

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
Pós-graduação “Stricto-sensu” em Direito
Mestrado Acadêmico

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E SEUS REFLEXOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DAS FONTES.**

Linha de Pesquisa: Estado, Constituição e sociedade no paradigma do Estado
Democrático de Direito.

Gustavo Luiz de Matos Xavier

Belo Horizonte
2014

GUSTAVO LUIZ DE MATOS XAVIER

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E SEUS REFLEXOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DAS FONTES.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Professor José Adércio Leite Sampaio

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

X3m

Xavier, Gustavo Luiz de Matos

A modulação de efeitos das decisões do supremo tribunal federal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária: uma análise à luz da teoria das fontes / Gustavo Luiz de Matos Xavier. Belo Horizonte, 2014.
120 f.

Orientador: José Adércio Leite Sampaio
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito tributário. 2. Controle da constitucionalidade. 3. Crime fiscal. 4. Inconstitucionalidade. I. Sampaio, José Adércio Leite. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 336.2.022

GUSTAVO LUIZ DE MATOS XAVIER

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E SEUS REFLEXOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DAS FONTES.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, pela Comissão Julgadora composta pelos seguintes membros:

COMISSÃO JULGADORA

Professor Doutor José Adércio Leite Sampaio
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

Professor Doutor Flávio Couto Bernardes
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

Professor Doutor Valter de Souza Lobato
Faculdades Milton Campos

Belo Horizonte, 03 de junho de 2014.

À minha esposa, Renata, que comigo sonha acordada,
e ainda me faz acreditar que os sonhos são possíveis.

À minha mãe, Salete, que apenas em ser, tornou
e torna, a cada dia, estes meus sonhos possíveis.
Ao meu pai, Fernando, que, na presença espiritual,
me mostra que a vida é sobretudo um sonho.

AGRADECIMENTOS

O agradecimento em uma dissertação de mestrado é atividade de altíssimo grau de risco. A chance de se olvidar de alguma pessoa que tenha contribuído para esta conquista é bastante alta. Justamente por isso, e na qualidade sobretudo de um advogado, valho-me, à guisa de uma norma genérica que se aplica "a quantos venham a se situar sob sua incidência, em função dos pressupostos que elas enunciam" (REALE, 1979), de um agradecimento geral e indiscriminado pois, como diria Fernando Pessoa, "*há em cada canto de minha alma um altar a um deus diferente*". Obrigado a todos para os quais, de alguma forma, eu construí meu altar em minha alma, como forma de reconhecimento e agradecimento pela ajuda neste trabalho!

Alguns dos que lá se encontram, citarei nominalmente: agradeço a Deus, senhor de toda minha alma e de todos seus altares. Obrigado pela sua infinita misericórdia de dar-me o que não preciso e, sobretudo, não mereço.

À minha família, que sempre esteve comemorando ao meu lado, em especial minha mãe, Salete e minha esposa, Renata, meu sogro, Mário de Paula, e minha sogra, Marly Teixeira, que vibraram com esta conquista mais até que eu próprio!

Aos meus amigos e, por mero acaso da vida, também meus sócios, Inês, Paulo e Fábio, meus queridos exemplos.

Às minhas maravilhosas equipes de trabalho da JCMB: Marcos, seu altar é VIP! Muito obrigado pelas discussões sobre "essa coisa" chamada Direito... Ludmilla e Fernando, valeu por todo o suporte e pelas incontáveis ajudas.

Ao meu mais inteligente amigo Caio Porfírio, com quem vivi várias discussões sobre um possível "envelhecimento" do positivismo, que invariavelmente terminavam em briga, que, por sua vez, duravam, em média, 28 segundos, e ao professor Flávio Bernardes, quem, desde o primeiro dia, mostrou-me uma enorme generosidade em ensinar e ajudar. Sigo positivista, Caio e Flávio!

Aos meus alunos, que sempre me fizeram pensar além do que me era possível naquele momento. Obrigado IBET, PUC São Gabriel e Milton Campos.

Por fim, um agradecimento mais que especial ao meu orientador José Adércio Sampaio, que desde o primeiro momento colocou sua genialidade à minha disposição e foi muitíssimo compreensivo quando eu não tive a menor capacidade de acompanhá-lo... Fique com o meu mais sincero obrigado, José.

RESUMO

Todo cidadão possui a obrigação de recolher os tributos devidos ao Estado quando realizam o chamado fato gerador da obrigação acessória. Por outro lado, aquele que fraudula, que sonega fica sujeito, além da própria cobrança do tributo devido, a uma penalização de natureza criminal prevista em norma desta natureza.

Ocorre, porém, que muitas vezes a cobrança do tributo ocorre com base em uma norma que, posteriormente, a jurisdição constitucional julga nula, porquanto em descompasso com seu fundamento maior de validade, a Constituição.

Neste caso, nasce para o cidadão o direito de recuperar os pagamentos indevidamente realizados. Além disso, caso esteja sendo criminalmente processado, esta ação deve ser imediatamente paralisada, na medida em que padece, o Estado, do chamado *jus puniendi*.

Ocorre, porém, que em determinadas situações, a eficácia da decisão que julga inconstitucional o tributo pode ser postergada para o momento do seu trânsito em julgado ou mesmo para outro momento a ser definido pelos julgadores.

Isto provoca uma legitimação dos recolhimentos tributários havidos no período de vigência e eficácia da norma inconstitucional e, desta forma, não é permitido ao contribuinte recuperar os valores que recolhera no passado.

A questão criminal, porém, que pode estar envolvida com o não recolhimento fraudulento do tributo merece maior atenção.

Segundo nosso entendimento, esta decisão de inconstitucionalidade, quando proferida em controle concentrado, através de uma ação direta de inconstitucionalidade genérica ou de uma ação direta de constitucionalidade, justamente por possuir efeitos *erga omnes* e vinculantes para o próprio Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta, constitui fonte primária de Direito.

No caso do direito penal, esta decisão caracteriza, ontológica e finalisticamente, uma regra de *abolitio criminis*. E, em se tratando de matéria penal, não há que se falar em modulação de efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, na medida em esta decisão de abolição da figura típica penal representa estatuto de maior importância e envergadura dentro do Estado Democrático de Direito, em cujas entranhas encontra-se vigorosamente protegido o sagrado direito de liberdade do cidadão, porquanto corolário imediato do próprio direito à vida.

Além disso, ao se modular os efeitos da inconstitucionalidade de uma norma de natureza tributária, o sopesamento de princípios inerente e inafastável no processo de modulação leva em conta tão somente valores afetos ao patrimônio do contribuinte, que restará realmente atingido pela tributação inconstitucional, em favor da segurança jurídica e do interesse social.

Todavia, ao se pensar em uma condenação criminal, em delitos cujas penas são privativas de liberdade, o valor que deve ser levado em conta, no exercício ponderativo da modulação, não é mais aquele patrimonial, mas antes, valores afetos à liberdade, à dignidade da pessoa humana, dentre outros.

É assim, portanto, que, segundo nossos estudos, a modulação de efeitos das decisões que julgam inconstitucional determinado tributo, malgrado possam (sob protestos legítimos de grande parte da doutrina) sustentar a cobrança temporária de um tributo inconstitucional, não se presta para garantir ao Estado o necessário *jus puniendi*, devendo ser a respectiva persecução penal imediatamente estancada, na fase em que se encontrar.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Modulação de Efeitos. Crimes Tributários. Abolitio Criminis. Sopesamento de Princípios.

ABSTRACT

Every citizen has the duty of paying the taxes when determined by the law. In the other hand, the one who does not meet their taxes obligations adopting illegal conductions, must be prosecuted by the tax authorities.

However, sometimes the law that imposes the tax payment is considered unconstitutional by the Supreme Court and, in this case, the obligation of the tax payments are considered, in the same way, undue.

In this case, the tax payer can ask for the reimbursement of the tax paid.

In some situations, however, the Supreme Court, aiming to avoid a bigger problem related to the stability of the Judiciary, can validate the tax payments done until the judgment that declared the unconstitutionality of the tax law. It's called, in the brazilian Judiciary, the modulation of effects in decisions rendered by the Federal Supreme Court. If it happens, the tax payer cannot be reimbursed of the payments done until that moment. It's only a order to block new collection of that illegal tax.

The question that we aim to clarify in this research is related to the effects, in the criminal universe, of the decision that postpones the effect of the unconstitutionality judgment.

According to our understandings, despite of the possibility of the Federal Supreme Court validate the payments of the illegal tax, this decision is not able to support a criminal prosecution. It's because when we are talking about paying a tax, these effects are restricted to the property universe of the taxpayer. But when we talk about a criminal prosecution, this problem is related with taxpayer's different values, like liberty, life self-control, etc.

So, the modulation of the effects of a decision that considers unconstitutional a tax cannot be used to support a criminal prosecution. That's the point that our research aims to prove.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	19
3.	DA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AO REDOR DO MUNDO	29
4.	DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS A ATOS NORMATIVOS NO BRASIL	32
5.	DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA	42
6.	DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO STF	49
7.	DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NA SOCIEDADE E DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL, O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE E O INADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO	60
8.	DA PERSECUÇÃO PENAL ESTATAL E DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA	69
9.	DA TEORIA DAS FONTES. UMA ANÁLISE À LUZ DE NOVOS PARADIGMAS DE LEGITIMIDADE DO DIREITO. DA INCLUSÃO DE NOVOS ELEMENTOS COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO	76
9.1.	Do universo científico e sua apreensão das fontes do Direito	80
9.2.	Da Teoria das fontes e os paradigmas de legitimidade do Direito. Das fontes para Kelsen, da jurisprudência de valores e da teoria dos sistemas de Luhmann	81
9.2.1	Do positivismo jurídico e a Teoria das Fontes do Direito	81
9.2.2	Das Escolas Hermenêuticas e a Teoria das Fontes do Direito	88
9.2.2	Os sistemas sociais de Luhman e Teoria das Fontes	91
9.3.	Do Giro Linguístico e sua influência na Teoria das Fontes	96
9.3.1	Do Construtivismo Lógico Semântico	98
9.3.2	Do processo hermenêutico no Construtivismo L. Semântico	101
9.3.2	Da norma jurídica no Construtivismo Lógico Semântico	104
10.	DAS DECISÕES VINCULATIVAS DO STF PROFERIDAS EM ADIN E ADC COMO FONTE PRIMÁRIA DE DIREITO	107
10.1.	Das Evoluções paradigmáticas do Direito, do Giro Linguístico e das fontes primárias do Direito. Do alargamento da compreensão epistemológica de fonte primária	109

11.	DAS DECISÕES VINCULATIVAS DO STF COMO ABOLITIO CRIMINIS E DA EXTINÇÃO IMEDIATA DA PUNIBILIDADE ESTATAL NO CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO.....	120
12.	CONCLUSÃO	126

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, especialmente após a Lei nº. 9.868/99, que positivou o instituto da modulação dos efeitos de decisões que julgam, em controle concentrado, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, vem aplicando, com certa frequência, o referido instituto, notadamente para limitar, temporalmente, o efeito destas declarações.

Esta limitação tem como motivação a segurança jurídica ou o relevante interesse social, segundo a dicção do artigo 27 da mesma lei.

Realmente, o Estado Constitucional tem como característica básica a supremacia constitucional - da qual deriva o Princípio (ou dogma) da Nulidade¹. Sendo a Constituição o fundamento de validade formal e material de todas as demais normas, qualquer lei ou ato normativo que a contrarie é inconstitucional e, por conseguinte, nulo. *“O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito Brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas.”* (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1244).

No ordenamento jurídico pátrio, esta proteção da Carta Magna cabe, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal.

“A conciliação de critérios formais e materiais, a nosso ver, pode ser conseguida com a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da ‘atividade do poder do ponto de vista da Constituição’, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.” (SAMPAIO, 2002, p. 23)

A jurisdição constitucional, portanto, tem como objetivo maior realizar a proteção da Constituição, inclusive, sem a isso se limitar, expurgando do ordenamento leis ou atos normativos que contrariem lha contrariem.

Até pouco tempo, o princípio da nulidade era observado de maneira praticamente irrestrita. A idéia da supremacia constitucional irradiava fortes consequências sobre a atividade jurisdicional. Não se concebia, àquela altura, a

¹ Não faz parte do objeto da presente dissertação, mergulhar na discussão sobre ser princípio, ou não, o entendimento segundo qual é nula a norma que contrarie a Constituição. Desta forma, a referência ao princípio ou ao dogma da nulidade da norma será utilizado no presente trabalho sem referir-se à filiação a qualquer das correntes e, deste modo, de forma acrítica.

possibilidade de vigência e eficácia de uma norma inconstitucional, na medida em que aquilo representaria a negativa ou, no mínimo, a mitigação da vigência e eficácia de um dispositivo constitucional.

“O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre nulidade absoluta.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 202).

Atualmente, porém, e notadamente após a positivação do instituto da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, conforme já mencionado, a jurisdição constitucional vem promovendo a mitigação do dogma da nulidade absoluta, adotando, como procedimento de exceção, a modulação temporal dos efeitos de suas decisões.

A modulação temporal de uma decisão de controle de constitucionalidade retira-lhe o efeito retroativo (*ex tunc*), fazendo com que a declaração de inconstitucionalidade seja considerada apenas prospectivamente, ou seja, em relação ao futuro.

Assim, as relações jurídicas firmadas com base na norma que, agora, fora julgada inconstitucional não são, no caso da modulação referida, nulas, tal como ocorre nas situações tradicionais. Proibi-se, tão somente, o estabelecimento de novas relações jurídicas fundadas na norma objeto da declaração de inconstitucionalidade.

Malgrado a supremacia constitucional seja da essencialidade do próprio Estado Constitucional de Direito, o amadurecimento da jurisdição constitucional pátria trouxe à tona o fato de que a aplicação indistinta do princípio da nulidade poderia, por vezes, acarretar lesão aos outros valores igualmente caros ao Constitucionalismo (notadamente no Estado Democrático de Direito) - a segurança jurídica e a supremacia do interesse social.

Vale dizer, que a modulação dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade tem como justificção a proteção da segurança jurídica ou o relevante interesse público, os quais podem ser atingidos, de alguma forma, pela eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade.

De fato, em determinadas situações, as relações jurídicas firmadas com base na norma tida agora como inconstitucional encontram-se em tamanho grau de estabilidade, garantindo aos jurisdicionados, por anos ou décadas, direitos e/ou obrigações, que a anulação destas relações acarretaria um cenário de incerteza, de

instabilidade, de desfavor ao interesse público, que o prejuízo institucional trazido ao Estado de Direito teria proporções ainda maiores que a própria idéia de vigência temporal de uma norma inconstitucional.

A modulação dos efeitos da decisão do STF, portanto, sempre perpassa, basicamente, pelo confronto entre o princípio da nulidade (supremacia Constitucional) e a segurança jurídica ou o relevante interesse público. Ou seja, a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade deriva justamente desta ponderação de princípios, valores, postulados e interesses.

“O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1268).

A modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal também vem sendo aplicada nas decisões que julgam a constitucionalidade de leis e atos normativos afetos ao Sistema Tributário Nacional.

Cite-se, apenas como exemplo de modulação na seara tributária, o julgamento que culminou na declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº. 8.212/91, que definam o prazo decadencial de dez anos para a constituição do crédito tributário das contribuições sociais destinadas à seguridade social.

Naquela oportunidade, a Suprema Corte, após analisar os Recursos Extraordinários nºs. 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626 e decidir-se pela inconstitucionalidade, como já dito, dos referidos artigos 45 e 46 da Lei nº. 8.212/91, passou ao julgamento da proposta de modulação de efeitos do *decisum*. E, neste, restou decidido que só fariam jus à restituição aqueles contribuintes que já tivessem, até a data do julgamento, ajuizado ações judiciais ou apresentado solicitações administrativas questionando o prazo decenal.

Para todos os demais, a decisão teria efeito *ex nunc*.

Não pairam dúvidas de que a Suprema Corte modulou temporalmente os efeitos de sua decisão, na medida em que considerou *“legítimos os recolhimentos efetuados no prazo dos artigos 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento”*. (BRASIL, 2008, p. 2)

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir sua decisão invocou a justificativa da segurança jurídica para modular os efeitos da decisão que tomavam, dizendo que

uma decisão daquela diversa faria instaurar a insegurança e danosas repercussões para a sociedade em geral.

De se notar, que no exercício de modulação dos efeitos da decisão, este Ministro, no que acompanhado pela maioria da Corte, priorizou, dentre outros, (i) a estabilidade do ordenamento - dentro do qual, já sedimentado o prazo decenal há quase dez anos, inclusive em diversos precedentes judiciais; (ii) o interesse público da arrecadação, enxergando que repetição do indébito em massa poderia gerar a instabilidade do erário e, desta forma, o prejuízo disseminado perante a sociedade, etc.

De outro lado, fora preterido, no plano imediato e geral, a própria Carta Magna (dogma da nulidade), haja vista a admissão de vigência e eficácia temporal de um dispositivo normativo inconstitucional.

E, ao mesmo tempo, no plano mediato e específico, foram preteridos o princípio da legalidade, as regras de competência constitucional, o princípio da proteção da propriedade privada, do não confisco, da livre concorrência, dentre outros.

Não há dúvidas que a modulação de efeitos em matéria tributária é assaz contestável. Conforme ensina Misabel de Abreu Machado Derzi (2009, p. 524), *in verbis*:

“De resto e de plano, ressaltou o Min. GILMAR MENDES (no voto vista que proferiu na ADIN nº. 2.240), a teoria da nulidade mostra-se adequada, inadiável, se o processo envolve direitos fundamentais, protegidos por vedações e proibições de violação. Ou seja, se o propósito da própria decisão é garantir um direito fundamental (liberdade, direito de propriedade, dignidade da pessoa, etc.) a retroatividade deverá ser necessariamente adotada. Não se pode deixar de observar que, em se tratando de direitos fundamentais, surgem questões de fundo relativas ao Direito Tributário, pois a exigência inconstitucional de tributos tem relação direta com o direito de propriedade, a vedação do confisco, e a igualdade na livre concorrência”.

Porém, não constitui objeto deste trabalho a análise da aplicação geral do instituto da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito Tributário. Preocupa-se, nesta pesquisa, em perscrutar seus reflexos no que se refere à pretensão punitiva estatal relativamente aos crimes contra a ordem tributária, à luz da Teoria das Fontes do Direito.

“Todos aqueles que fraudam e sonegam a lei tributária, agindo desonestamente, prejudicam a sociedade inteira, a comunidade como um todo e os contribuintes que pagam. Por isso, na lei brasileira e na estrangeira de modo geral, essa conduta anti-social é considerada criminosa e punida com penas privativas de liberdade e multa.” (DERZI, 1993, p. 217)

De fato, os contribuintes que deixam de recolher os tributos devidos adotando, para tanto, condutas ilícitas, ficam sujeitos à persecução criminal estatal.

Por outro lado, a modulação dos efeitos de uma decisão que julga inconstitucional um tributo pode determinar expressamente a cobrança desta exação no período em que vigente (por força da modulação) a lei tributária agora inconstitucional. Ou seja, ter-se-ia uma modulação temporal completa, irrestrita da decisão proferida pela Suprema Corte e o contribuinte inadimplente seria compelido ao pagamento do tributo, relativamente ao período de vigência da lei.

A Lei nº. 8.137/90 carrega inúmeras condutas tidas como fraudulentas e sonegatórias, contra as quais, esta mesma norma prescreve penas privativas de liberdade e restritivas de direito. De igual sorte o Código Tributário Nacional, no seu artigo 168-A prevê figura típica atinente à retenção e não recolhimento de contribuições na natureza previdenciária.

Portanto, o inadimplemento do tributo, quando realizado mediante a adoção de condutas tipificadas pela norma penal e, assim, ilícitas, acarreta, além da obrigação de recolher a exação, a responsabilização do contribuinte na esfera penal, haja vista a prática de delito tributário "conexo" ao inadimplemento tributário.

Neste cenário, no qual o inadimplemento tributário pode acarretar duas distintas consequências - uma, no âmbito patrimonial relacionado à cobrança do tributo, e outra no âmbito da liberdade do cidadão, relacionada à persecução criminal, imperioso verificar se a decisão que teve modulados temporalmente seus efeitos se presta, enquanto fonte primária de direito, tanto para legitimar a cobrança do tributo no período em que vigente e eficaz a norma (por força da modulação mencionada), mas, especialmente, para embasar uma persecução e/ou uma condenação criminal (este o verdadeiro foco do nosso trabalho).

Conforme visto anteriormente, a modulação de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, enquanto utilizada somente para legitimar a cobrança pretérita de tributos inconstitucionais, atinge direitos fundamentais do contribuinte, porém, mais diretamente, aqueles relacionados à propriedade (o tributo como expropriação patrimonial legalizada perpetrada pelo Estado (ATALIBA, 2010)).

Todavia, no que se refere ao aspecto penal do inadimplemento tributário, quando derivado de condutas ilícitas, os valores, princípios e postulados envolvidos no "balanceamento da modulação", relativamente ao contribuinte, sugerem ser outros.

Para crimes contra a ordem tributária, como já visto, a norma penal prevê penas privativas de liberdade e restritivas de direito, cujos reflexos imediatos se operam incisivamente no âmbito da liberdade do cidadão.

Helena Taveira Torres (2011, p. 30), na sua recente obra Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica ensina que a segurança jurídica não mais pode ser enxergada sobre o tríplice entendimento de estabilidade, previsibilidade e observância da lei. Diz, in verbis:

“No Estado Democrático de Direito a segurança jurídica perde essa característica formalista, restrita à mera determinação do conteúdo jurídico aplicável ou de cálculo de relações formais, para servir também à proteção da igualdade ou justiça na tributação e à efetividade de direitos fundamentais, bem como à proteção das expectativas de confiança legítima.

(...)

O direito a um ordenamento jurídico seguro decorre do direito à certeza, à igualdade, à justiça, à confiança e a todo sistema de direitos fundamentais, e não de um postulado formal de ‘direito ao Estado de Direito’, como nos tempos do legalismo”.

De se ver que, tendo o Estado Democrático de Direito constitucionalizado os direitos e garantias fundamentais, garantido-lhes, inclusive, auto-aplicabilidade, a segurança jurídica passou a ser compreendida em nível mais amplo e, igualmente, mais profundo.

Portanto, a despeito de o julgamento de constitucionalidade da norma tributária ser único, a análise da modulação de seus efeitos merece especial atenção quanto à distinção de suas consequências - uma no âmbito da obrigação tributária propriamente dita (o tributo, em si) e outra no universo penal tributário.

