

CASSIANO MENKE

**IRRETROATIVIDADE
TRIBUTÁRIA MATERIAL:
Definição, Conteúdo e Eficácia**

**IRRETROATIVIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL:
Definição, Conteúdo e Eficácia**

© CASSIANO MENKE

ISBN 978-85-392-0311-6

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
09.2015

SUMÁRIO

PREFÁCIO DE HUMBERTO ÁVILA	11
CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	
1. Justificativa e objeto	23
2. Método	33
3. Plano do trabalho	35

1ª PARTE
DEFINIÇÃO E DIMENSÃO NORMATIVA
DA IRRETROATIVIDADE MATERIAL
A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. IRRETROATIVIDADE E SEUS ASPECTOS PRINCIPAIS	
1.1 Tipologia da retroatividade formal	
1.1.1 Considerações iniciais sobre a irretroatividade	41
1.1.2 Retroatividade própria (genuína)	45
1.1.3 Retroatividade imprópria (retrospectividade)	47
1.1.4 Análise crítica	53
1.2 Retroatividade: um problema de liberdade	58
1.3 Reconstrução da irretroatividade: da irretroatividade formal à irretroatividade material	
1.3.1 Considerações iniciais	62
1.3.2 Irretroatividade formal: uma análise crítica	63
1.3.3 Irretroatividade material: uma proposta	79
1.3.3.1 Interpretação e sistematização	81
1.3.3.2 Argumentação e fundamentação	86

2. DIMENSÃO NORMATIVA E FUNDAMENTOS DA IRRETROATIVIDADE “MATERIAL” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Como regra jurídica

2.1.1	<i>Considerações iniciais</i>	92
2.1.2	<i>Proibição de restrição do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada</i>	93
2.1.3	<i>A proibição de retroatividade no Direito Tributário</i>	97

2.2 Como princípio jurídico constitucional

2.2.1	<i>Métodos de elaboração do princípio</i>	97
2.2.2	<i>Fundamentos indiretos por dedução</i>	
2.2.2.1	Estado de Direito	99
2.2.2.2	Princípio da liberdade jurídica	102
2.2.2.3	Princípio da dignidade humana	103
2.2.2.4	Princípio da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e liberdade de exercício de atividade econômica	105
2.2.2.5	Princípio da propriedade	107
2.2.2.6	Princípio da igualdade	109
2.2.2.7	Princípio da segurança jurídica	
2.2.2.7.1	Considerações iniciais	112
2.2.2.7.2	Irretroatividade e dimensão estática da segurança jurídica	112
2.2.2.7.3	Irretroatividade e dimensão dinâmica da segurança jurídica	114
2.2.3	<i>Fundamento indireto por indução</i>	
2.2.3.1	Princípio da moralidade	118
2.2.3.2	Regra da legalidade	121
2.2.3.3	Regras da irretroatividade	122
2.2.4	<i>Princípio geral da irretroatividade material</i>	123

3. CONCEITO DE IRRETROATIVIDADE

3.1	<i>Considerações iniciais</i>	125
3.2	<i>Conceito de irretroatividade de acordo com a CF/1988 (sentido, dimensão normativa, beneficiários, destinatários e conceito final)</i>	
3.2.1	<i>Quanto ao sentido da palavra “irretroatividade”</i>	127
3.2.2	<i>Quanto à dimensão normativa</i>	130
3.2.3	<i>Quanto aos sujeitos que devem garantir a irretroatividade e quanto aos beneficiários dos deveres inerentes a ela</i>	132
3.2.4	<i>Conceito final</i>	133

2ª PARTE
CONTEÚDO E EFICÁCIA
DA IRRETROATIVIDADE MATERIAL
NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

4. IRRETROATIVIDADE TRIBUTÁRIA COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR	
4.1 <i>Considerações iniciais</i>	137
4.2 <i>O subsistema “aberto” das limitações constitucionais ao poder de tributar na CF/1988</i>	138
4.3 <i>Irretroatividade tributária na CF/1988: das regras ao princípio jurídico</i>	142
4.4 <i>Regra da irretroatividade tributária: art. 150, inciso III, “a”, da CF/1988</i>	
4.4.1 <i>Considerações gerais</i>	147
4.4.2 <i>“Fatos geradores ocorridos”?</i>	148
4.4.3 <i>“Lei que os houver instituído ou aumentado”?</i>	154
4.5 <i>Regra da irretroatividade geral no Direito Tributário: art. 5º, XXXVI, da CF/1988</i>	157
5. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA E SEU CONTEÚDO NORMATIVO	
5.1 <i>Princípio da irretroatividade tributária como norma concretizadora da proteção da confiança</i>	159
5.2 <i>Âmbito de aplicação do princípio</i>	164
5.3 <i>Eficácia jurídica interna e externa</i>	167
5.4 <i>Conteúdo do princípio</i>	
5.4.1 <i>Quanto aos “fins”: o estado de coisas a ser promovido e protegido</i>	
5.4.1.1 <i>Liberdade e confiança</i>	169
5.4.1.2 <i>Liberdade, propriedade, dignidade humana, da legalidade, moralidade, igualdade e segurança jurídica</i>	170
5.4.2 <i>Critérios delimitadores dos comportamentos necessários à realização do estado ideal de coisas</i>	
5.4.2.1 <i>Considerações gerais</i>	172
5.4.2.2 <i>Critérios relacionados à confiança em ato estatal</i>	
5.4.2.2.1 <i>Grau da confiança do contribuinte</i>	173
5.4.2.3 <i>Critérios relacionados ao exercício de direitos e à sua restrição</i>	

5.4.2.3.1	Grau de intensidade e de extensão do comportamento do contribuinte	195
5.4.2.3.2	Grau de intensidade da restrição aos direitos fundamentais	197
5.4.2.3.3	Tributos periódicos	203
5.4.2.4	Critérios relacionados à atuação estatal retroeficaz	
5.4.2.4.1	Finalidades dos atos retroativos	205
5.4.2.4.2	Grau de intensidade dos efeitos retroativos (modificações bruscas e drásticas)	210
5.4.2.5	Ponderação e força normativa do princípio	213
5.4.2.6	Aplicação do princípio independentemente de ponderação	223
6.	EFICÁCIA DA IRRETROATIVIDADE TRIBUTÁRIA COMO LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DO PODER POR PARTE DO ESTADO	
6.1	Considerações iniciais	229
6.2	Com relação ao Poder Legislativo	
6.2.1	O problema da retroatividade da lei interpretativa	230
6.2.2	Aplicação imediata da “lei procedimental”	238
6.3	Com relação ao Poder Executivo	
6.3.1	Considerações gerais	244
6.3.2	Atuação administrativa geral e abstrata	248
6.3.3	Atuação administrativa individual e concreta	256
6.3.4	Considerações finais	264
6.4	Proibição de retroatividade e o Poder Judiciário: a mudança com relação aos precedentes	
6.4.1	Considerações iniciais	265
6.4.2	Os precedentes e a sua força normativa como base para o exercício da confiança	267
6.4.3	Conceito de mudança retroativa dos precedentes	273
6.4.4	Aplicação da irretroatividade em caso de mudança de precedentes	283
7.	CONCLUSÕES	296
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	307