

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TRIBUTÁRIA: FUNÇÃO POLÍTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL?

Luciana de A. Macieira Bandeira

Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, e mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, assessora jurídica lotada na Seção Judiciária de Pernambuco.

Helio Ourem Campos

Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Estado de Pernambuco. Juiz Federal. Professor Titular da Universidade Católica do Estado de Pernambuco.

Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Procurador Federal.

RESUMO: O estudo procurou identificar a função da Corte Constitucional Brasileira à luz do Direito Comparado, as características do controle de constitucionalidade brasileiro decorrente das convergências dos sistemas do *civil law* e do *common Law*, e como o S.T.F. utiliza a modulação de efeitos de suas declarações de inconstitucionalidade quando se trata de incidência tributária. Foram realizados estudos de caso sobre a incidência da COFINS sobre sociedade de responsabilidade profissional e o *overruling* jurisprudencial no caso do creditamento do IPI decorrente de operações sob alíquota zero. Foi possível comprovar que a atuação do S.T.F. é de criação do direito, exercendo papel político relevante no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS- CHAVE: Corte Constitucional. Modulação da Inconstitucionalidade. Papel político na determinação do termo *a quo* da incidência tributária.

SUMÁRIO: Introdução: a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade tributária: função política da Corte Constitucional? 2. Da função política da Suprema Corte nas decisões de esfera tributária. 2.1 Composição e finalidade da Corte Constitucional - uma visão política ou político-partidária no trato da incidência tributária? 2.2 Do controle de constitucionalidade brasileiro à luz da Lei nº 9.868/99 e as influências do sistema Kelsiano. 2.2.1 Origem: Supremacia e Rigidez Constitucional. 2.2.2 O objeto da inconstitucionalidade: ação ou omissão do Estado. 2.2.3 As inovações trazidas pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99. 3. Dos efeitos da modulação na declaração de inconstitucionalidade na coisa julgada tributária (estudo de caso). 3.1 A revogação da isenção da COFINS sobre prestação de serviços de sociedades profissionais e as ações rescisórias com modulação de efeitos. 3.2 A mudança jurisprudencial do caso dos créditos presumidos do IPI nas operações sob a alíquota zero. 4. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A origem dos sistemas de controle de constitucionalidade da atualidade remontam aos modelos norte-americano e ao modelo europeu inspirado por Kelsen.

Em face da objetivação do controle concreto e da possibilidade de análise da realidade fática na modulação de efeitos do sistema abstrato, muito se tem discutido acerca de eventual convergência dos sistemas.

Há, também, doutrina que aponta para semelhanças e imbricações entre as duas tradições desde a sua origem e atribuem o fato às influências do pensamento kelseniano.

É inconteste que as ações de controle abstrato e concreto têm apresentado, ao longo da história, influências originárias da subjetivação da decisão judicial e do papel político da Corte Constitucional.

Trata-se do fenômeno denominado como concretização normativa do direito segundo a teoria de Friedrich Muller.

O presente *paper* objetiva demonstrar como o controle de constitucionalidade brasileiro traduz a realidade política do país, desmistificando a tecnicidade “pura” da decisão judicial.

O primeiro capítulo abordará a função da Corte Constitucional nos julgamentos de esfera tributária, fazendo um comparativo entre os Tribunais que exercem o controle de constitucionalidade em Portugal, na Alemanha e no Brasil. O segundo capítulo trará o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro com características das doutrinas do *civil law* e do *common law*. O terceiro capítulo é destinado ao estudo de casos de

modulação de efeitos realizada pela Suprema Corte Federal Brasileira no tocante às relações jurídico-tributárias da tributação pela COFINS sobre as sociedades civis profissionais e o *overruling* no creditamento do IPI sobre operações sob alíquota zero.

Não se pretende, neste trabalho, esgotar o tema, mas tão somente lançar uma ideia desafiante de descortinar a subjetividade da decisão judicial de controle de constitucionalidade e suscitar a função política da Corte Constitucional no tocante às relações jurídico-tributárias.

2. DA FUNÇÃO POLÍTICA DA SUPREMA CORTE NAS DECISÕES DE ESFERA TRIBUTÁRIA.

2.1 OMPosição E FINALIDADE DA CORTE CONSTITUCIONAL – UMA VISÃO POLÍTICA OU POLÍTICO-PARTIDÁRIA NO TRATO DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA?

A Corte Constitucional, como órgão que avoca para si a competência exclusiva para tratar do controle de constitucionalidade, foi uma ideia criada por Kelsen e que influenciou a reforma da Constituição da Áustria e, em certa medida, a criação de Cortes Constitucionais na Europa.

A ideia de Kelsen surgiu com uma Corte que desempenhasse o papel de legislador negativo de forma a auxiliar e garantir a manutenção do poder do Parlamento. Deste modo, se a Corte Constitucional constatasse uma inconstitucionalidade, já previa Kelsen o efeito prospectivo para que o Parlamento tivesse chance de editar nova lei antes mesmo da decisão judicial de inconstitucionalidade produzir efeito.

Em contrapartida, de acordo com a realidade histórica da Alemanha, o que se buscou, com a criação da Corte Constitucional, foi evitar arbitrariedades cometidas pela concentração de poder nas mãos do Parlamento. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal foi criado no intuito de se sobrepor ao Poder Legislativo e fazer valer a jurisdição constitucional.

A respeito, cite-se a função do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo Konrad Hesse:

“O Tribunal Constitucional Federal pode, naturalmente, não por iniciativa própria e sempre só controlando, opor-se às decisões do governo e da legislação e sua sentença é vinculativa para os outros poderes. Ele tem, por conseguinte, participação – limitada – na direção do Estado Superior.”¹.

Sobre o princípio de divisão e equilíbrio dos poderes, Konrad Hesse tece críticas à redação da Lei Fundamental Alemã, pois ela não delimita suas características, e, ao contrário, em diversos dispositivos, afronta esse princípio democrático liberal². Contudo, Hesse atenta para o fato de que o Judiciário alemão, em verdade, se sobrepõe ao Legislativo e ao Executivo porque, inobstante não seja detentor “do poder político real”, exerce controle sobre os outros poderes pela força vinculante de suas decisões. Enquanto isso, inexistente previsão de controle sobre o Judiciário pelo Legislativo e Executivo, tampouco recíproco entre estes últimos. Concluiu, então, que se deve impor uma interpretação de divisão de poderes que, apesar de não trazida no texto da Lei fundamental, é dogma anterior à própria Constituição.

Ele esclarece que a Lei Fundamental divide os poderes tão somente quando trata das funções de “estabelecimento de direito, da execução e da jurisdição”. Segundo o autor, a jurisdição constitucional não se confunde com a política, até porque, segundo sua teoria, o Judiciário não exerce o papel de legislador positivo e, sim, desempenha o papel de conservador do direito.³

Hesse afirma que, apesar de as questões políticas permearem a Jurisdição Constitucional, não se trata de uma decisão política, não se afasta a natureza de decisão jurídica com seus limites de competência de conservação da própria Constituição. Mas, também, ele reconhece que o liame divisório fica tênue quando se trata de conceitos abertos e indeterminados. Essa é a teoria aceita e aplicada na Alemanha.

O autor reconhece que a politização da justiça no exercício da jurisdição

¹ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998, p.422.

² Idem.Ibidem, p.366-367.

³ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998, p.412/418.

constitucional, o que a distingue da jurisdição comum, na medida em que envolve temas de efeitos políticos de relevante alcance na sociedade. Contudo, sustenta que a Corte Constitucional Alemã deverá encontrar na racionalização a estabilidade de suas decisões⁴.

“O Tribunal Constitucional Federal pode, naturalmente, não por iniciativa própria e sempre só controlando, opor-se às decisões do governo e da legislação e sua sentença é vinculativa para os outros poderes. Ele tem, por conseguinte, participação – limitada – na direção do Estado superior. Essa situação de fato fundamenta tanto o status especial do Tribunal Constitucional Federal como a configuração especial de seu procedimento.”⁵

Hesse⁶ aduz que não pode o Judiciário dispor de um autocontrole de suas decisões, o que equivaleria ao *self-restraint*. Os limites das decisões estão na sua competência de conservação da Constituição. Se esta for por demais genérica, menor será a atuação do Judiciário que jamais poderá intervir na razoabilidade, conveniência ou justiça das normas originadas pelo Legislativo, este, sim, é que detém ampla atividade conformadora na edição de leis.

Os limites são invariáveis e não rígidos, dependem das características da competência, organização e procedimento do tribunal⁷. (p.424).

Ainda sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional Alemã, cite-se que é a lei processual que determina a sua retroação, mas não há interferência nas relações constituídas até que sobrevenha decisão nova neste sentido.