Neste momento, a Teoria das Fontes do Direito apresenta-se como ferramental imprescindível à análise da utilização da decisão modulada pelo STF como fundamento de validade e suporte normativo para a persecução criminal do suposto infrator (*stricto sensu*) das normas tributárias.

Ainda que se admitida que a modulação dos efeitos autorize a manutenção da cobrança do tributo até a decisão que o julga inconstitucional, será que esta mesma modulação suporta, enquanto fonte de direito, a manutenção da pretensão punitiva estatal, de forma tal a sustentar a persecução criminal ou mesmo uma condenação já definitivamente decidida (trânsito em julgado) relativamente a determinado crime contra a ordem tributária?

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que possui efeitos vinculantes e *erga omnes* pode ser considerada uma fonte primária de Direito?

Sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal que possui efeito vinculante, tal como aquela exercida em controle concentrado de constitucionalidade, uma fonte primária de direito, não produz ela, no âmbito penal, eficácia plena e imediata, para fins de extinguir a punibilidade penal, ainda que a eficácia deste *decisum* tenha sido postergada temporalmente?

Esta decisão da Suprema Corte representa uma *novatio legis in melius* ou uma *abolitio criminis*?

É possível a modulação dos efeitos de uma decisão, nos moldes realizados com base na Lei nº. 9.868/99, quando a mesma representa, no ordenamento jurídico, uma *abolitio criminis* ou uma *novatio legis in melius*?

Estas questões serão abordadas na presente pesquisa que pretende, ao fim e ao cabo, demonstrar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade e que possuam, por conseguinte, efeito vinculante, constituem fonte primária de direito e, em se tratando de uma *abolitio criminis*, promovem a imediata extinção da pretensão punitiva estatal, ainda que os efeitos da decisão da Suprema Corte tenham sido modulados temporalmente para outros fins (no caso, para legitimar a cobrança de determinado tributo).

2. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição, tal como sugere a própria etimologia da palavra, congrega os valores básicos, iniciais, inaugurais de um ordenamento jurídico. É nela, de comum, que se encontram previstas a forma de estado, a forma de governo, a estrutura organizacional dos poderes executivo, legislativo e judiciário, os princípios e regras que irão nortear a atividade estatal, etc.

Ordinariamente, a Constituição carrega ainda, os direitos fundamentais dos cidadãos, sua garantias individuais; regula a liberdade de agir e limita o poder do Estado. Não por outro motivo, a Constituição é também denominada de Lei Fundamental.

A complexidade do seu desenvolvimento histórico e as múltiplas perspectivas de análise atribuem ao conceito de Constituição uma plurissignificatividade inigualável. “A resposta sobre o significado da Constituição - diz Hesse - depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido”. (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 999)

Outrossim, conforme nos ensina Nancy de Melo e Silva (2002, p. 55):

É impossível dizer precisamente o que é uma constituição de modo que sirva para a realidade política das cidades-estado da Grécia, para o público romano e sua transformação em império, para os reinos medievais e para a comunas e suas graduais metamorfoses nas limitadas monarquias e repúblicas dos tempos modernos. Não há uma definição que compreenda todas as variações de significado das grandes obras da teoria política e da história. Mas existem inúmeros pontos relacionados nos diversos significados de “constituição” que indicam o que é comum para o entendimento de pensadores tão diversos como Platão e Locke, Aristóteles e Rousseau, Kant e Mill, Montesquieu e Hegel, entre outros.

Ou seja, a Constituição, dada sua grandeza e, especialmente, à complexidade de seu mister, não pode ser observada apenas sob o enfoque jurídico, segundo o qual, ela se caracteriza como sendo o conjunto de normas fundamentais que regula as atividades do Estado e as liberdades e garantias individuais. Merece, com efeito, ser enxergada também sob o aspecto sociológico, segundo o qual a Constituição constitui a soma dos poderes reais dentro de um determinado Estado, seguindo a linha de Lassale (1987), ou seria a projeção do sociologismo no campo constitucional, conforme preceitua Manuel García-Pelayo (1951, p. 22); e reclama, ainda, ser enxergada, também, sob o foco político, para o qual a Constituição é a decisão

política fundamental, segundo o conceito formulado por SCHMITT, citado por Nancy de Melo e Silva (SCHMITT *apud* SILVA, 2002 p. 60)

A Modernidade diferencia funcionalmente Política e Direito e a Constituição escrita pode ser entendida como uma reação à diferenciação funcional, mas nem a existência do texto constitucional tem o poder de resolver o paradoxo, reflexo da complexidade social, que permanece e se apresenta sob novos ângulos. (LUHMANN *apud* REPOLÊS, 2008. p. 25)

A Constituição de um Estado é, portanto, uma decisão política democrática de primeira grandeza que significa e traduz-se na fonte originária de seu poder; a guardiã dos direitos fundamentais e garantias individuais dos cidadãos; a soma dos poderes que sustenta e garante o Estado e os cidadãos.

Partimos dessa compreensão de Constituição como processo de formação de uma comunidade de princípios, cuja fonte de legitimação encontra-se assentada no processo histórico de atualização dos sentidos normativos do sistema de direitos (DWORKIN, 1999). Assim, o caráter democrático da Constituição não é determinado apenas pelo seu conteúdo, mas pela narrativa da comunidade política que constrói e reconstrói uma auto-imagem e que pode ser chamada de 'Constituição Viva', seguindo a terminologia norte0americana da *living Constitution*, que encerra em sua definição a de identidade do sujeito constitucional. (REPOLÊS, 2008, p. 26)

Corolário deste seu fundamentalismo, a Constituição é também a lei suprema, a norma de ordem superior que estrutura, fundamenta e dá validade a todo o ordenamento jurídico que dela se desdobra.

Escorado nos conceitos kelsenianos de validade da norma jurídica, afirma Alexandre Travessoni Gomes, *in verbis*:

Para Kelsen, são válidas as normas jurídicas produzidas de acordo com os critérios postos numa norma superior. Um dever ser só pode retirar sua validade de outro dever ser. Nem todo dever ser, entretanto, ou nem todo sentido subjetivo de dever ser está revestido de sentido objetivo. Esse sentido objetivo de um dever ser é dado por uma norma superior que autoriza que os atos de vontade de uma autoridade sejam interpretados como norma jurídica: a norma superior é, pois, o fundamento de validade da norma inferior. (GOMES, 2004, p. 95)

A Constituição, portanto, representa, notadamente nos ordenamentos jurídicos de fundo positivista radicados na cultura germano-romana, a fonte de validade de todo o sistema e a norma de maior hierarquia, porquanto carrega em seu bojo os valores e princípios mais caros e importantes ao Estado.

Paulo Bonavides (2004, p. 127), em artigo publicado na Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, asseverou com objetividade:

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.

E Nancy de Melo e Silva (2002, p. 185) arremata:

Escrita ou costumeira, a Constituição de um país é a lei suprema. A força dos dispositivos constitucionais vem sempre de seu conteúdo e, algumas vezes, da forma pela qual são editadas (supremacia material e supremacia formal).

Ocorre, porém, que o ordenamento jurídico não é apenas composto pela própria Constituição. Ao contrário, fazem dele parte as leis, os atos normativos infralegais, os precedentes jurisprudenciais, etc. Ou seja, não apenas a Constituição possui o condão de criar e extinguir direitos e obrigações aos seus tutelados, mas também as demais normas (*stricto sensu*) que derivam do legislador infraconstitucional.

O processo de criação destas normas, por outro lado, muito embora deva seguir as balizas materiais e formais previstas na Constituição de regência, que é, com visto, o fundamento de validade formal e material das normas infraconstitucionais, é realizado, como de resto acontece com toda a atividade de criação e aplicação do Direito, pelos homens, sendo certo que esta realidade, por si só, transporta a atividade legislativa para o tortuoso cenário do erro e das contradições.

Vale lembrar que Kant, na sua *Crítica da razão pura*, assevera sobre a limitação da razão na sua atividade cognitiva, dispondo que a razão não se contenta com um conhecimento condicionado e busca sempre partir em direção do conhecimento incondicionado, ou seja, um conhecimento não testado ou experimentado.

Nesta tentativa de produzir o conhecimento por suas próprias forças, a razão chega à idéia e, como se comprovou, ao tentar desenvolver uma ciência, cai em inúmeras contradições. A razão no âmbito do conhecer não é capaz de ser constitutiva. Após a crítica realizada por Kant, a razão é preparada para o seu uso correto: regulativa no processo de conhecimento e constitutiva na esfera do agir. Assim se tornou possível uma última diferenciação entre o conhecer, limitado ao mundo dos fenômenos, e o pensar, que está para além deste mundo. (SALGADO, 2008, p. 23)

É assim, então, que o processo legislativo praticado pelo homem, ou seja, o processo no qual se desdobram da Constituição as demais normas que irão compor o sistema jurídico, comete, com considerável frequência, diversas afrontas e desrespeitos à própria Constituição, algo que, no cenário do Estado de Direito é inadmissível, à luz do dogma da nulidade, já mencionado anteriormente.

Surge, daí, a jurisdição constitucional, que busca justamente restabelecer a ordem jurídica através do expurgo, do universo legislativo, das normas que colidem com a Constituição. Trata-se, portanto, a jurisdição constitucional, de mecanismo de proteção da própria Constituição.

A jurisdição, conforme ensina o destacado professor José Adércio Leite Sampaio, (2002, p. 21) “é uma das maiores manifestações da soberania de um Estado.”

Através dela, ele, Estado, conhece, de forma neutra (Frisenhann), os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara, em seu nome e não em nome das partes, o direito aplicável ao caso, podendo executar o *decisum*, se provocado, na persistência de uma ‘lide insatisfeita’. (SAMPAIO, 2002, p. 21)

Mais adiante, este autor faz menção à diferenciação realizada por parte da doutrina entre a jurisdição constitucional, que se relaciona com conflitos de natureza constitucional, ou seja, que envolvam a Constituição, e a jurisdição ordinária, que cuida de abraçar todas as demais situações onde o Estado seja convocado a compor o litígio.

Diz ainda que, com o aumento do prestígio da jurisdição constitucional, esta passa a cuidar não apenas das questões ligadas à constitucionalidade de normas infralegais, mas, também, com a proteção, em gênero, dos direitos fundamentais.

O objeto dessa *justiça constitucional* é ainda mais amplo e tende a se expandir com o prestígio do Direito Constitucional, açambarcando hoje os conflitos de atribuição entre órgãos constitucionais e federativos, além do contencioso eleitoral.

(...)

A conciliação de critérios formais e materiais (para definir o conceito de jurisdição constitucional), a nosso ver, pode ser conseguida com a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da Constituição”, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais”. (SAMPAIO, 2002, p. 23)

Luís Roberto Barroso (2008, p. 1), na sua clássica obra *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, assinala que:

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.

Bonavides (2004, p. 124) também contribui, ao afirmar:

Em razão disso (concretização da Constituição como berço dos direitos fundamentais), cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: democracia jurídica, a democracia com legitimidade.

Não restam dúvidas, portanto, que a jurisdição constitucional é mecanismo de manifestação da soberania do Estado que visa (i) proteger, resguardar sua Constituição, em face de normas infraconstitucionais que com aquela colidam, (ii) garantir a eficácia, em profundidade e extensão, dos direitos fundamentais e (iii) julgar e orientar a adequação dos órgãos públicos.

A jurisdição constitucional se mostra necessária, portanto, para a manutenção basilar dos pressupostos do Estado de Direito, na medida em que garante (ou, no mínimo, busca garantir) a supremacia da Constituição enquanto lei fundamental do ordenamento jurídico, em todos os seus aspectos e consequências.

O principal mecanismo de jurisdição constitucional é o controle de constitucionalidade de normas. Para vários autores, o controle de constitucionalidade é a própria jurisdição constitucional. Todavia, considerando que entendemos por jurisdição a manifestação de soberania do Estado, conforme alhures apontado, filiamo-nos àqueles doutrinadores que realizam a separação entre estas figuras (a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade), tratando o segundo como uma ferramenta, um mecanismo do primeiro, ou mesmo, como uma das formas de exteriorização do primeiro.

Por fim, uma nota conceitual e terminológica. As locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. Jurisdição constitucional

designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ele própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso, estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional. (BARROSO, 2008, p. 1)

O controle de constitucionalidade é, portanto, a forma pela qual o Estado mantém a supremacia e a rigidez constitucionais, conforme novamente ensina Barroso:

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo, na verdade, nenhum ato jurídico, poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição. (BARROSO, 2008, p. 3)

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, com base na Teoria Discursiva do Direito habermasiana sustenta, até mesmo, que o controle de constitucionalidade se presta a garantir a legitimidade das leis e atos normativos, na medida em que garante que estes encontrem justificativa em valores debatidos pela sociedade, veja-se:

Como foi visto, a Teoria Discursiva do Direito habermasiana sustenta que o Direito na modernidade possui duas funções essenciais:

- a) estabilizar expectativas de comportamento social, material e temporalmente generalizadas numa sociedade;
- b) ser instrumento de inclusão social mediante um processo de deliberação mútua dos cidadãos sobre normas de sua convivência social.

Com isso, a Constituição deixa de ser vista como “medida de condicionamento jurídico da sociedade”.

Sua legitimidade se dá justamente por institucionalizar processos democráticos tendentes à apuração da soberania popular, garantindo, de outro lado, o livre exercício dos espaços públicos e privados no seio dessa coletividade.

A institucionalização de regras claras e definidas do poder comunicativo da soberania deve, pois ser regulamentada por um processo legislativo democrático, de modo que a produção de leis e de atos normativos em geral encontre justificativa em valores debatidos pela sociedade. E tal legitimidade há de ser apurada por processos democráticos de controle de constitucionalidade das leis. (CRUZ, 2008, p. 319)

Notadamente em *terras brasílicas*, onde o sistema jurídico possui vultoso número de normas e complexa teia de leis, que se referenciam e auto embrenham, a frequência da entrada em vigor de normas que colidem frontalmente com aquela de

ordem Constitucional é vigorosamente alta e, por isso, a jurisdição constitucional tem assumido um papel indispensável na manutenção da “saúde da Constituição” e na garantia da legitimidade das leis e dos atos normativos.

Do ponto de vista histórico, a idéia de jurisdição constitucional está intimamente ligada à noção de *lex fundamentalis*, em relação a qual todas as leis deveriam estar submetidas. Desde Atenas, já havia uma distinção entre *nómos* (lei superior) e o *pséfisma* (próximo das atuais normas infraconstitucionais). Já naquele tempo, as modificações das *nómoi* exigiam um completo procedimento especialmente designado para aquele fim. A *pséfisma*, por sua vez, deveria guardar consonância com as *nómoi*, sob pena de ter sua aplicação prejudicada pelos juízes.

Avançando na história, um dos mais emblemáticos episódios históricos relacionados ao controle de constitucionalidade foi o surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos.

Segundo José Adércio Leite Sampaio:

A tradição das colônias com o *Privy Council*, o controle da *common law over statutes* em meio as idéias de Coke e a inspiração do “Conselho de Censura”, órgão popular, encarregado de avaliar periodicamente o funcionamento e respeito da Constituição, previsto pelo texto constitucional da Pensilvânia de 1776, iluminaram uma corrente, na Convenção Federal americana, favorável à instalação de um sistema de controle das leis pelos tribunais. (SAMPAIO, 2002, p. 29)

Todavia, o processo de inclusão do *judicial review* na prática das tradições coloniais não ocorrera de forma linear e gradual.

A bem da verdade, em casos anteriores, a Corte já tinha declarado o princípio da supremacia constitucional em face das leis estaduais aplicando-se o artigo VI, §2º, da Constituição, numa memória talvez consciente do princípio britânico da supremacia das leis de *Westminster* sobre as leis coloniais; faltava, contudo, a afirmação da mesma supremacia da Constituição Federal em face das próprias leis federais, algo que lembraria a regra da superioridade das “Cartas Coloniais”, o que veio a ocorrer em *Marbury v. Madison*. (SAMPAIO, 2002, p. 30)

O contexto histórico deste episódio encontra-se muitíssimo bem detalhado na obra de Barroso, *in verbis*:

Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder

Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal (the Circuit Court Act), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.

Logo à frente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (*The organic act of the district of Columbia*) autorizou o Presidente a nomear 42 juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson, John Adams, assim, assinou os atos de investidura (*commissions*) dos novos juízes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Cabe o registro de que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*). E embora seu nome tivesse sido aprovado pelo Senado e ele já tivesse prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams. Pois bem: tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los.

Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs a ação judicial (*writ of mandamus*) em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789 (*The Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (*1802 term*) para apreciar o caso.

Sucedeu, contudo, que o Congresso, já agora de maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal (*The circuit court act, de 1801*), extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a esta decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao Governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802 a Câmara deflagrou o processo de impeachment de um juiz federalista em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte.

Foi nesse ambiente politicamente hostil e de paixões exacerbadas, que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos. (BARROSO, 2008, p. 5)

O julgamento representava, assim, a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder para julgar a inconstitucionalidade de uma norma, muito embora nem mesmo a Constituição lhe concedesse, de modo explícito, competência desta natureza.

Para conseguir fazer valer seu julgamento, a Corte fundamentou que seu poder para julgar a inconstitucionalidade de uma norma decorreria da própria lógica do sistema jurisdicional. Ao longo de seu voto, Marshall estatuiu diversos ordenamentos que, hoje, compõem o sistema de controle de constitucionalidade de

diversos países. Não apenas declarou a competência da Suprema Corte para julgar a validade de uma lei perante a Constituição Federal, mas também enfrentou a questão da competência da Suprema Corte para o julgamento de semelhante questão, como também dispôs que atos do Poder Executivo também poderiam ser invalidados pela Corte, nos casos de confronto com a Constituição.

Obviamente que a decisão de Marshall despertou uma série de críticas, “muitas respaldadas por argumentos sólidos” (BARROSO, 2008, p. 9), mas nenhuma delas capaz de retirar seu mérito de ter sido, portanto, “a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final”. (BARROSO, 2008, p. 10)

A compatibilidade de uma norma com a Constituição Federal deve ocorrer tanto em relação aos requisitos formais, quanto no que se refere aos requisitos materiais.

Os requisitos formais, segundo Alexandre de Moraes (2005, p. 627), defluem do próprio princípio da legalidade que determina que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Segundo este autor, a interpretação teleológica deste princípio permite afirmar que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei que tenha sido introduzida no ordenamento jurídico pátrio em consonância com as normas que ditam o processo legislativo constitucional (artigos 59 e 60 da Constituição da República).

Já os requisitos materiais dizem respeito à conformação da lei, em seu objeto, sua contextura, sua essência normativa, com a Constituição.

A análise da constitucionalidade da norma deve ser exercida de forma a verificar a compatibilidade da lei com a Constituição tanto no que se refere ao seu processo legislativo (respeito aos procedimentos e formas previstos no texto constitucional), ou seja, análise do aspecto formal, quanto no tocante ao seu conteúdo - análise do aspecto material.

Atualmente, há diversas pautas e critérios de classificação das formas e tipos de controle de constitucionalidade (SAMPAIO, 2002, p. 43). Fala-se em controle concentrado ou difuso, concreto ou abstrato, direto ou indireto, repressivo ou preventivo, político ou jurisdicional, dentre outros, conforme veremos a seguir.

3. DA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AO REDOR DO MUNDO

Conforme visto, podemos dividir, para fins didáticos, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em dois grandes grupos: o modelo difuso ou americano e o modelo concentrado ou europeu. No primeiro sistema, todo órgão dotado de poder jurisdicional pode examinar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo no caso concreto. Já no segundo modelo, esta competência para julgar a constitucionalidade fica adstrita a um órgão - a Corte Constitucional - que pode examinar tanto os casos abstratos como também os litígios concretos.

Como indicam as próprias denominações, o primeiro modelo nasceu, no constitucionalismo moderno, a partir do célebre episódio *Madson vs. Marbury*, já mencionado no capítulo anterior. A partir desta decisão, os órgãos judicantes passaram a exercer, de forma negativa, a análise da constitucionalidade das leis perante a Constituição Americana.

Já o segundo modelo, teve seu berço na Europa, especialmente na Austria, com Hans Kelsen e desenvolveu-se com ampla variedade de organização, conforme sua adoção pelos Estados europeus. Foi introduzido com a Constituição da Austria de 1920 e aperfeiçoado na sua reforma de 1929.

Segundo Kelsen, um tribunal especializado poderia anular a lei inconstitucional não apenas em um caso concreto, mas para todos nos quais a referida norma fosse aplicável:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como 'inconstitucional' não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. (KELSEN, 1998, p. 303)

Não obstante a grande diferença conceitual basilar entre estas duas formas de controle de constitucionalidade, que podem parecer auto excludentes, notadamente no que se refere à possibilidade, do segundo modelo, de analisar a constitucionalidade de lei ou ato normativo independentemente da aplicação efetiva (incidente) do texto analisado ao caso concreto, o século XX tem experimentado um processo de aproximação entre estes modelos de controle de constitucionalidade, que passam a conviver sem maiores conflitos em vários ordenamentos constitucionais,

valendo registrar que a própria Constituição Austríaca sofrera, em 1929, profunda reforma, pela qual fora introduzido o sistema de julgamento incidental de inconstitucionalidade.

O modelo europeu adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. Especialmente a Emenda Constitucional de 7 de dezembro de 1929 introduziu mudanças substanciais no modelo de controle de constitucionalidade formulado na Constituição austríaca de 1920. Passou-se a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça Administrativa elevem a controvérsia constitucional concreta perante a Corte Constitucional. Rompe-se o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando aqueles órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria. Essa tendência seria posteriormente reforçada com adoção de modelo semelhante na Alemanha, Itália e Espanha. (...) O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva. (MARTINS; MENDES; 2009, p.. 1 e 2)

Na França, o Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958 vem agindo, em muitos aspectos, como um órgão de jurisdição constitucional.

Na Bélgica, na Holanda e também em Luxemburgo, muito embora não seja a Constituição o parâmetro de aferição da legitimidade das leis, admite-se a análise destas normas à luz da Convenção Européia de Direitos Humanos, também em uma espécie de controle concreto de constitucionalidade.

Em verdade, a Comunidade Européia, como um todo, vinha desenvolvendo um sistema de controle dos atos comunitários frente os atos básicos gerais de Direito. O Tratado de Maastricht determina que, havendo dúvida sobre a legitimidade do ato comunitário, o juiz local (controle preliminar difuso) suscite a controvérsia perante o Tribunal de Justiça Europeu. "Trata-se de providência que guarda estrita semelhança com o processo de controle concreto do sistema concentrado". (HÄBERLE apud MARTINS; MENDES; 2009, p. 1009.)

No Reino Unido, igualmente, o Parlamento já não é mais um soberano absoluto, pois o *European Communities Act*, de 1972, atribuiu hierarquia superior ao direito comunitário europeu.

