

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri,
Paulo Celso Bergstrom Bonilha e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

24



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

O Consequencialismo e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal

Ricardo Lobo Torres

Professor Titular de Direito Financeiro na UERJ.

Resumo

Este artigo analisa a teoria do consequencialismo no controle de constitucionalidade. O autor expõe o consequencialismo em relação aos diversos sistemas de controle de constitucionalidade, como o americano, austríaco, alemão, espanhol e português. Enfrenta, ainda, o consequencialismo no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Testa, afinal, o consequencialismo diante de questões de política fiscal e tributação.

Abstract

This paper analyzes the theory of Legal Reasoning in the constitutional control system. The author exposes the Legal Reasoning in many constitutional control systems like the American, Austrian, German, Spanish and Portuguese. Explores also the Legal Reasoning in the Brazilian constitutional control system. The author tests finally the Legal Reasoning towards some fiscal policy and taxation issues.

I. Consequencialismo

1. Conceito

O argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial - boas ou más - no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais - prejudiciais ou favoráveis à sociedade - devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias.

Depende, portanto, da permanente tensão entre valores e princípios, de um lado, e faticidade, do outro.¹ É fruto da jurisprudência dos princípios.²

O consequencialismo aparece com a pluralidade e a concorrência dos argumentos utilizados pelo juiz em determinado caso. Não constitui posição teórica apriorística e permanente do intérprete, a não ser no positivismo utilitarista e no

¹ Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp. 90 e ss.) observa que os *goals* são afirmados a partir de *principle* ou de *policy*.

² Até mesmo o positivismo inclusivista vem aceitando a presença dos valores no argumento consequencialista. Neil MacCormick (*Rhetoric and the Rule of Law. Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford, 2005, p. 114), depois de defender a ideia de valores implícitos na lei, anota que as decisões devem procurar sempre os princípios de Ulpiano: “honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”.

institucionalismo³ mais arraigados. Adverte Santiago Nino que o consequencialismo “não pode ser uma teoria moral adequada”.⁴

O consequencialismo, na verdade, é um dos *tipos possíveis de argumentação jurídica*, ao lado da equidade, da praticidade, da justiça, da segurança e de outros modelos.⁵ A sua hierarquização depende das próprias prioridades estabelecidas pela metodologia jurídica. Kaufmann opta pela regra de prioridade de Rawls, alicerçada no princípio da diferença, que privilegia as pessoas situadas na camada mais carente da sociedade,⁶ e que transforma no melhor argumento a proteção da minoria na sua segurança existencial, os direitos fundamentais e as liberdades básicas. O consequencialismo se fortalece no plano da argumentação jurídica quando sinaliza no sentido da proteção dos direitos fundamentais e, entre estes, do mínimo existencial, que constitui o conteúdo essencial irreduzível e intangível da dignidade humana.⁷ O consequencialismo apoiado em argumentos insuscetíveis de universalização não se sustenta.

2. Fundamentos

O consequencialismo encontra alguns dos seus fundamentos no próprio sistema jurídico: está ligado ao Estado Ponderador e se baseia nos valores e princípios.

2.1. Estado ponderador

O Estado Democrático de Direito dos nossos dias vai se caracterizando como Estado Ponderador.⁸ É o Estado da Sociedade de Risco, que pondera permanentemente entre valores e princípios jurídicos, seja no momento da legitimação do ordenamento, seja no da aplicação do direito, inclusive na via da judicialização das

³ Cf. ÁVILA, Humberto. “Argumentação Jurídica e Imunidade do Livro Eletrônico”. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Temas de Interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132: “Os argumentos não-institucionais não fazem referências aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos. As consequências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo enquadram-se aqui”. Cf., também, ARGUELHES, Diego Werneck. “Argumentos Consequencialistas e Estado de Direito: Subsídios para uma Compatibilização”. www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais. Acesso em 16 de novembro de 2007; e VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 5: “os juízes devem interpretar os textos legais de acordo com as regras cuja observância produz as melhores consequências para todos”.

⁴ *Derecho, Moral y Política*. Buenos Aires: Gedisa, 2007, p. 52: “Em resumo, o consequencialismo ou bem é escravo da moral positiva por aberrante que ele seja, ou se transforma em uma posição deontológica, ou é circular, ou tem consequências altamente contraintuitivas”. No mesmo sentido: SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 91, ao defender que o argumento consequencialista “pode ser empregado de modo proveitoso mesmo quanto o consequencialismo propriamente dito não é aceito”.

⁵ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*. München: C. H. Beck, 1999, p. 94.

⁶ *Op. cit.*, p. 98.

⁷ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 149.

⁸ A expressão é de Walter Leisner: *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 61.

políticas públicas.⁹ A utilização do argumento consequencialista deve se reconduzir sempre ao Estado de Direito (= Estado Ponderador), ao seu sistema jurídico e à separação de poderes.¹⁰

O argumento consequencialista não se isola das fontes jurídicas. Não se transforma em economicismo. A lei nem sempre produz o resultado almejado pelo legislador democrático: em razão da ambivalência e da insegurança típicas da sociedade de risco, há uma distribuição não só de benefícios, como se pretendia ao tempo do Estado de Bem-estar Social, mas também de malefícios.¹¹ O trabalho do juiz será, então, o de complementar e integrar o ordenamento, recorrendo ao raciocínio de custo/benefício ou de ponderação de políticas. Isensee anota que a ambivalência dos atos administrativos é comparável à ambivalência dos direitos fundamentais,¹² que passam a requerer simultaneamente a proteção estatal correspondente ao *status-positivus* do direito fundamental à segurança (*status-positivus-Grundrecht auf Sicherheit*) e ao *status-negativus* do direito fundamental à segurança jurídica (*status-negativus-Grundrecht auf Sicherheit*), muitas vezes contraditórios.¹³ O importante é não perder de vista que o consequencialismo, embora não abandone a sua base institucional, a ela não se reduz, como pensam os autores conceptualistas e institucionalistas.¹⁴

O *argumentum ad consequentiam*, se exacerbado, leva à falácia,¹⁵ como acontece no exagero na alegação do risco de esgotamento de recursos públicos para o atendimento de condenações judiciais.

2.2. Valores e princípios jurídicos

O consequencialismo está ligado ao Estado Ponderador porque, repetindo, depende da ponderação entre princípios. As regras jurídicas, que se aplicam por subsunção, não se abrem para a argumentação consequencialista, salvo nos caos de normas de validação finalista.

Explica Larenz que no Direito privado o juiz deve evitar as decisões consequencialistas, pois os tribunais não estão em condições de visualizar todas as con-

⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Um Olhar Jurídico-constitucional sobre a Judicialização da Política”. *Revista de Direito Administrativo* 245:90, que fala “no ativismo político judicial no estado ponderador”.

¹⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil* (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 19.

¹¹ O sociólogo Ulrich Beck (“A Reinvenção da Política: Rumo a uma Teoria da Modernização Reflexiva”. In: GIDDENS, A., __. E LASH, S. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1997, p. 42): “Administração de todos os níveis vê-se em confronto com o fato de que o que planejam ser um benefício para todos é percebido como uma praga por alguns e sofre a sua oposição. Por isso tanto eles quanto os especialistas em instalações industriais e os institutos de pesquisa perderam sua orientação. Estão convencidos de que elaboraram esses planos ‘racionalmente’, com o máximo do seu conhecimento e de suas habilidades, considerando o ‘em público’. Nisso, no entanto, eles descaram a ambivalência envolvida. Lutam contra a ambivalência com os velhos meios de não-ambiguidade.”

¹² *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaats*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983.

¹³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁴ Vide nota 3.

¹⁵ EEMEREN, Frans H. et al (ed.). *Fundamentals of Argumentation Theory. A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Development*. New Jersey: Laurence Erlbaum Associates, 1996, p. 69.

sequências do julgado no mundo prático. Nas decisões no plano do Direito Constitucional, todavia, deve prevalecer o argumento de consequência quando houver princípios de grande alcance econômico ou social, centrados na ideia de bem comum.¹⁶

3. Estrutura Normativa

O consequencialismo depende também da estrutura normativa em que se baseia a decisão judicial.

É incompatível com as normas de *validação condicional*, que são as que se fundam no raciocínio causalista: se x ... então y. O consequencialismo não se confunde com o causalismo, sociológico ou historicista.

Mas se desenvolve a partir das normas de *validação finalista*, que se abrem para a prognose e a determinação de finalidades. A sua estrutura normativa se baseia em raciocínio de “ou ... ou”, “mais ou menos”, “tanto... quanto melhor” etc.¹⁷ Ainda no caso de a consequência jurídica (*Rechtsfolge*) não explicitar todas as possibilidades da norma, o intérprete está autorizado a buscá-las por analogia e equidade, no suporte fático da norma (*Tatbestand*), quando nele houver a ponderação.¹⁸

O Direito Tributário, em larga faixa de sua competência, incide sobre normas de validação finalística. Assim acontece com as contribuições sociais e econômicas, que têm a destinação dos seus recursos vinculada a determinados fins¹⁹ e os impostos sobre circulação de bens, que incidem também em razão do destino da mercadoria previamente indicado na consequência da regra jurídica.²⁰

II. O Consequencialismo no Controle da Constitucionalidade

4. Os Sistemas de Eficácia da Declaração de Inconstitucionalidade

O consequencialismo nos interessa aqui pelas suas relações com a problemática da eficácia temporal da declaração judicial de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade conhece dois sistemas que se distinguem pela influência do consequencialismo: o americano, de eficácia *ex tunc*, infeno ao consequencialismo, e o austríaco, com a sua eficácia *ex nunc*, sensível ao argumento de consequência.