Cite-se trecho da palestra de Friedrich Muller intitulada “o Significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’⁸ e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão”,

⁴ Idem. Ibidem, p.421-422.

⁵ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998, p.422.

⁶ Idem.Ibidem, p.425.

⁷ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998, p.424.

⁸ MULLER, Friedrich. O Significado Teórico de Constitucionalidade/Inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>. Acesso em 20/12/2012.

em evento promovido pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro em 19/09/2002, traduzida por Peter Naumann:

“Se o Tribunal Constitucional federal opina que a lei examinada viola um direito hierarquicamente superior, ele declara a nulidade (§78 inc.1 do BVerfGG). Essa decisão tem força de lei e produz, em princípio, efeito retroativo (*ex tunc*): todas as sentenças judiciais, decretos-leis e portarias administrativas que no passado foram promulgadas com base na norma nula não possuem mais nenhum fundamento jurídico. O mesmo vale até para eleições realizadas com base em uma lei eleitoral posteriormente sancionada. Só que isso não significa que todos esses atos jurídicos se tornem inválidos *ex post facto*. O que deve acontecer com eles rege-se segundo o direito processual ou procedimental da matéria jurídica afetada.. de resto, continuam vigentes se ninguém inicia uma ação ou toma outra medida judicial qualquer.

(...)

A corte extraiu até do §79 um ‘princípio jurídico universal’, no sentido de ‘que uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, que declara a nulidade de uma prescrição, em princípio não deve produzir efeitos sobre relações jurídicas já processadas, abstraindo da exceção de uma sentença penal transitada em julgado.’”

Ao contrário da teoria da Corte Constitucional Alemã, a Corte Constitucional Portuguesa é flagrantemente um órgão político que, além do controle de constitucionalidade, decide questões governamentais referentes a eleições etc. Sua composição se dá por escolha de membro detentores de mandato, que são eleitos pelo Parlamento que estiver no poder na ocasião, sendo apenas a sua minoria oriunda da magistratura de carreira.

Esse papel político da Jurisdição Constitucional já foi constatado por pesquisa realizada nas decisões proferidas pela Corte Constitucional de Portugal entre os anos de 1983 a 2007, pesquisa publicada em artigo intitulado *Independência Judicial e Grupos Políticos nas Cortes Constitucionais Kelsenianas: O caso de Portugal*.” Essa pesquisa concluiu que existe uma proporção entre as decisões de inconstitucionalidade e

os grupos políticos que indicaram os magistrados para a composição da Corte⁹. Os índices obtidos demonstram que há reflexo direto das linhas partidárias que nomearam os ministros nas respectivas decisões.

Sobre a doutrina portuguesa, vale a pena trazer a lume a orientação de Jorge Miranda, para quem a Jurisdição Constitucional é intrinsecamente política, e vai além da tecnicidade inerente ao magistado de carreira, pois envolve as consequências decorrentes da invalidação da norma nas esferas econômicas, sociais, culturais, financeiras, que extrapolam o limite do jurídico. Segundo essa doutrina:

“O que, todavia, distingue o *acto* praticado pelo tribunal do *acto* praticado pelo órgão político está em que o tribunal somente obedece (deve obedecer) a motivações de índole jurídica e o órgão político age (pode agir) de acordo com critérios extrajurídicos. Logo nunca a aplicação da norma constitucional pelo órgão político de garantia reveste o caráter de sucedâneo do primitivo *acto* normativo, que deveria ser constitucional, como se dá com a aplicação pelo órgão jurisdicional; somente o *acto* de garantia jurisdicional comporta um automatismo jurídico de correção, o Direito violado a restituir-se à sua integridade.”¹⁰.

Na realidade brasileira, a competência do Supremo Tribunal Federal é definida por disposição constitucional constante no art. 102.

Em relação ao controle de constitucionalidade, o inciso I, “a” do mencionado artigo dispõe que cabe ao S.T.F. “processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

A competência de “julgar” dada ao Poder Judiciário pela C.F./88 é parcela da soberania estatal decorrente do sistema tripartite de divisão dos

⁹ GREMBI, Veronica *et al.* *Judicial Independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal*. Arquivo em : http://papers.ssrn.com/paper?abstract_id=1156281. Acesso em 04 de abril de 2012.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996,p.229/230

poderes por ela adotado. Mais especificamente, a competência da Suprema Corte para processar e julgar ações abstratas de inconstitucionalidade decorre do controle recíproco (*“checks and balances”*) estabelecido entre os poderes estatais, para manter a harmonia entre eles e evitar abusos de poder e arbitrariedades em detrimento dos direitos fundamentais.

O julgamento nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) restringem-se ao posicionamento declaratório final do Tribunal a respeito da constitucionalidade ou não do ato normativo questionado em juízo. É a interpretação deduzida da redação do art.97 juntamente com os parágrafos 2º e 3º do art.103 da C.F./88, que usam o termo “declaração” relativamente ao julgamento daquelas ações¹¹.

Verifica-se que, todas as vezes que a Lei Maior se referiu ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, o fez sempre tratando de uma **declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade**. Ainda, definiu no §3º do art.103 que, na ação de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal apreciaria o instituto da “inconstitucionalidade” em si e não seus efeitos.

Acresce-se, ainda, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade encontram-se no bojo da C.F./88, ao estabelecer a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo S.T.F. nas ações declaratórias de constitucionalidade (§2º do art.102), bem como o efeito meramente informativo da declaração de inconstitucionalidade por omissão (§2º do art.103).

Deste modo, se fosse da vontade do Poder constituinte que a competência do S.T.F. para julgar ações de constitucionalidade se estendesse à definição dos efeitos dessa decisão, tê-lo-ia feito expressamente e não tomado para si o encargo.

Analisando o art. 27, à luz desses esclarecimentos, chega-se à conclusão de que a lei nº9.868/99, da qual faz parte, disciplinou matéria de competência

¹¹ Uma vez que a redação do art. 97 encontra-se na nota de rodapé nº40, transcrevo a seguir respectivamente os parágrafos 2º e 3º do art. 103: “**Declarada a inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”; “Quando o Supremo Tribunal Federal **apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo**, citará, previamente, o advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.” (grifo nosso).

constitucional, concedendo poderes ao Supremo Tribunal Federal não previstos na Carta Magna, ampliando sua competência de julgamento.

As normas e princípios constitucionais que regem o Direito pátrio, base de parâmetro de lei ou ato normativo submetido a controle de constitucionalidade, constituem-se como responsáveis pela fixação dos efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade, determinando como se procederá sua eficácia, se *ex nunc*, *ex tunc*, ou *pro futuro*.

Assim, para que uma lei inconstitucional tenha sua validade e eficácia reconhecidas por determinado período, possibilitando até a aplicação superveniente de lei inconstitucional, é preciso que o princípio constitucional da nulidade dos atos inconstitucionais seja derogado por outro princípio ou norma de igual hierarquia.

Conclui-se, portanto, que a faculdade prevista pelo art. 27, para que o S.T.F. imponha restrições aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, caracteriza-se como inclusão na seara constitucional brasileira de uma função político-discricionária da Corte. Deste modo, percebe-se que o Brasil tem criado ferramentas que aproximam o Supremo Tribunal ao modelo de Corte Constitucional proposto por Kelsen. Contudo, com poderes que remontam ao ativismo judicial e vai além do legislador negativo por ele idealizado.

Percebe-se, portanto, uma tendência do sistema constitucional brasileiro de aproximar o STF à Corte Constitucional Política portuguesa, sendo necessária uma análise minuciosa do sistema processual, hoje vigente, que disciplina os efeitos vinculantes dos precedentes constitucionais proferidos pelo STF para a atuação judicante como um todo.

2.2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO À LUZ DA LEI Nº9868/99 E AS INFLUÊNCIAS DO SISTEMA KELSENIANO.

2.2.1 ORIGEM: SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

O princípio da supremacia constitucional decorre da hierarquia das normas já defendida por Kelsen, em que a “lei fundamental” seria pressuposto de validade das demais leis, situando-se no ápice da pirâmide. Daí, entendeu-se que todos os atos normativos que contrariassem a Carta Magna de um Estado seriam tidos por inconstitucionais.

O princípio da supremacia, regulamentado positivamente, pela primeira vez, na Constituição Norte - Americana de 1787, decorreu simplesmente do próprio caráter rígido da Magna Carta, que impediria qualquer mutação ou revogação de seu texto por leis ordinárias. Na prática, a relevância desse princípio teria emergido não de disposições legais, e, sim, da jurisprudência americana, por meio da qual o juiz Marshal proferiu seu voto no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, sustentando a supremacia da norma constitucional em detrimento da lei infraconstitucional, sendo esta última julgada insubsistente, reconhecendo o poder-dever do Judiciário em negar a aplicação das leis inconstitucionais¹².