Em suma, hodiernamente o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos com uma estrutura mista, em que se aproximam e, até mesmo, convivem os sistemas concentrado e difuso, concreto e abstrato, compõe o ordenamento

jurídico da maioria dos países que adotam estrutura jurídica assentada na tradição romano-germânica.

A evolução dos sistemas constitucionais conduzirá a uma aproximação dos modelos políticos e jurisdicionais de controle de constitucionalidade, e entre as formas difusas e concentradas de fiscalização, tanto na Europa (I), quanto na América Latina (II) e nos países, fora da Europa, que adotam a *common law* (III). (SAMPAIO, 2005, p. 40)

Esta aproximação entre os sistemas difuso ou americano e concentrado ou europeu tem produzido uma série de consequências nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, notadamente no que se refere à eficácia, ao efeito das decisões proferidas em controle de constitucionalidade.

Com efeito, a eficácia temporal destas decisões distinguem-se, via de regra, em razão do regime de controle adotado: as decisões proferidas no controle concentrado/abstrato possuem, ordinariamente, efeitos retroativos (*ex tunc*), ao passo que as decisões proferidas no controle difuso/concreto possuem efeitos prospectivos (*ex nunc*).

Todavia, conforme veremos adiante, o processo de aproximação e, até mesmo, de miscigenação entre estes sistemas tem provocado uma crescente proximidade dos efeitos das referidas decisões - fato que é de real importância para questão-problema enfrentada neste trabalho.

4. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS NO BRASIL

Constitucionalidade e inconstitucionalidade referem-se a conceitos relacionais, ou seja, a relação que se estabelece entre a Constituição e uma lei ou um ato normativo. Trata-se, como nos ensina Jorge Miranda, de uma relação de caráter normativo e cuja avaliação da relação harmônica, ou não, entre elas passa por um juízo necessariamente valorativo. (MIRANDA *apud* MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 1002).

A inconstitucionalidade, portanto, ocorre a partir do momento em que a relação entre os elementos avaliados (no caso, a Constituição, como elemento balisador, e a lei ou o ato normativo, como elemento avaliado) se mostra desarmoniosa, conflitante.

O resultado desta desarmonia, deste conflito é, normalmente, o expurgo, do universo jurídico, da norma ou do ato avaliado. Ou seja, o afastamento do texto violador da Constituição integra, via de regra, o próprio processo de análise da inconstitucionalidade, sendo, assim, seu consectário indissociável.

A forma, porém, como ocorre o expurgo da norma ou do ato inconstitucional do ordenamento jurídico difere de acordo com o modelo de controle de constitucionalidade exercido.

No Brasil, podemos dividir o controle de constitucionalidade, basicamente, em controle político - quando o órgão que “garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado” (MORAES, 2005, p. 629); controle judiciário ou jurídico, feita pelos órgãos do Poder Judiciário e controle misto, quando “a constituição submete certas leis e atos normativos ao controle político e outras ao controle jurisdicional”. (MORAES, 2005, p. 630).

Em relação ao momento no qual este controle é exercido, há o controle de constitucionalidade, há o controle preventivo (comissões de constituição e justiça e o veto jurídico) e o controle repressivo exercido, normalmente, pelo Poder Judiciário e, em caráter excepcional, pelo Poder Legislativo no caso dos artigos 49, inciso V e 62 da Constituição Federal (MORAES, 2005, p. 633).

Em relação ao controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, este pode se dar através do chamado controle incidental ou concreto, cuja característica fundamental é que seu desenvolvimento acontece no curso de um processo, no qual a questão constitucional figura como um antecedente lógico e necessário ao provimento jurisdicional que irá, ao fim e ao cabo, dispor sobre a

existência ou inexistência de uma relação jurídica e suas características. (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 1066).

Há, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, a presença do controle concentrado, abstrato ou direto. Neste, o controle de constitucionalidade é exercido por um tribunal constitucional (concentrado), em ações específicas (direto) que não se atrelam a um determinado caso em concreto (abstrato). A declaração de inconstitucionalidade da norma ou do ato normativo, portanto, nestas ações, não é apenas seu principal objetivo, mas, na maioria das vezes, seu único objetivo imediato.

A Constituição de 1988 contempla uma série de espécies de ações do controle concentrado de constitucionalidade:

- a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 101, I, a)
- b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III)
- c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º)
- d) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*; EC nº. 03/93).
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º)

O Brasil, como de resto vem acontecendo com a maioria das jurisdições ocidentais adota um regime misto de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Todavia, nem sempre foi assim.

O federalismo foi o berço do controle concentrado de constitucionalidade, tanto nos Estados Unidos como no Brasil. O pluralismo de Estados congregados em aliança ou comunhão política, em que se requer a garantia e a inviolabilidade no respeito às relações mútuas dos entes associados, constitui, em sua dimensão histórica, o ponto de partida de toda a judicialização do controle de constitucionalidade.

A natureza política desse controle na origem é, porém, patente e incontestável e perdura até hoje, sem embargo da célebre polêmica Kelsen/Schmitt, da década de 20, que não deixou elucidada a matéria em seus derradeiros fundamentos.

[...]

Com efeito, foram palavras suas: 'Mas é certamente no Estado Federal que a justiça constitucional adquire a mais considerável importância. Não há exagero algum em asseverar que a idéia política do Estado Federal só se realiza plenamente com a instituição de um tribunal constitucional'. (BONAVIDES, 2004, p.. 129)

O Brasil, a Constituição Política do Império, de 1824, não previa o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Estabelecia a competência da Assembleia

Nacional para velar pela guarda da Constituição, conforme dispunha seu art. 15, inciso IX.

Tratava-se, portanto, de um controle de constitucionalidade realizado pelo próprio Poder Legislativo. Ainda existia o Poder Moderador, que era delegado ao Imperador para velar sobre “[...] a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes.” (BRASIL, 1824).

Dois anos após a proclamação da República, na Constituição Republicana de 1891, influenciada pelo direito norte-americano, fora introduzido o controle difuso de constitucionalidade. Extinguiu-se o Poder Moderador, e atribuiu-se ao Poder Judiciário a competência para averiguar a constitucionalidade de lei.

O art. 59 desta Constituição dispunha acerca da competência do Supremo Tribunal Federal, prevendo em seu §1º que:

Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. (BRASIL, 1891)

A Emenda Constitucional de 1926, malgrado tenha introduzido alterações em alguns dispositivos constitucionais, manteve a essência do controle difuso de constitucionalidade.

O sistema adotado àquela época, porém, apresentava uma deficiência crônica, na medida em que permitia, justamente pela característica de ser um sistema difuso, a possibilidade de decisões conflitantes acerca da constitucionalidade de determinada norma, circunstância que acabava gerando um estado de incerteza e insegurança jurídica. (CUNHA, JR., 2012, p. 102).

Mesmo quando este controle de constitucionalidade era exercido por um tribunal, remanescia a situação de incerteza, pois, não existia, àquela época, no Brasil, instituto semelhante ao *stare decisis* americano, que vinculava os órgãos do Poder Judiciário às decisões de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1934 manteve o controle difuso de constitucionalidade, porém com significativas alterações.

Foi introduzida a cláusula de plenário, com o estabelecimento de quorum especial para os julgamentos que envolviam controle de constitucionalidade, nos seguintes termos: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes,

poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” (BRAZIL, 1934)

Este mecanismo, ainda presente no ordenamento jurídico pátrio, visa justamente reduzir a flutuação das decisões de controle de constitucionalidade: “Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais.” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 1086).

Também visando melhor a unidade sistêmica, esta Constituição outorgou ao Senado Federal, em seu artigo 91, inciso IV, a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 1934).

E, ainda, dispunha que, após a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato governamental pela Corte Suprema, “(...) o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.” (BRASIL, 1934, art. 96)

Ao analisar esta mudança, o Professor Celso Ribeiro Bastos asseverou:

Grande passo foi assim dado no sentido da implantação do controle de constitucionalidade por via de ação e não apenas de exceção. O sistema defendido pela Constituição de 1934 já permitia o alargamento da decisão judicial, após a intervenção do Senado Federal, que passou dessa maneira a suspender para todos os casos os efeitos do ato inconstitucional, e não apenas naquele sub judice. (BASTOS, 2010, p. 559)

A Constituição de 1934 contou ainda com outra mudança que representou, também de forma tímida, uma aproximação com o sistema de controle concentrado de constitucionalidade:

Outra inovação no sistema de controle de constitucionalidade foi a representação interventiva, prevista no art. 12, inciso V, e §2º, da Constituição[1], segundo a qual o Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador-Geral da República, poderia declarar a inconstitucionalidade da lei estadual, se esta violasse algum dos princípios elencados no art. 7º, inciso I, nas letras a a h da Constituição, caso em que a intervenção não ocorreria. Se a lei fosse declarada constitucional, aí sim a intervenção se efetuariá. Era caso, portanto, de ação própria no direito pátrio. (SCHULZE, 2013)

Em relação às Constituições de 1937, 1946 e 1967, Clênio Schulze resume com maestria os ensinamentos contidos na obra de Gilmar Mendes, Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Coelho, veja-se:

1.1.4.4 Constituição de 1937

Esta Constituição adveio em meio a um Estado Ditatorial, autoritário, que concentrava o poder nas mãos do Executivo.

Manteve-se o controle difuso de constitucionalidade, mas com certa regressão. A cláusula de reserva de plenário, instituída pela Constituição de 1934, teve previsão no art. 96 da Constituição. (BRASIL, 1937). Entretanto, o parágrafo único deste dispositivo previu que:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (BRASIL, 1937).

Portanto, o Legislativo poderia reformar a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de lei. *“Ora, como na época não funcionava o Poder Legislativo, que não foi convocado, cabia ao próprio Presidente da República exercer, mediante simples decreto-lei, essa faculdade.”* (CUNHA JÚNIOR., 2012, p. 104).

“Deixaram de existir a representação interventiva e a possibilidade do Senado atribuir efeitos erga omnes à declaração de inconstitucionalidade proclamada pela Corte Suprema.” (LEAL, 2012, p. 143).

Foi, em verdade, um retrocesso ao controle de constitucionalidade jurisdicional.

1.1.4.5 Constituição de 1946

Esta Constituição recompôs o controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro, mantendo o sistema difuso, e introduzindo, com a Emenda nº 16 de 1965, o controle abstrato de constitucionalidade, advindo do sistema austríaco.

A norma compreendida no art. 96, parágrafo único da Constituição de 1937, foi extinta. Reintroduziu-se, na Constituição de 1946, a fórmula do Senado Federal, porém com restrição ao objeto da resolução suspensiva do Senado, que passou a ser lei e decretos declarados inconstitucionais.

Ademais, a intermediação do Procurador-Geral da República foi eliminada, passando o próprio Supremo Tribunal Federal a comunicar ao Senado a decisão de inconstitucionalidade. (CARVALHO, 2011, 364-365).

Bulos (2012, p. 203) elenca outras contribuições desta Constituição:

Permitiu que o controle difuso fosse exercido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário (art. 101, II, a, b e c). [...] Preservou a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). [...] Emprestou nova configuração à representação constitucional interventiva, introduzida, no Brasil, pela Carta de 1934, deixando-a sob os auspícios do Procurador-Geral da República (art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII).

De grande importância foi a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu no ordenamento brasileiro, em seu art. 101, inciso I, alínea k, o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, ao dispor que a este órgão compete processar e julgar, originariamente, “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.” (BRASIL, 1965). “O julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra

finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes, torna-se então possível.” (BASTOS, 2010, p. 562).

A Emenda ainda acresceu ao art. 124 o seguinte inciso: "XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado" (BRASIL, 1965). Ou seja, permitiu-se o controle de constitucionalidade estadual.

Passaram a conviver, portanto, o modelo difuso e abstrato de controle de constitucionalidade. Este último, “[...] concentrado-principal, no entanto, encontrava-se até então limitado às ações diretas de inconstitucionalidade por ação (representação genérica) e de inconstitucionalidade interventiva (representação interventiva).” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 105).

1.1.4.6 Constituição de 1967

A Constituição de 1967 manteve o controle de constitucionalidade misto da Carta de 1946, difuso e abstrato, com poucas mudanças.

O art. 124, inciso XIII, da Constituição anterior, não foi mantido.

A Emenda nº 1, de 1969, dispôs, em seu art. 10, inciso VI (BRASIL, 1969), que “A União não intervirá nos Estados, salvo para: [...] VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária”. Portanto, a representação interventiva foi ampliada, a fim de garantir também a execução de lei federal, até então sem previsão constitucional. Ainda, a Emenda admitiu a intervenção nos Municípios, a ser regulada pela Constituição estadual, “[...] para assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual (art. 15, §3º, d, da Constituição).” (CUNHA JÚNIOR., 2012, p. 105).

Após, adveio a Emenda nº 07 de 1977, que em seu art. 119, inciso I, p, afirmou a competência do Supremo Tribunal para analisar “o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.” (BRASIL, 1977). (SCHULZE, Clênio Jair. 2013)

Conforme se verifica do excerto acima, foi através da Emenda nº. 16 de 1965, que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro passou a contar, na Constituição de 1946, com os dois grandes modelos de atuação: o sistema difuso, já introduzido anteriormente, e, a partir de então, o sistema concentrado.

Por fim, a Constituição de 1988 foi responsável por ampliar significativamente os mecanismos de proteção judicial e assim também o controle de constitucionalidade das leis.

Ela preservou a representação interventiva; consagrou o *habeas corpus* como instrumento processual de proteção do cidadão contra arbítrios do Poder Público atentatórios ao direito universal de ir e vir; dispôs também sobre o mandado de segurança que visa proteger direito líquido e certo não protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*, que “se destina à garantia do direito de autodeterminação sobre informações” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2005p. 1052).

A Constituinte de 1988 teve, ainda, especial atenção com a chamada “omissão do legislador”.

Ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5º. LXXI, c/c com art. 102. I, q, destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, introduziu a Constituição, no art. 103, §2º, o processo de controle abstrato da omissão. Tal como o controle abstrato de normas, pode o controle abstrato da omissão ser instaurado pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembléia Legislativa, Governador de Estado, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (MENDES; COELHO; BRANCO; 2005, p. 1053).

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 foi responsável pela efetivação do controle abstrato de leis e atos normativos que, muito embora já presente na Constituição de 1967/69, somente na de 1988 ganha maior expressão.

Primeiramente, a CRFB de 1988 vocacionou o Recurso Extraordinário como ferramenta destinada exclusivamente à proteção da Constituição, tendo confiado ao Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial, a proteção das leis nacionais, contra atos normativos locais ou infra legais que com aquelas conflitam.

Além disso, a Carta Magna de 1988 inaugurou novas possibilidades de ações diretas de inconstitucionalidade, no âmbito do controle concentrado.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato ou concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, com a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. (BARROSO, 2008, p. 286)

Novamente Schulze sintetiza bem a questão escorado na obra de Mendes, Coelho e Branco, veja-se:

Mendes (2009, p. 1101-1104) elenca as mudanças nesta nova Constituição, conhecida como Constituição Cidadã: a) houve a preservação da representação interventiva, com a finalidade de verificação da “compatibilidade do direito estadual com os chamados princípios sensíveis” (que são os previstos no art. 34, VII, da Constituição Federal); b) ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída competência para conhecer as causas e conflitos que ocorram entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (previsão do art. 102, I, f); c) foram consagrados diversos instrumentos para a defesa dos direitos subjetivos públicos: habeas corpus

(art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (art. 5º, LXIX), habeas data (art. 5º, LXXII), mandado de injunção (art. 5º, LXXI); d) o Recurso Extraordinário, previsto agora no art. 102, III, a a d, reduziu seu âmbito de aplicação, confiando-se agora “ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário”; e) introduziu-se, ao lado do mandado de injunção, o processo de controle abstrato da omissão (art. 103, §2º); f) criou-se a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 102, I, a, c/c o art. 103); g) ampliou-se o direito de propositura da ação direta, conforme rol constante no art. 103 (que antes sofria o monopólio pelo Procurador-Geral da República); entre outras considerações.

Observa-se que ao Supremo Tribunal Federal foi concedida a guarda da Constituição, conforme seu art. 102, caput. Portanto, o controle de constitucionalidade, em regra, foi acometido ao Poder Judiciário.

Maior prestígio foi dado ao controle concentrado, instituindo-se a ação declaratória de constitucionalidade (através da Emenda Constitucional nº 03 de 1993), ao lado da já existente ação direta de inconstitucionalidade (Art. 102, I, a, da Constituição Federal). (BRASIL, 1988).

A legitimidade para a propositura dessas ações foi ampliada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, rompendo com o monopólio antes outorgado ao Procurador-Geral da República. Segundo o art. 103, da Carta Democrática (BRASIL, 1988):

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para analisar os pedidos de medida cautelar, suspendendo então a eficácia de norma considerada inconstitucional, foi mantida. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 102, I, p).

Houve a previsão, no art. 102, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), da arguição de descumprimento de preceito fundamental, instituído este posteriormente disciplinado pela Lei nº 9.882 de 1999. O texto constitucional previu, ainda, em seu art. 125, §2º (BRASIL, 1988), a competência dos Estados para a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. (SCHULZE, 2013)

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, portanto, no ordenamento jurídico pátrio possui hoje, como já dito, um modelo misto, no qual convivem o sistema difuso (realizado por qualquer órgão ou juiz investido de jurisdição, e desde que observados alguns pressupostos, como a cláusula de plenário, por exemplo), que no caso brasileiro também pode ser chamado de controle concreto, na medida em que se debruça exclusivamente sobre questões nas quais a lei em análise se encontra aplicada na lide concreta; e o sistema concentrado (realizado por “Corte Constitucional”), que no âmbito brasileiro também coincide com o controle abstrato, porquanto realiza a análise da compatibilidade de determinada lei ou ato normativo sem analisá-lo perante o caso concreto, mas apenas em seu aspecto abstrato.

Malgrado estes sistemas de controle de constitucionalidade possuam, como visto, profundas diferenças estruturais, são em seus efeitos que mais eles se distanciam. A eficácia das decisões proferidas em cada um dos modos de controle de constitucionalidade são próprias e decorrentes do próprio sistema de controle. Basicamente, as decisões proferidas nos procedimentos de controle de constitucionalidade podem vincular somente as partes litigantes ou pode tratar-se de uma decisão *erga omnes*, nos termos do §2º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 102 *[omissis]*

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988)

Passemos a analisar a questão da eficácia da decisão proferida em controle de constitucionalidade.

5. DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Conforme já visto, a idéia central do controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico que a partir dela se desdobra, bem como a sua rigidez.

A existência de uma Corte Constitucional instrumentaliza a jurisdição constitucional, garantindo a forma jurídica e a estrutura pragmática para a análise - abstrata e/ou concreta - das leis e atos normativos, sob o enfoque da sua constitucionalidade.

Não basta, porém, a existência da referida Corte, se os efeitos das suas decisões não reproduzirem, dentro do ordenamento jurídico, uma consequência efetiva, que reflita no afastamento concreto da norma impugnada.

O julgamento, por si só, e a declaração de inconstitucionalidade, como um evento pertencente ao plano abstrato normativo, não cuidam de garantir a rigidez constitucional, tampouco resguardam a supremacia Constitucional.

É certo que a rigidez constitucional, notadamente do ponto de vista hermenêutico aplicado (jurisdição constitucional), vem sendo amplamente debatida nas últimas décadas, tendo em conta a conscientização, cada vez maior, acerca da complexidade social que se descortina defronte às Constituições, tornando-se, assim, ingloriosa a tarefa reducionista de contemplar e regular, na lei (seja ela qual for) os processos sociais vividos e experimentados pelos cidadãos dia após dia.

Não por outro motivo que o grande jurista José Luiz Quadros de Magalhães escreveu:

O Direito Constitucional tem evoluído com grande velocidade nesses anos, e com essa evolução a compreensão do significado do que é Constituição muda a partir de exigências de um mundo dinâmico e complexo. Constituição não é texto e Direito não é regra, e não pode ser assim considerado, como ocorria no passado, sob pena de se tornar obsoleto. É inimaginável a possibilidade de o parlamento acompanhar e prever todas as possíveis situações fáticas decorrentes das mudanças sociais rápidas e, muitas vezes, radicais.

Diante deste mundo surpreendente, o desafio é perceber sua complexidade, sua diversidade e sua relatividade. Diante disso, uma nova consciência jurídica se afirma. A superação de um legalismo simplificador é exigência do nosso tempo. O Direito não pode ser resumido a regra, pois não há possibilidade de previsão de regras para solucionar todos os conflitos de um mundo complexo. O direito principiológico vinculado à história, vinculado ao caso concreto, tornou-se uma exigência democrática.

Para compreender o que foi dito, é importante lembrar que a Constituição não é texto. O texto é um sistema de significantes aos quais atribuímos significados. Nesse sentido, um texto significa atribuir sentidos e atribuir sentidos significa atribuir valores, os quais mudam com a sociedade. A sociedade muda por meio das contradições e conflitos internos e externos.

Logo, quando a sociedade muda, mudam-se os valores, logo mudam os conceitos das palavras (significantes), aos quais, portanto, passamos atribuir novos significados.

Esse é o ponto que nos interessa de perto para a construção da idéia de jurisdição constitucional ampla ou, melhor, o fato de que toda jurisdição tem de ser uma jurisdição constitucional, uma vez que não pode ler a lei infraconstitucional contra a Constituição, o que seria uma interpretação inconstitucional. (MAGALHÃES, 2009, p. 148)

Todavia, esta abertura hermenêutico-cognitiva pela qual vem passando a jurisdição constitucional, não afasta a necessidade de manutenção da supremacia e da própria rigidez constitucional, entendida esta, como a imprescindibilidade de especial processo legislativo (poder constituinte originário ou reformador, a depender da ordem constitucional) para alteração no seu texto.

Vale dizer que, muito embora experimentemos, de fato, uma fase na qual a jurisdição constitucional tem sido chamada a enfrentar e, especialmente, a conviver com novos pressupostos epistemológicos hermêuticos, inclusive com maiores influxos dos princípios nos processos de construção lógico-semântica normativa, em detrimento de uma lógica positivista restrita, tal modificação não altera o fato de que a Constituição reclama uma efetiva e eficiente ferramenta de proteção contra leis ou atos normativos que lha contrariem.