4.1. O sistema americano

4.1.1. Eficácia ex tunc

A Constituição americana não contém dispositivos sobre a *judicial review*. O controle jurisdicional da constitucionalidade da lei é de construção doutrinária e

¹⁶ *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1991, pp. 504 e 505.

¹⁷ Cf. MICHAEL, Lothar. “Methodenfragen der Abwägungslehre. Eine Problematik in Lichte von Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik”. In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Band 48*: 169-170, 2000; LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgerwägungen in der Juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?* Freiburg: Karl Alber, 1981, p. 36.

¹⁸ Cf. KRIELE, Martin. “Die Stadien der Rechtsgewinnung”. In: DREIER, Ralf/SCHWEGMANN, Friedrich (hrsg.). *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 1976, p. 245.

¹⁹ Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma Figura “sui Generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000.

²⁰ Cf. TIPKE, Klaus. *Das Folgerichtigkeitsgebot im Verbrauch und Verkehrssteuerrecht. Festschrift für W. Reiss*, 2008, pp. 9-24.

pretoriana. A decisão que dá pela inconstitucionalidade da lei produz efeitos apenas entre as partes. Mas, pelo princípio do *stare decisis*, da generalização do precedente judicial, a decisão passa a valer *erga omnes*.²¹ Sempre entenderam os constitucionalistas clássicos americanos que a lei inconstitucional é inválida *ab initio*: jamais produziu efeitos, que seriam contrários à norma superior. Cooley²² afirmava que lei inconstitucional (*unconstitutional law*) é um nome errado (*a misnomer*) e implica uma contradição, pois qualquer ato legislativo que se oponha à Constituição não pode ser uma lei (*in fact no law at all*). No sistema americano da *judicial review* a generalização do precedente judicial se dá pelo princípio do *stare decisis* e a declaração de inconstitucionalidade operava *ex tunc*, conforme defendia a doutrina mais antiga.

Mas esse sistema de eficácia declarativa ou *ex tunc* sofreu, com o tempo, ajustes e reinterpretções legais, jurisprudenciais e doutrinárias. De modo que hoje já não é lícito dizer que, tanto nos Estados Unidos, onde se afirmou originalmente, como nos outros países para os quais emigrou, o juízo de inconstitucionalidade volta ao passado em qualquer circunstância.

Cappelletti, em erudito estudo de direito comparado sobre o controle judicial da constitucionalidade,²³ anota que a Corte americana, sob o estímulo crítico do realismo jurídico e interpretando a Constituição como um *living document*, prefere, em matéria civil e administrativa, respeitar certos “efeitos consolidados” (dentre os quais emerge particularmente a autoridade da coisa julgada), produzidos sob a lei declarada contrária à Constituição; e tudo isso em consideração ao fato de que, se assim não fosse, haveria grave repercussão sobre a paz social, que exige um mínimo de certeza e estabilidade nas relações e situações jurídicas.

4.1.2. Tentativas de mudanças nos Estados Unidos em razão do consequencialismo

A questão da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade tem sido profundamente discutida nos últimos anos, mais exatamente a partir da década de 1980, assim pelos tribunais que pela doutrina nos Estados Unidos. O argumento consequencialista torna-se o motor das novas modificações no controle judicial da constitucionalidade.

a) A jurisprudência

No caso *Davis v. Michigan Department of the Treasury*, a Suprema Corte declarou inconstitucional a tributação estadual sobre os benefícios previdenciários pagos pelo governo federal, porque haveria ofensa à imunidade tributária intergovernamental, tendo em vista que idênticos benefícios pagos pelos Estados e suas subdivisões políticas eram isentos.²⁴

²¹ Cf. SHAPIRO, M. & TRESOLINI, R. *American Constitutional Law*. New York: Macmillan, 1975, p. 69.

²² *Treatise on the Constitutional Limitations*. Boston, 1903, p. 5.

²³ *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 115. Cappelletti traz à colação o julgado da Suprema Corte proferido no caso *Chicot Count Drainage District v. Baxter State Bank* (308 U. S. 371, 374-1940): “The past cannot always be erased by a new judicial declaration... These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified.”

²⁴ 489 U. S. 803 (1989).

Pretenderam os contribuintes em outros Estados que adotavam legislação semelhante obter a restituição das importâncias pagas, sob o argumento da retroatividade do julgado proferido em *Davis v. Michigan Department of the Treasury*. A Suprema Corte da Virgínia resolveu denegar a pretensão,²⁵ baseada em precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Chevron Oil Co. v. Huson*),²⁶ que reconheceu a possibilidade de se rejeitar “o efeito retroativo de um novo princípio de direito” (*retroactive effect to a new principle of law*).

Chamada a apreciar a questão, a Suprema Corte americana reformou a decisão do Tribunal da Virgínia, por 7x2,²⁷ para declarar o cabimento da eficácia retroativa do julgado proferido em *Davis v. Michigan Department of the Treasury*²⁸ e, conseqüentemente, o descabimento da invocação da doutrina firmada em *Chevron Oil Co. v. Huson* como paradigma. Prevaleram os seguintes argumentos principais: (a) a irretroatividade proclamada em *Chevron Oil Co. v. Huson* fora fruto do ativismo judicial e não poderia valer como precedente protegido pelo princípio do *stare decisis*, até porque violara os precedentes antes consolidados;²⁹ o pronunciamento judicial não é prospectivo, característica específica da legislação, de modo que inexistente *new rule* com eficácia para o futuro, devendo a decisão atingir as situações pretéritas.³⁰ A juíza O'Connor, voto vencido, admitia que *Davis* anunciara “a new rule of law”, mas entendeu que a sua aplicação retroativa seria “inequitable and unnecessary”³¹ e que caberia aos Estados regular o problema da restituição, inclusive com a apreciação da questão do dano para o Erário, insuscetível de exame pela Suprema Corte.

b) A doutrina

A doutrina americana tem procurado aprofundar o estudo da eficácia no tempo dos julgados sobre a inconstitucionalidade.

²⁵ *Harper v. Virginia Dep't. of Taxation*, 401 S. E. 2d. 868, 873-874 (Va. 1991).

²⁶ 404 U. S. 97 (1989).

²⁷ *Harper v. Virginia Dep't. of Taxation*, 113 S. Ct. 2510, 2517 (1993). Encontra-se na seção “The Supreme Court - Leading Cases” da *Harvard Law Review* 107 (1): 312-322, 1993, ampla descrição dos principais aspectos do julgado.

²⁸ O julgado baseou-se no voto do *Justice Thomas*: “Quando esta Corte aplica uma norma da lei federal às partes, tal norma é a interpretação controladora do direito federal e deve ter pleno efeito retroativo (*full retroactive effect*) em todos os casos ainda sujeitos a revisão e a todos os eventos, independentemente da circunstância de que tais eventos sejam anteriores ou posteriores à publicidade da norma (*regardless of whether such events predate or postdate our announcement of the rule*).”

²⁹ *Justice Scalia* afirmou durante o julgamento que a irretroatividade é “um instrumento prático do ativismo judicial, nascido da desconsideração do *stare decisis*” (*a practical tool of judicial activism, born out of disregard for stare decisis*). E acrescentou: “O voto divergente afirma, com efeito, que o *stare decisis* postula a preservação de métodos de destruir o *stare decisis* recentemente inventado com a violação do *stare decisis* (“The dissent is saying, in effect, that *stare decisis* demands the preservation of methods of destroying *stare decisis* recently invented in violation of *stare decisis*”)” (*Harper v. Virginia Dep't of Taxation*, 113 S. Ct. 2.522, 1993).

³⁰ Colhem-se ainda no voto do juiz *Scalia* as seguintes afirmativas: “A decisão prospectiva é serva do ativismo judicial e inimiga de nascença do *stare decisis* (*born enemy of stare decisis*). A doutrina verdadeiramente tradicional é a de que a decisão prospectiva é incompatível com o poder judicial, e que as cortes não têm autoridade para aderir a sua prática.”

³¹ *Harper v. Virginia Dep't of Taxation*, 113 S. Ct. 2.531-36, 1993.