Surge, então, a ideia de inconstitucionalidade diferenciada daquela de mera ilegalidade, que apenas contraria reflexamente o princípio da hierarquia das leis e não a própria Constituição Federal¹³.

Inicialmente, definiu-se por inconstitucional a lei “incompatível ou inconciliável”, total ou parcialmente, com a Constituição Federal¹⁴. A inconstitucionalidade seria o “conceito de relação”, de caráter normativo e valorativo, entre a Constituição e um ato a ela contraveniente, correspondente a uma ação ou omissão de um dos três órgãos do Estado, descumprindo a norma jurídica prevalecente¹⁵.

A partir de então, emergiram dúvidas e discussões quanto à configuração ou não de inconstitucionalidade quando a incompatibilidade de lei se apresentasse face ao espírito da Constituição, sem que houvesse dispositivo expresse sobre o assunto.

A esse respeito, concluiu Lúcio Bittencourt¹⁶ que, ao buscar o verdadeiro

¹² Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p.46-47.

¹³ Ernani Fidélis dos Santos. O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. *Revista dos Tribunais*, ano 79, vol.661, novembro de 1990, p.28.

¹⁴ C. A. Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.53.

¹⁵ Jorge Miranda *apud* Christina Aires Correa Lima. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.186-187.

¹⁶ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.54-55.

sentido da norma constitucional, analisando seu “espírito”, poder-se-ia entender que determinado dispositivo legal é inconstitucional. Mas, seria duvidoso fazê-lo se inexistisse norma constitucional expressa, supostamente violada, que tratasse da matéria.

Nos Estados Unidos da América, a inconstitucionalidade apareceu como sinônimo de nulidade. A lei ou ato inconstitucional seria inválido, e, portanto, teria seus efeitos cancelados, tornando-se também ineficaz¹⁷.

Todavia, como aponta o artigo intitulado “Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder”¹⁸, já na origem do controle difuso norte-americano, se vislumbrava a possibilidade de modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade a depender das consequências políticas e econômicas. Segundo essa pesquisa, contemporaneamente ao caso paradigma *Marbury versus Madison*, existiram outros precedentes nos quais a inconstitucionalidade foi declarada pelo mesmo juiz Marshal com efeito prospectivo. No Brasil, adotou-se parte do sistema difuso norte-americano (com exceção do *stare decisis*) pela Constituição pátria de 1890. Mas foi o insigne jurista Rui Barbosa que introduziu e consolidou a interpretação do conceito de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico como sinônimo de nulidade.

Em defesa da estabilidade das patentes militares, e da inamovibilidade das funções civis de caráter vitalício, garantidos pela Constituição e violados pelo Poder Executivo, Rui Barbosa sustentou, pela primeira vez no Brasil, que “atos inconstitucionais são atos nulos, de que atos nulos não surtem resultado legal”¹⁹.

Para ele, “toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional”, e acrescenta “toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula”²⁰.

¹⁷ Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p.115-116.

¹⁸ CAMPOS, Hélio Ourem. Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder. Separata da Revista O Direito. Ano 142, V.Almedina, 2010, p.889-1003.

¹⁹ Rui Barbosa. *Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo*. In: Obras Seletas de Rui Barbosa, Trabalhos Jurídicos, vol.XI. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.26.

²⁰ Rui Barbosa. *Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo*. In: Obras Seletas de Rui Barbosa, Trabalhos Jurídicos, vol.XI. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.46 e 50.

Complementa essa visão, a posição de Orlando Bitar²¹ que coloca a nulidade como sanção em potencial que qualifica o ato como inconstitucional e dele faz parte.

Dito entendimento foi consagrado pela doutrina e jurisprudência pátrias, unanimemente, até que, com a adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade, admitindo-se, também, o modelo abstrato austríaco. Mais tarde, sob influência do sistema alemão, essa visão foi sofrendo alterações para se adequar aos casos concretos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a “importação” desse sistema abstrato, a doutrina da nulidade *ex tunc* foi sendo atenuada pelas decisões jurisprudenciais. Como exemplo, destaca-se a criação do “funcionário de fato”, no RE 78.594, relatado pelo Ministro Bilac Pinto, reconhecendo a validade da designação de oficial de justiça com base em lei estadual declarada inconstitucional²².

Percebe-se, aí, a atuação da Corte Constitucional como aquela que decidirá além do positivismo legalista que tão somente aplica a norma, e, a partir de critérios políticos, econômicos, sociais, julga a constitucionalidade e modula seus efeitos para o futuro, preservando relações jurídicas constituídas sob a égide da norma tida como inconstitucional.

Ainda, polêmica de maior monta decorreu das decisões do STF nos recursos extraordinários nº105.789 e nº122.202, nos quais, respectivamente, os ministros relatores, Carlos Madeira e Francisco Rezek, defenderam o princípio da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados contra a nulidade da lei declarada inconstitucional que instituiu seu aumento, sendo este último mantido²³.

²¹ Acrescenta Orlando Bitar: “constitucional será o ato que não incorrer em sanção de nulidade por ter sido criado por *autoridade constitucionalmente competente e sob a forma* que a Constituição prescreve para sua perfeita integração. Inconstitucional será o ato que incorrer nessa sanção precisamente porque assumiu características antinômicas do ato constitucional: incompetência e preterição de forma”. Orlando Bitar. *A lei e a constituição*. In: Obras completas, vol.2. Brasília: Conselho federal de cultura e departamento de assuntos culturais, 1978, p.39.

²² Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.279-280.

²³ LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.199.

Aberto o precedente, seguiram-se reiteradas decisões da Corte Suprema no mesmo sentido, dando ensejo ao crescimento de uma nova concepção pátria de “inconstitucionalidade”, excepcionada com base na teoria da anulabilidade, enunciada por Kelsen como regra²⁴.

Um dos precursores na defesa da tese alemã Kelseniana, no Brasil, foi Gilmar Ferreira Mendes, com a proposta contida no projeto de lei nº2.960/97, que faculta ao STF a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inclusive possibilitando seus efeitos *ex nunc* e *pro futuro*, a fim de reconhecer eficácia e validade a determinada lei inconstitucional, afastando o princípio da nulidade, por razões de “segurança jurídica ou excepcional interesse social”²⁵.

Deste modo, o conceito de inconstitucionalidade apresentar-se-ia dissociado do de nulidade, constituindo este último, juntamente com a anulabilidade, em efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade. Tais institutos de invalidação do ato estariam situados fora do conceito de inconstitucionalidade, possibilitando a declaração desta sem a pronúncia de nulidade. Neste caso, a sanção inerente à inconstitucionalidade consistiria na sua mera retirada do ordenamento jurídico²⁶.

Dita tese foi recepcionada, em nosso ordenamento jurídico, pelo art. 27 da Lei nº 9868/99²⁷, originária do projeto supramencionado, sob o fundamento de que “a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a

²⁴ Para Hans Kelsen, a lei inconstitucional é válida e anulável e nunca nula, tendo em vista a impossibilidade de existir nulidade dentro da ordem jurídica. Assim, a declaração de inconstitucionalidade de lei teria caráter constitutivo e consistiria na revogação daquela. (Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.306-307.).

²⁵ Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p.265.

²⁶ LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.188-189.

²⁷ Dispõe o art. 27 da Lei nº9868/99 : “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.”.

constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.”²⁸ .

Conclui-se, portanto, que, no Brasil, o conceito de inconstitucionalidade consiste na ação ou omissão do Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário), por meio de atos normativos²⁹ ou da ausência deles, infringindo preceitos constitucionais, gerando efeitos de nulidade ou anulabilidade por declaração judicial.

Diante dessa assertiva, mister se faz analisar os elementos do instituto da inconstitucionalidade a fim de melhor compreender sua abrangência.

2.2.2. O OBJETO DA INCONSTITUCIONALIDADE: AÇÃO OU OMISSÃO DO ESTADO.

Como esclarecido no item anterior, a inconstitucionalidade se apresenta por “ação ou omissão dos órgãos do Poder Público”, em desobediência à Constituição.

Qualquer ato administrativo, legislativo ou jurisdicional, oriundos dos três órgãos que compõem o Estado, poderá ferir determinações constitucionais e, portanto, se revestirem de inconstitucionalidade.

Essa característica é típica decorrência da supremacia constitucional, sendo encontrada em todos os meios de controle constitucional existentes no Direito Comparado.

Todavia, o objeto peculiar de fiscalização constitucional refere-se à omissão no exercício das funções estatais. O controle de constitucionalidade sobre a “omissão inconstitucional” é raro, apresentando-se pelo menos em dois sistemas: o português e o brasileiro.