Lênio Luiz Streck asseverou, com autoridade:

Numa palavra: a Constituição é o fundamento de validade do sistema jurídico. A Constituição constitui. Um texto jurídico (leis, regulamento, etc.) somente é válido se estiver em conformidade com a Constituição, que deve ser entendida em seu conjunto de valores principiológicos. A jurisdição constitucionais, mais do que um mecanismo de controle dos poderes, é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2001. p. 251)

Corolário desta indispensável supremacia e rigidez constitucional, como forma, até mesmo, de garantir a própria existência do Estado Democrático de Direito, seguindo a linha de Streck, a eficácia das decisões que julgam inconstitucional a lei ou o ato normativo culminam, via de regra, na expulsão do ato impugnado do ordenamento jurídico.

A existência de mecanismos adequados e eficazes de controle de constitucionalidade é condição fundamental para a supremacia constitucional e a segurança jurídica, essência do moderno Estado de Direito. De nada adianta a existência de limites materiais, circunstanciais, temporais e formais que marcam a rigidez constitucional se não há meio de controle eficaz que permita o afastamento do ordenamento jurídico e da vida das pessoas dos atos e leis que contrariam esses limites. (MAGALHÃES, 2009, p. 251)

A jurisdição constitucional, no Brasil, influenciada pela cultura norte-americana, que, como já visto, foi a precursora na inauguração do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, possui uma enraizada cultura ligada a esta forma difusa de controle.

Com efeito, o número de recursos extraordinários apresentados pelas partes litigantes demonstra que a Suprema Corte brasileira ainda é enxergada como uma instância final de julgamento, quando, em verdade, representa a instância de proteção da Constituição, conforme já explorado anteriormente.

No controle difuso, o julgamento de inconstitucionalidade leva em conta o caso concreto submetido à análise da Corte Constitucional. Este caso concreto possui, por óbvio, partes litigantes. A decisão proferida, *in casu*, vincula somente as partes litigantes, retroagindo seus efeitos ao momento da edição da lei inconstitucional.

Declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, justamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente têm aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração. (MORAES, 2005, p. 641)

A limitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade às partes litigantes na ação judicial julgada tem, de há muito, causado manifestações incisivas de grande parte da doutrina nacional, na medida em que esta restrição acaba por gerar uma situação de permanência em vigor e eficaz, de norma cuja constitucionalidade já fora declarada, pela Corte Constitucional, contrária à Lei Maior.

Para entender o problema, há que se compreender a sistemática do artigo 97 da Constituição Federal sobre o pronunciamento da questão de constitucionalidade das leis pelos tribunais, hipótese surgida no Brasil desde o advento da Carta de 1934 e que, agora, pretende ter seu sentido subvertido pela legislação infraconstitucional.

Quando uma ação de competência originária do Tribunal ou um recurso é protocolizado, é imediatamente remetido por sorteio a um Juiz/Desembargador relator componente de um órgão fracionário do Tribunal, normalmente denominado Turma ou Câmara. Ora, tão logo o órgão fracionário reconheça a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis posteriormente ao feito, ele deverá sustar o processo e encaminhá-lo ao Pleno ou à Corte Superior desse mesmo Tribunal, vez que falece competência ao órgão fracionário para enfrentar a *questio juris* constitucional.

O processo ficará suspenso até que a questão incidental de inconstitucionalidade seja julgada por órgão especial ou quando este não existir, por todo Pleno do Tribunal. Decidida a matéria de constitucionalidade em que se franqueia o direito de defesa e o contraditório às partes litigantes, o feito retorna ao órgão fracionário, que decide a questão. Este tem ampla para apreciação dos fatos e da fundamentação jurídica que exorbitar da matéria da constitucionalidade das leis. Desse modo, todos os fundamentos jurídicos da

causa são reencaminhados ao órgão fracionário, à exceção da questão de constitucionalidade, pois a mesma encontra-se jungida à decisão do Pleno/Órgão Especial do Tribunal, quando houver, por força do texto constitucional. A Lei nº. 9.756/98, disciplinando incidente de inconstitucionalidade nos tribunais pretende tornar vinculantes as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade tomadas incidentalmente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Assim, a inovação legislativa procura fazer com que as decisões tomadas pelo Supremo na via difusa sejam dotadas de efeito vinculante, sob o aplauso de significativa parcela da doutrina nacional. (CRUZ, 2004, p. 349)

A despeito dos aplausos que tem recebido a corrente que busca atribuir efeito *erga omnes* também aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, aderimo-nos à opinião do professor Álvaro Ricardo, abaixo reproduzida:

Absolutamente não se participa desse entusiasmo, remarcado pelo ponto de exclamação do texto acima citado. Primeiramente, porque a descrição do efeito vinculativo do modelo americano está longe da doutrina estrita dos precedentes, como longamente já se assinalou. Depois porque a alegação de celeridade e economia processuais próprias do paradigma positivista não podem sobrepor-se à idéia de formação democrática das decisões judiciais, garantindo-se os princípios constitucionais do direito da ampla defesa, do contraditório e da livre apreciação do Judiciário de todas as matérias que se lhe apresentam. (CRUZ, 2004, p. 351)

Realmente, a atribuição de efeito suspensivo ao controle difuso de constitucionalidade poderia acarretar a análise extremamente superficial de uma lei, na medida em que seus efeitos e consequências estariam adstritos e vinculados ao caso concreto. No mínimo, não haveria a garantia de análise da lei em toda sua amplitude normativa, o que, pelo menos em tese, ocorre quando o julgamento está desamarrado de uma situação fática concreta.

Apesar dos movimentos que hodiernamente surgem neste sentido, ainda há o entendimento corrente majoritário no sentido de que as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, possuem efeitos vinculantes limitados às partes processuais e retroagem à data da entrada em vigor da lei ou ato normativo impingido, não sendo este, portanto, o cenário que mais diretamente importa ao presente trabalho, porquanto não sujeito, este tipo de decisão, ao fenômeno da modulação temporal de efeitos.

Já no sistema abstrato/concentrado, o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal se dá através de uma ação própria, na qual apenas a questão atinente à constitucionalidade da lei ou ato normativo é aferida.

Normalmente, as decisões em controle concentrado/abstrato possuem o chamado efeito *erga omnes* e vinculam os órgãos do Poder Judiciário e da

administração pública direta e indireta federal, estadual, distrital e municipal ao conteúdo daquela decisão. Possuem, ainda efeito *ex tunc*, que retira do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo desde sua entrada em vigor (retroação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade).

Atualmente, o controle concentrado é exercido através de cinco espécies de ações já citadas, mas que merecem ser novamente colacionadas, a saber:

- a) ação direta de inconstitucionalidade genérica
- b) ação de inconstitucionalidade interventiva
- c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão
- d) ação declaratória de constitucionalidade
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental

Para o nosso trabalho, aonde analisaremos as consequências da modulação de efeitos das decisões em controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Direito Penal Tributário, importa tratar das ações previstas nos itens “a” e “d” acima listados, ou seja, da ação direta de inconstitucionalidade genérica e da ação declaratória de constitucionalidade, porquanto sujeitas, estas duas, ao instituto da modulação dos efeitos de suas decisões.

Reduzindo, ainda mais, o âmbito de análise deste trabalho, trabalharemos apenas com as decisões que julgam procedente as ações diretas de inconstitucionalidade, ou seja, que julgam inconstitucional, em controle concentrado e abstrato, uma lei ou ato normativo. Este resultado (declaração da inconstitucionalidade) é, por óbvio, também atingido pelo julgamento de improcedência de uma ação direta de constitucionalidade. Todavia, para fins de simplificação e adequação ao exemplo de natureza tributária escolhido para debate e exposto na introdução deste trabalho, nos fiaremos apenas, como dito, na decisão proferida em ADIN.

A ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, tem cabimento para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente a dos estados membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição e que ainda estejam em vigor.

Porquanto um processo de controle concentrado e incidental de constitucionalidade, sua decisão, por força do já citado artigo 102, §2º da Constituição da República de 1988, possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculativo, como já visto.

Aplicando-se estes ensinamentos à questão problema em análise neste trabalho, temos que uma decisão que julga inconstitucional um tributo através de uma ação direta de inconstitucionalidade possui efeitos amplos, vinculativos e retroativos, o que equivale a dizer que todos os recolhimentos tributários realizados com base naquela lei julgada inconstitucional são indevidos e transformam-se no denominado *indébito tributário*, cuja devolução (do tributo indevido) deve ser pleiteada pelo contribuinte, respeitado o prazo prescricional previsto na norma geral tributária, o Código Tributário Nacional.

Além disso, as cobranças realizadas pelo Fisco em face de contribuintes inadimplentes e que estejam ainda em curso deverão ser imediatamente paralisadas, na medida em que esta decisão também vincula os órgãos da administração pública direta e indireta.

Por fim, caso o contribuinte esteja sofrendo uma persecução penal, pela prática de crime contra a ordem tributária, nos moldes já analisados precedentemente, deverá ser promovido o imediato trancamento da ação penal, ou mesmo do procedimento inquisitório (inquérito policial) em trâmite no momento da declaração de inconstitucionalidade, na medida em que, inexistindo inadimplência tributária, não há que se falar em crime fiscal, porquanto ausente um elemento formador do tipo penal, qual seja, o tributo inadimplido.

Este, portanto, é o cenário que se desenvolve quando os julgamentos de inconstitucionalidade do tributo recebem seu tratamento tradicional e as decisões deles decorrentes são respeitadas em sua total completude material e temporal, ou seja, sem qualquer restrição de eficácia.

Todavia, conforme já citado, o Supremo Tribunal Federal possui, hoje, ferramenta de julgamento devidamente positivada que lhe possibilita modular temporalmente os efeitos das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade.

Outrossim, a aplicação deste instrumento de mitigação temporal da eficácia da decisão no cenário tributário há pouco descrito, pode acarretar significativas mudanças no seu desfecho, tanto no que se refere à possibilidade de manutenção da cobrança do tributo inadimplido, como também, na permanência da possibilidade de se prosseguir com a persecução penal mencionada.

Com efeito, caso a modulação de efeitos aplicada pelo STF não promova qualquer distinção entre a manutenção da cobrança tributária (consectário natural da modulação de efeitos) e a persecução criminal (consequência possível de acordo com a “natureza” da inadimplência), a conclusão lógica a respeito deste julgamento determina, à autoridade administrativa (atividade plenamente vinculada), o prosseguimento tanto da cobrança do tributo, quanto da persecução penal em desfavor do contribuinte.

É justamente esta possibilidade que passamos a analisar.

6. DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DO STF

Muito se discute acerca dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade realizadas pela Suprema Corte no Brasil. Para muitos, diz-se que ela trabalha no plano da validade. Para outros, a questão encerra-se no plano da eficácia. E há, também, quem defenda que a lei ou ato normativo inconstitucional é inexistente.

Esta discussão, muito embora antiga, faz-se bastante importante para o caso presente, na medida em que os efeitos das decisões que julgam a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo constitui mote central do tema posto em debate.

Adiantamos, que nosso entendimento comunga com aqueles que defendem que a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo age no plano da sua validade e de maneira retroativa. Diz-se “natimorta” a lei ou ato normativo que contrarie preceitos constitucionais, já que, em caso contrário, a supremacia da Constituição restaria abalada pela vigência momentânea da norma inconstitucional.

O professor da Universidade de Direito de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, já anotava, há anos, que a discussão acerca da validade e eficácia da norma - inclusive a Constitucional - vem ganhando importância nos tempos atuais, no contexto das sociedades pluralistas e normativamente conformadas:

Mais do que as discussões passadas em torno do «conceito justo» de constituição, interessa conhecer a problemática moderna respeitante à validade (legitimidade) e eficácia normativa de uma constituição nos estados pluri-classistas (GIANNINI), democraticamente organizados, dos tempos actuais. É no contexto de uma sociedade pluralista, normativamente conformada, que ganha mais acuidade a questão do conceito e função das leis constitucionais. As respostas orientam-se segundo três perspectivas fundamentais: (a) subsistência da compreensão liberal, formal e positivista de constituição; (b) continuação das perspectivas sociológicas, orientadas para uma compreensão materialista do texto constitucional; (c) renovação da compreensão material de constituição sob o ponto de vista do Estado de direito democrático. (CANOTILHO, 1993, p. 75)

As terminologias validade, eficácia e existência, no Direito, são tema de profundos estudos e de alguma confusão quanto à sua real significação. Marcos Bernardes de Mello (1973), em sua obra *Direito - Uma concepção de sua validade*, já anotava, com profundidade, esta confusão conceitual e terminológica.

Quanto à validade, valiosos os ensinamentos de Hans Kelsen, para o qual a validade de uma lei ou ato normativo está conectada à idéia da existência de um fundamento de validade desta lei ou ato normativo em uma outra lei ou ato normativo

de superior hierarquia. Segundo o autor austríaco, ao se determinar que uma lei, um estatuto comportamental derivado, no plano lógico do “dever-ser”, possui validade, ou seja, é válida e, desta forma, vinculativa, tal assertiva decorre do fato de que outra lei confere, à primeira, seu fundamento de validade. Kelsen, portanto, trabalha com a validade da lei (e do próprio ordenamento jurídico) na idéia da sua referenciação em outra que lhe sirva de suporte, dentro de uma escala hierárquica de pertinência das leis com seu fundamento de validade.

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. (KELSEN, 198, p. 135)

Segundo a teoria kelseniana de validade normativa, tem-se que o ordenamento jurídico pode ser definido como o conjunto de leis hierarquicamente organizadas e cujas validades remetem a uma mesma ordem normativa, veja-se:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 1988, p. 136)

Na linha da escola que derivou dos ensinamentos de Kelsen, uma lei ou ato normativo válido é aquele que possui pertinência, que pertence, que encontra-se circunscrita aos parâmetros e limites impostos pela norma que lhe dá fundamento, ou seja, que representa seu fundamento de validade.

Norberto Bobbio, em sua célebre obra *Estado, Governo e Sociedade* anota com perspicácia:

Na rigorosa redução que Kelsen faz do Estado a ordenamento jurídico, o poder soberano torna-se o poder de criar e aplicar direito (ou seja, normas vinculatórias) num território e para um povo, poder que recebe sua validade da norma fundamental e da capacidade de se fazer valer recorrendo inclusive, em última instância, à força, e portanto do fato de ser não apenas legítimo mas também eficaz (legitimidade e eficácia referenciam-se uma à outra); o território, torna-se o limite de validade espacial do direito do Estado, no sentido de que as normas jurídicas emanadas do poder soberano valem apenas dentro de determinadas fronteiras; o povo torna-se o limite de validade pessoal do direito do Estado, no sentido de que as próprias normas jurídicas valem apenas, salvo casos excepcionais, para determinados sujeitos que, deste modo, passam a constituir os cidadãos do Estado. (BOBBIO, 2007, p. 94)

No Brasil, vários foram os autores que, seguindo a teoria Kelseniana acabaram por adotar a teoria do fundamento de validade das leis, tal como demonstra o professor Celso Antônio Bandeira de Melo, veja-se:

Poder constituinte significa poder de elaborar uma Constituição. Sendo esta o primeiro documento jurídico do Estado e fundamento de validade de todos os demais, negamos normativistas a natureza jurídica desse poder, reconhecendo-lhe a sua faticidade histórica, suscetível de ser estudada por outros ramos do saber, como força ou energia social. Autores há, entretanto, que sustentam a juridicidade do poder constituinte, com base na tese jusnaturalista de que, além do direito positivo, há um direito superior decorrente da própria natureza humana, ou, de um modo geral, de que o direito precede ao Estado.

O pensamento de Sieyès é jusnaturalista. Outras posições serão apenas ligeiramente resumidas, tendo em vista que o problema ultrapassa as fronteiras do direito constitucional para constituir objeto da filosofia. (BASTOS, 1999, p. 12)

O já citado Marcos Bernardes de Mello, em *terras brasilis*, é um dos maiores estudiosos sobre o tema da validade, eficácia e inexistência (do ato administrativo).

Aduz Mello que, no campo da Filosofia do Direito, o vocábulo validade é utilizado:

“(a.a) para designar o plano lógico, plano do dever-ser, em que se desenvolve o fenômeno jurídico, diferente do plano da causalidade física, natural, que constitui o plano do ser. Por isso, tem-se que validade está em oposição a causalidade. Validade é produto da imputação do homem aos fatos, enquanto causalidade é facticidade, realidade física, completamente alheia e infensa à imputação. Nesse sentido, diz-se que o direito se desenvolve num plano de validade.

(a.b) Utiliza-se, ainda, para qualificar o direito que está conforme, ou não, os seus próprios fundamentos, sejam éticos, sociológicos ou dogmáticos. Nessa acepção, as normas que integram o ordenamento jurídico serão consideradas válidas ou inválidas, consoante estejam, ou não, de acordo com aqueles fundamentos”. (MELLO, 2009, p. 1)

Pode-se concluir, em síntese, que ao tratarmos da validade da lei no Direito Brasileiro, referimo-nos, com base em um entendimento retilíneo de parte significativa da doutrina, que lei válida é aquela que fora instituída dentro dos parâmetros formais (processo legislativo) e materiais (conteúdo legislativo) estabelecidos em uma norma de hierarquia superior (superioridade esta na qual se encontra, sempre, a Constituição, porquanto norma fundamental do ordenamento jurídico, conforme visto anteriormente).

Por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade proferida em uma ação direta de inconstitucionalidade estatui justamente a desconformidade da lei ou do ato

normativo julgado com a Constituição em seus aspectos formais (processo legislativo) e/ou em seus aspectos materiais (conteúdo ontológico normativo).

Ora, se a validade da lei decorre da sua retidão e respeito aos aspectos formais e materiais delimitados pela norma de hierarquia superior (*in casu*, a Constituição) e se a declaração de inconstitucionalidade anota justamente a ausência desta conformação formal e/ou material, a outra conclusão não podemos chegar, à luz de simples operação silogística, senão de que a declaração de inconstitucionalidade afeta, justamente, o plano da validade da lei ou ato normativo.

A análise, outrossim, dos conceitos de existência, vigência e eficácia corroboram esta conclusão.

Em simples e rápidas palavras, veja-se: a existência, segundo majoritária doutrina, diz com a própria entrada em vigor de uma lei ou ato normativo. Uma vez publicada e vigente, a lei ou ato normativo existem. Por outro lado, infirmar-se a adequação da lei ou ato normativo aos preceitos formais e/ou materiais previstos na Constituição não altera o fato fenomênico ocorrido de entrada em vigor da norma que agora carrega a pecha da inconstitucionalidade. Já a vigência é uma qualidade da lei relacionada à sua exigibilidade. Uma norma pode existir, ser válida, mas não vigente, porquanto suspensa sua exigibilidade em face de um dispositivo normativo nela mesma contido. Em nada também se confunde com a questão da adequação formal e/ou material da norma ao seu fundamento de validade. Por fim, a eficácia da lei ou, melhor dizendo, a eficácia da norma diz com a capacidade efetiva de regular a conduta social, para cujo mister esta norma fora elaborada. É a análise do exercício efetivo da capacidade normativa adquirida, em potencial, com a vigência. Também não se confunde com adequação à norma superior, inclusive porque uma lei pode ter sido extremamente eficaz no seu período de vigência, e os efeitos desta eficácia permanecem mesmo quando a norma é julgada inconstitucional com efeitos *ex tunc*.

Portanto, tranquilo o entendimento segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade da norma age no plano de validade da norma.

Por conseguinte, devemos também admitir que a declaração de inconstitucionalidade causa nulificação imediata do estatuto legal, na medida em que há uma perda inevitável do seu fundamento de validade, ou seja, daquilo que garante sua pertinência, sua participação e sua inserção no mundo jurídico.

Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “the unconstitutional statute is not law at all”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-

se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Assim, julgada procedente a ADI ou improcedente a ADC, ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional.

[...]

A inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também no direito brasileiro, a diferentes variantes de declaração de nulidade:

- declaração de nulidade total
- declaração de nulidade parcial
- declaração de nulidade parcial sem redução do texto. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2005, p. 1245).

Porém, assim como acontece com o sistema Português, há, em nosso controle de constitucionalidade, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir o efeito da sua decisão, quando verificadas questões afetas à segurança jurídica ou relevante interesse social, conforme já citado.

Trata-se de tendência mundial.

Na Áustria, berço do sistema europeu de controle concentrado de constitucionalidade, há a previsão da restrição dos efeitos temporais. Na Itália, a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade encontra limites na coisa julgada e nos efeitos da prescrição e decadência eventualmente verificados. Nos Estados Unidos, por sua vez, berço do sistema difuso, a decisão (*stare decisis*) possui efeito vinculante. Logo, para as partes do processo, o efeito é sempre retroativo. Já para terceiros, a partir do julgamento do caso *Linkletter vs. Walker* (381, U.S. 618, 629 (1965)), a Suprema Corte americana começou a flexibilizar este entendimento (SAMPAIO, 2005). Na Espanha, embora nem a Constituição Espanhola e nem a lei orgânica da Corte Constitucional tenham previsto a restrição de efeitos para as declarações de inconstitucionalidade, a Corte Constitucional, “marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*” (MARTINS; MENDES; 2009, p. 500-501). Já no direito português, “reconhece-se, expressamente, a possibilidade de o Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 282 (4) da Constituição.” (MARTINS; MENDES; 2009, p. 501).

No Brasil, possibilidade de restrição dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade no método concentrado foi objeto de discussão perante a Assembléia Constituinte de 1986/88. Contudo, esse dispositivo foi rejeitado (MARTINS; MENDES; 2009, p. 544). Ou seja, àquela altura, o afastamento do dogma da nulidade era algo não aceito pela Constituinte, algo que se entende razoável

inclusive em se considerando o contexto histórico-político no qual a Constituição Federal de 1988 foi promulgada.

Todavia, esta possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade fora introduzida no ordenamento jurídico através do artigo 27 da Lei nº. 9.868 de 10 de novembro de 1999, *in verbis*:

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

É de se ver que a norma brasileira confere ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de limitar tanto a eficácia temporal da norma, como também os seus efeitos, de maneira ampla e irrestrita.

Neste ponto, uma consideração, malgrado estranha ao estudo proposto, é imprescindível: as regras alienígenas que regulam a limitação dos efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade utilizam, na maioria dos casos, um critério temporal para seu estabelecimento. Ou seja, a mitigação do efeito ocorre através do estabelecimento de um marco temporal inicial para a eficácia da decisão.

No Brasil, a legislação prevê, igualmente, que a decisão proferida pelo STF somente tenha eficácia após seu “trânsito em julgado ou, a partir de qualquer outro momento a ser definido”, conforme o art. 27 da Lei nº. 9.868/99. Todavia, além desta possibilidade, a legislação pátria confere ao Supremo Tribunal a possibilidade de restringir, segundo outros critérios, os efeitos da decisão.

Como a norma não estabelece quais os elementos que podem ser utilizados como fonte da limitação, esta regra parece-nos demasiadamente alargada – receita certa para ofensa ao Princípio da Isonomia, tão caro à Constituição.