A decisão proferida no caso *Harper v. Virginia Dep't of Taxation*, acima referida, foi objeto de severa crítica por parte de Morton J. Horwitz, que denunciou a insistência da Suprema Corte “em restaurar a mais tradicional forma de ortodoxia da *common law* em reação a sua própria crise de legitimidade”.³² Acusou a Corte de Rehnquist, que modificou a doutrina da irretroatividade proclamada pela Corte de Warren, de haver adotado a posição paradoxal de reformar décadas de precedentes para restaurar a norma do *stare decisis*, com o que negou que o direito muda e que “as suas decisões podem ser ‘novas’ para o propósito de aplicação justa” (*That its decisions could be “new” for the purposes of fair application*).³³

A doutrina americana vinha se manifestando no sentido de que a decisão judicial que trouxesse novidade não deveria ter eficácia retro-operante.³⁴ Em primeiro lugar, porque não seria equitativo que a decisão inesperada, que introduziu direito novo, anulasse relações pretéritas livremente estabelecidas sob a égide da legislação que não se encontrava sob a suspeita de ilegitimidade constitucional. Depois, porque o objetivo da eficácia retroativa é proteger o cidadão contra a reiteração de práticas inconstitucionais, o que não ocorreria no caso de “new law”. Terceiro, porque a decisão judicial, por inesperada, implica sobrecarga para o Tesouro Público, inclusive por falta de previsão orçamentária, problema que se tornou particularmente grave com a extensão da decisão proferida em *Davis* a outros 23 Estados que adotaram legislação semelhante.³⁵

c) A legislação

Os Estados-membros resistiram à extensão do julgado proferido contra Michigan no caso *Davis* e à sua aplicação retroativa. Fizeram aprovar diversas leis - aproveitando as brechas e a reserva de competência que lhes foi assegurada no caso *Harper v. Virginia Dep't of Taxation* - que, entre outras, trouxeram as seguintes medidas: (a) diminuição do prazo de prescrição para repetir o indébito; (b) novos critérios para determinar o dano ao tesouro que possa inviabilizar o remédio; e (c) exigência de que o contribuinte haja, antes da decisão declaratória da inconstitucionalidade, ajuizado ação contra a cobrança, o que esvaziaria o argumento da “unexpectedness of the decision invalidating the tax”.³⁶

³² “The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism”. *Harvard Law Review* 107 (1):93, 1993.

³³ *Ibidem*, p. 96.

³⁴ O conceito, extremamente ambíguo, de *new law* recebeu o seguinte esclarecimento de FALLON, Richard H. & MELTZER, Daniel J. “New Law, Non-Retroativity and Constitutional Remedies”. *Harvard Law Review* 104 (8):1763, 1991: “Normas legais e princípios são novos na medida em que, *ex ante*, o seu reconhecimento como válida (*authoritative*) possa ter sido visto como relativamente improvável por advogados competentes (*as relatively unlikely by competent lawyers*).”

³⁵ *Ibidem*, p. 1.831; M. HORWITZ, *op. cit.*, p. 96. WOLCHER, Louis E. “Sovereign Immunity and the Supremacy Clause: Damages Against States in their Own Courts for Constitutional Violations”. *California Law Review* 69:312, 1981: “Há alguns tipos de violações constitucionais em que a responsabilidade estatal pelo dano não seria apropriada porque o impacto potencial sobre o tesouro estatal é grande e o grau de previsibilidade e de evasão, e consequentemente a probabilidade de intimidação, é pequeno (‘There may be some types of constitutional violations where state damage liability would be inappropriate because the potential impact of the state treasury is large and the degree of predictability and avoidance, and hence the likelihood of deterrence, is small’).”

³⁶ Para o completo retrospecto do desenvolvimento das legislações estaduais: “The Supreme Court Leading Cases”. *Harvard Law Review* 107 (1):319-322, 1993.

4.2. O sistema austríaco

A Áustria, por influência das ideias de Kelsen, adotava o sistema de eficácia *ex nunc*. Declarada a inconstitucionalidade, a lei ficará sem efeito a partir do dia da publicação da decisão da Corte Constitucional ou a partir do prazo fixado na própria decisão, não excedente de seis meses (art. 140, parágrafo 3º, da Constituição).

Kelsen, em trabalho antigo,³⁷ de comentário à Constituição, explicava que aquele sistema introduzia a anulação (*Aufhebung*) da lei inconstitucional, sem eficácia retro-operante para os casos pendentes. Apresentava, também, a vantagem de evitar o vácuo (*Vakuum*) normativo, pois havia prazo para que o Legislativo substituísse a lei inconstitucional.

Na mesma medida em que o sistema americano, de eficácia *ex tunc*, passou a admitir temperamentos, para resguardar certas situações eficazes sob o império da lei declarada inconstitucional, o sistema austríaco, de eficácia *ex nunc*, também sofreu contenções, para proteger a segurança do ordenamento jurídico contra as leis inconstitucionais. O sistema austríaco, reformado em 1929, mitigou a regulamentação de 1920, com reconhecer a possibilidade de aplicar retroativamente a decisão que declara a inconstitucionalidade ao caso concreto que a motivou em via de exceção. E o próprio Kelsen³⁸ introduziu algumas modificações em sua doutrina, para admitir a invalidade da lei *ab initio*, por defeitos relacionados com a sua formação, que não seria uma declaração de nulidade (*Nichtigkeitserklärung*), mas uma anulação com eficácia retroativa (*rückwirkende Vernichtung*).

4.3. Sistemas mistos

Alguns temperamentos foram introduzidos pelas Cortes Superiores e pela doutrina na eficácia temporal da jurisdição constitucional. O radicalismo inicial do sistema americano e do austríaco desaparece, para dar lugar a novas colocações, todas elas preocupadas em preservar os efeitos queridos e produzidos no passado sob a lei posteriormente declarada inconstitucional, o que leva a se falar em um modelo misto,³⁹ que transmigrou para diversos países.

4.3.1. O sistema alemão

A Alemanha Federal adota o sistema americano de eficácia *ex tunc*, com a diferença de que a decisão vale *erga omnes* por dispositivo expresso da própria Constituição.⁴⁰ A competência do Judiciário é para declarar nulo (*für nichtig erklären*) o direito federal (*Bundesrecht*) ou o estadual (*Landesrecht*) no que colidirem com a Constituição.⁴¹ O controle das normas inconstitucionais pode ser abstrato (*abstrakte Normenkontrolle*) e concreto (*konkrete Normenkontrolle*).

³⁷ *Österreichisches Staatsrecht*. Vien: Scientia Verlag Aalen, 1970 (reimpressão da edição de 1923), p. 215.

³⁸ *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1967, p. 282; *General Theory of Law and State*. New York: Russel & Russel, 1961, p. 161.

³⁹ Não interessa, aqui, discutir se o modelo misto tem a sua base no sistema difuso ou concentrado (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. X).

⁴⁰ Cf. arts. 93 e 100 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

⁴¹ Cf. art. 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*), de 3 de fevereiro de 1971.

Na Alemanha, o próprio Direito positivo chamou a si a tarefa de temperar o sistema. A Lei do Tribunal Constitucional, depois de firmar, no art. 78, a competência judicial para declarar a nulidade da lei inconstitucional (*für nichtig erklären*), estabelece a eficácia da decisão através de dois postulados: (a) permite a revisão do processo penal com sentença transitada em julgado (art. 79, 1); e (b) garante, no art. 79, 2, a integridade de qualquer outra sentença irrecorrível, excluindo, a seu respeito, as pretensões à repetição de indébito (*Ansprüche aus Ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen*). A doutrina conciliou a Constituição com a lei complementar, identificando a vitória dos princípios da segurança e da paz jurídica, com a manutenção dos efeitos produzidos no passado⁴² e proclamando a impossibilidade da separação entre validade e eficácia da lei inconstitucional.⁴³

O Código Tributário Alemão prevê (art. 176) que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não pode ser utilizada pelo Fisco para alterar, contra os interesses do contribuinte, um lançamento devidamente notificado; pode ainda o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade sem decretar a invalidade da norma (art. 31, 2, da Lei do Tribunal Constitucional), como aconteceu no discutidíssimo caso do imposto de renda da mulher casada, em que foram considerados insuscetíveis de revisão os lançamentos até então notificados e irrestituíveis os tributos pagos por aproximadamente 10 milhões de contribuintes, sob o argumento consequencialista da necessidade de se evitar a desordem na Administração fiscal e a insegurança nas relações tributárias.⁴⁴

Na Alemanha, a prática do Tribunal Constitucional deu preponderância à declaração de nulidade da lei inconstitucional, reduzindo os casos de mera declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. A própria doutrina se pôs em consonância com essa orientação, por ser extremamente ambígua a redação do art. 31 da Lei sobre o Tribunal Constitucional e por não haver critério seguro para indicar a conveniência das decisões com eficácia *ex nunc*.⁴⁵

4.3.2. O sistema italiano

Também a Itália se filia ao sistema americano. O art. 136 da Constituição estabelece que “quando o Tribunal Constitucional declara (*dichiara*) a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma cessará de ter eficácia desde o dia seguinte ao da publicação da decisão”. Enrico Tullio Liebman,⁴⁶ partindo até mesmo de uma interpretação literal do texto da Consti-

⁴² SCHMITT, Carl. “Das Reichsgericht als Hüter des Verfassung”. In: __. *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlin: Duncker und Humblot, 1958, p. 107; FRIESENHANN, Ernst. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*. Köln, 1963, p. 59; BACHOF, Otto. *Wege zum Rechtsstaat*. Königstein: Athenäum, 1979, p. 223; MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck, 1980, p. 302.

⁴³ Cf. BÖCKENFÖRDE, Christoph. *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 62.