Omissão, aqui significaria a desobediência à obrigação constitucional de se fazer algo no caso concreto, caracterizando-se uma lacuna inconstitucional³⁰. Trata-se, *in casu*, de violação a preceito constitucional determinado, norma individualizada³¹, que dependa de regulamentação.

²⁸ Gilmar Ferreira Mendes. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p.265.

²⁹ Quanto ao Judiciário, considera-se, aqui, a sentença ou acórdão como lei entre as partes.

³⁰ J.J. Gomes Canotilho *apud* Clèmerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.52.

³¹ Regina Maria Nery Ferrari. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4ª edição

Em Portugal, admite-se a omissão tão somente do Poder Legislativo, na elaboração de “medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”³². Constatada a inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, comunica-se ao Legislativo (art.283, °II da Magna Carta portuguesa) para que tome as providências cabíveis. Para Canotilho, trata-se de um verdadeiro “limite material de revisão”³³.

Na proteção constitucional contra possíveis omissões, o Brasil sobressai com grande avanço, ao admitir omissões inconstitucionais em qualquer função do Poder Público (art. 103 da C.F./88).

Na função legislativa, ocorre a omissão inconstitucional quando o legislador, obrigado positivamente pela Constituição, não integra as normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, deixando de elaborar as leis imprescindíveis para fazer valer as disposições da Carta Magna, ou ainda, quando não cumpre outros atos exigidos pela Lei Máxima, como por exemplo, deixar de exercer atos de fiscalização, atos de julgamento e atos de autorização, de aprovação e de fixação, nos termos dos arts. 49, X, 70, 86 e 49 da C.F./88.

Quanto à função administrativa, o Executivo é omissor quando deixa de cumprir sua competência constitucional em expedir regulamentos de exequibilidade de leis integrativas, ou mesmo fique inerte em desobediência à imposição expressa da Constituição.

O Judiciário comete omissão inconstitucional com a “denegação da justiça”, inatividade do próprio S.T.F. como guardião da própria Lei Maior³⁴, por exemplo.

Assim, nota-se que a ação ou omissão inconstitucional desrespeita a Magna Carta de diversas formas e modalidades, a depender da extensão da inconstitucionalidade, além do conteúdo, tipo (normas ou princípios) e da forma que apresenta o preceito constitucional infringido (expresso ou implícito). Por conseguinte, foi dedicado um subitem exclusivo para identificação de algumas espécies de inconstitucionalidade admitidas pelo sistema brasileiro.

revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.224.

³² Art. 283, °I da Constituição portuguesa, transcrito em Gilmar Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.57.

³³ J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.979.

³⁴ FERRARI, Regina Maria Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.219-225.

2.2.3 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ART. 27 DA LEI Nº 9868/99.

Com o advento da Lei nº 9868/99, o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade sofreram algumas modificações.

Dentre as diversas alterações, destaca-se o surpreendente texto contido no art.27, que revolucionou o controle abstrato de constitucionalidade, no Brasil, quebrando o dogma do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Dispõe o mencionado dispositivo: “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.”

Deste modo, fica facultado ao Supremo Tribunal Federal, por razões de “segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ADIN ou ADC, determinando o início de sua eficácia.

Contudo, o legislador pátrio não esclareceu exatamente o alcance dos termos: “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, deixando para a doutrina e jurisprudência a sua delimitação.

Ademais, quanto aos efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade pelo S.T.F., permitiu o legislador não só o efeito *ex nunc*, decorrente da teoria da anulabilidade defendida por Hans Kelsen e adotada pelos sistemas de controle austríaco e alemão, como também o efeito *pro futuro*, admitindo a eficácia por tempo ilimitado de um ato normativo considerado inconstitucional pela própria Corte Suprema.

Quanto ao “*quorum*”, exigido para a determinação desses efeitos, o referido dispositivo legal refere-se à maioria qualificada de apenas dois terços dos membros do Tribunal, contraditoriamente à exigência constitucional da maioria absoluta de seus membros para a própria declaração da inconstitucionalidade, conforme previsto expressamente no art. 97 da Carta Magna.

O instituto da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade foi desenvolvido pela Corte constitucional alemã, sendo

disciplinado no § 31, (2), 2º e 3º períodos e §79, (1) de sua lei jurisprudencial.

Na verdade, tais disposições legais não esclarecem exatamente quando o Tribunal deverá abster-se de pronunciar a nulidade de ato normativo inconstitucional, nem quais seriam os efeitos decorrentes dessa decisão, o que, de certa forma, causa insegurança na doutrina alemã e controvérsias quanto a sua aplicabilidade³⁵.

O fundamento jurisprudencial alemão para a criação dessa técnica processual teve seu ponto de partida nas seguintes problemáticas jurídicas: “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, omissão legislativa e “liberdade de conformação do legislador”³⁶.

A primeira situação se verifica quando, devido à omissão parcial, ou exclusão expressa por parte do legislador, é concedido benefício a um grupo, sem estendê-lo a determinado seguimento, em infringência ao princípio da isonomia³⁷. Na verdade, *in casu*, sendo de direito a aferição da vantagem legal, não surtiria eficácia alguma a declaração de nulidade da norma, que acarretaria efeitos negativos sobre os beneficiados, que também restariam desprovidos de proteção. A melhor solução para o caso em comento seria a inserção dos indivíduos discriminados no grupo de direito, mediante edição de uma nova regra pelo Poder legisferante, e não a supressão do benefício.

Também cabe ao Legislativo a responsabilidade de legislar para a cessação de uma eventual omissão inconstitucional total, traduzida na existência de uma lacuna jurídica decorrente da ausência de complementação do complexo normativo.

O obstáculo que poderia existir à edição dessas leis de restabelecimento da constitucionalidade do ordenamento jurídico, seria a liberdade de conformação do legislador em decidir, discricionariamente, sobre o exercício de sua função legislativa.

A fim de solucionar o referido problema, a declaração de

³⁵ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.61-84.

³⁶ Idem. *Ibidem*, p.66-70.

³⁷ A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano47, nº183, jan/jun 1994, p.57-58.

inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade recomenda e obriga o legislador a providenciar todas as medidas necessárias, inclusive editar novas leis, para a cessação do “estado de inconstitucionalidade”, não permitindo que a discricionariedade legislativa legitime a conservação de uma norma inconstitucional. Essa força impositiva decorre da Constituição alemã, que preceitua a vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais (art.1º, III) e aos princípios nela estabelecidos para a garantia do Estado de Direito (art. 20)³⁸.

Conclui-se que a inaplicabilidade do princípio da nulidade, nos casos de omissão, por si só, não é eficaz, porque a inconstitucionalidade permaneceria, se a sua declaração não significasse também uma ordem ao legislador para agir prontamente no restabelecimento da constitucionalidade, por “colmatação de eventual lacuna” ou supressão do termo de exclusão³⁹.

É notório, portanto, que a funcionabilidade do sistema de controle de constitucionalidade alemão apresenta-se na sua completude com o estabelecimento de uma relação de obediência do órgão estatal infrator à ordem concedida por decisão judicial.

No Brasil, a C.F./88⁴⁰ expressamente proíbe a sobreposição dos Poderes estatais em uma relação de obediência, determinando que o único efeito da declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão seria informar ao órgão infrator da decisão.

Tendo em vista que a ordem constitucional brasileira só pode ser revogada por emenda, a efetividade perquirida pela Lei nº 9868/99, com a aplicação do controle alemão de constitucionalidade no sistema pátrio, restou prejudicada devido à impossibilidade de aplicação do dever imediato de legislar.

Além disso, denota-se, do texto contido no art. 27 daquela lei, que o legislador brasileiro foi além da imaginação de seu antecessor alemão, e, sem justificação plausível, “importou” um sistema estrangeiro de

³⁸ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p. 64.

³⁹ Gilmar Ferreira Mendes. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano47, nº183, jan/jun 1994, p.59-60.

⁴⁰ Preceitua o art. 103, §2º da C.F./88: “...será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias...”

controle de constitucionalidade mutilado, e o aplicou para toda e qualquer declaração abstrata de inconstitucionalidade, não só para os casos de omissão legislativa, criando uma aberração jurídica.

Em relação aos efeitos civis da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o § 31, n°1 e 2 da Lei da Corte constitucional alemã impõe força de lei e efeito vinculante “*erga omnes*” às decisões do Tribunal, inclusive em controle de constitucionalidade, devendo ser obedecidas por todos⁴¹.

Daí decorre, também, o dever de legislar, anteriormente mencionado, que deverá respeitar os limites da irretroatividade aos atos do Poder Público, cuja impugnação tenha precluído.