Exatamente isto que se viu, recentemente, quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº. 138.284-8/CE, através do qual se discutia a constitucionalidade do artigo 45 da Lei nº. 8.212/91, que estabelecia o prazo decadencial de dez anos para as contribuições previdenciárias. Ao declarar que o prazo em questão era de cinco anos, tal como regulado pelo Código Tributário Nacional, disse a Corte Máxima que apenas os contribuintes que já houvessem ajuizado ações judiciais contestando a cobrança do tributo em lançamento de ofício realizado à época pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social tendo em conta os dez anos pretéritos é que poderiam dela se privilegiar. Ou seja, aqueles contribuintes

que optaram por pagar a dívida inconstitucionalmente cobrada considerando-se a decadência de dez anos não mais poderiam recuperar o que haviam pago.

Note-se, portanto, que o critério de distinção em apreço não levou em conta apenas o marco inicial de eficácia, mas o fato de o contribuinte estar, ou não, em juízo, discutindo a cobrança.

Tal medida, porém, representou flagrante ofensa ao Princípio da Isonomia, na medida em que distinguiu iguais: contribuintes do INSS submetidos à cobrança através de lançamento de ofício. O fato de estar, ou não, em litígio não é critério capaz de suplantar a isonomia. Registre-se, ainda, que, neste caso, restou em vantagem justamente quem tinha espírito mais belicoso e insurgiu-se judicialmente contra a cobrança.

Vale citar, que a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, de um modo geral, recebeu pesadas críticas da doutrina pátria, dentre as quais, citamos as de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *in verbis*:

Os fundamentos dessa modulação já foram analisados neste trabalho. São, portanto, lastreados na noção de proporcionalidade e na ponderação de valores. [...]

Repita-se, tais posicionamentos têm certamente fundamento na doutrina de ponderação de valores de Alexy (1993) e Zagrebelsky (1988). Com esse suporte, os comunitaristas entendem, portanto, que o regime democrático estaria garantido em razão do “qualificadíssimo” *quorum* de 2/3 (dois terços) exigidos pela legislação em casos como tais.

Por fim, desenvolvem argumentos utilitários sobre o custo/benefício da incidência do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais em face da boa fé, à razoabilidade, etc. Abrem, portanto, espaço ao Supremo para tratar os princípios constitucionais como “mandados de otimização”, competindo a este a tarefa de bem sopesar as consequências de decretar a nulidade/anulabilidade em face da inconstitucionalidade da norma ou de postegar a incidência dessa decisão, adiando os efeitos dessa norma, mesmo que claramente inquinada de vícios de inconstitucionalidade (CRUZ, 2004, p. 423).

De nossa parte, também temos considerações em desfavor do referido instituto, malgrado admitamos tratar-se de uma tendência pertencente à maioria dos sistemas de controle de constitucionalidade. Nossos argumentos, além disso, possuem natureza pragmática e podem, de igual sorte, ser considerados utilitaristas por parte daqueles que defendem o instituto.

A crítica a que nos referimos diz respeito à principal função teleológica do instituto de modulação dos efeitos: garantir segurança jurídica em face dos “princípios da certeza e estabilidade das relações jurídicas” (Ministro BALEEIRO, no RE nº. 79.620 *apud* CRUZ, 2004, p. 420).

Ora, *certeza e estabilidade das relações jurídicas* é algo que necessita, invariavelmente, do tempo. Conforme veremos em capítulo adiante deste trabalho, a professora Misabel de Abreu Machado Derzi (2009) demonstra que os *inputs* realizados no sistema jurídico pelas decisões judiciais (veículos de estabelecimento de relações jurídicas) criam, nos cidadãos, expectativas de confiança legítimas e que, desta forma, o Estado deve cuidar para a proteção destas expectativas. Para tanto, porém, necessário o transcurso de determinado lapso temporal.

Neste sentido, parece-nos que o instituto da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, se precisam proteger expectativas legítimas de confiança carregadas pelos cidadãos ao longo do tempo, isso se deve ao fato de que o expurgo das leis inconstitucionais do nosso ordenamento não ocorre no tempo necessário.

Ou seja, permite-se, por várias razões, que leis inconstitucionais permaneçam no arcabouço legislativo por tempo suficiente para que as relações jurídicas com base nelas instauradas se solidifiquem ao ponto de gerar expectativas legítimas de estabilidade e certeza.

Caso, porém, ditas leis inconstitucionais fossem expurgadas do ordenamento com maior agilidade, talvez sequer haveria tempo hábil para a formação de qualquer expectativa no sentido de manutenção eterna da relação jurídica estabelecida sob seus auspícios.

O problema da morosidade do nosso Poder Judiciário, inclusive da Corte Suprema, não faz parte da temática deste trabalho e envolve, como sabido, questões multidisciplinares afetas à política, sociologia, infra-estrutura do Poder Judiciário, etc.

De toda sorte, ainda que esta observação possa parecer pequena se comparada à grandiosidade do instituto aqui em debate (modulação dos efeitos) ou mesmo se comparada à problemática da lentidão do Judiciário, um questionamento parece-me recorrente quando defronte para as razões que ordinariamente justificam e legitimam a modulação dos efeitos das decisões do STF: caso as decisões judiciais que julgam a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos demandassem um prazo médio de seis ou, até mesmo, doze meses para seu trânsito em julgado, seria necessária a existência desta ferramenta de mitigação dos efeitos da decisão?

Não ignoramos que esta "proposta" também possui suas fragilidades, na medida em que a jurisdição constitucional é processo que se beneficia, em muitas vezes, do maior amadurecimento da *quaestio juris* que cerca o provimento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei.

Por inúmeras vezes, vimos o próprio Supremo Tribunal Federal rever posições que se mostravam razoavelmente sólidas em seus julgamentos, *ex vi*, as decisões que analisavam a constitucionalidade, ou não, do §1º do artigo 3º da Lei nº. 9.718/98, que tratava da incidência de PIS e COFINS sobre receitas estranhas ao conceito de faturamento. Durante anos, as Turmas do Supremo Tribunal Federal entenderam que os termos faturamento e receita bruta se equivaliam, para fins de incidência destas contribuições. Alguns contribuintes chegaram a se deparar com o trânsito em julgado desfavorável aos seus interesses em ações judiciais que contestavam a referida equiparação de institutos diversos. Em 2005, porém, ao ser submetida a questão ao Plenário daquela Corte, os Ministros decidiram, por maioria, que os termos faturamento e receita bruta referiam-se a institutos distintos e que a Constituição Federal de 1988 somente outorgava competência tributária para a incidência de contribuições para a seguridade social sobre os valores correspondentes ao faturamento.

Enfim, trata-se, o exemplo, de um caso típico no qual o amadurecimento e a profunda discussão, ao longo de anos e anos nos tribunais pátrios levou o Supremo Tribunal Federal a proferir um julgamento tecnicamente correto, o que talvez não aconteceria, caso a decisão houvesse sido proferida num curto espaço de tempo após a entrada em vigor da norma tributária.

A questão, portanto, é complexa e demanda, de fato, a análise de diversos fatores multidisciplinares para que se possa, com segurança, determinar se o instituto da modulação dos efeitos das decisões do STF é uma ferramenta necessária e garantidora do próprio Estado Democrático de Direito, porquanto busca, sempre, a proteção maior da Constituição; ou se este instituto seria dispensável caso contássemos com um Poder Judiciário ágil e eficaz, sem se esquecer que esta agilidade e eficácia, noutro plano, poderia também representar uma perda na qualidade dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que prescindiria de um maior prazo e de um maior debate sobre a norma que estava sendo submetida ao juízo.

Pois bem.

Mas voltando ao estudo proposto neste trabalho concluímos, sem dúvidas, que o instituto da modulação de efeitos é hoje uma realidade no Direito Constitucional Pátrio, sendo certo que a jurisdição constitucional dele se valerá, cada vez mais, buscando garantir o equilíbrio entre as forças contrapostas que se enfrentam na análise acerca do melhor momento para a emanção da eficácia da decisão que

declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo - se para afastá-los desde a sua entrada em vigor (ex tunc) ou para convalidar as relações jurídicas realizadas até aquele momento (da declaração de inconstitucionalidade) ou até qualquer outro momento escolhido pelos Ministros.

A questão que ainda remanesce e que será objeto de discussão nos próprios capítulos, como já referido, diz com os efeitos desta modulação na seara penal tributária.

Antes, porém, uma rápida análise do papel do Estado na sociedade moderna e o sistema tributário como agente viabilizador do exercício deste mister.

7. DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NA SOCIEDADE, DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL, O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E O INADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, mas que ainda carrega, em grande monta, influências e políticas próprias de um Estado Social, tal como se declarava e perseguia caracterizar-se no início do século XX.

Conforme nos ensina Maria Sylvia Zenella di Pietro:

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas consequências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilando as de pequeno porte; surgira uma nova classe social - o proletariado - em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.

Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, tinham se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram. (DI PIETRO, 2011. p. 9)

Além do insucesso dos princípios do Estado Liberal em promover materialmente a liberdade e a igualdade dos cidadãos, outro fator, naquele momento, fora determinante para mudança das bases conceituais do Estado Moderno: as grandes guerras mundiais. (DI PIETRO, 2011)

As duas grandes guerras mundiais (1914 a 1918 e 1939 a 1945) deixaram um legado de destruição, pobreza, desvalidos, doentes, deficientes físicos que reclamava do Estado uma atuação efetiva e direta (atuação material e não meramente formal) no processo de proteção dos direitos individuais. Os princípios do liberalismo em momento algum mostravam-se suficientes para reparar o estado de desigualdade criado pelo espólio dos grandes confrontos.

Surge o Estado Social, também chamado de Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento (DI PIETRO, 2011).

Nesta nova concepção, o Estado assume a missão de buscar essa igualdade material entre as pessoas e, para atingir esta finalidade, o Estado passa intervir, de forma ativa e coercitiva, na ordem econômica e social, visando ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

Neste Estado Social, sua posição desloca-se de um ambiente de passividade na proteção da igualdade para uma posição ativa, atuante, material. A igualdade entre os cidadãos e entre estes e o Estado deixa de ser vista como mera formalidade

(possibilidade de acesso aos direitos individuais) e torna-se uma obrigação do Estado (promover, efetivamente, a igualdade entre os homens). Ser igual não é apenas possuir à disposição as mesmas potencialidades para o gozo de direitos individuais. Ser igual é efetivamente usufruir isonomicamente destes mesmos direitos.

A segunda metade do século XX, porém, trouxe à baila as deficiências também do Estado Social, caracterizadas, especialmente, pela sua incapacidade de sozinho prover aos cidadãos, com eficiência, a realização material de seus direitos individuais. A máquina estatal também possuía seus limites. Mesmo com o agigantamento das instituições públicas, o Estado constatou que o esforço público isolado seria insuficiente para se atingir seus objetivos (garantia dos direitos fundamentais e das garantias individuais aos cidadãos).

O Estado passou a experimentar, então, um processo de desestatização, dentro do qual a iniciativa privada passou a participar mais ativamente do processo de promoção dos direitos individuais fundamentais (instituições privadas atuando diretamente nas áreas de saúde, educação, transporte, etc.).

O Estado deixa de caracterizar, pelo menos em teoria, como um Estado que ativa, direta, pessoal e isoladamente promove o bem estar dos cidadãos e passa a compor uma posição na qual seu mister transfere-se para o dever de promover condições para que, lado a lado, ele próprio Estado e a iniciativa privada cuidem de estabelecer e garantir as liberdades e os direitos individuais. Surge o Estado Democrático de Direito.

Todavia, mesmo dentro deste novo paradigma da função estatal, o Estado não experimentou maior redução em seu papel no contexto social, já que os direitos fundamentais ainda mantiveram-se com enorme expressão e importância dentro do ordenamento jurídico e social. Heleno Taveira Torres chega a afirmar, até mesmo, que o conceito de segurança jurídica, dentro do Estado Democrático de Direito, atrela-se ao efetivo cumprimento dos direitos fundamentais e das garantias individuais. (TORRES, 2011).

Conforme ensinam Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel em sua obra *Tributação dos Fundos de Pensão*:

“A República Federativa do Brasil consolidou como princípio de organização e estrutura do Estado não só o princípio do Estado de Direito, mas também o princípio do Estado Social, ao constituir-se em Estado Democrático de Direito. Embora a expressão Estado Social não tenha sido literalmente empregada na Carta Magna, é justamente o princípio do Estado Social que irá acompanhar, equilibrar e apoiar o Estado Democrático de Direito.” (CARVALHO; MURGEL; 2007. p. 19.).

Não houve, portanto, com o Estado Democrático de Direito, qualquer movimento mitigatório dos direitos fundamentais ou das garantias individuais (o que, *de per sí*, não pode ser condenado), mas tampouco houve qualquer processo de diminuição das instituições Estatais.

Muito embora o Estado estivesse, na teoria, abandonando o modelo de Estado Social, de Estado Providência, e apesar de algum movimento caracterizado por desestatizações ou tercerizações à iniciativa privada, o Estado, em nenhum momento, abdicou-se da busca de atingir uma situação real e concreta de isonomia entre os cidadãos, atuando ativamente, através de políticas públicas intervencionistas, na vida de seus tutelados.

É fato, a despeito de qualquer juízo de valor, que nas últimas duas décadas, surgira, no Brasil, uma nova classe social, extremamente dependente de programas assistenciais que foram, ano após ano, implementados pelo Governo Federal. Este fato aproximou o modelo Estatal adotado, novamente, daquele social, intervencionista.

Para este mister, porém, o Estado necessita arrecadar recursos financeiros. A atuação ativa Estatal na persecução dos direitos fundamentais e das garantias individuais, a manutenção de programas assistenciais das mais variadas naturezas e modelos, a intervenção ativa na busca de uma isonomia ainda que "fabricada" exige a aplicação efetiva de recursos financeiros. Não por outra necessidade a arrecadação tributária vem batendo consecutivos recordes, o que demonstra que a busca de receitas por parte da administração fazendária tem estado, efetivamente, na pauta de seus membros.

Voltando ao tema central, Geraldo Ataliba coloca que “os políticos (homens que dirigem o estado), precisando atender às necessidades financeiras do poder público, usam do direito como instrumento do desígnio de abastecer o estado dinheiro.” (ATALIBA, 2010. p. 14)

E continua o autor, pontuando que “o conteúdo das normas tributárias, essencialmente, é uma ordem ou comando, para que se entregue ao estado (ou pessoa por ele, em lei, designada) certa soma em dinheiro”. (ATALIBA, 2010. p. 15)

O sistema tributário possui, portanto, como mister, abastecer os cofres públicos de recursos que serão empregados pelo Estado no desenvolvimento de suas atividades. A Constituição Federal de 1988, enquanto corolário do Estado Democrático de Direito (ou quase um Estado Social), garante aos cidadãos tanto os direitos

primários, secundários, como também aqueles conhecidos como de terceira geração, para cuja implementação - de todos estes direitos - o Estado deve angariar recursos financeiros.

Enfim, o País necessita de dinheiro para que possa atingir seus objetivos fundamentais, consistentes, *in thesis*, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, no desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e marginalização, na redução das desigualdades sociais e regionais, bem como na promoção do bem estar da coletividade (conf. art. 1º, §3º, CF/88).

Dentre as diversas fontes de recursos de que dispõe o Estado, o Sistema Tributário e, dentro dele, especificamente o tributo destaca-se pela importância, representatividade e, também, pela coercitividade com que recai sobre os cidadãos, num processo de captação onde o particular é compelido a transferir parte de sua riqueza para o Estado (ATALIBA, 2010).

Ricardo Lobo Torres delimita com propriedade a relação jurídica tributária existente entre Estado e cidadãos, *in verbis*:

“A relação jurídica tributária é complexa, pois abrange um conjunto de direitos e deveres do Fisco e do contribuinte. A Fazenda Pública tem o direito de exigir do contribuinte o pagamento do tributo e a prática de atos necessários a sua fiscalização e determinação; mas tem o dever de proteger a confiança nela depositada pelo contribuinte. O sujeito passivo, por seu turno, tem o dever de pagar o tributo e de cumprir os encargos formais necessários à apuração de débito; mas tem o direito ao tratamento igualitário por parte da Administração e ao sigilo com relação aos atos praticados.” (TORRES, 1993. p. 43)

A natureza impositiva da obrigação tributária radica justamente na sua origem “*ex lege*”. Ensina Dino Jarach (1989) que a coercitividade do tributo não deriva mais da vontade da administração pública, como já acontecera em alguma época histórica. Segundo o autor, no Estado moderno de direito, a obrigação tributária está assentada na coercitividade da própria lei.

O Direito Tributário pátrio tem berço na Constituição Federal de 1988, em capítulo próprio, onde estabelecidas normas e princípios que traçam, delimitam, específica e taxativamente, seu contorno, balizas, amplitude e limites.

Justamente por isso é que José Eduardo Soares de Mello explica que a análise da matéria tributária exige um estudo da Constituição Federal, na qual previstas as competências tributárias e as regras gerais para o exercício desta competência, do Código Tributário Nacional, norma geral em matéria tributária e que determina os contornos e limites para a instituição e cobrança dos tributos, repartição das competências tributárias, etc.; e, por fim das leis ordinárias que dispõe sobre os

tributos de um modo em geral, ressalvados aqueles cuja instituição da regra matriz de incidência deve se dar através de lei complementar (MELO, 2003).

O Brasil, contrariando a tradição romano-germânica a que pertence (herança de sua filiação lusitana) onde as Cartas Políticas contêm alguns poucos princípios de ordem tributária e, quando muito, regras acerca da repartição de competências nos estados federados, inundou sua Constituição Federal de normas de natureza tributária.

Dentre os regramentos e princípios constantes da Lei Constitucional, na denominação de Paulo de Barros Carvalho, ressalte-se a delegação de competência para a instituição dos tributos pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

É na Lei das Leis que estão consignadas as permissões para os legislativos da União, dos Estados e dos Municípios instituírem seus tributos, como também é lá que estão fixados os limites positivos e negativos da atividade legiferante daquelas pessoas. (CARVALHO, 2002, p. 34).

Há de restar claro, porém, que a Constituição Federal de 1988 não institui tributos, efetivamente. Conquanto abriga normas de sobre-nível, soaria mal, em termos de boa técnica, encontrarmos lá qualquer norma prevendo alguma regra matriz de incidência tributária (CARVALHO, 2002). Esta missão coube às estruturas normativas a ela inferiores.

Complementarmente à Carta Magna, estão, como o próprio nome já assinala, as leis complementares, que têm como seu maior expoente, em matéria tributária, o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, a quem cumpre primordialmente o papel de ditar normas gerais a este respeito.

Eduardo Soares de Melo chega a dizer que o Código Tributário Nacional, ao lado da Constituição Federal constituem os diplomas jurídicos básicos necessários à instituição dos elementos estruturadores e dos instrumentos operacionais do direito tributário (MELO, 2003).

E, dando completude ao sistema tributário, destaque-se também as leis ordinárias cujo dever é instituir e regular as espécies tributárias, à exceção dos impostos, cuja definição dos elementos formadores do tributo (base de cálculo, sujeitos e alíquota) compete à lei complementar.

É através da lei - ordinária ou complementar - que os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – exercem, portanto, cada qual a competência legislativa lhes delegada pela Constituição Federal de 1988.

A lei, no exercício de sua função de instituir e regular tributos, deve conter, minuciosamente, todos os elementos que compõem sua hipótese de incidência.

Estabelecer um tributo, com efeito, significa descrever um fato, cuja ocorrência em concreto deflagra determinadas conseqüências, cuja previsão deve ser dar também no “corpo” da lei, conforme anota o artigo 150, inciso I da Carta da República de 1988, que consagra o chamado Princípio da Estrita Legalidade Tributária.

Paulo de Barros Carvalho prescreve que instituir um tributo corresponde a enunciar os critérios da hipótese – material, espacial e temporal – sobre os critérios da conseqüência – subjetivo (sujeitos ativo e passivo da relação) e quantitativo (base de cálculo e alíquota). (CARVALHO, 2008)

A necessidade de vir explícita e detalhadamente configurada a regra matriz de incidência do tributo na sua lei instituidora, radica justamente no já citado primado da estrita legalidade inaugurado no artigo 150, I da Constituição Federal e corroborado em detalhes no artigo 97 do Código Tributário Nacional.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;” (BRASIL, 1988)

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:
I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;
IV - a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;
VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.
§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.
§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.” (BRASIL, 1966)

Tem-se, portanto, que o Sistema Tributário Nacional é uma importante peça na complexa e engendrada engrenagem Estatal. Mesmo no contexto de um estado liberal, o tributo é peça chave e carrega consigo a importante missão de abastecer os cofres públicos de recursos, com os quais o Estado irá desempenhar seu papel.

Analisando, então, sua pertinência e importância (do tributo) dentro de um contexto ainda maior, no qual o Estado assume, dada sua função social mais intensa, uma postura mais ativa e presente na garantia e proteção dos direitos e liberdades individuais, tem-se que o pagamento dos tributos pelos cidadãos caracteriza-se como

mola propulsora ou, até mesmo, como ingrediente viabilizador do estabelecimento da própria figura e função do Estado.

A origem constitucional (delegação de competências constitucionais) e a natureza *ex legis* do tributo, trouxeram, outrossim, para o Sistema Tributário Nacional, duas distintas consequências.

A primeira diz respeito à chamada *incidência positiva* (MELLO, C., 2006) do Princípio da Estrita Legalidade Tributária citado na precedência.

Com efeito, a obrigação de se pagar o tributo nasce e se contém nos exatos limites permitidos pela própria legislação. Vale dizer que o pagamento tributo somente é legítimo quando embasado em uma norma (lei complementar ou ordinária, conforme visto) que respeite e se contenha dentro dos limites de competência outorgados pela própria Constituição da República - que, neste caso, se comporta como o fundamento máximo de validade da própria atividade tributária (COELHO, 2007).

Lado outro, quando o pagamento da exação ocorre com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, diz-se que estes são pagamentos indevidos, os quais, por conseguinte, geram para o contribuinte o direito à imediata restituição da quantia paga.

Conforme visto anteriormente, o sistema jurídico pátrio possui, em seu ápice, a Constituição, a partir da qual defloram todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Não é diferente com o Sistema Tributário Nacional.

As competências tributárias encotram-se previstas na Constituição da República de 1988, distribuídas em função das espécies tributárias e dos entes tributantes. Cada um destes, munidos da competência constitucionalmente outorgada, exercem sua competência tributária, através da instituição de normas que irão compor seu particular sistema tributário.