⁴⁴ Cf. HARTZ, W. Sittlichkeit. “Rechtssicherheit und Gewaltenteilung als Elemente des Rechtsstaats”. *Steuerberter-Jahrbuch* 1.958/59, pp. 95 e ss.

⁴⁵ Cf. VOGEL, Klaus. *Der offene Finanz- und Steuerstaat*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1991, p. 192.

⁴⁶ “Contenuto e Efficacia delle Decisioni della Corte Costituzionale”. *Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei*. V. 3. Padova: Cedam, 1958, p. 416.

tuição, entende que, se a Corte declara (*dichiara*) a ilegitimidade, a decisão é *declarativa*; ademais, uma norma de lei que, por razão formal ou substancial, esteja em contaste com a Constituição, não pode deixar de ser nula (*non puo che essere nulla*).

Mas a própria doutrina diverge sobre a conceituação das características do sistema, que alguns entendem que não seja meramente declarativo.⁴⁷ Ballardore Pallieri⁴⁸ anota inicialmente que repugna à consciência jurídica que a lei solenemente declarada inconstitucional possa se aplicar aos fatos anteriores à declaração judicial; mas entende que, malgrado a pronúncias de inconstitucionalidade, devem ser salvos

“todos os efeitos produzidos anteriormente de modo definitivo: não se poderá requerer a revisão de uma sentença passada em julgado, não se poderá impugnar um ato administrativo contra o qual não seja mais admitido recurso segundo as normas comuns, não se poderá propor uma ação prescrita, não se poderá requerer a modificação de um estado de fato ou de direito a favor do qual tenha ocorrido a prescrição”.

Não obstante as divergências doutrinárias sobre o tema da eficácia declarativa ou constitutiva, há certo consenso, no Direito Tributário, em torno da afirmativa de que devem ser preservados os efeitos do *rapporto esaurito*, embora seja difícil definir com precisão o que seja o *esaurimento di rapporto*: (a) entendem alguns que o simples pagamento esgota as relações, pelo que não cabe a restituição; (b) dizem outros que só a coisa julgada ou o lançamento irrecorrível consubstanciam a exaustão indene à retroeficácia da declaração de inconstitucionalidade; e (c) a Suprema Corte da Itália entende que a definitividade das relações econômicas desenvolvidas de acordo com a lei inconstitucional não pode ser afetada pela anulação *ex tunc*, pois o princípio da capacidade contributiva (art. 53 da Constituição) sobrepõe-se a qualquer justificativa para a restituição.⁴⁹

Na Itália, embora se fizessem ouvir algumas vozes favoráveis à ampliação do quadro da eficácia *ex tunc*, a doutrina e a jurisprudência continuaram preponderantemente a afirmar a irrepetibilidade do indébito nos casos de prescrição, coisa julgada, *rapporto esaurito*, transação e remissão.⁵⁰ Argumento consequencialista muito utilizado tem sido o da repercussão econômica sobre o Tesouro, principalmente nos casos em que é grande o número de contribuintes, o que acontece tanto nos litígios tributários quanto nos previdenciários.⁵¹

4.3.3. O problema na Espanha

A Constituição espanhola não dispõe sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* e a própria lei do Tribunal Constitucional é confusa e ambígua.

⁴⁷ Cf. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. V. 3. Buenos Aires: Jurid. Europa-Americana, 1973, p. 96; VIRGA, P. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 527.

⁴⁸ *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 295.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 90.

⁵⁰ Cf. CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 101; FANTOZZI, Augusto. *Diritto Tributario*. Torino: Utet, 1991, p. 409; TREMONTI, Giulio. “Le Iscrizioni a Ruolo delle Imposte sui Redditi”. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze* 40 (II):82, 1981.

⁵¹ Cf. PURI, Paolo. “Controversie di Indebito in Relazione a Contribuzione Agricola Unificata a Seguito di Pronuncia di Illegittimità Costituzionale”. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze* 48 (II):76, 1989.

A eficácia no tempo tem sido determinada nas sentenças, de modo divergente, sem que delas se possa extrair qualquer tese como resultado necessário das declarações de inconstitucionalidade. A tendência é no sentido da eficácia *ex nunc* e o “efecto pro praeterito debe ser expresamente declarado por el Tribunal para que se produzca”.⁵²

No rumoroso caso da liquidação conjunta do imposto sobre a renda da unidade familiar (Sentença 45/89), o Tribunal Constitucional se aproximou do modelo alemão firmado na discussão sobre o imposto de renda da mulher casada, dando-lhe eficácia *ex nunc*. Aceitou a figura da “inconstitucionalidad sin nulidad” e disse que “ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso”.

A orientação do Tribunal Constitucional recebeu os aplausos de Garcia de Enterría, inclusive por haver evitado enorme prejuízo para o Tesouro Público⁵³ e por ter contribuído para a depuração constitucional do ordenamento, ampliando a eficácia prática da Constituição⁵⁴ e incentivando os pleitos de inconstitucionalidade, agora destituídos do prejudicial efeito para o passado.

Mas esse ponto de vista doutrinário e jurisprudencial não goza de unanimidade, sendo contestado por inúmeros autores. Cesar Garcia Nova, ⁵⁵ por exemplo, defende a tese de que “la nulidade es la norma geral”, alcançando todos os atos ditados pela aplicação da lei inconstitucional, com a única exceção da coisa julgada; critica com severidade a Sentença 45/89, da Corte Constitucional, chegando a dizer que a “desvinculación entre inconstitucionalidad y nulidad se basa en una pura y simple violación por el TC de su ley orgánica reguladora”; opõe-se, com veemência, à irretroatividade garantida na sentença quanto aos “atos administrativos firmes” e aos pagamentos feitos em virtude de autoliquidação ou de liquidações complementares pela Administração. Ramón Falcón y Tella chamou a atenção para a injustiça da técnica da jurisprudência prospectiva, que discrimina os contribuintes que cumpriram fielmente suas obrigações.⁵⁶

4.3.4. A solução em Portugal

A Constituição portuguesa seguiu o modelo alemão, prevendo a eficácia *ex tunc* da declaração *in abstracto*, mas permitindo que quando razões de equidade ou

⁵² ESCRIBANO, Francisco. *La Configuración Jurídica del Deber de contribuir. Perfiles Constitucionales*. Madrid: Civitas, 1988, p. 355.

⁵³ “Justicia Constitucional. La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficacia de las Leyes Inconstitucionales”. *Revista de Direito Público* 92:14, 1989: “Se ve claro que el Tribunal Constitucional se ha sentido verdaderamente alarmado por la real catástrofe financiera que habria ocasionado una nulidad retroactiva de los preceptos impugnados. Es, justamente, la relación estrecha entre ambos conceptos (nulidad = catástrofe) la que le ha llevado a buscar en el ordenamiento constitucional otra solución y ha creído haberla encontrado en la adopción del criterio de la inconstitucionalidad prospectiva, hoy establecido y admitido por los más importantes sistemas de justicia constitucional y internacional del mundo entero.”

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁵ *La Devolución de Ingresos Tributarios Indevidos*. Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 138 e ss.

⁵⁶ “Comentario General de Jurisprudencia”. *Civitas - Revista Española de Derecho Financiero* 83:588, 1994.

interesse público o exigirem, possa o Tribunal Constitucional fixar com alcance mais restrito os efeitos da inconstitucionalidade.⁵⁷ A novidade da inclusão no texto básico de regra sobre a eficácia do controle da constitucionalidade acabou por influenciar os trabalhos do contribuinte brasileiro de 1988, mas não chegou a se cristalizar em norma positiva, senão, posteriormente, no art. 27 da Lei nº 9.868/98.

III. O Consequencialismo no Brasil

O consequentialismo no Brasil conhece, nas últimas décadas, quatro fases distintas:

- a) a da introdução de temperamentos na tese da eficácia *ex tunc*;
- b) a da resistência ao consequentialismo no período que se inicia com o agravamento do positivismo e do protoliberalismo do Código Tributário Nacional, máxime em matéria financeira;
- c) a da adesão ao argumento de consequência pela Corte nomeada nos Governos de Fernando Henrique e Lula, em questões não financeiras;
- d) a da extensão do consequentialismo à matéria financeira.

5. Alguns Temperamentos na Tese de Eficácia *ex tunc*

A Constituição Federal cuida da inconstitucionalidade das leis em vários de seus dispositivos. O art. 102, I, *a*, atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para “processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

O art. 52, X, prevê que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A doutrina brasileira, por influência dos constitucionalistas clássicos americanos, entendeu sempre, mesmo sob a égide das Cartas anteriores, que a declaração de inconstitucionalidade opera *ex tunc*.

Rui Barbosa dizia: “Uma coisa é declarar a nulidade. Outra, anular. Declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua impossibilidade com a Constituição, lei primária e suprema.”⁵⁸ No mesmo sentido se manifestavam Castro Nunes⁵⁹ e Pedro Lessa.⁶⁰

Para Francisco Campos⁶¹ a inconstitucionalidade equivale à inexistência, com o que a invalidade contamina todos os efeitos produzidos anteriormente: “Um ato

⁵⁷ “Art. 282. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado... 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 nº 1 e 2.”