Inexistindo previsão legal a respeito, a jurisprudência alemã firmou entendimento de que, após a declaração de inconstitucionalidade de lei sem a pronúncia de sua nulidade, o ato normativo inconstitucional não poderia mais ser aplicado por nenhum dos órgãos estatais, salvo se dessa não-aplicação resultasse “vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional”⁴².

De acordo com essa assertiva, conclui-se que, na Alemanha, a autorização para a aplicação superveniente de lei inconstitucional, provisoriamente, até a edição da nova legislação, tem que ser prevista por princípio constitucional de igual hierarquia ao princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Quanto ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o art.27 da Lei n° 9868/99, prevê, por razões de “segurança jurídica e excepcional interesse social”, a determinação discricionária pelo S.T.F. dos efeitos *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que inexistente, no ordenamento jurídico pátrio, definição precisa limítrofe aos princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social, o que ensejaria o perigo de, na prática, serem fundados em qualquer assertiva que possa supostamente legitimar as restrições ao princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Ademais, basta a constatação da suposta presença dos referidos fundamentos permissivos para que seja concedida a faculdade aos ministros da Suprema Corte para decidir, “discricionariamente”, quanto à aplicabilidade superveniente da norma inconstitucional.

⁴¹ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, n°118, abr/jun de 1993, p.73.

⁴² Idem. Ibidem, p.72.

O perigo e a insegurança que poderiam emergir da redação desse dispositivo legal foram previstos pelo próprio Gilmar Mendes que, sob a responsabilidade da elaboração de seu texto, reconheceu a possibilidade tendenciosa da “discricionariedade da sanção”⁴³.

Outrossim, o que tem ocorrido, na prática forense, é que os Tribunais Regionais Federais têm aplicado a “modulação dos efeitos da inconstitucionalidade”, sobretudo em situações de ação rescisória motivada por posterior pronunciamento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pela Suprema Corte.

Resta saber se, neste caso, se trataria de modulação de efeitos em usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ou se seria o exercício do juízo de proporcionalidade e de razoabilidade autorizado a todas as instâncias do Judiciário.

Com base em uma análise em reclamações e medidas cautelares propostas perante a Corte Constitucional Brasileira no tocante à incidência da COFINS sobre sociedades de prestação de serviços sob responsabilidade pessoal, foi possível verificar uma mudança de paradigma.

Há precedentes jurisprudenciais que sustentam que os efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões do Pleno do STF justificariam a pronta relativização e inexigibilidade da coisa julgada. (RCL 6917 MC/PE, julgamento em 09/12/2008, relator: Ministro Joaquim Barbosa; AC 3233 MC / DF, Ministro Marco Aurélio, DJE 23/11/2012)

Em contrapartida, outros pedidos de liminar em reclamações têm sido indeferidos, sob o fundamento de que o Judiciário não estaria usurpando a competência constitucional do Supremo ao dispor sobre os efeitos prospectivos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, e de que não cabe reclamação em face de decisão transitada em julgado, e que qualquer tribunal em controle difuso pode efetuar o *prospective overruling* (Rcl nº11476/CE, julgamento em 07/10/08; RCL nº14789/SC, julgamento em 09/11/2012; voto vista no RE nº594477, julgamento em 9/2/2010; RCL 11476/MC/CE, relator: Ministro Luiz Fux, DJE 11/11/2011).

Ao que parece, a Corte Suprema retomou o entendimento alemão defendido por Friedrich Müller, no qual compete à Corte Constitucional

⁴³ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.80.

decidir na esfera normativa, competindo ao particular propor a ação individual de desconstituição das relações jurídicas.

Nesse caso, compete ao Judiciário, em suas instâncias ordinárias, dispor sobre a prevalência da segurança jurídica em detrimento dos efeitos normativos modulados pela Corte Constitucional.

Sob essa interpretação, seria permitido às Corte Regionais Federais dispor sobre efeitos prospectos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, sem que estivesse, *in casu*, usurpando a competência do STF.

No *prospective overruling*, a atribuição de efeito prospectivo à revogação do precedente afasta a regra geral de retroatividade do *overruling*, em prol da confiança justificada no precedente anterior. Neste caso, o membro do tribunal terá que fundamentar: 1) alteração da realidade social; 2) modificação dos valores; 3) evolução da tecnologia; 4) alternância da concepção geral do direito.

Marinoni⁴⁴ equipara a revogação de decisão de inconstitucionalidade a superação de precedente, ao concluir que há identidade nos motivos para a sua ocorrência (“a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, a evolução da tecnologia e a transformação da concepção jurídica geral acerca de determinada questão.”) e que no controle abstrato de constitucionalidade, “a coisa julgada material proporciona estabilidade à ordem jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e não segurança jurídica às partes.”(...) “Nenhum direito ou vantagem é deferido diretamente a alguma parte.”

Para o autor, portanto, o limite de revogação de decisão de (in) constitucionalidade em controle abstrato é o eventual prejuízo à previsibilidade⁴⁵, o que se resolve pela modulação de efeitos.

A respeito, complementa Misabel Derzi⁴⁶, que os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, sobretudo quando traduzem mudança nos precedentes vinculantes (*overruling*), integram as limitações ao poder de tributar, tendo acrescentado:

“Sempre nos pareceu duvidoso que o Poder Judiciário, como instituição humana, nem superior ou inferior ao Poder Legislativo, em certas circunstâncias não

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.300.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.301.

⁴⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2009, p.XXII.

pu­desse sofrer as limita­ções do tempo. As modifica­ções jurisprudenciais configu­ram exatamen­te o fato que desencadeia tal limita­ção, fundamen­ta­da pelos princípios da irretroati­vidade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.”

Diante dos argumen­tos explanados neste capítulo, torna-se imprescindível a análise da vincula­ti­vidade dos precedentes no ordenamen­to jurídico processual brasileiro, e a possibilidade das Cortes Regionais realizarem *overrruling*.

Para a real compreensão de como o Judiciário brasileiro lida com a modulação de efeitos das declara­ções de inconstitucionalidade tributária, passa-se ao estudo de casos no capítulo seguinte.

3. DOS EFEITOS DA MODULAÇÃO NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA (ESTUDO DE CASO).

3.1 A REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO DA COFINS SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SOCIEDADES PROFISSIONAIS E AS AÇÕES RESCISÓRIAS COM MODULAÇÃO DE EFEITOS.

Como amostra estatística, para avaliar o perfil das decisões judiciais de constitucionalidade, foram analisados os precedentes prolatados pela Corte Suprema que instituíram novo paradigma decisório utilizado pelas Cortes Federais Regionais e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A Lei Complementar nº70/1991, previu, na redação originária do artigo 6º, inciso II, que “são isentas da contribuição as sociedades civis de que trata o art.1º do Decreto-lei nº2.397, de 21 de dezembro de 1987”.

Posteriormente, a lei ordinária nº 9.430/1996 trouxe, em seu art. 56, a revogação da aludida isenção.

A Corte Superior de Justiça, cuja competência, segundo a Constituição Federal, abrange a fixação de interpretação infraconstitucional preva­lente e vinculante aos demais órgãos judicantes, editou a súmula 276, reconhecendo a isenção das sociedades civis de prestação de serviços em relação à contribuição COFINS, independentemente do regime tributário de apuração, se lucro presumido ou lucro real.

Esse precedente jurisprudencial foi seguido incondicionalmente, mesmo após a tentativa do Poder Legislativo de revogação da isenção por

lei ordinária, porque se entendeu que a matéria era afeta exclusivamente à lei complementar.

Contudo, em setembro do ano de 2008, a Corte Suprema, competente para fixar interpretação constitucional vinculativa a todos os órgãos judicantes, proferiu decisão plenária nos autos do recurso extraordinário nº 377.457-3/PR, validando a revogação da isenção da COFINS por reconhecer a matéria de tributação de competência de lei ordinária.

Como consequência, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a súmula 276 por meio da decisão na ação rescisória nº 3.761/PR, prolatada pela Primeira Seção em novembro de 2008.

Foram inúmeras as decisões das Cortes Federais Regionais que apenas reproduziram o precedente do Supremo Tribunal Federal sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, sequer situações em que existiam a coisa julgada reconhecidora da isenção dos contribuintes.

É cediço que o sistema de controle de constitucionalidade pátrio é dotado de força vinculante e *erga omnes*, mas será que essa imposição de paradigma como melhor decisão em última instância sobre matéria constitucional seria a única válida, como defende a teoria de Dworkin? Ou será que é permitido ao magistrado diante das evidências, de sua subjetividade e das oportunidades possíveis exercer o poder criativo para afastar os efeitos desse precedente em determinado caso concreto?