Estas normas, porém, conquanto também decorrentes do processo legislativo humano e, agora, lembremo-nos de Kant e sua Crítica à Razão Pura, alhures mencionado, possui inegável risco (ou tendência) a desvios que culminam na edição de leis - complementares e/ou ordinárias - que ofendem, formal e/ou materialmente, a Constituição.

Nesta hora, nasce a figura do tributo inconstitucional.

Apesar de todo movimento crescente que sugere ser ultrapassada a "totalização" da ciência enquanto uma ordem racional, técnica, categorizada, classificada e dirigida, ainda remanesce forte o entendimento, como visto, segundo o

qual é invariavelmente inconstitucional a norma que não se amolde aos seus fundamentos de validade radicados na Constituição.²

Portanto, o pagamento de um tributo realizado com base em uma norma infraconstitucional que não guarde estrita e real consonância com seu fundamento constitucional de validade, de onde decorre toda e qualquer competência tributária, é ilegítimo e representa, para o contribuinte, o direito de reaver, de recuperar, de repetir o pagamento indevidamente realizado.

Por outro lado, o não pagamento do tributo, quando realizado mediante a adoção de condutas que evidenciam flagrante intuito de fraudar, de lesar o erário, recebe, do ordenamento jurídico pátrio, tratamento mais severo, mais rigoroso, na medida em que configuram, estas condutas, não apenas o inadimplemento de uma obrigação de natureza patrimonial (levar dinheiro aos cofres públicos, como visto (ATALIBA, 2000)), mas um delito de natureza penal (crime em sentido estrito), cujas sanções prevêem penas inclusive privativas de liberdade.

Assim, é prioridade atual, não só em nosso País, como nos países industrializados, o combate à sonegação e à fraude fiscal. Por isso, configura dever do Estado lutar pela moralidade no pagamento dos tributos, pois é iníquo que alguns paguem e outros, impunemente, enriqueçam sem quaisquer ônus ou contribuição às despesas públicas. (DERZI, 1993, p. 217).

Pode-se concluir, portanto, que a obrigação tributária inadimplida, em nosso País, gera duas distintas consequências para o contribuinte que deixou de realizar sua obrigação: a primeira relaciona-se com a esfera patrimonial do tributo - ele será obrigado, pelas vias legais, a realizar o pagamento do valor inadimplido, inclusive com a incidência de encargos moratórios e atualização monetária; a outra, na esfera penal-tributária, caso o contribuinte tenha se valido de condutas fraudulentas e/ou motivação sonegatória, quando então responderá, perante o Poder Judiciário, pelo crime contra a ordem tributária.

² “Lévinas assume uma posição hiperbólica diante da sanha incontrolável da subjetividade de fundar o conhecimento em si mesmo. Sustenta que o Ocidente detesta qualquer coisa que não possa ser ‘dirigida’, ‘classificada’, ‘dominada’. A ordem da Ciência deve ser racional, deve ser técnica, ou não será Ciência. A herança Kantiana de uma forma pura de entendimento, uma unidade permanente de sintetizar o mundo em leis universais precisava ser questionada. Ele designa esse fenômeno de Totalização, pois tudo deve ser encerrado em um modelo racional. O projeto totalizante da razão, a seu ver, tornou-se uma verdadeira ‘ontologia do poder’, que expurga e renega qualquer fenômeno que seja irredutível à razão pura, tal como a relação entre o mundo e a linguagem, tal como a percepção do que é verdade.” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A Resposta Correta: Incursões Jurídicas e Filosóficas sobre as Teorias da Justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 130.

8. DA PERSECUÇÃO PENAL ESTATAL E DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

O Estado, para manter a ordem e garantir o bem estar social, possui uma potente estrutura punitiva, que visa aplicar a defina sanção a todos aqueles que desobedecem suas leis.

8.1 Da Persecução Penal Estatal

A punição de infratores é algo que acompanha o Estado desde seus primórdios. A idéia da reação privada às ofensas decorre da própria natureza humana, de seu instinto de sobrevivência.

A pena em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça. (NORONHA, 2003. p. 42)

Cesare Beccaria também aduziu de forma sintética e objetiva:

Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir (BECCARIA,2001, p. 10).

Desde o início dos tempos, o homem guarda em si mesmo a idéia da repressão às condutas que, segundo seu próprio juízo, merecem repreensão. Esta fase, conhecida como “vingança privada”, caracterizava-se, especialmente pelo fato de que a reprimenda era executada, normalmente, pelo próprio ofendido, ou por aqueles que se adjudicavam do direito de promover a *vendeta*. Não havia um controle, por parte de qualquer autoridade, acerca dos movimentos de vingança privada, que, via de regra, culminavam em batalhas e mortes violentas.

A primeira evolução de que se tem notícia na questão da limitação do direito de punição dos ofensores veio com aquilo que ficou conhecido como Lei de Talião, que, em suma, determinava que a punição deveria ocorrer na medida da culpa. A penalidade somente deveria atingir o infrator na mesma medida do mal por ele causado (FOUCAULT, 2004).

A expressão “olho por olho, dente por dente”, que sintetiza o sentimento da repressão da época, segundo a Lei de Talião, foi absorvido por diversas normas, tais como o Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas.

O crescimento e a maior influência dos pensamentos religiosos nos povos fez nascer a fase na qual a aplicação de sanções era conhecida como vingança divina (direito penal imposto pelos sacerdotes). O crime era tido como um pecado e as punições, geralmente severas e cruéis, eram aplicadas como uma forma de “salvar” o infrator, purificando-o.

"Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto".

"Se um construtor edificou uma casa para um Awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto" (Código de Hamurábi – art. 6º e 25 §227, respectivamente).

Porém, a crescente figura do papel do Estado fez com que o mesmo chamasse para si o poder-dever de aplicar as penas aos infratores - é a fase chamada de vingança pública.

Nesta época, a autoridade monárquica se auto investia do poder persecutório e punitivo em desfavor dos seus subordinados. As maiores características deste período se mantinham (i) na própria punição, que normalmente envolvia cruéis sacrifícios corpóreos como forma de sanção, tais como morte na fogueira, roda, esquartejamento, sepultamento em vida, dentre outros e (ii) no fato de que os acusados não tinham direito a conhecer o motivo e as razões pelas quais estava sendo apenado. Tampouco lhe era permitida a figura de um defensor: os culpados, merecem ser punidos; e os inocentes, não precisam de defesa.

Influenciado por pensadores iluministas, com a chegada do século XVIII (ou mesmo alguns anos antes) surge, no âmbito do *jus puniendi* Estatal, a fase conhecida como *Período Humanitário*, dentro do qual a sociedade se insurge contra os arbítrios cometidos na administração da justiça penal (notadamente a ausência de esclarecimentos ao acusado acerca do crime cometido e das razões de sua condenação) e contra a atrocidade das penas aplicadas.

O iluminismo nasceu e se desenvolveu a partir da valorização da “luz natural” ou “razão”. A razão iluminista prometeu conhecimento da natureza através da ciência, aperfeiçoamento moral e emancipação política. A consciência de uma época se reconhece na metáfora da luz. Aufklärung - Clareamento, Clarificação, Iluminação - Enlightenment, Ilustración, Iluminismo e Esclarecimento remetem a um mundo inteiramente iluminado, isto é, visível. Nada deve permanecer velado ou coberto. O conhecimento da natureza se emancipa do mito, e o conhecimento da sociedade deve também, fundar-se na razão. A razão esclarecida é uma razão emancipada (MATOS, 2001, p. 33).

As influências iluministas, notadamente ligadas à idéia de esclarecimento e do desenvolvimento da razão não coadunavam com a manutenção de penas corpóreas cruéis, tampouco com o procedimento “sigiloso” de condenação e aplicação da pena, que impossibilitavam ao acusado a manifestação de qualquer espécie de defesa.

Além disso, as idéias de Rousseau espalhadas através do *Contrato Social*, segundo as quais a existência de normas para regular as relações entre os cidadãos e entre estes e o Estado asseguram a própria liberdade civil do cidadão, motivaram a sociedade a buscar, também no âmbito da ação penal do Estado, limites e regras mais claras e definidas.

“O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui.” (ROUSSEAU, 1978, p. 36).

É assim que, no século XVIII, que surgem os primeiros institutos modernos de Direito Penal, inicialmente em Roma, que cuidaram de inaugurar os conceitos de dolo, culpa, delitos de menor potencial ofensivo, dentre outros.

Naquela altura já não se admitia a vingança privada e o poder de punir passou a pertencer exclusivamente ao Estado, que dependia também deste *jus puniendi* como forma de se impor e firmar perante seus subordinados.

As formas de punição, que inicialmente continuaram influenciadas pela máxima do “olho por olho, dente por dente” e as penas que ainda se assentavam na crueldade e violência, normalmente exercidas contra o próprio corpo, começaram a ceder espaço para outras formas de punição.

Foucault ensina que no século XVIII, a utilização do próprio corpo como destinatário das sanções (“castigo-corpo”) foi perdendo espaço nos ordenamentos jurídicos então existentes, veja-se:

A marca a ferro quente foi abolida na Inglaterra (1834) e na França (1832); o grande suplício dos traidores já a Inglaterra não ousava aplicá-lo plenamente em 1820 (Thistlewood não foi esquartejado). Unicamente o chicote ainda permanecia em alguns sistemas penais (Rússia, Inglaterra, Prússia). Mas, de modo geral, as práticas punitivas se tornaram pudicas. Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente. Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação - que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos - são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem.

Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais "elevado". Por efeito dessa nova retenção, um exército inteiro de técnicos veio substituir o carrasco, anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; por sua simples presença ao lado do condenado, eles cantam à justiça o louvor de que ela precisa: eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva. É preciso refletir no seguinte: um médico hoje deve cuidar dos condenados à morte até ao último instante - justapondo-se destarte como chefe do bem-estar, como agente de não-sofrimento, aos funcionários que, por sua vez, estão encarregados de eliminar a vida. Ao se aproximar o momento da execução, aplicam-se aos pacientes injeções de tranqüilizantes. Utopia do pudor judiciário: tirar a vida evitando de deixar que o condenado sinta o mal, privar de todos os direitos sem fazer sofrer, impor penas isentas de dor. (FOUCAULT, 2004, p. 13 e 14).

Neste contexto histórico, portanto, que se desenvolveu o Direito Penal sendo certo que, hodiernamente, praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais possuem conjunto de normas que regulam o exercício do seu poder punitivo.

A rigor, a eficácia de um ordenamento jus-positivo possui íntima relação com a sua capacidade de impor comportamentos. Por sua vez, esta capacidade (de impor comportamentos) é conexa ao seu poder de punir aquele que deixa de seguir suas regras. Assim, não é muito dizer que a eficácia de um ordenamento jurídico positivo depende umbilicalmente de sua capacidade de punir aqueles que olvidam ou ignoram suas normas, não sendo demais lembrar que nem mesmo a ignorância pode ser alegada para o descumprimento de um preceito normativo.

Esta conexão entre a eficácia do ordenamento e sua capacidade de punir é decorrente, sobretudo, do atraso evolutivo do homem que, a rigor, não possui em seu íntimo as regras básicas de convivência em sociedade. Daí a necessidade do regramento, da proteção estatal dos bens jurídicos e, de resto, do próprio Direito (BECKER, 2007).

Em alguns casos, as regras de reparação do ilícito (reparação civil) não se mostram suficientes para coibir (caráter preventivo) ou mesmo para repreender (caráter repressivo) os desvios de conduta dos homens. Entram em cena, então, as regras de punição, através das quais sanções mais severas são colocadas à disposição do Estado.

Estas regras penais guardam interessante particularidade: não possuem, em si, normas definidoras de conduta social. Ao contrário, seu antecedente carrega,

justamente, a conduta infracional ou delitativa, a qual, uma vez praticada, ofende a norma de conduta social que, com aquela, não se confunde (DERZI, 1993).

A ordem jurídica, portanto, dispõe de normas (secundárias ou endonormas) que regulam a conduta social e protege os bens jurídicos e, ao mesmo tempo, prescreve, em outras normas (primárias ou perinormas), sanções em face da inobservância das primeiras.

8.2 Dos crimes contra a ordem tributária

No ordenamento jurídico pátrio, encontram-se presentes diversas normas penais, dentre as quais aquelas que visam regular e punir o desvio de comportamento do cidadão no papel de contribuinte de tributos.

A obrigação de pagar o tributo decorre, como já visto, da lei. Trata-se de obrigação *ex legis (non voluntatis)* que impõe aos cidadãos o dever de destacar uma parte da sua riqueza e transferi-la aos cofres públicos sob a forma de tributo (ATALIBA, 2010).

Conforme visto anteriormente, o Estado, no seu mister de promover o acesso aos direitos fundamentais e de resguardar as garantias individuais dos cidadãos, necessita angariar recursos financeiros, com os quais estes objetivos são, *in thesis*, atingidos.

Por outro lado, o inadimplemento tributário, quando realizado mediante a adoção de condutas que visam fraudar o Fisco, em flagrante intuito sonegatório, o Estado prevê, em seu arcabouço legislativo, figuras típicas para abarcar estas condutas dos contribuintes.

Com efeito, a Lei nº. 8.137 de 27 de dezembro de 1990, trata, em seu primeiro Capítulo, dos chamados *crimes contra a ordem tributária*, veja-se:

CAPÍTULO I

Dos Crimes Contra a Ordem Tributária

Seção I

Dos crimes praticados por particulares

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

- I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
- II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
- III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
- IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1990)

Conforme se verifica, quem deixa de recolher o tributo mediante a prática de qualquer destas condutas tipificadas na Lei nº. 8.137/90, fica sujeito, para além da obrigação patrimonial, a uma persecução penal promovida pelo Estado, que pode acarretar penas, sanções que variam de dois a cinco anos de reclusão ou de seis meses a dois anos de detenção, dependendo da natureza do ilícito cometido.

A questão que surge, doravante, é avaliar se esta persecução penal pode se desenvolver com base na sonegação tributária relativa a tributo julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas cuja eficácia da decisão fora modulada prospectivamente (efeito *ex nunc*) .

9. DA TEORIA DAS FONTES. UMA ANÁLISE À LUZ DE NOVOS PARADIGMAS DE LEGITIMIDADE DO DIREITO. DA INCLUSÃO DE NOVOS ELEMENTOS COMO FONTE PRIMÁRIA DE DIREITO

O estudo das teorias das fontes do direito pode engendrar-se por distintos e distantes caminhos.

A doutrina tradicional, normalmente prevista nos manuais de Direito, trata da questão enxergando na lei, nos costumes, na jurisprudência e na doutrina as fontes do direito. Para estes, o vocábulo *fonte* já demonstra, por sua própria etimologia, que o estudo das fontes do direito diz com sua origem, da onde deriva, nasce, brota.

Realmente, os estudos mais tradicionais sempre nos levam à conclusão no sentido de que as fontes do direito se referem à sua origem, ao seu ponto de partida.

"A expressão fonte do direito ainda pode ser entendida como (i) a origem ou causa do direito ou (ii) repositório de onde é possível extrair informações e o próprio conhecimento sobre o direito." (POLETTI, 1996, p. 195)

Paulo Dourado de Gusmão (2003, p. 101), em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito*, dispõe que a palavra "fonte" nos remeteria às *"immediações do ponto de emergência de um curso d'água natural, o lugar onde ele passa de invisível a visível, onde sobe do solo à superfície"*.

Mais adiante, este mesmo autor revela seu entendimento segundo o qual a fonte do Direito seria *"a forma que o pré-jurídico toma no momento em que se torna jurídico (...) a origem do Direito, ou seja, de onde ele provém"*. (GUSMÃO, 2003, p. 195)

É fato, que a análise *prima facie* desta questão nos remete, sem maiores divagações, a constatações nesta linha, conforme anota Claude du Pasquier, citado tanto na obra de Paulo Nader, como também no livro de Edgar de Godoy da Mata Machado, *in verbis*:

Metáfora muito justa, pois remontar à fonte de um rio é buscar o lugar de onde as águas brotam da terra; do mesmo modo, inquirir sobre a fonte de uma regra jurídica é buscar o ponto pelo qual sai das profundidades da vida social para aparecer na superfície do Direito. (PASQUIER, Claude du, *apud* NADER, Paulo, 1.995. p.165 e *apud* MATA-MACHADO, 1976, p. 213)

Portanto, em geral, o estudo das fontes do Direito sempre nos remete à idéia sobre sua origem, da onde provém e, neste sentido, ganham relevo, em primeiro e isolado plano, a lei - fonte primária e, para muitos, única do Direito; e, em segundo

plano (objeto de inúmeras divergências entre doutrinadores sobre sua pertinência efetiva no universo das fontes do Direito), os costumes, a jurisprudência e a doutrina.

Os costumes são entendidos como o comportamento social repetido e aceito de maneira uniforme pela comunidade da qual fazem parte os membros sujeitos ao ordenamento jurídico em vigor. A jurisprudência, que deriva da expressão em latim *iuris prudentia*, é compreendida como sendo o conjunto de decisões judiciais firmadas em uma determinada direção e que se solidifica no tempo e no espaço demonstrando qual é o entendimento e a interpretação do Poder Judiciário acerca de determinada questão submetida à sua apreciação e que tenha, como pano de fundo, a análise de uma ou mais regra jurídica, no processo denominado, de *construtivismo lógico semântico* (CARVALHO, 2008).³ Já a doutrina pode ser entendida como sendo o fruto da produção intelectual exercida pelos juriconsultos, que se dedicam a estudar o fenômeno jurídico e, desta forma, a produzir a Ciência Jurídica.

Para a doutrina tradicional, ao fim e ao cabo, estas são as fontes do Direito: a lei - fonte suprema, primária, incontestável e principal; os costumes, a jurisprudência e a doutrina - fontes secundárias e que, para muitos, nem mesmo poderiam ser consideradas como tal.

A questão, porém, das fontes do Direito não é tão simples como pode parecer à análise inicial. Grande parte da doutrina, de maneira pouco trabalhada, responde ao questionamento “o que é fonte do Direito” enumerando quais seriam estas fontes (normalmente, como visto, a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina), sem, contudo, uma abordagem efetiva e direta acerca da conceituação completa e multidisciplinar da locução “fontes do Direito”.

Conforme nos ensina Aurora Tomazini de Carvalho (CARVALHO, A., 2010, p. 621), em sua completa obra Curso de Teoria Geral do Direito, *in verbis*:

Lidar com o tema “fontes do Direito” não é um trabalho tão simples, quanto à primeira vista possa parecer. Há uma tendência doutrinária em se considerar como fontes do direito a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina. E nós, influenciados por esta verdade consensual, continuamos repetindo tal tendência sem ao menos perguntamo-nos: (i) que é fonte do direito e (ii) que faz a lei, o costume a jurisprudência e a doutrina serem fontes de Direito? - questões elementares para que possamos compreender a matéria.

Mesmo no universo “tradicionalista”, em que o conceito de *fontes do Direito* acaba sendo confundido com o que parecem ser seus elementos formadores, há

³ Não há que se falar em jurisprudência sobre fatos, mas apenas sobre o trabalho hermenêutico-construtivo de formulação normativa exercido por juízes e tribunais.

bastante controvérsia entre os diversos autores que lho compõem, relativamente a quais elementos de fato configuram sua fonte, sua origem. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Dinamarco, em sua obra Teoria Geral do Processo, asseveram:

Chamam-se fontes formais do direito os meios de produção ou expressão da norma jurídica. Tais meios são a lei (em sentido amplo, abrangendo a Constituição e as leis em geral), os usos-e-costumes e o negócio jurídico).

É controvertida a inclusão da jurisprudência entre as fontes de direito: de um lado encontram-se aqueles que, partindo da idéia de que os juízes e tribunais apenas devem julgar de acordo com o direito já expresso por outras fontes, dele não se podem afastar; de outro lado, os que entendem que os próprios juízes e tribunais, através de suas decisões, dão expressão às normas jurídicas até então não declaradas por qualquer das outras fontes. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; 1974, p. 90)

Além disso, a evolução dos pressupostos filosóficos do conhecimento e, também, dos paradigmas de legitimidade do Direito impõem uma revisão desta teoria, notadamente no que se refere à consideração apenas da lei como fonte primária do Direito.

De fato, a multiplicidade e velocidade do estabelecimento das relações sociais atuais reclamou do Direito sua adequação a esta nova sociedade e a introdução, em sua base dogmático-epistemológica, de novos conceitos, teorias e práticas (praxis jurídica) que pudessem acompanhar e acolher estes novos fenômenos sociais, na velocidade e dimensão com que passaram a acontecer.

Como veremos, a rígida limitação hermenêutica (e, aqui, não estamos afirmando inexistência, mas tão somente sua grande limitação) imposta pelo Positivismo Jurídico e, principalmente, seu afastamento de influências axiológicas na interpretação do fenômeno social, tem sido objeto de várias críticas, e novas escolas e linhas de pensamento têm surgido ao longo dos tempos.

As escolas hermenêuticas, dentre as quais, destacamos a Jurisprudência de Valores em Dworkin; as tentativas de Luhmann e Canaris de aplicar, ao Direito, as teorias dos sistemas sociais; o giro linguístico encabeçado por Wittgenstein e a introdução de ferramentas que buscam vincular a atividade jurisdicional e os órgãos da administração pública a um determinado julgamento (à guisa do que propunha o *stare decisis* americano já há décadas) dentre outros, são alguns exemplos de avanços, de modificações dos paradigmas, dogmas e da praxis do Direito que ganharam corpo ao longo do último um século e meio.

A Teoria das Fontes do Direito, por sua vez, não pode ficar inerte, alheia a esta modificação. A mera repetição robótica da lei como única fonte primária de Direito deve ser analisada cuidadosamente pelo próprio aplicador do Direito e, de igual sorte, pela doutrina especializada.

O presente trabalho não possui o afã de mergulhar em profundidade na problemática aqui levantada. Trata-se, apenas de uma pequena incursão nesta vasta seara de pesquisa que são as Teorias das Fontes do Direito, visando plantar uma semente que brote em uma profícua discussão sobre sua evolução, na esteira da própria evolução do Direito.

Assim, a questão que envolve as fontes do direito é bastante complexa e exige, para seu estudo e desenvolvimento, a definição, de antemão, (i) do universo científico e (ii) dos pressupostos filosóficos do conhecimento e (iii) dos paradigmas de legitimidade do Direito, dentro dos quais esta investigação irá se desenvolver.

9.1 Do universo científico e sua apreensão das fontes do Direito.

Em relação ao universo científico, necessário definir-se dentro de qual deles a pesquisa está sendo desenvolvida, na medida em que o significado do termo “fontes do Direito” não é coincidente entre as ciências jurídicas, sociológicas, psicológicas, etc.