⁵⁸ *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. Rio de Janeiro: s/ed., 1910, p. 103.

⁵⁹ *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 589.

⁶⁰ *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 138.

⁶¹ *Direito Constitucional*. V. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 430.

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

Buzaid entende que “toda lei adversa à Constituição é *absolutamente nula*; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade”. E remata o processualista o seu pensamento: “O que afirmam, em suma, a doutrina americana e brasileira é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não a adquire jamais com o decurso do tempo.”⁶²

Pontes de Miranda fala em eficácia constitutiva negativa da decretação de inconstitucionalidade *in concreto*, enquanto a suspensão da lei inconstitucional pelo Senado tem eficácia declarativa.⁶³

Mas também entre nós começaram a repercutir as teorias que visavam ao equilíbrio entre validade e eficácia da lei posteriormente declarada inconstitucional. Especialmente entre alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal esboçou-se o movimento no sentido de que se deviam preservar certos efeitos produzidos no passado e que fossem dignos de proteção jurídica, o que antecipou a adesão ao consequencialismo.

O Ministro Bilac Pinto⁶⁴ observou que a inconstitucionalidade pronunciada por via de ação não pode ter os seus efeitos “sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos. A natureza civil ou penal da lei, por exemplo, tem importantes conseqüências na conceituação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.” Partindo de tais premissas, afirmou que a citação e a penhora realizadas por oficial de justiça investido no cargo com base em lei inconstitucional não eram nulas, porquanto o citado pôde defender-se amplamente no processo.

O Ministro Leitão de Abreu, em voto lapidar,⁶⁵ afirmou:

“A tutela de boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.”

⁶² *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, pp. 128 e 130.

⁶³ *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. V. 3. São Paulo: RT, 1970, p. 623.

⁶⁴ RE nº 78.594-SP, Ac. da 2ª Turma, de 7 de junho de 1974, Rel. Min. Bilac Pinto, *RTJ* 71/570. Ementa: “Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido.”

⁶⁵ RE nº 73.943-BA, Ac. da 2ª Turma, de 31 de maio de 1977, Rel. Min. Leitão de Abreu, *DJ* 2.9.1977. No mesmo sentido, RE nº 93.356-5, Ac. da 2ª Turma, de 24 de março de 1981, Rel. Min. Leitão de Abreu, *DJ* 4.5.1981 e *RTJ* 97/1.369.

Certa parte da doutrina também se deixou sensibilizar pela tese de que a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade deve respeitar alguns efeitos produzidos no passado.⁶⁶

Themístocles Brandão Cavalcanti⁶⁷ entendia que a declaração de inconstitucionalidade não tinha os efeitos radicais entrevistos pelos adeptos da nulidade *ab initio*, pois “nem os funcionários nomeados com aplicação de leis inconstitucionais, nem as consequências sobre os contratos já concluídos, principalmente os de natureza patrimonial, partem do pressuposto da inexistência da lei”.

E o exímio Lúcio Bittencourt⁶⁸ já afirmava: “É manifesto, porém, que essa doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judicial.”

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência mais antiga, empregava o argumento consequencialista em matéria tributária, como aconteceu com os casos que se consubstanciaram na Súmula 546: “Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte ‘de jure’ não recuperou do contribuinte ‘de facto’ o ‘quantum’ respectivo”. É ilustrativo o voto do Ministro Victor Nunes Leal proferido em decisão sobre a restituição do indébito relativo a tributo indireto:

“Seria menos justo proporcionar-lhe (ao contribuinte de direito) um sobre-lucro sem causa, para seu proveito pessoal, do que deixar esse valor em poder do Estado, que presumivelmente já o teria aplicado na manutenção dos serviços públicos e na satisfação dos encargos diversos que oneram o tesouro em benefício da coletividade. Se o dilema é sancionar um enriquecimento sem causa, quer a favor do Estado, com a carência ou im procedência da ação, quer em favor do contribuinte, se for julgado procedente o pedido, não há que hesitar; impõe-se a primeira alternativa, pois o Estado representa, por definição, o interesse coletivo, a cuja promoção se destina, no conjunto da receita pública, a importância reclamada pelo particular para sua fruição pessoal. Essa solução é que corresponde à equidade, fundamento básico da ação proposta.”⁶⁹

6. A Resistência ao Consequencialismo

6.1. A repulsa pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, máxime em matéria financeira

Mas, por influência do positivismo formalista, o Supremo Tribunal Federal, a partir da vigência do Código Tributário Nacional (1966) e ao longo das décadas de 1970 a 1990, manteve o entendimento, máxime em matéria fiscal, de que a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, na via do controle concentrado ou

⁶⁶ Cf. ROCHA, J. B. Oliveira. “O Controle da Constitucionalidade das Leis na República Federal da Alemanha e no Brasil”. *Revista de Informação Legislativa* 66:96.

⁶⁷ *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 169.

⁶⁸ *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 148.

⁶⁹ RE nº 46.450, Ac. da 2ª Turma, de 10 de janeiro de 1961, Rel. Min. Vilas Boas, *DJ* 31.5.1961, in: Jardel Noronha e Odaléa Martins. *Referências da Súmula do STF*. V. 4. Brasília: 1969, p. 218.

difuso, opera *ex tunc*. Desconsiderou inteiramente o argumento consequencialista da existência de efeitos econômicos favoráveis ao contribuinte ou do prejuízo causado ao Tesouro Público.

Assim é que, na controvérsia sobre a restituição da tarifa do lixo criada por decreto pelo Município do Rio de Janeiro e declarada inconstitucional com a ulterior generalização do julgado por ato do Senado Federal, decidiu o STF: “Tarifa básica de limpeza urbana. Repetição de pagamento. Declarada a inconstitucionalidade da tarifa pelo Supremo Tribunal Federal, não se pode admitir a eficácia da cobrança feita, impondo-se a repetição do cobrado indebitamente.”⁷⁰ O Ministro Oscar Corrêa, relator do v. acórdão, rejeitou o argumento lançado na decisão recorrida, do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, segundo a qual fazer com que as prestações de serviços “se tornem gratuitas, retroativamente, implicaria enriquecimento sem causa, à custa, afinal, de outros municípios”.⁷¹

No caso em que o STF declarou, pela primeira vez, a inconstitucionalidade da lei que criara a incidência retroativa do imposto de renda, modificando a Súmula 584, reafirmou a eficácia *ex tunc* da decisão e desconsiderou o argumento da ameaça iminente à solvência do Tesouro.⁷²

No julgamento em que foi declarada a inconstitucionalidade da incidência da contribuição social sobre autônomos e empresários, manteve-se o STF fiel à tese da eficácia *ex tunc*, repudiando mais uma vez o argumento do prejuízo do Tesouro. Mas houve divergência de votos. O Ministro Relator Maurício Corrêa, vencido, adotando o parecer do Subprocurador Geral da República Carlos Roberto de Siqueira Castro, antes referido,⁷³ manifestou-se no sentido de que a decisão deveria ter efeito prospectivo,⁷⁴ enquanto os Ministros Marco Aurélio⁷⁵ e Sepúlveda Pertence⁷⁶ votaram pela eficácia *ex tunc*.

⁷⁰ RE nº 103.619, Ac. da 1ª Turma, de 8 de fevereiro de 1985, Rel. Min. Oscar Corrêa, *Revista de Direito Administrativo* 160:80, 1985.

⁷¹ O voto do Min. Relator Oscar Corrêa expressou-se nas seguintes palavras: “... não se pode reconhecer ao poder público direito de retenção das importâncias indevidamente cobradas sob o fundamento de uma eventual prestação de serviço. Em verdade reconhecer tal direito de retenção ao ente tributante é fazer tabula rasa do princípio da reserva legal.” (*RDA* 160:84, 1985)

⁷² ADIn nº 513-DF, Ac. do Pleno, de 14 de junho de 1991, Rel. Min. Célio Borja, *RTJ* 141:739: “IV. Alegação de só poder ter efeito *ex nunc* decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo Tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade à hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente. Também não é ela atinente à eventual restituição de imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso. V - Não existe ameaça iminente à solvência do Tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, *in casu*, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (*bedrohliche Rechtslücke*).”

⁷³ Vide nota 37.