Para testar as hipóteses supra, foram analisados, conforme banco de dados eletrônico dos sites oficiais do Poder Judiciário Federal, todos os acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, e pelos Tribunais Regionais Federais em ações rescisórias e, em data posterior, ao precedente vinculativo do Supremo Tribunal Federal (novembro de 2008).

Os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Regiões, após o precedente da Corte Suprema, decidiram pela inexigibilidade dos acórdãos ainda que transitados em julgado antes da mudança de paradigma, e rescindiram integralmente as decisões anteriores de forma retroativa.

Ressalte-se a visão extremamente legalista dos precedentes supra que tão somente se eximiram de emitir um juízo próprio de valor já que o precedente da Corte Suprema não envolvia o instituto da coisa julgada, nem tão pouco a segurança jurídica e a boa fé dos contribuintes surpreendidos com a mudança repentina de paradigma.

Nesse caso, os magistrados e desembargadores poderiam ter selecionado variações de decisões a partir de possibilidades previstas no próprio sistema, usando fundamentos positivados, tais como a prevalência da coisa julgada, a segurança jurídica, e a boa-fé do contribuinte.

Ao que parece, o comportamento de simples reprodução do precedente da Suprema Corte remonta à ideia de Dworkin, de que a única decisão correta e válida seria aquela prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, incumbindo a este a função judicante de um verdadeiro “Hércules”.

Mas não seria um caso complexo a situação dos contribuintes isentos da COFINS por decisão anterior transitada em julgado? Envolvem-se, aqui, discussões acerca de tensões de princípios e regras na qual poderia o magistrado utilizar seu poder criativo, ainda que limitado ao direito pré-existente, como defende a teoria da integridade do direito?

Note-se que, no caso em apreço, a retroatividade dos efeitos da decisão de constitucionalidade do STF e o cancelamento da súmula 276 do STJ significou um aumento significativo de receita para os cofres públicos, uma vez que todas as sociedades civis de prestação de serviços legalmente habilitadas passaram a ter tributadas pela COFINS o seu faturamento, retroativamente pelo período de 05 (cinco) anos.

Em contrapartida, caso fosse afastado o efeito do precedente decisório constitucional, a União deixaria de receber tal receita para incremento de seu orçamento, o que poderia causar insegurança a investidores do mercado estrangeiro.

Os outros 10% dos acórdãos pesquisados foram prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que inovou com o *prospective overruling* e levou em consideração peculiaridades do caso concreto, ponderando os efeitos vinculativos da decisão da Suprema Corte (AR5471/PE e AR 6025/CE).

Verificou-se, portanto, que fatores externos, indeterminados influenciaram a decisão dos desembargadores federais da quinta região e obviamente alteraram a sua subjetividade e a escolhas das oportunidades possíveis que integram o próprio direito reconhecido também nos princípios, sobretudo na proporcionalidade da medida judicial punitiva, da não surpresa para o contribuinte.

Nesse precedente, ficaram evidentes as implicações sociais que envolveram a tomada de decisão dos julgadores. É a influência determinante

do meio ambiente e das inclinações pessoais dos julgadores.

Mas, ao que parece, há divergências de interpretações deste mesmo direito que justificou validamente o precedente do Tribunal da 5ª Região.

Confirma-se, portanto, que a decisão jurídica como construção humana, nos remete a divergências interpretativas ora de natureza legalista e desinteressada, ora com conteúdo social e com particularidades subjetivas. Ora com alternativas solucionadoras, encontradas dentro do sistema, ora com interesses externos motivadores pela política, que inclusive define a composição da Corte Suprema de julgamento (ministros escolhidos presidente da República) e das Cortes Regionais Federais (desembargadores federais escolhidos pela presidência da República).

Nesse ponto, deve-se partir do caso concreto para saber qual a melhor decisão para aplicação do direito, e, ainda assim, a análise quanto a sua justiça dependerá do ponto de vista, dos interesses e desejos do observador-julgador e das pressões externas por ele sofridas.

3.2 A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL DO CASO DOS CRÉDITOS PRESUMIDOS DO IPI NAS OPERAÇÕES SOB A ALÍQUOTA ZERO.

Esse estudo de caso foi extraído da tese de Mizabel Derzi que discorre acerca da irretroatividade do *overruling* em matéria tributária.

Os dispositivos constitucionais reinterpretados de forma inovadora pela Corte Constitucional no Recurso Extraordinário nº370.682-9/SC correspondem ao art.153, inciso IV, §3º, incisos I e II e art.150, §6º.

Havia entendimento jurisprudencial pacífico de que, diferentemente do ICMS, a não cumulatividade do IPI permitia o reconhecimento de créditos presumidos para as operações com isenção. Era uma prática anterior à Constituição Federal de 1988, mas que a União admitiu a sua extensão mesmo após a nova Carta Magna, estendendo o raciocínio para as operações isentas com PIS e COFINS, que detém uma não-cumulatividade infralegal.

Contudo, a tese do Fisco não aceitou a tese de creditamento nas hipóteses de operações com alíquota zero ou não tributadas, o que provocou a mudança do precedente vinculativo.

O próprio fundamento do voto do Ministro Eros Grau nos autos do Recurso Extraordinário nº370.682-9/SC, traz a motivação nos valores econômicos e políticos envolvidos na lide:

“Ora, se o resultado desse pleito judicial é adverso ao agente econômico, evidentemente será ele responsável pelos efeitos desse resultado. Não é possível atribuímos ao Estado (*rectius*, à sociedade) essa responsabilidade. Fazê-lo, equivaleria a instituímos o capitalismo sem as incertezas inerentes às decisões de produção e de investimento, o capitalismo sem riscos, sem o salto no escuro.”

Inicialmente, o Pleno do STF havia pacificado através dos recursos extraordinários nº212.484/RS, nº350.446/PR e nº353.668/PR que o creditamento do IPI pela aquisição de matérias-primas e insumos tanto ocorreria quando essas operações estivessem sob a alíquota zero quanto nas hipóteses de isenção, afastando a vedação constitucional que seria exclusiva do ICMS (art.155, §2º, II, a da C.F./88).

Posteriormente, o STF revogou o precedente anterior e, nos autos do Recurso Extraordinário nº370.682-9/SC, concluíram que o princípio da não cumulatividade do IPI não autoriza o creditamento nas operações não tributadas ou sujeitas à alíquota zero.

Inobstante o novo precedente vinculativo ter rejeitado expressamente a modulação de efeitos prospectivos no controle de constitucionalidade do plenário da Corte Constitucional, foi ressalvada, em alguns votos, a possibilidade de restrição na aplicação do precedente mediante decisão das Cortes Ordinárias nos casos concretos *sub judice*. Inclusive a justificativa para não ter havido a modulação de efeitos pelo STF se deu em decorrência da informação prestada pela Fazenda Nacional acerca da inexistência de trânsito em julgado das decisões que reconheceram o direito ao creditamento também nas operações sob a alíquota zero.

Nesse ponto, vale a pena transcrever trecho dos votos citados na obra de Mizabel Derzi⁴⁷:

“poderia a Corte, existentes os requisitos para isso, em sede de processo subjetivo *inter partes*, modular, reduzir ou restringir os efeitos da sentença por ela proferida. ‘

⁴⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de tributar. São Paulo: Noeses,2009, p.302.

Senhora Presidenta, se Vossa Excelência me permitir, nesta primeira parte, concludo pela possibilidade de modulação dos efeitos nos processos de natureza subjetiva (Min. Ricardo Lewandowski). Em seguida, em intervenção, assim se pronuncia o Min. Marco Aurélio: Mas é justamente a preliminar que eu colocaria. A questão levantada pelo Ministro Lewandowski, de admissibilidade ou não da modulação do processo subjetivo, penso que está pacificada. O Tribunal admite essa modulação'. (...) 'Hoje, em tempos de repercussão geral em recurso extraordinário que, por definição, é só constitucional, não sejamos tão peremptórios'.

Constata-se, portanto, que a própria Corte Constitucional ao dispor sobre seu papel político na sociedade, sobretudo na criação de paradigmas vinculantes da jurisprudência ressalva a segurança jurídica albergada pela coisa julgada e a competência das Cortes Ordinárias a dispor acerca dos casos concretos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade do Supremo.

4. CONCLUSÃO

O presente *paper* demonstrou a evolução histórica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, buscando as características originadas nos sistemas do *civil law* e do *common law*, suas diferenças e convergências, objetivando comprovar mediante a doutrina e estudos de caso o papel político desempenhado pela Corte Constitucional pátria.