Tarek Moysés Moussallem adverte a este respeito, *in verbis*:

A empreitada (estudar as fontes do Direito) é dificultada em razão da possibilidade de o sistema do direito positivo pode ser objeto de estudo de diversas ciências, o que nos leva a crer que a expressão “fontes do direito” para a dogmática jurídica parece-nos completamente diversa da “fontes do direito” para a Sociologia, a Psicologia, a História, a Antropologia, a Ciência Política, a Ciência Econômica, etc.

(...)

Nunca é demais lembrar a lição de Lourival Vilanova no sentido de que o “objeto pode dar-se em diferentes modos, em diferentes atos de apreensão. Apenas para exemplificar: o sociólogo não enxerga outra origem para o “direito” que não a própria sociedade, ou melhor, o fato social, entre eles o costume. Para a história, o “direito” não é senão o fruto de conquistas ao longo do tempo. Assim, diz-se que são produtos históricos a democracia, a liberdade, a igualdade, etc.

Por sua vez, a psicologia vislumbra na mente humana, a força motriz para a criação do “direito”, é campo fértil às suas investigações os motivos

psicológicos que levaram o legislador a produzir uma lei (reduzir a criminalidade, diminuir a sonegação, amenizar os delitos de trânsito, etc.), ou um juiz a proferir uma sentença “x”, em virtude de tal ou qual doutrinador, citado em uma petição, tê-lo influenciado.

Do ponto de vista político, perguntar-se-ia qual fonte deveria ter determinado ordenamento ou que fonte seria a mais conveniente. (MOUSSALLEM, 2006, *pagp.* 105.)

Atentos à advertência de Moussallem, salientamos que nossa pesquisa aqui desenvolvida tem como objetivo verificar o conceito do termo “fontes do Direito” tão somente em relação à dogmática jurídica. Não será objeto de quaisquer aprofundamentos, a verificação do significado das “fontes do Direito” à luz de outras ciências.

Este corte se faz necessário na medida em que os pressupostos epistemológicos destas “outras ciências” se diferem da epistemologia presente na dogmática jurídica. A ciência política, por exemplo, pode realizar a apreensão de seu conhecimento partindo de uma disciplina zetética, ao passo que a dogmática jurídica invariavelmente seguirá uma epistemologia dogmática e, desta forma, posta, imposta e finita.

9.2 Da teoria das fontes e os paradigmas de legitimidade do Direito. Das fontes para Kelsen, da jurisprudência de valores e da teoria dos sistemas de Luhmann.

Ultrapassada a primeira definição necessária para o estudo do tema “fontes do Direito”, passamos a analisá-lo à luz das evoluções dos paradigmas de legitimidade do Direito.

De fato, o século XX foi palco de grandes transformações nos paradigmas que legitimam a atividade jurisdicional do Estado. Ganharam força o positivismo jurídico, nas obras de Austin, Kelsen, Hart, dentre outras. Com o crescimento do papel da hermenêutica no fenômeno jurídico, solidificou-se a escola de pensamento chamada jurisprudência dos valores. Ao mesmo passo, outras correntes jusfilosóficas têm trabalhado buscando compreender o fenômeno jurídico, o Direito, suas interações e as influências sofridas por outras ciências e outros sistemas sociais. Dentre estes, destaque-se os estudos de Niklas Luhmann.

Tudo isso, por sua vez, influenciou, ou ao menos deveria ter influenciado, o tema da teoria das fontes, na medida em que a própria noção de Direito, de norma jurídica e da própria lei acabam sendo impactadas por estas correntes jus-filosóficas.

Insistir na lei como a única fonte primária do direito nos dias atuais é ignorar toda a evolução pela qual vem passando o Direito, seus paradigmas de legitimidade, bem como os estudos que vêm empreendendo as escolas filosofias e os estudiosos das teorias dos sistemas sociais.

Iniciemos, pois, a verificação destes impactos pelo Positivismo Jurídico.

9.1.1 Do Positivismo Jurídico e a Teoria das Fontes do Direito

No século XX, muitos juristas, filósofos e teóricos adotaram como paradigma da legitimidade do direito o Positivismo Jurídico, segundo o qual, somente é Direito aquilo que é posto pelo Estado, numa ordem impositiva e sistemática. Dentre estes, destacam-se Herbert Hart e, especialmente, Hans Kelsen. Este jurista austríaco é considerado um dos principais expoentes da Escola Positivista do Direito, sendo o autor da obra *Teoria Pura do Direito*, sobre cujas bases iremos, de forma extremamente sintética, esboçar algumas considerações.

Enquanto produto da vontade humana materializada (leia-se, positivada), o direito funciona através de um operador deôntico, consubstanciado no “dever-ser” característico das estruturas normativas que compõem seu sistema positivo. Em contraponto às regras da causalidade que rege as ciências naturais e para as quais as condições de causa e efeito independem da vontade humana, para o positivismo jurídico, no Direito, aplica-se a regra da imputação, segundo a qual toda consequência deflui exclusivamente da vontade humana expressa na norma jurídica, independentemente de quaisquer outros fatores externos de interferência (KELSEN, 1998).

Apesar desta distinção ontológica e, até mesmo, operacional (causalidade versus imputação), por se tratar de uma teoria de purificação, o estudo e a compreensão do Direito, segundo o positivismo jurídico kelseniano, reclamam corte metodológico similar ao das ciências naturais, onde imperam princípios da pureza, determinismo, avaliação, imparcialidade e descritibilidade. Logo, não devem interferir, na determinação do direito, valores de conteúdo axiológico como a moral, justiça, ética, nem mesmo como substrato meramente teleológico.

Assim, para Kelsen, fazer ciência, através do método da purificação, seria descrever a realidade com alto rigor lingüístico, atribuindo (imputação deôntica), a determinadas situações detalhadamente definidas, consequências jurídicas com igual carga de precisão.

No que se refere à norma jurídica, fora estudada por Kelsen sob dois aspectos.

O estático, no qual verificada sua estrutura, e o dinâmico, onde analisada sua criação e aplicação. Na visão estática, entende o jurista que o sentido da norma encontra-se na sua sanção, chegando a afirmar que as estruturas normativas carentes de sanção não seriam normas jurídicas.

No aspecto dinâmico, Kelsen introduziu a noção de auto-produção/regulação do direito (aqui, vários consideram ser a maior contribuição do jurista). Estabelecendo uma estrutura normativa hierarquizada, afirma que o processo de produção de uma norma encontra-se regulado por outra norma de hierarquia superior, numa sistemática de recorrentes remissões ao nível piramidal hierarquicamente mais elevado, e em cujo ápice (desta “pirâmide de Kelsen”) encontra-se a denominada norma fundamental (Grundnorm).

Corolário deste desprendimento do conteúdo material da norma, ele conclui que sua validade tem ligação, exclusivamente, com o aspecto formal de sua criação, não sendo relevantes outras questões de cunho material.

Além disso, ainda na esteira da purificação, para Kelsen, mais puro será o Direito quanto menos interpretada for a norma. Ou mais: apenas será puro o direito se sua aplicação prescindir da hermenêutica, caracterizando-se por atividade analítico-mecânica de subsunção fato-norma da forma mais acrítica possível. Para Kelsen, como a vontade está expressa na norma com alto rigor lingüístico, a atividade interpretativa não deve alçar maiores vôos, na medida em que a operação de subsunção fato norma sempre ocorreria de forma perfeita, como corolário da corretíssima descrição do fato pelo antecedente normativo. O que não estiver expressamente descrito no enunciado normativo não faz parte do Direito e, por conseguinte, deve, pelo mesmo, ser ignorado.

É certo que o autor austríaco admitia a necessidade da atividade hermenêutica, especialmente para o preenchimento dos “vazios” deixados pelo legislador. Tal mister, porém, é limitado.

Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do

comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever. (KELSEN, 1988, p. 246).

Neste contexto, Kelsen entende que a “fonte do Direito” é o próprio Direito. Considerando que, para este jurista, o direito regula sua própria criação e que, assim, cada norma possui, dentro do próprio sistema, seu fundamento de validade em outra norma, Kelsen afirma que a Constituição é a fonte suprema do direito, pois ela regula a criação de todas as demais normas. Já as normas infra-legais (que têm na Constituição sua “fonte”), são o fundamento de validade das normas individuais e concretas (as decisões judiciais) que, por sua vez, são a “fonte do comportamento” (KELSEN, 1998, p. 258)

Vale dizer que, para Kelsen, a questão da fonte do Direito encontra-se intimamente ligada ao que ele define como seus pressupostos de validade, os quais, por sua vez, alinham-se aos procedimentos necessários para o movimento remissivo das normas, que se fundam, como visto, sempre em outras de maior hierarquia.

Nesta linha de entendimento, Kelsen afasta da teoria das fontes do Direito outros elementos, tais como os costumes, a jurisprudência e a doutrina, porquanto não interferem, do ponto de vista de fundamento de validade, no processo de criação ou legitimação do Direito.

Vale lembrar, novamente, que, para este autor, a hermenêutica nada mais é que um processo mental que acompanha a aplicação das normas neste exercício de remissão recursiva à norma de superior hierarquia.

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. (KELSEN, 1998, p. 245)

Assim, quanto mais próxima estiver a norma a ser aplicada de seu fundamento de validade (o que é sempre desejado, segundo Kelsen), menor será a liberdade hermenêutica de seu aplicador. Este entendimento, como se vê, praticamente reduz o processo hermenêutico a uma tarefa mecânica, silogística, com pouca margem de discricionariedade para o hermeneuta.

Esta posição kelseniana acabou por influenciar diversos doutrinadores que, com o tempero de suas particularidades, também elegeram, ao fim e a cabo, a lei

como fonte primária e suprema do Direito. Ou seja, a adoção deste paradigma de legitimidade também influenciou a doutrina na conformação do conceito de fontes do Direito. Na grande maioria da doutrina especializada acabou surgindo uma filiação natural à idéia da lei como sendo a fonte primária e suprema do Direito. Para os que admitem a inclusão dos costumes, da jurisprudência e da própria doutrina também como fontes de Direito, assim o fizeram determinado-as fontes secundárias, indiretas - de menor envergadura e valor.

Norberto Bobbio (1999, p.45) afirma que as fontes do direito “são os fatos ou atos indispensáveis, pelo ordenamento jurídico, para a produção de normas jurídicas”. Este autor segue fazendo uma distinção entre os ordenamentos simples (composto por normas que derivam de uma única fonte) e ordenamentos compostos (nos quais as normas derivam de diversas fontes), para concluir que o Direito é composto por fontes diretas (a lei) e fontes indiretas (costume, sentença e autonomia privada).

Miguel Reale (2002) e Ricardo Guastini (2005), também engendram nesta seara, e afirmam, basicamente, que “fontes do direito” são os processos ou os meios pelos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória.

Em suma, podemos afirmar que a lei, respeitadas as diversas matizes doutrinárias e epistemológicas assumidas pelos doutrinadores nacionais e estrangeiros, é, para muitos, a fonte primeira do Direito, porquanto sua forma primordial de expressão e legitimidade.

Malgrado tenham se formado variantes neste entendimento majoritário, algumas para entender que a fonte primária do Direito é a lei enquanto ato indispensável para fazer nascer direitos e obrigações (NORBERTO BOBBIO), outras para compreender a lei como fonte primária do Direito pois dela derivam os modos de formação da norma (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR), outras mais para perceber a lei como o próprio Estado, ou seja, fonte de onde emana todo o Direito (ALFREDO AUGUSTO BECKER), e, ainda, para tratar a questão da fonte primária do Direito como sendo a lei enquanto partícula ejetora de normas (PAULO DE BARROS CARVALHO), a figura da lei estrito senso e, aqui, inclusa a Constituição, bem como as leis infraconstitucionais, sempre se fez presente na qualidade de fonte primária, suprema e, para alguns, única, do Direito.

Hodiernamente, porém, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen suporta várias críticas, dentre as quais: conteúdo jusnaturalista da norma fundamental – para muitos a incapacidade de Kelsen em explicar a natureza da norma fundamental remete-a, inexoravelmente, ao direito natural - valorativo e axiológico; influência de

carga axiológica no processo de criação das normas, indissociabilidade da validade da norma à sua eficácia (para uns, aceita pelo próprio Kelsen).

Alegam, também, que a experiência normativa acabou por demonstrar algo que ficou conhecido como a *falibilidade da faticidade normativa* que é precisamente a impossibilidade de se reduzir aos antecedentes normativos a totalidade das realidades sociais que reclamam a tutela jurídica. Vale dizer que o universo normativo-positivista, por mais cuidadoso e detalhado que possa ser, nunca será capaz de captar, no processo de redução da realidade fática aos antecedentes normativos, a complexidade social em sua completude.

Ou seja, segundo os críticos do positivismo jurídico, atualmente, as formas de compreensão do Direito não mais se limitam a esta moldura que, durante décadas, ditou os rumos da produção do Direito.

E esta mudança da forma de compreensão do Direito, que abarca hoje a multiplicidade dos pensamentos e a diversidade das relações sociais representou, segundo defendem os críticos da escola positivista, verdadeira mudança no seu paradigma de legitimidade, na medida em que o sistema do Direito, muito embora permaneça operacionalmente fechado, encontra-se cognitivamente aberto.⁴

Dizem que a extensão e profundidade das relações jurídicas que hodiernamente são firmadas pelos homens em sociedade não mais comporta que o fenômeno jurídico se limite, de maneira fechada e totalizante, ao universo positivo-dogmático do Direito, notadamente do direito posto, e que a sua aplicação ocorra de maneira binária, mediante a operação isolada do binômio *lícito e ilícito*, sem maiores margens para a prática da hermenêutica, notadamente aquela influenciada pelos princípios jurídicos.

A experiência jurídica hoje possui influências que defluem de vários universos distintos que compõem a sociedade e suas relações. Questões sociológicas, antropológicas, históricas, psicológicas, dentre outras, que antes eram afastadas da compreensão do fenômeno jurídico passaram a ter vital importância para o dimensionamento da atividade jurisdicional.

⁴ Seguindo a visão habermasiana, os paradigmas da ciência do Direito são “(...) as visões exemplares de uma comunidade jurídica acerca de como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser considerados no contexto percebido de uma dada sociedade. (...) um paradigma de Direito delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como princípios e direitos constitucionais devem ser considerados e implementados para que cumpram num dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas” (HABERMAS apud CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 82.

E completam afirmando que a hermenêutica jurídica, antes vista como contra-producente no processo de purificação do Direito passa a ganhar relevância e torna a atividade de sua produção um complexo exercício de conciliação entre normas e princípios.

Neste desapego ao positivismo restrito, vale citar que a brilhante professora Misabel Abreu Machado Derzi ensina em sua magistral obra *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*, utilizando-se do sistema jurídico idealizado por CANARIS, que, modernamente, o Direito possui, sim, em vários pontos, o "fechamento ao sentido"; mas que hoje há, também, uma flexibilidade normativa (ou seja, hermenêutica), em grau, número e intensidade, visando "abarcas as fluidas transições da vida" (DERZI, 2009):

"Como vimos, os tipos, em sentido estrito, são postos em normas ricas de notas e características referenciais a seu objeto, mas renunciáveis e flexíveis em grau, número e intensidade, aptas a abarcar as fluidas transições da vida. Têm campo de aplicação fértil nos contratos típicos e atípicos do Direito Civil, utilizados como instrumento que, ao mesmo tempo, ordena e permite o livre tráfego nacional. Mas naquelas mesmas áreas do Direito Civil, em que a segurança jurídica é prioritária, surgem o fechamento ao sentido e a imobilidade relativa da estrutura, como ocorre em relação aos direitos reais, aos títulos de crédito e às sucessões.

(...)

Ao afastar a idéia de sistema como sistema "externo"; como metodologia lógico formal de uma ciência "pura"; como simples jurisprudência dos conceitos, ou como conexão de problemas tópicos, CANARIS pensa o sistema como adequação valorativa, ordenação e unidade interior da ordem jurídica. Rejeita qualquer outra idéia de sistema que não seja interpretativa para a constituição da decisão judicial concreta e o conceitua a partir das idéias de adequação valorativa da unidade interior da ordem jurídica. O sistema é ordem axiológica e teleológica, cuja unidade está dirigida pelos grandes e prioritários princípios como justiça e segurança jurídica.⁵

O professor Marcelo Galuppo também trouxe sua contribuição para a questão, ao dispor:

Com o advento da modernidade, a sociedade torna-se uma sociedade complexa, na qual, ao contrário das sociedades antigas e medievais convivem projetos de vida e valores culturais não raro antagônicos.⁶

Neste contexto, é o papel da hermenêutica jurídica e a jurisprudência de valores ganham enorme espaço na compreensão do fenômeno jurídico e na produção

⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Ob. Cit.* p. 161.

⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 20.

do próprio Direito - o que, de resto, também acabou influenciando a Teoria das Fontes do Direito, aqui em estudo.

Os costumes, a jurisprudência e outras formas de manifestação da sociedade e do próprio Direito que, à luz do Positivismo Jurídico, ficavam afastadas do fenômeno hermenêutico e, desta forma, da produção normativa (norma enquanto resultado da atividade de construção lógico-semântica derivada do texto legal, conforme veremos adiante) passaram a integrar esta atividade e a compor a produção normativa que, inevitavelmente, ganhou expressivos contornos axiológicos.

9.1.2 Das Escolas Hermenêuticas e a Teoria das Fontes do Direito

Na segunda metade de século XX, em contraposição às teorias positivistas, inicia-se a fase das escolas hermenêuticas, dentro da qual ganhou destaque a “sociologia jurídica” como agente responsável pela legitimidade do direito (eficácia e validade das normas jurídicas).

Segundo as teorias desenvolvidas no seio destas escolas, a concepção do direito que sustenta a separação absoluta entre o direito e a moral, e que não se atenta a princípios de justiça, tal como a positivista, é perigosa, pois, na prática dos tribunais, a distinção entre o direito e a moral não é tão clara como sustentam seus defensores. A crítica desta suposta distinção rígida entre o direito e a moral é o objetivo fundamental do “ataque ao positivismo” realizado por Ronald Dworkin, um dos maiores expoentes desta “nova” linhagem de pensadores.

Para desestabilizar o positivismo sem, contudo, abandonar por completo sua estrutura sistêmica, Dworkin (2002) afirma que o arcabouço normativo no Direito não é composto apenas por normas, mas também por diretrizes e princípios, estes últimos passíveis de influências por valores não jurídicos, tais como, ética, moral, justiça, etc. É o que ficou conhecido como jurisprudência de valores.

Outrossim, estas diretrizes e princípios têm como seus principais artífices informadores a experiência interpretativa exercitada nos casos semelhantes. Ou seja, para a escola hermenêutica, a atividade interpretativa ganha colossal importância. Enfim, a legitimidade do direito, neste caso, está entregue à própria interpretação das normas, segundo influências externas ao universo positivo do Direito.

Dworkin enxerga, portanto, no Direito, uma total completude intra-sistêmica, não havendo se falar em lacunas da lei ou incerteza da aplicação da norma, pois que

a atividade interpretativa sempre irá conduzir o aplicador, segundo as diretrizes e princípios informadores pré-constituídos, à acertada conclusão e decisão.

Com isso, o jurista americano contrapõe-se ao positivismo, em especial ao uso da discricionariedade judicial defendida por Herbert Hart em sua obra *The Concept of Law*, para os casos não previstos nas normas jurídicas.

Corolário, ainda, desta influência incisiva das diretrizes e princípios no Direito, podemos dizer que a “atividade jurídica”, na escola hermenêutica, deixa de ser desenvolvida no modelo “tudo ou nada”, intrínseco à escola positivista (lembremo-nos da característica analítico-mecânica da aplicação da norma para o positivismo jurídico).

Os princípios, segundo ensina Dworkin (2002), porquanto não se configuram nos estruturais deonticos, têm a aplicação pautada pelo exercício exegético. Logo, os “conflitos” existentes entre eles não se resolvem pelas regras conhecidas (critérios temporal, de especialidade ou hierárquico). Antes, tal tarefa cabe à relativização da eficácia destes princípios. A escola hermenêutica da jurisprudência de valores prestigia também, assim, uma forma de sopesamento de princípios e a conseqüente influência desta relativização na aplicação das normas jurídicas *strictu sensu*.

Diz ainda, Dworkin (2002), que a separação entre normas jurídicas em sentido estrito e os princípios não deve observar a forma lingüística, mas o conteúdo que carrega a estrutura normativa. Ou seja, podem existir princípios que, apesar de assim denominados, carregam conteúdo normativo cuja observância e aplicação devem ser iguais aos das regras.

Podemos observar, portanto, que, para as escolas hermenêuticas, influenciadas por uma jurisprudência de valores, a legitimidade do direito decorre da correta atividade interpretativa de suas normas, diretrizes e princípios, sempre na busca dos meta-valores dele indissociáveis, tais como moral e justiça. Dworkin (2002) denomina tudo isso como método de interpretação construtivista, no qual figura o juiz “Hércules”, com poderes bastantes e suficientes para, através da hermenêutica, sempre atingir a “perfeição”.

Esta teoria foi alvo de inúmeras críticas por parte de outros estudiosos. Podemos citar, como ponto fundamental destas críticas, o máximo poder dado ao intérprete, a quem foi conferido, conforme já aduzido, o “poder” de legitimar o direito, através da interpretação construtivista.

Fato é que a escola hermenêutica, talvez buscando gerar uma separação epistemológica aguda com o positivismo jurídico, foi “de um extremo ao outro”,

reduzindo drasticamente a importância da norma jurídica strictu sensu, para atribuí-la em demasia, segundo seus críticos, ao intérprete e, por conseguinte, à hermenêutica.

Neste cenário, o estudo das fontes do Direito teve sua importância reduzida e acabou relegado a segundo plano (outro ponto que mereceu críticas a Dworkin), pois que a legitimidade da tutela jurisdicional se aliava ao processo hermenêutico realizado pelo juiz.

De toda forma, a jurisprudência de valores representa um importante marco no estudo da “Teoria das Fontes”, pois nela há inegável mitigação da força exclusiva e isolada da lei como fonte primária e suprema do Direito. Muito embora a hermenêutica tenha como ponto de partida a própria lei, a amplitude que a atividade interpretativa ganhou nesta fase alavancou-a para outro patamar, colocando-a como um componente real na dimensão da realização do Direito e, inclusive, do Direito legítimo.

Assim, muito embora Dworkin pareça, de fato, não conferir ao tema das fontes do Direito a mesma importância que os doutrinadores que sedimentam no positivismo jurídico a sua base de legitimidade do Direito, este autor promovera, com sua jurisprudência de valores, uma importante contribuição para um processo de renovação da Teoria das Fontes, na medida em que houve a integração do conteúdo, ou seja, a valorização da atividade hermenêutica na equação que “calcula” a legitimidade do próprio Direito.