⁷⁴ ADIn nº 1.102-2, Ac. do Pleno, de 5 de outubro de 1995, *Revista Dialética de Direito Tributário* 5:125, 1996: “Não pretendo, Sr. Presidente, a menos que a questão seja reavivada, voltar a discutir o que esta Corte já assentou em reiterados julgados no passado. Contudo, parece-me de inteira procedência a irresignação ministerial quanto aos efeitos retroativos que a Corte tem emprestado à declaração de inconstitucionalidade, principalmente, quando, como na espécie, os resultados consequenciais da decisão impõem drásticas restrições ao orçamento da seguridade social, abalada por

Num dos casos economicamente mais importantes já decididos pelo STF,⁷⁷ prevaleceu a tese da eficácia retroativa da decisão. Tratava-se de um *hard case*, no qual estavam divididas as opiniões dos Ministros. Discutia-se a respeito da legitimidade do aumento de alíquota do Finsocial de 0,6 para 2%. A controvérsia, apesar do vultoso interesse em jogo, desenvolveu-se a partir de argumentações singelas, quase todas de ordem formal em torno de direito intertemporal ou de hierarquia de normas. Não havia direitos fundamentais nem princípios sensíveis da Constituição envolvidos na discussão. A questão principal era das mais difíceis da atualidade, aqui e nos países adiantados da América e da Europa - o financiamento da saúde - que não foi senão incidentalmente examinado no acórdão. O resultado prático aproximou-se da justiça de Salomão: declarou-se constitucional a legislação do Finsocial, mas se lhe invalidou o aspecto financeiro mais relevante, que era o aumento da alíquota! O voto de desempate, proferido pelo Ministro Sydney Sanchez, que pode ser lido em meia página da *Revista Trimestral de Jurisprudência* (o acórdão ocupa 39 páginas!), rejeita explicitamente o *argumentum ad consequentiam*:

“Não há possibilidade de se salvar o dispositivo, por mais nobre que seja o propósito interpretativo da Corte, ainda que para preservar o respeitabilíssimo interesse público do Tesouro, da Previdência e da Seguridade Social. Por mais nobre que seja esse interesse, não é possível sacrificar princípios intocáveis da Constituição, que, também a meu ver, ficaram profundamente atingidos. Na verdade, o art. 56 do ADCT só existiu para dizer que, enquanto a lei não dispusesse sobre o art. 195, I, a arrecadação se faria do modo ali explicitado.”

6.2. As modificações da Constituição e da Legislação

A rígida orientação do STF em torno da eficácia *ex tunc*, ponto nodal da problemática do controle da constitucionalidade, trouxe, como reação, algumas tentativas e uma efetiva modificação do texto básico.

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

⁷⁵ *Ibidem*, p. 133: “Compreendo as grandes dificuldades de caixa que decorrem do sistema de seguridade social pátrio. Contudo, estas não podem ser potencializadas, a ponto de colocar-se em plano secundário a segurança, que é o objetivo maior de uma Lei Básica, especialmente no embate cidadão-Estado, quando as forças em jogo exsurtem em descompasso.”

⁷⁶ *Ibidem*, p. 134: “O problema dramático da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era ‘dada de barato’, e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social... 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.”

⁷⁷ RE nº 150.764, Ac. do Pleno, de 16 de dezembro de 1992, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 147:1.024.

Assim é que a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cujas decisões definitivas de mérito “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (nova redação do art. 102, 2º, da CF). A ação declaratória de constitucionalidade, que não encontra paralelo de monta no Direito comparado, tem endereço inequivocamente tributário, como se pode concluir da observação de que até hoje os poucos casos a que se aplicou versaram sobre a cobrança de tributos.⁷⁸ Essa preocupação com a questão tributária surgiu exatamente do caos vivido pelo Judiciário nos anos imediatamente posteriores a 1988, com o acúmulo de ações sobre a inconstitucionalidade de diversas contribuições sociais, quase todas precedidas de depósito judicial para assegurar os mesmos efeitos econômicos da restituição, com incalculável prejuízo para a Fazenda Pública. Ao revés de se buscar a solução na via da definição da eficácia no tempo da declaração de inconstitucionalidade, que inexistia no Direito positivo brasileiro, preferiu-se a criação do esdrúxulo instrumento. Tanto é assim que o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento que declarou a inconstitucionalidade da contribuição social dos autônomos, observou:

“Por outro lado, para situações como a desta lei, cuja constitucionalidade foi objeto de discussão judicial desde o início, a Emenda Constitucional nº 3 já dotou o Executivo de um mecanismo hábil a não ser o fisco surpreendido, muito tempo depois, por uma declaração de sua validade ou invalidade com eficácia *erga omnes*: é a ação declaratória de constitucionalidade.”⁷⁹

Algumas tentativas de introdução de dispositivos semelhantes ao do Direito alemão, com a possibilidade de o Supremo determinar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, entretanto, se frustraram.

Na Constituinte de 1988 o Senador Maurício Corrêa apresentou projeto deste teor: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória” (art. 127, 2º).

Na Revisão Constitucional de 1994 o Rel. Dep. Nelson Jobim sugeriu o acréscimo de um parágrafo ao art. 103: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão.”

Afinal, a modulação da eficácia da decisão na declaração de inconstitucionalidade entrou no nosso ordenamento pela Lei nº 9.868/99:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social,

⁷⁸ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, Ac. de 1º de dezembro de 1993, Rel. Min. Moreira Alves, *Revista de Direito Administrativo* 202:270, 1995.

⁷⁹ ADIn nº 1.102-2, Ac. de 5 de outubro de 1995, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Revista Dialética de Direito Tributário* 5:134, 1996.

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.”

6.3. O congelamento do art. 27 da Lei nº 9.868/99

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 não “pegou” imediatamente. Foi alvo de algumas ADIns,⁸⁰ que o próprio STF até hoje não julgou. Depois de anos de tramitação (e de pedido de vista), foram redistribuídas ao Ministro Carlos Alberto Direito e, após, à Ministra Cármen Lúcia. Há um voto pela inconstitucionalidade do dispositivo.

O congelamento do art. 27 da Lei nº 9.868/99 não obstou o exame do problema de modulação, em questões ligadas ou não ao Direito Tributário, como adiante veremos, sinalizando no sentido da plena constitucionalidade da norma.⁸¹

6.4. A inconstitucionalidade útil

A tese da inconstitucionalidade útil pode ser catalogada no rol dos argumentos de resistência ao consequencialismo no Brasil.

O Ministro Otávio Gallotti, por ocasião de sua posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, definiu a “inconstitucionalidade útil”: “são atos deliberadamente inconstitucionais, praticados com finalidades corporativas ou pelo desejo de governadores que querem consertar as finanças de seus Estados. Eles praticam esses atos torcendo pelos efeitos que eles produzem até serem corrigidos.”⁸²

O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento em que se discutia sobre a possibilidade de se fixar a eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, advertia que “essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade”.⁸³

A questão da inconstitucionalidade útil é extremamente delicada, eis que pode fortalecer o argumento formalista da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, exacerbando-lhe os aspectos perversos,⁸⁴ ou favorecer a síndrome da presunção de inconstitucionalidade da norma tributária, que se tornou moda no Brasil nos últimos anos.

⁸⁰ A Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e a Ordem dos Advogados propuseram ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nºs 2.154 e 2.258, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), redistribuídas posteriormente.

⁸¹ Cf. ADI nº 2.240/BA, Informativo 467, de 23 de maio de 2007, voto do Min. Gilmar Mendes: “É certo que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou definitivamente sobre a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99. É notório, porém, que o Tribunal já está a aplicar o art. 27 aos casos de controle incidental e controle abstrato. Desse modo, parece superado o debate sobre a legitimidade da fórmula positivada no referida artigo.”

⁸² *Apud* MELLO, Gustavo Míguez; e TROIANELLI, Gabriel Lacerda. “O Princípio da Moralidade no Direito Tributário”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*. São Paulo: RT, p. 212.

⁸³ ADIn nº 1.102-2, Ac. do Pleno, de 5 de outubro de 1995, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Revista Dialética de Direito Tributário* 5:134, 1996.

⁸⁴ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “A Declaração de Inconstitucionalidade e a Restituição de Tributos”. *Revista Dialética de Direito Tributário* 8:110, 1996.

7. A Adesão ao Consequencialismo em Questões não Financeiras

Recentemente se deu a adesão ao consequencialismo. Iniciou-se pelas questões não financeiras. Fez-se sobretudo através da jurisprudência do STF que, pouco a pouco, deixou-se sensibilizar pela técnica da modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade. Mas de início negou-se a empregá-la fora do contexto do art. 27 da Lei nº 9.868/99, em caso relacionado com a declaração de não recepção de direito ordinário pré-constitucional.⁸⁵ Posteriormente despreocupou-se das amarras do art. 27 da Lei nº 9.868/99.⁸⁶

O STF estendeu, coerentemente, a possibilidade de modulação também para o controle difuso da constitucionalidade, apoiado em voto do Ministro Gilmar Mendes.⁸⁷

7.1. A recepção pela jurisprudência do Supremo

Diversos são os casos nos quais o STF aplicou a técnica da modulação com base em argumentos consequencialistas, principalmente após a mudança da sua composição a partir de 2003.

7.1.1. O caso de fidelidade partidária

Expressivo foi o da regra de fidelidade partidária, em que os Ministros entenderam que só perderiam o mandato os políticos que mudaram de partido depois que o Tribunal Superior Eleitoral manifestou a sua posição em favor da fidelidade.⁸⁸

7.1.2. A criação inconstitucional de Município

Importante, também, para evitar “os caos jurídicos”, foi a decisão proferida sobre criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, com a situação

⁸⁵ AI nº 582.280 AgR/RJ, Voto Vista do Min. Gilmar Mendes, *Informativo* 442, de 1º.10.2006 (transcrições).

⁸⁶ ADIn nº 2.240, *Informativo* 467, de 23 de maio de 2007 (transcrições).