O primeiro capítulo abordou a função da Corte Constitucional nos julgamentos de esfera tributária, fazendo um comparativo entre os Tribunais que exercem o controle de constitucionalidade em Portugal, na Alemanha, e no Brasil. O segundo capítulo trouxe o sistema de controle de constitucionalidade com características das doutrinas do *civil law* e do *common law*, suas diferenças e convergências, e a atual sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro sobretudo quando se trata de arrecadação de receitas tributárias. O terceiro capítulo tratou de estudo de casos de modulação de efeitos realizada pela Suprema Corte Federal Brasileira no tocante às relações jurídico-tributárias.

A Corte Constitucional, como órgão que avoca para si a competência exclusiva para tratar do controle de constitucionalidade foi uma ideia criada por Kelsen e que influenciou a reforma da Constituição da Áustria e, em certa medida, a criação de Cortes Constitucionais na Europa.

A ideia de Kelsen surgiu com uma Corte que desempenhasse o papel de legislador negativo de forma a auxiliar e garantir a manutenção do poder do Parlamento. Deste modo, se a Corte Constitucional constataste uma inconstitucionalidade, já previa Kelsen o efeito prospectivo para que o Parlamento tivesse chance de editar nova lei antes mesmo da decisão judicial de inconstitucionalidade produzir efeito.

Em contrapartida, de acordo com a realidade histórica da Alemanha, o que se buscou com a criação da Corte Constitucional foi evitar arbitrariedades cometidas pela concentração de poder nas mãos do Parlamento. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal foi criado no intuito de se sobrepor ao Poder Legislativo e fazer valer a jurisdição constitucional.

Há o reconhecimento tanto na doutrina quanto nos precedentes do Supremo Tribunal Federal de que há certa politização da justiça no exercício da Jurisdição Constitucional, o que a distingue da Jurisdição Comum na medida em que envolve temas de efeitos políticos de relevante alcance na sociedade.

A Corte Constitucional Portuguesa, por exemplo, é reconhecidamente um órgão político que, além do controle de constitucionalidade, decide questões governamentais referentes a eleições etc. Sua composição se dá por escolha de membro detentores de mandato, dentre os quais a são eleitos pelo parlamento que estiver no poder na ocasião, sendo apenas a sua minoria oriunda da magistratura de carreira.

Esse papel político da jurisdição constitucional já foi constatado por pesquisa realizada nas decisões proferidas pela Corte Constitucional de Portugal entre os anos de 1983 a 2007, pesquisa publicada em artigo intitulado *Independência Judicial e Grupos Políticos nas Cortes Constitucionais Kelsenianas: O caso de Portugal*.” Essa pesquisa concluiu que existe uma proporção entre as decisões de inconstitucionalidade e os grupos políticos que indicaram os magistrados para a composição da Corte. Os índices obtidos demonstram que há reflexo direto das linhas partidárias que nomearam os ministros nas respectivas decisões.

Na realidade brasileira, a competência de “julgar” dada ao Poder Judiciário pela C.F./88 é parcela da soberania estatal decorrente do sistema

tripartite de divisão dos poderes por ela adotado. Mais especificamente, a competência da Suprema Corte para processar e julgar ações abstratas de inconstitucionalidade decorre do controle recíproco (“*checks and balances*”) estabelecido entre os poderes estatais, para manter a harmonia entre eles e evitar abusos de poder e arbitrariedades em detrimento dos direitos fundamentais.

O julgamento nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) restringem-se ao posicionamento declaratório final do Tribunal a respeito da constitucionalidade ou não do ato normativo questionado em juízo. É a interpretação deduzida da redação do art.97 juntamente com os parágrafos 2º e 3º do art.103 da C.F./88, que usam o termo “declaração” relativamente ao julgamento daquelas ações.

Inobstante a previsão expressa de modulação de efeitos em controle abstrato de constitucionalidade (art.27 da lei nº9868/99), as normas e os princípios constitucionais que regem o Direito pátrio, base de parâmetro de lei ou ato normativo submetido a controle de constitucionalidade, constituem-se como responsáveis pela fixação dos efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade, determinando como se procederá sua eficácia, se *ex nunc*, *ex tunc*, ou *pro futuro*.

Assim, para que uma lei inconstitucional tenha sua validade e eficácia reconhecidas por determinado período, possibilitando até a aplicação superveniente de lei inconstitucional, é preciso que o princípio constitucional da nulidade dos atos inconstitucionais seja derogado por outro princípio ou norma de igual hierarquia.

Conclui-se, portanto, que a faculdade prevista pelo art. 27, para que o S.T.F. imponha restrições aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, caracteriza-se como inclusão na seara constitucional brasileira de uma função político discricionária da Corte. Deste modo, percebeu-se que o Brasil tem criado ferramentas que aproximam o Supremo Tribunal ao modelo de Corte Constitucional proposto por Kelsen. Contudo, com poderes que remontam ao ativismo judicial e vai além do legislador negativo por ele idealizado.

Percebe-se, portanto, uma tendência do sistema constitucional brasileiro de se aproximar o STF à Corte Constitucional Política portuguesa, ao disciplinar os efeitos vinculantes dos precedentes

constitucionais proferidos pelo STF para a atuação judicante como um todo.

Na verdade, tais disposições legais não esclarecem exatamente quando o Tribunal deverá abster-se de pronunciar a nulidade de ato normativo inconstitucional, nem quais seriam os efeitos decorrentes dessa decisão, o que, de certa forma, causa insegurança na doutrina alemã e controvérsias quanto a sua aplicabilidade⁴⁸.

O fundamento jurisprudencial alemão para a criação dessa técnica processual teve seu ponto de partida nas seguintes problemáticas jurídicas: “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, omissão legislativa e “liberdade de conformação do legislador”.

Há precedentes jurisprudenciais que sustentam que os efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões do Pleno do STF justificariam a pronta relativização e inexigibilidade da coisa julgada. (RCL 6917 MC/PE, julgamento em 09/12/2008, relator: Ministro Joaquim Barbosa; AC 3233 MC / DF, Ministro Marco Aurélio, DJE 23/11/2012)

Em contrapartida, outros pedidos de liminar em reclamações têm sido indeferidos, sob o fundamento de que o Judiciário não estaria usurpando a competência constitucional do Supremo ao dispor sobre os efeitos prospectivos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, e de que não cabe reclamação em face de decisão transitada em julgado, e que qualquer tribunal em controle difuso pode efetuar o *prospective overruling* (Rcl nº11476/CE, julgamento em 07/10/08; RCL nº14789/SC, julgamento em 09/11/2012; voto vista no RE nº594477, julgamento em 9/2/2010; RCL 11476/MC/CE, relator: Ministro Luiz Fux, DJE 11/11/2011).

Ao que parece, a Corte Suprema retomou o entendimento alemão defendido por Friedrich Muller, no qual compete à Corte Constitucional decidir na esfera normativa, competindo ao particular propor a ação individual de desconstituição das relações jurídicas.

Nesse caso, compete ao Judiciário, em suas instâncias ordinárias, dispor sobre a prevalência da segurança jurídica em detrimento dos efeitos normativos modulados pela Corte Constitucional.

⁴⁸ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.61-84.

Sob essa interpretação, seria permitido às Corte Regionais Federais dispor sobre efeitos prospectos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, sem que estivesse, no caso, usurpando a competência do STF.

No *prospective overruling*, a atribuição de efeito prospectivo à revogação do precedente afasta a regra geral de retroatividade do *overruling*, em prol da confiança justificada no precedente anterior. Neste caso, o membro do tribunal terá que fundamentar: 1) alteração da realidade social; 2) modificação dos valores; 3) evolução da tecnologia; 4) alternância da concepção geral do direito.

Países do sistema do *civil law* têm inserido a vinculação do precedente como instrumento de segurança jurídica para evitar a diversidade de interpretações de uma mesma norma. Dentre eles, destaque para o Brasil, a Alemanha, Portugal e a Argentina⁴⁹. Por outro lado, os Estados Unidos da América, inobstante ter aderido o sistema do *common law*, têm inúmeros textos legais escritos⁵⁰.

Deste modo, ambos os sistemas têm adotado, como fontes do direito, a lei e a jurisprudência com relevância⁵¹.

A doutrina menciona fatores históricos que provocaram a aproximação dos dois sistemas, tais como o Estado social, o constitucionalismo, os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e abertas, as lides coletivas⁵², que teriam possibilitado que os julgamentos do *civil law* incorporassem o *stare decisis* do *common law*.

Como exemplo disso, o sistema processual brasileiro utiliza o efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores em recursos repetitivos, das decisões da Corte Constitucional em controle concentrado de constitucionalidade, das decisões do pleno do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, do reconhecimento de repercussão

⁴⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.36.

⁵⁰ MERRYMAN apud ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.36.

⁵¹ Idem. *ibidem*.

