todavia, onde os direitos de poucos (por exemplo, de só pagar tributos criados de acordo com a Constituição, de somente sofrer persecução penal sob a acusação da prática de um crime tipificado em lei, etc.) são sacrificados em prol de interesses de todo o grupo, não é juridicamente exata.

Disso tudo se extrai que inexistente a possibilidade jurídica de se modular os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade de leis que instituem ou aumentam tributos, dados os singulares laços que o Direito Fiscal mantém com os direitos fundamentais. Assim também ocorre, podemos adiantar, no Direito Penal, âmbito no qual é inadmissível a manutenção de condenações fundadas em crimes ou em procedimentos instituídos em desacordo com a Carta Magna.

5. CONCLUSÕES

O problema da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade é, antes de tudo, uma questão de interpretação constitucional.

Revelar o sentido da Constituição é a tarefa da qual a jurisdição constitucional se incumbem, quando se depara a necessidade de se decidir se uma lei, ou algum outro ato normativo geral, contrasta com a Carta Magna.

O controle concentrado de constitucionalidade das leis, mais precisamente a ação direta de inconstitucionalidade, escolhida aqui como espécie processual típica para o trato da questão da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade²⁵⁷, revela-se, assim, como um espaço voltado, em essência, à construção lingüística do sentido da Constituição.

É nessa argumentação, dirigida a externar o que é, *hic et nunc*, a Carta Magna, que se imiscui a questão da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade das leis. A compreensão das bases filosóficas e técnicas que estruturam os discursos desfiados em torno da concretização das normas constitucionais emergiu, assim, como um passo prévio indispensável, destinado a delimitar os fundamentos que podem ser empolgados, pela Justiça constitucional, quando dos embates instaurados em torno da necessidade, ou não, de se mitigar a eficácia do pronunciamento da nulidade das normas editadas em desacordo com a Carta Magna.

²⁵⁷ Conforme restou salientado na introdução deste trabalho, a escolha da ADI, como parâmetro para a análise da possibilidade da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, deu-se em razão de a Lei n. 9.868/99, em seu art. 27, prever expressamente a viabilidade de o Supremo Tribunal Federal lançar mão de tal espécie de pronunciamento, dispositivo este cujo âmbito de aplicação, em princípio, se restringia aos processos de monitoramento abstrato da constitucionalidade das leis. Temos ciência de que o STF vem aceitando, em sua jurisprudência, a extensão da modulação temporal dos efeitos às decisões proferidas em sede de recurso extraordinário. Todavia, consideramos que o tratamento do problema à luz também do controle difuso de constitucionalidade poderia invocar a necessidade de se desenvolver intrincadas investigações processuais, que em muito desbordariam do objeto imediato desta pesquisa, restrito ao tratamento, sob a ótica do direito material Constitucional e Tributário, da compatibilidade da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade com o postulado da supremacia da Constituição e com as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Concluimos, nesse caminho, que dizer a Constituição não é uma tarefa exata, conduzida em veio metódico capaz de fornecer resultados absolutamente inquestionáveis. Vimos, também, que é a partir da interação dinâmica e recíproca entre os fatos postos sob julgamento, o contexto que paradigmaticamente circunda o aplicador (imerso, como indubitavelmente está, na historicidade social), e, finalmente, com especial destaque, o texto constitucional, que as normas constitucionais se concretizam. Assentamos, ainda, que a solução de conflitos constitucionais envolve, inevitavelmente, pretensões de que a decisão a ser proferida seja a um só tempo justa e consistente, e que a satisfação de tais ambições há que passar pelas condições pragmáticas que envolvem o processo judicial no qual o provimento jurisdicional é emitido. Com efeito, somente as decisões emitidas num procedimento em que todos os argumentos relevantes para a solução do impasse possam ter vindo livremente à tona devem ser consideradas, racionalmente, como unguidas de presumível justiça e consistência. Interpretar a Constituição é, assim, concretizá-la, segundo uma metódica estruturante, unguida de pretensões de segurança e adequação ao caso analisado, que relaciona simultaneamente, de maneira racional, textos normativos, fatos e contextos. E os resultados revelados em tal atividade somente poderão ser considerados como corretos, e extensíveis à esfera pública, se representarem o estuário de um procedimento que haja viabilizado que os argumentos de todos os interessados em determinada solução jurídica sobreviessem e fossem levados a sério na elaboração da decisão emitida.