⁸⁷ RE nº 559.882-9, www.stf.gov.br. Acesso em 30.9.2008:

“Essas ponderações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação - necessidade de outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade - parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo.

É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razão de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão, esta decisão poderá afetar igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas.

Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro. Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental. Tal entendimento vem sendo aceito pelo Supremo Tribunal Federal.”

⁸⁸ MS nº 26.604, Ac. de 4 de outubro de 2007, Rel. Min. Cármen Lúcia, 3.10.2008: “Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com a modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam elas a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta 1.398/2007.”

excepcional consolidada, na qual o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes foi no sentido de,

“aplicado o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo a sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro meses), lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.682.”⁸⁹⁻⁹⁰

Parece-nos que a decisão do STF expressa bem a adesão ao argumento consequencialista, não obstante a tese causalista levantada pelo Ministro Relator Eros Grau, no sentido da presença da “força normativa dos fatos”, reproduzida também na ementa do acórdão.⁹¹ Sucede que o causalismo consubstanciado na ideia de força normativa dos fatos inspirada em Jellinek não opera no plano da tipologia da argumentação jurídica, mas apenas no da visão sociológica externa ao Direito.⁹² Decisiva foi a intenção do Tribunal de coarctar “as conseqüências perniciosas que adviriam da eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual”.

Em caso semelhante e complementar, referente ao Município de Monte Carlo, em Santa Catarina, o STF utilizou-se do argumento do estado de exceção.⁹³

⁸⁹ ADI nº 2.240/BA, *Informativo* 467, 23.5.2007 (transcrições).

⁹⁰ *Informativo* 467/2007 (transcrições). O Ministro Eros Grau, Relator, em voto inovador, afirmou: “Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos ponderadamente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.” O Ministro Gilmar Mendes acrescentou: “No caso presente, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99 em sua versão mais ampla. A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei instituidora de uma nova entidade federativa, o Município, constitui mais um dentre os casos, retirados de exemplos do direito comparado, em que as conseqüências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico.”

⁹¹ ADIn nº 2.240-7-BA, Ac. do Pleno, de 9 de maio de 2007, *DJ* 3.8.2007: “Ementa. 2. Existência de fato do Município, decorrente de decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos.”

⁹² Ao comentar a decisão do STF, observa Margarida Lacombe Camargo (“O Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; e BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 373: “... pela ‘força dos fatos’, à qual o Ministro Eros Grau atribui força normativa, afasta-se a aplicação da norma constitucionalmente posta. Donde se conclui que o contexto prevalece sobre o texto (legal)”.

⁹³ ADI nº 3.489-8-Santa Catarina, Ac. 9 de maio de 2007, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 3.8.2007: “8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma de exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização...

13. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina.”

7.1.3. Greve de funcionários públicos

Dando novo enfoque ao mandado de injunção, o STF autorizou a aplicação da legislação referente ao direito de greve dos trabalhadores à greve de funcionários públicos.

Baseou-se, entre outros, no argumento de consequência.⁹⁴ Houve a modulação dos efeitos da decisão:

“Fixação do prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989.”⁹⁵

7.2. A colaboração da doutrina

Modernizou-se acentuadamente a doutrina brasileira nos últimos anos. Os autores mais recentes vêm procurando temperar a tese radical da eficácia *ex tunc*, principalmente quando a lei declarada inconstitucional tenha produzido consequências econômicas. Devem ser citadas as opiniões de Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz,⁹⁶ Hugo de Brito Machado,⁹⁷ André Martins de Andrade,⁹⁸ Sacha Calmon Navarro Coêlho, que admite temperamentos na tese da eficácia *ex tunc*, salvo em matéria tributária,⁹⁹ Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹⁰⁰ e Carlos Roberto de Siquei-

⁹⁴ “3. Direito de Greve dos Servidores Públicos Civis. Hipótese de Omissão Legislativa Inconstitucional. Mora Judicial, por Diversas Vezes, Declarada pelo Plenário do STF. Riscos de Consolidação de Típica Omissão Judicial quanto à Matéria. A Experiência do Direito Comparado. Legitimidade de Adoção de Alternativas Normativas e Institucionais de Superação da Situação de Omissão. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira ‘lei da selva’.”

⁹⁵ Mandado de Injunção nº 670-9-ES. Ac. de 25 de outubro de 2007, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 31.4.2008. No mesmo sentido: Mandado de Injunção nº 712-8-PA, Ac. de 25 de outubro de 2007, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 31.10.2008: “Ementa: Incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no art. 37, VII, da Constituição do Brasil.”

⁹⁶ *Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 41: “O dogma da nulidade *ab initio*, equiparada à inexistência do ato normativo inconstitucional, deve, portanto, ao nosso sentir, ser encarado com moderação, já que enfrenta o problema da inconstitucionalidade sob um prisma puramente lógico-formal, sem se preocupar com as situações jurídicas anteriormente estabelecidas.”

⁹⁷ Efeitos de Declaração de Inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público* 6:223, 1994: “... a melhor solução é a que afirma a produção de efeitos daquela decisão (que, em ação direta, declara a inconstitucionalidade de uma lei) apenas para o futuro, salvo nos casos expressamente indicados na própria decisão. Os efeitos retroativos desta devem ser excepcionais, como excepcionais são os efeitos retroativos da lei. Imaginemos a decisão que declara inconstitucional uma lei que isenta de tributo a importação de determinada mercadoria. Se tal decisão produzir efeitos a partir da edição da lei, então todas as importações já ocorridas ensejam a exigência do tributo, e o que é pior, ensejam a consideração daquelas importações como crime de descaminho.”

⁹⁸ A Perigosa Extensão ao Direito Tributário da Teoria Geral das Nulidades. *Revista Dialética de Direito Tributário* 5:10, 1996.

⁹⁹ *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 134: “Se a lei nunca foi lei, não há crime, nem pena, nem tributo.”

¹⁰⁰ *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

ra Castro, que, na qualidade de Subprocurador-Geral da República, exarou parecer no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora da contribuição social dos autônomos deveria ter efeitos prospectivos, parecer esse que, embora muito elogiado pelo Ministro Relator Maurício Corrêa, não foi adotado pelo Pretório Excelso.¹⁰¹ Importante também a recente colaboração de Luis Roberto Barroso sobre o tema.¹⁰²

8. A Extensão do Argumento Consequencialista à Matéria Financeira

Até que enfim o STF aderiu ao consequencialismo também em matéria financeira.

Há que se distinguir entre as questões de Direito Tributário e de Direito Orçamentário.

Nota-se um certo dualismo da razão financeira no Brasil.¹⁰³ Em virtude do protoliberalismo presente no Direito Tributário brasileiro, a tendência é a de prevalecer nesse ramo do Direito a interpretação literal, presa ao dogma da tipicidade cerrada e com a recusa de considerações econômicas. Já na vertente da despesa pública impera a magnanimidade paternalista do patrimonialismo.

8.1. Direito tributário e receita pública

De feito, no campo do Direito Tributário ainda é incipiente a mutação jurisprudencial. No julgamento sobre o prazo de prescrição e decadência das contribuições da seguridade social, que deu origem à Súmula Vinculante nº 8, o Supremo proclamou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, mas “deliberou aplicar efeitos *ex nunc* à decisão, esclarecendo que a modulação aplica-se tão somente em relação a eventuais repetições de indébito ajuizados após a decisão assentada na sessão do dia 11.06.08, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso”.¹⁰⁴

¹⁰¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102-2, Ac. do Pleno do STF, de 5 de outubro de 1995, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º.12.95, publicado integralmente na *Revista Dialética de Direito Tributário* 5:119-135, 1996. Eis a conclusão do duto parecer do Subprocurador-Geral da República Carlos Roberto de Siqueira Castro, transcrito no relatório: “Ajuntamos, porém, porque convencidos de que, nos contornos do litígio constitucional assim apresentado, a prospectividade dos efeitos do acórdão a ser proferido na presente ação é o que melhor consulta à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis, cuja defesa coincide com a missão ontológica do Ministério Público, a teor do art. 129 da Constituição Federal -, seja atribuído ao acórdão de mérito extintivo do feito eficácia *temporis* desde a publicação da medida cautelar deferida às fl. 48 pelo Augusto Plenário dessa Suprema Corte, ou seja, tão apenas a partir de 9.9.94, com expressa rejeição quanto à operância de seus efeitos anteriormente a essa data.”

¹⁰² *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 160: “De igual sorte, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não desfaz, automaticamente, as decisões proferidas em casos individuais e já transitadas em julgado. A esses temperamentos feitos pela própria corte a doutrina agregou alguns outros.”

¹⁰³ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. 5. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 37 e ss.

¹⁰⁴ RE nº 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, 11 e 12 de junho de 2008; RE nº 556.664, Rel. Min. Gilmar Mendes, 11 e 12 de junho de 2008; RE nº 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, 11 e 12 de junho de 2008. *Informativo* nº 510, de 19.6.2008. Cf. também, MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A Súmula n. 8 e os Efeitos Prospectivos das Decisões da Suprema Corte”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário - 12º Volume*. São Paulo: Dialética, 2008, pp. 270-285.