⁵² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.271.

geral, e da súmula vinculante, e da vinculatividade dos julgados dos Tribunais de Justiça em controle de constitucionalidade estadual.

O Constitucionalismo enfraqueceu a supremacia da lei para possibilitar a sua relativização sob o fundamento a ela superior, o constitucional. A exemplo disso, tem-se a constante relativização da coisa julgada realizada pelo Superior Tribunal de Justiça e sobretudo pela Corte Constitucional Brasileira, que inclusive afastou a súmula 343 quando a matéria lhe for afeta, admitindo a rescisão de decisões ainda quando a jurisprudência se mostrava divergente à época de sua prolação. O poder criativo do Judiciário foi ampliado como no sistema do *common law*.

No Brasil, apesar do controle difuso de constitucionalidade ser exercido por magistrados de carreira, a atuação destes tem sido mitigada com os precedentes vinculativos de recursos repetitivos, as súmulas vinculantes, a modulação de efeitos do controle de constitucionalidade abstrato e os efeitos *erga omnes* dos julgamentos do Pleno da Corte Suprema de Constitucionalidade.

Constata-se, portanto, que as aproximações de institutos do *civil law* e do *common law*, principalmente o uso do *stare decision* adotado pelo Brasil, tem permitido que, mesmo no sistema dualista de jurisdição, a força política da Corte Constitucional prevaleça.

A norma constitucional seria, então, o ponto de partida da decisão segundo complementa Friedrich Müller, a decisão de inconstitucionalidade abrangeria muito além do texto da lei.

Nesse contexto, o modelo de solução proposto por Müller é o de uma nova teoria da norma. A norma produzida por um processo complexo, que vai além do texto da Constituição e das leis em geral.

Segundo a metódica estruturante e concretizadora do direito “o resultado da interpretação de uma norma, constitucional ou não, torna-se conteúdo daquela norma.”⁵³.

Para a real compreensão de como o Judiciário brasileiro lida com a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade tributária, passou-se ao estudo de dois casos: o da COFINS sobre sociedades de advocacia e o do crédito presumido do PIS e COFINS.

Em relação ao crédito presumido do IPI, o Pleno do STF havia pacificado mediante os recursos extraordinários nº212.484/RS, nº350.446/

⁵³ MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PR e nº353.668/PR que o creditamento do IPI pela aquisição de matérias-primas e insumos tanto ocorreria quando essas operações estivessem sob a alíquota zero quanto nas hipóteses de isenção, afastando a vedação constitucional que seria exclusiva do ICMS (art.155, §2º, II, a da C.F./88).

Posteriormente, o STF revogou o precedente anterior e nos autos do Recurso Extraordinário nº370.682-9/SC concluíram que o princípio da não cumulatividade do IPI não autoriza o creditamento nas operações não tributadas ou sujeitas à alíquota zero.

A própria Corte Constitucional ao dispor sobre seu papel político na sociedade, sobretudo na criação de paradigmas vinculantes da jurisprudência ressalva a segurança jurídica albergada pela coisa julgada e a competência das Cortes Ordinárias a dispor acerca dos casos concretos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade do Supremo.

No caso do RE nº377.457-3/PR julgado pelo plenário do STF que motivou e o cancelamento da súmula 276 do STJ, e de forma retroativa determinou a incidência da COFINS e revogou a isenção sobre as sociedades civis de prestação de serviços legalmente habilitadas, promoveu um aumento significativo de receita para os cofres públicos, uma vez que todas as referidas passaram a ter tributado pela COFINS o seu faturamento, retroativamente pelo período de 05 (cinco) anos.

Em contrapartida, caso fosse afastado o efeito do precedente decisório constitucional, a União deixaria de receber tal receita para incremento de seu orçamento, o que poderia causar insegurança a investidores do mercado estrangeiro.

Foram analisados, conforme banco de dados eletrônicos dos sites oficiais do Poder Judiciário Federal, acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, e pelos Tribunais Regionais Federais em ações rescisórias e em data posterior ao aludido precedente constitucional vinculativo do Supremo Tribunal Federal (novembro de 2008).

Os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Regiões, após o precedente da Corte Suprema, decidiram pela inexigibilidade dos acórdãos ainda que transitados em julgado antes da mudança de paradigma, e rescindiram integralmente as decisões anteriores de forma retroativa.

Ressalte-se a visão extremamente legalista dos precedentes supra que tão somente se eximiram de emitir um juízo próprio de valor já que o precedente da Corte Suprema não envolvia o instituto da coisa julgada, nem

tão pouco a segurança jurídica e a boa fé dos contribuintes surpreendidos com a mudança repentina de paradigma.

Ao que parece, o comportamento de simples reprodução do precedente da Suprema Corte remonta à ideia de Dworkin, de que a única decisão correta e válida seria aquela prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, incumbindo a este a função judicante de um verdadeiro “Hércules”.

Os outros 10% dos acórdãos pesquisados foram prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que inovou com o *prospective overruling*, e levou em consideração peculiaridades do caso concreto, ponderando os efeitos vinculativos da decisão da Suprema Corte (AR5471/PE e AR 6025/CE).

Verificou-se, portanto, que fatores externos, indeterminados influenciaram a decisão dos desembargadores federais da quinta região e obviamente alteraram a sua subjetividade e a escolhas das oportunidades possíveis que integram o próprio direito reconhecido também nos princípios, sobretudo na proporcionalidade da medida judicial punitiva, da não surpresa para o contribuinte.

Nesses precedentes, ficaram evidentes as implicações sociais que envolveram a tomada de decisão dos julgadores. É a influência determinante do meio ambiente e das inclinações pessoais dos julgadores.

Confirma-se, portanto, que a decisão jurídica como construção humana, nos remete a divergências interpretativas ora de natureza legalista e desinteressada, ora com conteúdo social e com particularidades subjetivas. Ora com alternativas solucionadoras, encontradas dentro do sistema, ora com interesses externos motivadores pela política.

Com a presente pesquisa foi possível comprovar que a atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja composição se dá por livre escolha do Chefe do Poder Executivo, decorre não apenas da aplicação, mas, principalmente, da criação do direito como verdadeira Corte Constitucional, exercendo papel político relevante no Estado Democrático de Direito.

Contudo, percebe-se que a atuação do STF se dá no âmbito normativo, com efeito *erga omnes* vinculativo às demais instâncias do Judiciário. Todavia, fica resguardada a competência jurisdicional ordinária para a desconstituição das relações jurídicas albergadas pelo manto da coisa julgada, cuja relativização poderá ter seus efeitos igualmente modulados pelo Judiciário comum, em prevalência dos princípios constitucionais da boa-fé, da não surpresa e da segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA.

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para um teoria da dogmática jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal.** Curitiba: Juruá, 2012.
- BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. **In: Obras Seletas de Rui Barbosa,** Trabalhos Jurídicos, vol.XI. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.26. BITAR, Orlando. *A lei e a constituição.* In: Obras completas, vol.2. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978.
- BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. **In: Obras Completas,** 2º volume. Belém: Conselho federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- CAMPOS, Hélio Ourem. Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder. **Separata da Revista O Direito.** Ano 142, V. Almedina, 2010, p.889-1003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, p.129.
- _____ **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da**

constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

- _____ Declaração de Inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sobre sua égide. **Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, nº19, vol.5, abr/jun de 1997, p.279-307.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de tributar.** São Paulo: Noeses, 2009.
- Exposição de Motivos nº189, de 7 de abril de 1997, publicada no Diário do senado federal em 24 de fevereiro de 1999.
- FERRARI, Regina Maria Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GREMBI, Veronica *et al.* Judicial Independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal. Arquivo em: http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=1156281. Acesso em 04 de abril de 2012.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. **Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LEAL, Roger Stiefelmann. A Convergência dos sistemas de controle

de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14. n.57. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2006, p.62-81.

- LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.183-208.
- MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano18, vol.123, abril de 1994, p.12.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – *Unvereinbarkeitserklärung* – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.61-84.
- _____ A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano47, nº183, jan/jun 1994, p.40-73.
- _____ **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____ **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____ A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte constitucional alemã. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano I, nº4, jul/set/1993, p.7-29.
- MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da**

Inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

- _____ . **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t.VI.
- MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Maxlimonad, 1998.
- _____ . **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____ . O Significado Teórico de Constitucionalidade/ Inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>. Acesso em 20/12/2012.
- PRAZERES, José Ribamar Sanches. **Lei nº 9868/99: a inconstitucionalidade interrompida.** Arquivo em: http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/a_inconstitucionalidade_interrompida. Acesso em: 22 de fevereiro de 2001.
- SANTOS, Ernani Fidélis. O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. **Revista dos Tribunais**, ano 79, vol.661, novembro de 1990, p.25-36.