Ao se examinar a atividade desempenhada pela jurisdição constitucional, fez-se imprescindível, ainda, externar uma concepção específica acerca da posição que o Supremo Tribunal Federal ocupa, ao controlar a constitucionalidade das leis, em face aos demais Poderes da República. Para tanto, defendeu-se a compreensão de que o direito, como um subsistema social específico, erigido a partir do código lícito/ilícito, não se confunde com o seu ambiente. Apurou-se, ainda, como decorrência dessa constatação, que o Poder Judiciário, alocado no centro do sistema jurídico, não pode se valer de argumentos exclusivamente econômicos ou políticos na fundamentação de suas decisões, bem como que não lhe cabe julgar a partir de prospecções acerca dos efeitos práticos que seus pronunciamentos irão acarretar. Refutou-se, em seguida, a equiparação metodológica dos princípios e regras constitucionais aos valores,

enaltecendo-se a essência eminentemente deontológica – e não axiológica – que caracteriza aquelas normas.

Na posse de tais elementos teóricos, passou-se à tentativa de se posicionar corretamente a jurisdição constitucional na arquitetura da divisão dos Poderes do Estado. Concluiu-se, assim, com esteio nas lições de HABERMAS, que à Justiça constitucional cabe, de forma contramajoritária, o asseguramento das condições discursivas para o surgimento desembaraçado da vontade democrática numa dada sociedade, formada por indivíduos livres e iguais, que, resguardados em sua integridade física e moral (autonomia individual), intentam erigir dinamicamente uma comunidade política regida por pretensões de emancipação coletiva (autonomia pública). Na prática, isso ressalta o papel de guardião dos direitos e garantias fundamentais, individuais, sociais, coletivos e difusos, bem como das regras e princípios institucionais que afiançam a autenticidade da formação legislativa da vontade, que a jurisdição constitucional deve assumir num Estado que se quer Democrático de Direito.

Após tecer tais conclusões, questionamos se a modulação temporal dos efeitos da inconstitucionalidade das leis se compatibilizaria com o postulado da supremacia constitucional, a partir da perspectiva de que não cabe ao Supremo Tribunal Federal o manejo de argumentos políticos, econômicos ou consequencialistas, bem como de que sua tarefa primeira é a preservação dos direitos fundamentais.

* * *

Definidos os fundamentos teórico-filosóficos a partir dos quais o problema aqui investigado seria depurado, fixamos as premissas conceituais a seguir articuladas, assestadas a servir de substrato para a formulação de conclusões dogmáticas que norteassem a modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade em matéria tributária.

1) A Constituição não é uma codificação harmônica, sendo, ao contrário, prehe de princípios e direitos fundamentais que podem entrar em conflitos à luz de situações concretas. Em tal panorama, apurou-se, a partir de elementos fornecidos pela jurisprudência e pela literatura jurídico-constitucional, que os efeitos produzidos,

durante certo tempo, por um ato normativo inconstitucional, podem vir a receber tutela por parte de normas igualmente constitucionais, com destaque para os direitos fundamentais ligados ao princípio da segurança jurídica.

2) A nulidade das normas inconstitucionais não é um princípio, uma opção do legislador ou do juiz, sendo, muito mais que isso, a sanção que, extraída da Constituição, aplica-se aos atos normativos em afronta a ela editados. Todavia, como é a própria Carta Magna que protege certos efeitos de atos cuja inconstitucionalidade é reconhecida, tornou-se necessário delinear parâmetros dogmáticos, ligados à aplicação judicial de sanções aos atos normativos cuja invalidade é declarada, que espelhe tal realidade normativa complexa. Nesse sentido, partindo da afirmação de que a inconstitucionalidade de um diploma normativo se reconduz a uma espécie de ilícito constitucional, propusemos a tese de que a configuração da situação de aplicação que atrai a aplicação da sanção – em regra, de nulidade plena, com efeitos *ex tunc* – pode envolver diversas normas constitucionais, e não somente aquela que servira de paradigma para o reconhecimento judicial da irregularidade.