8.2. *Direito orçamentário e despesa pública*

Outras são as conclusões que devem prevalecer no campo do Direito Orçamentário e da despesa pública.

8.2.1. *Mínimo existencial*

O Supremo Tribunal Federal vem construindo sólida jurisprudência no sentido de que o mínimo existencial - as prestações estatais positivas sem as quais o cidadão não sobrevive com dignidade - constitui direito fundamental e assim valem independentemente da reserva do possível ou da reserva orçamentária. A jurisdição, com o seu poder contramajoritário em tema de direitos fundamentais, ultrapassa as omissões legislativas ou administrativas e determina diretamente a garantia da prestação.¹⁰⁵

8.2.2. *Direitos sociais e econômicos*

Outra é a situação referente aos direitos econômicos e sociais. Como não são veros direitos fundamentais, ficam sujeitos à reserva do possível e à decisão do legislador.¹⁰⁶ À jurisdição não é lícito se sobrepor aos poderes políticos em matéria que não envolva a dignidade humana.

Sucedem que o STF, em alguns julgados, fundado em argumentos consequencialistas de políticas públicas, resolveu adjudicar prestações afastadas do núcleo essencial dos direitos existenciais. O Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45, chegou a proclamar a competência da jurisdição para conceder direitos sociais, se existir “disponibilidade financeira” por parte do ente público, categoria que não se sabe referir-se à verba ou ao dinheiro sonante na caixa do Tesouro!¹⁰⁷ Mas já há diversas decisões monocráticas e colegiadas refinando o discurso judicial e adotando argumentos consequencialistas na temática dos direitos sociais e econômicos, como aconteceu no caso de cirurgias para transexuais.¹⁰⁸

9. O Consequencialismo Financeiro de Sinal Trocado

O consequencialismo financeiro extrapolou-se recentemente da problemática da eficácia temporal do controle da constitucionalidade para o da eficácia prospectiva da alteração dos precedentes anteriormente firmados pelo STF. Quer di-

¹⁰⁵ RE nº 436.996, Ac. da 2ª Turma, do STF, de 22 de novembro de 2005, Rel. Min. Celso de Mello, www.stf.gov.br - acesso em 23.11.2005: “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações inerente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.”

¹⁰⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 273.

¹⁰⁷ ADPF nº 45, Despacho de 29.4.2004, *Informativo* nº 345 (transcrições).

¹⁰⁸ Suspensão de Tutela Antecipada nº 185-2-DF, Despacho de 10.12.2007, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, www.stf.gov.br: “... entendo que se encontra devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional, porquanto a execução do acórdão ou impugnationo repercutirá na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas. Verifico, ainda, que, para a imediata execução da decisão impugnada no presente pedido de suspensão, será necessário o remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde, o que certamente causará problemas de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde no âmbito nacional.”

zer: passa-se da discussão sobre a legitimidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 para o debate sobre o *stare decisis* e a proibição de *overruling*.

A questão se colocou no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 370.682-9 e 353.657-5,¹⁰⁹ que reverteram a decisão antes proferida no RE nº 350.446-1,¹¹⁰ a respeito do direito ao aproveitamento do crédito presumido do IPI referente a insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributadas. Nos acórdãos reformadores rejeitou-se a possibilidade de modulação favorável ao contribuinte,¹¹¹ com base em voto do Ministro Eros Grau.¹¹²

O argumento do “negócio da China”, utilizado pelo Ministro Eros Grau, é escancaradamente consequencialista.

Parece-nos justificada essa decisão *ad consequentiam* do STF principalmente por se tratar da reforma de um acórdão (RE nº 350.446, *cit.*, nota 112) isolado e escoteiro, proferido por simples maioria, de baixa qualidade técnica, baseado em interpretação literal tirada a *contrario sensu*. É imprescindível detectar, em caso de *prospective overruling*, a existência nos julgados anteriores da *rationale* suscetível de universalização.¹¹³ A superação dos precedentes exige a formação de sólida juris-

¹⁰⁹ RE nº 370.682-9, Ac. do Pleno, de 25 de junho de 2007, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 19.12.2007: “Ementa. Recurso extraordinário. Tributário. 2. IPI. Crédito Presumido. 3. Os princípios da Não-cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumo não tributados ou sujeitos à alíquota zero.” No mesmo sentido: RE nº 353.657-5-PR, Ac. do Pleno, de 25 de junho de 2007, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 7. 3.2008: “IPI. Insumo. Alíquota zero. Ausência de Direito a Creditamento. Conforme disposto no inciso II, § 3º do art. 155 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero.”

¹¹⁰ RE nº 350.446-1-PR, Ac. do Pleno, de 18.12.2002, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 6.6.2003: “Constitucional. Tributário. IPI. Creditamento. Insumos Isentos, Sujeitos à Alíquota Zero. Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota-zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito”.

¹¹¹ RE nº 353.657-5-PR, *cit.*, nota 104: “IPI. Insumo. Alíquota Zero. Creditamento. Inexistência do Direito. Eficácia. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados do sistema e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo; com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.”

¹¹² RE nº 435.596, Decisão do Min. Eros Grau, de 13.12.2007, *DJ* 11.2.2008: “No que respeita à questão de ordem levantada por iniciativa do Ministro Ricardo Lewandowski - modulação temporal dos efeitos da decisão - este Tribunal decidiu que a união poderá reaver o IPI das empresas que compensaram tributos com créditos de matérias primas nas quais incide alíquota zero ou naquelas não-tributadas.

No julgamento da questão de ordem afirmei, em meu voto, que nenhuma razão relacionada ao interesse social, menos ainda a ‘excepcional interesse social’ prospera no sentido de aquinhoarem-se empresas que vieram a juízo afirmando interpretação quês esta Corte entendeu equivocada. Fizem-no, essas empresas, por sua conta e risco. É seguramente inusitado: o empresário pretende beneficiar-se por créditos aos quais não faz jus; o Judiciário afirma que efetivamente o empresário não é titular do direito a esses mesmos créditos, mas o autoriza a fazer uso deles até certa data... Um ‘negócio da China’ para os contribuintes, ao qual corresponde inimaginável afronta ao interesse social.”

¹¹³ Cf. MELLO, Patricia Perrone Campos. *Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.

prudência contrastante e deve se fundar em argumentos vinculados à boa-fé e à proteção da confiança do cidadão, sopesados com os princípios da igualdade, da responsabilidade e do excepcional interesse social e econômico. Se assim não acontecer cresce o *consequencialismo às avessas*.

Em outros casos polêmicos, como no dos escritórios de advocacia relativamente à Cofins, o STF negou a modulação.¹¹⁴

Há certos casos difíceis caminhando para o julgamento - inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins¹¹⁵ - que desafiarão o argumento consequencialista, tal o vulto dos esqueletos financeiros que podem gerar.

A modulação dos efeitos da decisão judicial é fruto do pensamento consequencialista, seja favorável ao Fisco, seja benéfico ao contribuinte. É via de mão dupla. O argumento *ad consequentiam* passa a ter grande peso nas modernas teorias da justiça constitucional. A doutrina brasileira tem avançado ultimamente, para defender o *prospective overruling* mesmo fora do controle de constitucionalidade.¹¹⁶ Mísabel Abreu Machado Derzi entende que “a regra deve ser a retroação (efeitos *extincto*) nas sentenças declaratórias e a exceção, a modulação de efeitos; mas em relação às modificações jurisprudenciais, prejudiciais ao contribuinte, a solução se inverte, a regra deverá ser a modulação de efeitos, com a aplicação plena dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva”;¹¹⁷ tal posição configura, a nosso ver, também um consequencialismo às avessas.

IV. Conclusões

Concluimos, pois, que o Supremo Tribunal Federal enfrenta hoje novos desafios, que, se corretamente enfrentados com base no art. 27 da Lei nº 9.868/99, contribuem para acertar o passo da ultrapassada jurisprudência brasileira com a de outros países em tema de eficácia retro-operante da declaração de inconstitucionalidade, sob a inspiração do argumento consequencialista e da ponderação dos princípios constitucionais vinculados à segurança e à justiça.

A mesma coisa pode acontecer na temática da modificação dos precedentes judiciais, ainda que fora dos lindes do art. 27 da Lei nº 9.868/99. No caso de formação de substancial corrente de jurisprudência contrastante e de fixação de *ratio-nale* no sentido da universalização, impõe-se a *prospective overruling*; em caso contrário estaríamos diante de um consequencialismo de sinal trocado.

¹¹⁴ Cf. RE nº 377.457-PR; RE nº 381.964-MG, Min. Gilmar Mendes, *Informativo* 520.

¹¹⁵ ADC nº 18; RE nº 240.785.

¹¹⁶ Cf. BUSTAMANTE, Tomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional. Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 412; BARROSO, Luís Roberto. Entrevista. *Valor Econômico* de 30 de setembro de 2008.

¹¹⁷ *Modificações da Jurisprudência: Proteção de Confiança, Boa-fé Objetiva e Irretroatividade como Limitações Constitucionais ao Poder Judicial de tributar*. Tese de Concurso para Titular. Belo Horizonte: UFMG, 2008. Na tese a eminente Professora discorda da decisão do STF sobre o IPI (RE nº 370.682).