3) Defendemos, assim, que uma determinada norma constitucional pode conduzir à ablação da situação de inconstitucionalidade verificada (em analogia, que não pretende ser exata, mas apenas ilustrativa, com as excludentes de ilicitude existentes no Direito Penal), levando a que, ao caso específico, a sanção de nulidade não se aplique de forma irrestrita, ressaltando, em homenagem à própria Carta Magna, certos aspectos ligados à eficácia do diploma legal invalidado. Ou seja, a inconstitucionalidade sofre o decote, em sua ilicitude, por uma outra norma dotada de estatura constitucional, levando a que a situação de aplicação, apurada no âmbito da ADI, se externe como uma espécie de inconstitucionalidade parcial, na qual os efeitos produzidos pelo diploma invalidado, durante certo interregno, mostram-se válidos. À situação de inconstitucionalidade parcial eventual e excepcionalmente apurada, ao seu turno, aplica-se a sanção que lhe é congruente: a de nulidade parcial, na qual certos efeitos produzidos pela lei ilegitimamente editada são mantidos incólumes. Vejamos os seguintes esquemas gráficos, que sintetizam a tese ora exposta:

Hipótese normativa (situação de aplicação): Inconstitucionalidade total	Consequência normativa: sanção aplicável, extraída da Constituição
- Irregularidade: ato normativo 'X', contrário ao dispositivo 'Y' da Constituição.	- Nulidade plena, com efeitos <i>ex tunc</i> .

Hipótese normativa (situação de aplicação): Inconstitucionalidade parcial	Consequência normativa: sanção aplicável, extraída da Constituição
- Irregularidade: ato normativo 'X', contrário ao dispositivo 'Y' da Constituição. - Excludente parcial da irregularidade: efeitos produzidos pelo ato 'X' durante o período 'Z', tutelados pelo dispositivo 'A', também da Carta Magna.	- Nulidade mitigada, com a exclusão da lei inválida do ordenamento jurídico, em razão da violação do art. 'Y' da Carta Magna, e o reconhecimento dos efeitos que aquela mesma lei produziu durante certo intervalo, tutelados pelo art. 'A', também da Constituição.

4) A amplitude do sistema constitucional tributário brasileiro, caracterizado pela quantidade de princípios e regras que positivam garantias em prol do cidadão-contribuinte, leva a que a questão da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade receba conformação específica quando se está diante da invalidade de leis impositivas. Mais precisamente, assentamos, com relação à Constituição Financeira, que:

- Os princípios constitucionais tributários explicitamente protetores do cidadão-contribuinte representam, nos mais das vezes, meras especificações e rearticulações de direitos fundamentais e princípios constitucionais centrais já presentes topograficamente em outros trechos da Carta Magna, apenas relidos e configurados para o tratamento normativo do exercício do poder impositivo do Estado;
- O sistema de garantias do contribuinte frente ao poder de tributar é expansivo, encontrando-se o Poder Público adstrito a guardar observância a todos os direitos e princípios fundamentais espalhados ao longo da Carta Magna. Neste

contexto, destacamos os arts. 5º e 170 da Constituição como ricos mananciais de limitações constitucionais ao poder de tributar previstas fora do Título VI da Constituição;

- E, finalmente, as garantias individuais positivadas na Constituição, condicionadoras do exercício do poder de tributar, não representam qualquer obstáculo à realização da justiça fiscal; ao contrário, asseveramos, à luz das teses de HABERMAS acerca das relações recíprocas que indispensavelmente devem se estabelecer entre a autonomia privada do indivíduo e a autonomia pública da comunidade política, que as referidas garantias assomam como o único caminho através do qual a justiça tributária, numa sociedade que se quer democrática, efetiva-se.

* * *

À vista das premissas dogmáticas acima expostas, passamos ao exame dos problemas que especificamente envolvem a aplicação da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade de normas tributárias. Com esse intento, duas situações típicas foram esboçadas:

- a primeira delas teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade de leis que instituía, em desacordo com a Constituição, benefícios fiscais, cogitando-se, aqui, acerca da possibilidade de mitigação da sanção de nulidade em prol do contribuinte;
- a segunda, ao seu turno, referiu-se ao acolhimento de arguições de inconstitucionalidade impetradas em face de leis que instituía ou aumentavam tributos, ponderando-se, então, acerca da viabilidade jurídica de se modular os efeitos da declaração de invalidade da norma em favor do Estado.

A partir do cotejo das duas situações hipotéticas supramencionadas com os elementos teóricos antes colhidos, pudemos lançar, enfim, as conclusões a seguir capituladas.

(A)

1) É possível, em casos excepcionais, que à declaração de inconstitucionalidade, ao albergar benefícios fiscais, sejam atribuídos, em homenagem ao princípio da proteção da confiança, efeitos *ex nunc*. Para tanto, há que se demonstrar, objetivamente, que o contribuinte poderia crer que a isenção prevista na legislação, por exemplo, era estável e juridicamente hígida. Ou seja, deverá ser verificada, em casos tais, argumentativamente, a possibilidade de se aplicar o princípio da proteção da confiança legítima, de molde a resguardar, em nome da segurança jurídica, os efeitos produzidos pela lei inconstitucional anteriormente ao reconhecimento judicial da sua invalidade.

2) O princípio da proteção da confiança, neste contexto, somente deverá incidir, protegendo as expectativas do contribuinte: (1) se a lei que instituía o benefício fiscal já se encontrava em vigor há tempo suficientemente longo; (2) se o Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes ao do diploma cuja inconstitucionalidade era então argüida, já não havia, através de pronunciamentos definitivos, externado que as leis editadas naqueles moldes contrastavam com a Carta Magna (ou se, noutro giro, já havia outrora a Corte, realimentando a confiança do cidadão, afirmado a constitucionalidade de normas como a impugnada, cuja invalidade, em virada jurisprudencial, veio a ser supervenientemente declarada); e, finalmente, (3) se não houvesse se sucedido à edição da lei atacada uma ampla controvérsia judicial acerca da sua validade, capaz de abalar a sua presunção de constitucionalidade.

(B)

1) Com relação à declaração de inconstitucionalidade das leis que criavam ou majoravam tributos, vislumbramos apenas fundamentos econômicos e políticos que poderiam indicar a necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Não detectamos, todavia, qualquer norma constitucional que inserisse em seu âmbito de proteção tais argumentos, razão pela qual a mitigação da sanção de nulidade, em casos tais, assomaria como o exercício de atividade puramente política, ou político-econômica, pela jurisdição constitucional; o que, conforme salientado anteriormente, não se sintoniza com o princípio da divisão dos Poderes do Estado, na medida em que:

- Os atos de aplicação do direito se restringem sistemicamente ao código lícito/ilícito, representando considerações ligadas aos códigos específicos da economia, ou da política, atentados à diferenciação funcional do sistema jurídico;
- O Poder Judiciário decide voltando os olhos para o passado, pautando os seus juízos por decisões já positivadas, não lhe cabendo a análise de fundamentos ligados às conseqüências práticas que suas decisões acarretarão no futuro. Posição contrária deslocaria os juízes para a periferia do sistema jurídico, demandando-lhes a tradução de comunicações advindas do ambiente, sem qualquer mediação legislativa, para o código lícito/ilícito, colocando em risco a diferenciação funcional do sistema jurídico (que perde o seu centro com a desqualificação dos Tribunais como a principal instância responsável por garantir a reprodução consistente do direito);
- Normas jurídicas não se confundem com valores. Os discursos de aplicação do direito não podem, portanto, ser assimilados aos discursos meramente axiológicos, o que induz à afirmação de que a aplicação da sanção de nulidade aos atos declarados inconstitucionais não pode ser contraposta a simples valores, mas apenas e tão-somente a normas constitucionais.

2) Ademais, a manutenção dos pagamentos efetivados a título de tributos inconstitucionais equivaleria ao esbulho, ou seja, a uma restrição indevida do direito fundamental do indivíduo à propriedade privada; e, como a tarefa primeira da jurisdição constitucional, num Estado Democrático de Direito, é a proteção dos direitos fundamentais – ainda que exercida contramajoritariamente –, soaria como absolutamente ilegítima a modulação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de um tributo, em detrimento do direito à propriedade privada (art. 5º, *caput*, da CF) e em prol de interesses coletivos.

* * *

Buscamos, assim, construir uma dogmática capaz de criar parâmetros para a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade. Há que se destacar, aqui, por razões de transparência científica, aquele que consideramos o pilar central da nossa tese: a diretriz de que a sanção de nulidade dos atos inconstitucionais é

a regra geral sancionadora dos atos normativos inconstitucionais, que somente deverá ser parcialmente afastada, em casos especiais, em prol dos direitos e princípios fundamentais, ou, eventualmente, dos dispositivos constitucionais centrais, a eles instrumentalmente ligados, como o da federação e o da separação dos poderes, capazes de conferir validade aos efeitos que o diploma invalidado produziu durante certo período. Esta é, pensamos, a *ratio* que deve dirigir as teorizações dogmáticas em torno da questão, tendo em vista o postulado da supremacia da Constituição, base última do Estado Democrático de Direito.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. *A segurança jurídica e os princípios da Legalidade e da Tipicidade Aberta*. In RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008p. 112-134.

ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 182p.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 613p.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 859p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408p.

_____. *As especificidades e os desafios democráticos do Processo Constitucional*. in SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 93-158.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 333p.

_____. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação de efeitos temporais das decisões judiciais*. In Revista de Direito do Estado. n. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006-2. p. 261-288.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 427p.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar – a aventura da modernidade*. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. 360p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 8. ed. Brasília: OAB Editora, 2006. 950p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. 193p.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 590p.

CARVALHO NETTO, Menelick. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

_____ *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. in OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coordenador). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. p. 25-44.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária*. Salvador: Podivm, 2007. 202p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 358p.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. 176p.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 917p.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias. Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 319p.

COUTO E SILVA, Almiro do. *O princípio da segurança jurídica [proteção à confiança] no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 2., 2005. http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=Almiro%20do%20Couto%20e%20Silva)

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 310p.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Pós-modernismo e tributos: complexidade, descrença e corporativismo*. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 100. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 65-80.

_____ *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 398p.

_____ *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. 647p.

DOMINGUES, José Marcos. *Legalidade Tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta*. In RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008p. 56-68.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368p.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 430p.

GODOI, Marciano Seabra de. *O quê e o porquê da tipicidade tributária*. In RIBEIRO, Ricardo Lodi. ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 72-99.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1. ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. 219p.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 383p.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002. 55.p.

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, 3 (3), p. 107-121, jan/jun. 1995

_____ *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. V.1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354p.

_____ *A inclusão do outro. Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Lyola, 2002. 390p.

_____ *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 220p.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2005. 538p.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. 34p.

_____ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. 576p.

_____ *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. 171p.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 534p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427p.

_____. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 319p.

LAPATZA, José Juan Ferrero. *Norma jurídica y seguridad jurídica*. Revista de Direito Tributário, n. 61. São Paulo: Malheiros, pp. 07-16.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Trad. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001. 40 p.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito* v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 212p.

_____ *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. No prelo. In: *Il Futuro della Costituzione*. Org. ZAGRABELSKY, Gustavo. Torino: Einaudi, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direitos Fundamentais do Contribuinte e a Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Atlas, 2009. 250p.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. 955p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 483p.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 446p.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364p.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 546p.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132p.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 175p.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006. 668p.

NEVES, Marcelo. *Concretização constitucional e controle dos atos municipais*. in *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*.

Coordenadores: Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 568

_____. *A Interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito*. in GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago.(org.). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003-b. 557p.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 354 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?* in SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 67-90.

_____. *Jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coordenador). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004.P. 47-78.

_____. *Devido Processo Legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. 228p.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 319p.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a Desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 152p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 1015p.

SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. in SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 326p.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 538p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 871p.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 576p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. 598p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 378p.

SPAGNOL, Werther Botelho. *As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 158p.

_____ *Curso de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 277p.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 690p.

_____ *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 460p.

VILLEGAS, Hector. *Princípio de seguridad jurídica em la creacion y aplicacion del tributo*. *Revista de Direito Tributário*, n. 66. São Paulo: Malheiros, pp. 07-16.