Obviamente que, neste cenário, elementos tais como os costumes, os costumes, a doutrina e, especialmente, a jurisprudência ganham importância dentro da Teoria das Fontes.

9.1.3 Os Sistemas Sociais de Luhmann e a Teoria das Fontes do Direito

Diante das críticas recebidas pela escola hermenêutica, nova teoria ganhou prumo, notadamente através de Niklas Luhmann. A partir de profundo rompimento epistemológico, Luhmann (1996) desenvolveu sua Teoria dos Sistemas não mais sobre a base científica do ser cognoscente-objeto, mas através de noções de diferença-observador. O modelo de desenvolvimento crítico do conhecimento que se desenvolvia a partir da observação do objeto pelo ser cognoscente fora rompido pela proposta de Luhmann. Disse ainda, que a relação entre o observador e o observado é circular, vez que o observador é parte daquilo que observa.

Assim, Luhmann muda da observação para a construção como forma de apreensão do conhecimento. Tudo, portanto, para Luhmann, se resume à

individualização do sistema para seu ambiente. Neste contexto, Luhmann individualiza o conhecimento através da apreensão dos sistemas existentes no mundo, os quais são operacionalmente fechados e individualizados pelas operações e funções que ocorrem dentro de cada um deles.

Cada sistema tem um operador próprio, sempre designado por código binário (sim ou não), não sendo admitida a figura do terceiro (talvez). Para cada sistema, individualizado pelo seu operador próprio, existe um ambiente característico, no qual o sistema está contido.

O sistema atrai para seu interior tudo aquilo que se identifica com a operação realizada. Desta “seleção natural”, individualiza-se o sistema e, via de consequência, forma-se seu ambiente, pela regra de exclusão.

Como simples exemplo, podemos citar: o sistema do direito opera um código direito versus não-direito. Todas as situações onde for possível a “classificação” de uma situação como direito ou não direito, pertencerá a este sistema. Já uma situação cuja classificação operacional seja moral ou amoral, não pertencerá ao sistema direito e fará parte, pela regra de exclusão natural, do ambiente no qual este sistema está inserido. Vale dizer: tudo que não é sistema, é ambiente. Por sua vez, o que não for ambiente, é sistema.

Logo, algumas conclusões são possíveis em relação à coexistência dos sistemas:

- a) todo sistema só é sistema em determinado ambiente;
- b) todo sistema é ambiente em relação a outro sistema;
- c) tudo que não pertencer a um determinado sistema é ambiente;
- d) os sistemas se pressupõem;
- e) o ambiente é o resultado dos outros sistemas.

Estas regras confluem do fechamento operacional característico de cada sistema. O fechamento do sistema em relação ao ambiente permite, ainda, sua autopoiese, ou seja, sua auto-reprodução através das operações que lhe são próprias.

As explicações até o momento poderiam nos levar à conclusão de que a Teoria dos Sistemas de Luhmann ontologicamente se assemelha à Teoria Pura de Kelsen: o sistema direito, seguindo o exemplo, é fechado, opera um código próprio não sujeito a interferências externas (jurídico/legal ou não-jurídico/ilegal) e realiza/regula sua própria criação (autopoiese). Realmente algumas semelhanças.

Ocorre, porém, que os sistemas de Luhmann, muito embora operacionalmente fechados, são cognitivamente abertos. O fechamento operacional diz respeito, essencialmente, à inalterabilidade da operação característica deste sistema, bem como à impossibilidade de um sistema operar código inerente a outro.

Mas, a despeito deste fechamento operacional, os sistemas têm a capacidade de observar o ambiente e, a partir desta observação, realizar evoluções auto-referenciais na sua estrutura. Luhmann (1983) afirma que a capacidade de observação do ambiente é essencial para a sua evolução, já que mesmo os sistemas dotados de auto-organização e auto-observação não são capazes de evoluir em um solipsismo cognoscente.

Esta capacidade de observar o ambiente e ser, por ele, influenciado, acaba gerando, nos sistemas, irritações ou perturbações que culminam na alteração do sistema, através da introdução, no seu interior, de situações que passam a realizar a operação inerente ao sistema. Vale observar, que o código inerente ao sistema não muda pela introjeção, sob pena de o mesmo entrar em colapso. Todavia, alguma situação que anteriormente não operava seu código passa a fazê-lo. Estas interferências são denominadas acoplamentos estruturais.

Com o sistema do direito não é diferente.

Este, apesar de operacionalmente fechado, como, de resto, o são todos os sistemas, fica sujeito a *inputs* de programas/valores que estão em seu ambiente e, a depender da intensidade, impacto e frequência destas interferências, pode ocorrer o acoplamento estrutural entre o sistema direito e o sistema ao qual pertence aquele programa/valor, de forma que o programa/valor alienígena torna-se “juridicizado”, passando a operar o valor inerente ao sistema do direito.

Assim, a Teoria dos Sistemas ultrapassa as questões da eficácia do sistema frente à complexidade social (ponto falho do positivismo) e da operacionalização procedimental do sistema através do sobejamento da atividade hermenêutica (ponto falho da hermenêutica jurídica) e apresenta-se como uma saída que concilia a necessidade de o Direito apreender melhor e mais amplamente os eventos sociais (cognição aberta do sistema), com a manutenção da sua unidade sistêmica (operacionalmente fechado) .

A legitimidade do Direito, *in casu*, tem como fundamento a conjugação da abertura cognitiva (que possibilita a evolução do sistema frente à complexidade social) e seu fechamento operacional (assentado na operatividade por meio da utilização do código próprio deste sistema).

Neste contexto, é possível se imaginar um sistema do direito ou sistema jurídico com as seguintes características:

- f) Estruturação de expectativas normativas.
- g) Proteção da desilusão.
- h) Direito/Não Direito ou Jurídico/Não-Jurídico.
- i) Valor positivo: direito/jurídico.
- j) Valor negativo: não-direito/não-jurídico.
- k) No sistema radicam conceitos de constitucionalidade e legalidade afetando a noção de justiça.
- l) Auto-referência em relação às normas (fechamento operacional).
- m) Princípios gerais (valores estruturais e fundantes) implícitos ou explícitos.
- n) Avanços e recuos.
- o) Subsistemas.
- p) Heteroreferência em relação aos fatos (abertura cognitiva).
- q) Alteração de conteúdo (princípios e regras).
- r) Juridicização de fatos sociais (acoplamentos estruturais).
- s) Conformação ao código operacional.
- t) Unidade do Sistema – o código jurídico é uno para todo o sistema (acoplamento estrutural obrigatório ou necessário).
- u) Adequação valorativa – sistema com alta carga axiológica, teleológica.

Estas características demonstram que Direito, atualmente, não mais se encontra cognitivamente fechado e enclausurado perante o ordenamento posto, tendo em vista uma atividade hermenêutica tímida e limitada prevista no Positivismo Jurídico. Tampouco há, por outro lado, uma exacerbação do poder interpretativo do aplicador do Direito que possa comprometer a unidade e a própria eficácia do direito posto, tal como apontam os críticos da Jurisprudência de Valores. O processo hermenêutico, imaginado à luz da Teoria dos Sistemas de Luhmann surge quase que como um “meio termo” entre estas duas correntes.

Em substancioso artigo publicado na Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, intitulado *A Teoria dos Sistemas e a Hermenêutica*, a professora Valéria Ribas do Nascimento aduz com propriedade o papel da Teoria dos Sistemas na evolução da hermenêutica jurídica e busca, ao final, propor uma compreensão conjunta desta com

a Teoria Hermenêutica na busca do melhor resultado interpretativo, que garanta efetividade ao Direito, veja-se:

Consoante afirma Rocha, a hermenêutica jurídica surge quando se percebe a insuficiência das normas jurídicas na solução dos litígios, e pretende através da interpretação social complementá-las. Entretanto, afirma que existem lacunas teóricas, pois ela não explica razoavelmente a sociedade.

Nessa perspectiva, a teoria dos sistemas seria o melhor caminho para solução das lides. Através de uma visão mais ampla, os operadores jurídicos verificariam o todo, e dentro dele o problema do risco e da complexidade, que está por trás da produção das decisões, pois estas influenciam diretamente na sociedade.

No tocante à teoria hermenêutica, pode-se dizer que ela entende o Direito como transformador. Portanto, Streck, critica as teses sistêmicas autopoieticas, afirmando que não há como reduzir complexidades, e o procedimentalismo habermasiano que se fundamenta a partir de valores procedimentais adjetivos. Sucede que tanto a teoria dos sistemas como a teoria hermenêutica são fundamentais para a compreensão das possibilidades que existem no Direito para solucionar litígios. Não há como negar, consoante afirma Capra, a idéia do planeta Terra como um sistema vivo, auto-organizador, composto por uma teia de micro-sistemas interligados e que se influenciam mutuamente, atuando de forma estrutural aberta e organizacional fechada.

O Direito é um desses sistemas que recebe influência não só das ciências sociais, mas também dos próprios sistemas vivos inseridos na comunidade. Por outro lado, a teoria hermenêutica mostra a possibilidade de desvelamento das normas jurídicas através do Dasein (ser-aí), ou seja da busca pela melhor aplicação da norma para determinado caso concreto.

Assim, é claro que existem diferenças substanciais entre as duas teorias. Porém, através de uma mudança de percepção, vislumbra-se a possibilidade dessas correntes se desenvolverem paralelamente, e de forma coerente procurarem alternativas viáveis para a efetividade do ordenamento jurídico. (NASCIMENTO, 2006)

No que se refere à Teoria das Fontes do Direito, não se pode negar que a evolução da aplicação da Teoria dos Sistemas Sociais também lhe trouxe inegáveis avanços, na medida em que um sistema cognitivamente aberto é capaz, ainda que trabalhando exclusivamente com seu próprio código operacional, de produzir decisões, dentro de um espaço hermenêutico muitíssimo mais vasto, influenciadas por várias questões que a análise apenas da lei, como fonte primária, não permitiria.

9.3 Do Giro Linguístico e sua influência na Teoria das Fontes.

Outro ponto cujas influências também necessitam ser estudadas no âmbito da Teoria das Fontes do Direito diz respeito ao chamado *giro linguístico*.

Isto porque, a doutrina tradicional sobre fontes do Direito fora escrita sob determinados pressupostos filosóficos do conhecimento fortemente influenciados por de uma concepção cartesiana de ciência, que fomentou e proveu a chamada Filosofia da Consciência (DESCARTES, 2001).

Boaventura de Souza Santos, em sua obra *Um discurso sobre as ciências*, retrata de forma muitíssimo clara o que ele mesmo chama de *crise do paradigma dominante*.

Em um breve resumo, podemos afirmar que o sociólogo português ensina que toda a ciência moderna tem na matemática seu ponto principal, já que esta fornece à mesma “não só o instrumento privilegiado de análise, como também a lógica da investigação, como ainda o modelo de representação da própria estrutura da matéria.” (SANTOS, B.; 2010, p. 27)

Ainda na fundamentação deste chamado paradigma dominante, adiciona Santos, *in verbis*:

“É esta a sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o precedem. Está consubstanciada, com crescente definição, na teoria heliocêntrica do movimento dos planetas de Copérnico, nas leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, nas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, na grande síntese cósmica de Newton e finalmente na consciência filosófica que lhe conferem Bacon e sobretudo Descartes. (SANTOS, B., 2010, p. 22).

Conhecer era quantificar - o que Boaventura chamou de modelo global de racionalidade científica. (SANTOS, B., 2010, p. 21)

Este modelo de racionalidade tido como um modelo hegemônico de ciência, não tardou ingressar no campo do comportamento social e das ciências sociais, especialmente por intermédios de alguns pensadores, dentre estes Bacon, Vico e Montesquieu (SANTOS, B., 2010).

E, com a ciência jurídica, não foi diferente. Este modelo de racionalidade também espraiou seus efeitos. Como exemplo, cite-se a idéia de subsunção fato-norma, uma atividade que parte de um silogismo aristotélico e que prescinde de maiores reflexões hermenêuticas, tem berço nas influências deste modelo de ciência. A aplicação das leis no modelo *all or nothing* também possui origens nesta concepção binária de ciência.

Além disso, o modelo de produção científica de cunho platônico calcado na dupla objeto e observador também ganhou força, dentro deste modelo de racionalidade, muito embora alguns dos pensadores mais importantes desta ciência moderna, tal como Descartes, desferissem fortes críticas contra esta forma de apreensão e elaboração de ciência.

Todavia, alguns acontecimentos especialmente no século XX culminaram por ruir com os alicerces básicos que sustentavam este modelo global de racionalidade

científica e seus reflexos têm sido sentidos, nas demais ciências (inclusive nas de natureza dogmática) nos tempos atuais.

Boaventura cita os quatro principais:

- a) a teoria da relatividade de Einstein;
- b) a mecânica quântica;
- c) o questionamento do rigorismo matemático;
- d) o avanço do conhecimento nas áreas da microfísica, química e biologia na segunda metade do século XX.

Estes fenômenos ocorridos ao longo das últimas décadas contribuíram, cada qual ao seu modo, para o enfraquecimento deste paradigma dominante de ciência (no caso, da ciência moderna).

São hoje muitos e fortes os sinais de que o modelo de racionalidade científica que acabo de descrever em alguns dos seus traços principais atravessa profunda crise. Defenderei nesta secção: primeiro, que essa crise é não só profunda como irreversível; segundo, que estamos a viver um período de revolução científica que se iniciou com Einstein e a mecânica quântica e não se sabe ainda quando acabará; terceiro, que os sinais nos permitem tão-só especular acerca do paradigma que emergirá deste período revolucionário mas que, desde já, se pode afirmar com segurança que colapsarão as distinções básicas em que assenta o paradigma a que aludi na secção precedente. (SANTOS, B., 2010, p. 41)

No âmbito da ciência jurídica, já há décadas o método de aplicação binário das normas tem sido objeto de contestação por parte de vários pensadores e filósofos jurídicos. O reducionismo da incidência normativa a um modelamento matemático exato que define questões como a maioria penal, a “linha da pobreza”, a idade para aposentadoria e gozo de benefícios previdenciários tem, igualmente, sido objeto de contestações.⁷

Outro aspecto que de igual modo tem também sido objeto de grandes debates diz respeito ao chamado giro linguístico, que também reflete um enfraquecimento da filosofia do conhecimento, em parte também consequência desta “revolução científica” a que se refere Boaventura.

9.3.1 - Do Construtivismo Lógico Semântico.

⁷ Sobre este tema, recomendamos a leitura de Segurança Jurídica e Crise no Direito, de autoria de Ricardos Almagro Vitoriano Cunha - Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Editora Arraes, 2010.

Toda ciência tem por fim conhecer seu objeto. O processo de formulação da ciência é recursivo; mergulha, alternada e distintamente, entre a teoria - proposições descritivas acerca de determinado objeto -, e a prática - a realidade como ela é. A teoria, em síntese, explica a prática e a prática confirma ou infirma a teoria (CARVALHO, 2009, p. 4).

Desde PLATÃO, o conhecimento baseia-se na idéia relacional existente entre o sujeito cognoscente e o objeto. Presume-se que o ser cognoscente pode, mediante os atos de consciência, conhecer perfeitamente o objeto, que tem sua existência desvinculada de sua compreensão.

O discípulo de Sócrates entendia o conhecimento como a apreensão de um mundo que existe em si, composto por formas ou idéias essenciais e imutáveis. Sobre esse mundo, possível a apreensão do verdadeiro conhecimento. Ele trabalhava, para tanto, com dois planos: o plano sensível (a realidade como nós a sentimos) e o plano das idéias (a realidade captada pela nossa inteligência).

A partir destas pré-compreensões e especialmente influenciada por Kant, desenvolveu-se a filosofia do conhecimento. O conhecimento deflui da capacidade de sentir e compreender o mundo, mediante a adoção de um determinado método no processo de apreensão dos objetos.

Na filosofia do conhecimento, que subsidia a chamada “doutrina tradicional do direito”, a linguagem não ostenta relevante papel. A compreensão das coisas ocorre em um plano anterior a qualquer formação linguística. A linguagem, neste contexto, se resume a um componente descritivo do conhecimento. Ou seja, o conhecimento é concebido como a reprodução intelectual do real e a linguagem é mero instrumento representativo da realidade. “Uma proposição era considerada verdadeira quando demonstrava a essência de algo, já que a linguagem não passava de um reflexo, uma cópia do mundo.” (CARVALHO, 2009, p. 12)

O estudo do conhecimento, portanto, envolve meramente o sujeito (gnosologia) e o objeto (ontologia), bem como a relação entre ambos (fenomenologia). A linguagem não integra a relação do conhecimento, tampouco influenciava no seu resultado.

Em meados do século passado, Ludwig Wittgenstein promove significativo rompimento com a filosofia do conhecimento então vigente, ao propor, em seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, de 1922, uma mudança na concepção filosófica do conhecimento denominada giro linguístico.

De acordo com a filosofia da linguagem proposta por Wittgenstein, a linguagem deixa de ocupar função meramente descritiva e instrumental ao processo de conhecimento e passa a integrá-lo, como condição para a elaboração e atingimento do próprio conhecimento.

O conhecimento, a partir de então, é fruto da aplicação da linguagem sobre determinado objeto, no sentido de que a compreensão sobre algo deflui da capacidade de apreendê-la utilizando o ferramental linguístico do cientista.

Através da linguagem, assim, é que se forma a consciência, mediante a atribuição de sentido aos dados sensoriais perceptíveis ao homem. Nesta perspectiva filosófica, o conhecimento não deflui da mera observação ou apreensão etérea da realidade; antes, decorre da capacidade do cientista de atribuir, com o uso da linguagem, sentido ao objeto. “Só temos o mundo e as coisas na linguagem; nunca ‘em si’”. (CARVALHO, 2009, p. 13)

Esta alteração do marco filosófico que cerca o conhecimento trouxe profundas alterações no âmbito da própria ciência do conhecimento, na medida em que passou a enxergar a realidade não como um dado posto, existente e bastante em si, mas como fruto da interpretação, mediante o uso da linguagem.

A realidade captada pelo homem é a realidade que o homem é capaz de captar. Ou seja, a realidade é fruto do exercício de sua captação através do uso da linguagem. Não há mais realidade sem linguagem. Não há mais ciência sem linguagem.

Uma vez vislumbrado o caráter transcendental da linguagem, com o giro linguístico, cai por terra a teoria objetivista (instrumentalista, designativa), segundo a qual a linguagem seria um instrumento secundário de comunicação do conhecimento humano. Assume esta a condição de possibilidade para a sua constituição, pois não há consciência sem linguagem. (CARVALHO, 2009, p. 16).

Enfim, segundo a filosofia da linguagem, conhecer algo é ter linguagem sobre este algo. Não se produz ciência, porém, sem que a linguagem também possua rigidez e precisão. “Conhecer algo cientificamente significa jogar o jogo da linguagem científica, observando, a cada jogada, as regras que lhe são próprias”. (CARVALHO, 2009, p. 34)

A partir desta concepção formulada no seio do giro linguístico, a elaboração da ciência passou, assim, a ter em conta, em alto grau, os estudos da linguagem.

Vale lembrar, que o Direito processa-se em duas realidades distintas: o direito positivo e a ciência do direito. No âmbito do direito positivo, o rigor exigido no uso da

linguagem é substancialmente menor àquele reclamado no seio dos estudos científicos. No primeiro, adota-se (ou pelo menos, dever-se-ia adotar) linguagem técnica, cuja função é imprimir na linguagem social (plano do ser) a metódica dos modais deônticos - obrigatoriedade (O), permissão (P) e proibição (V). Já no plano científico, considerando que a ciência do direito busca justamente descrever o direito positivo, sua linguagem trabalhará por sobre a linguagem técnica (linguagem objeto), através do emprego da linguagem científica (metalinguagem).

A busca, porém, da linguagem científica é tarefa assaz árdua. Por esta razão é que, dentro do Construtivismo Lógico Semântico, como, de resto, para toda a corrente do giro linguístico, a Semiótica possui forte expressão.

A Semiótica é a Teoria Geral dos Signos. É a ciência que estuda as unidades representativas comunicacionais. A Semiótica divide-se em três planos: o sintático, o semântico e o pragmático.

No plano sintático, estudam-se as relações dos signos entre si, ou seja, os vínculos que se estabelecem entre eles quando estruturados num discurso. No plano semântico, são examinadas as relações do signo com a realidade que ele exprime (suporte físico e significado). E no plano pragmático, a atenção se volta às relações dos signos com seus utentes de linguagem, isto é, ao modo como os emissores e os destinatários lidam com o signo no contexto comunicacional. (CARVALHO, 2009, p. 157)

O giro linguístico, portanto, tem como base a introdução da linguagem dentro do processo filosófico do conhecimento. Conhecer é ter linguagem sobre a coisa. Fazer ciência, é utilizar método e linguagem científicos (rigor e precisão) na atribuição de sentido aos estímulos, criando o universo descritivo da coisa.

O Construtivismo Lógico semântico possui como referencial filosófico a filosofia da linguagem, marcada pelo giro linguístico. A produção da ciência do direito, por conseguinte, segundo esta mesma visão, ocorre mediante a aplicação de sentidos (proposições prescritivas), através do uso da linguagem e método científicos por sobre o objeto, no caso, o direito positivo.

9.3.2 - Do processo hermenêutico no construtivismo lógico semântico.

Interpretar, na teoria tradicional, significa revelar o verdadeiro sentido existente no objeto da interpretação. Ao intérprete, cabe descobrir a real intenção subjacente à coisa.

Corolário do marco filosófico adotado - filosofia do conhecimento -, a atividade hermenêutica na teoria tradicional aproxima o intérprete de um investigador. Cabe-lhe buscar o conteúdo essencial do objeto interpretado.

No âmbito do Direito, o hermenêuta deve debruçar-se sobre texto para dele extrair o que nele contém. Vale repisar que a teoria hermenêutica tradicional se assentava em fundamento filosófico distinto, segundo o qual as coisas existem independente de sua descrição ou compreensão.

O texto legal, assim, possui, à luz das teorias filosóficas precedentes ao giro linguístico, uma significação ontológica. O significado, portanto, é algo dado, contido no próprio texto e, ao exegeta, cabe desvendar esse conteúdo essencial.

Para se chegar a este conteúdo, o intérprete deve eleger um método hermenêutico, dentre os quais, cite-se a título exemplificativo: literal ou gramatical, histórico ou histórico evolutivo, lógico, teleológico e sistemático. É possível, ainda, a conjugação entre estas metodologias tradicionais de interpretação.

Todas elas ou sua conjugação, porém, sempre remetem (ou, ao menos, buscam remeter) o exegeta ao conteúdo essencial do texto interpretado, sendo a tarefa interpretativa um processo eminentemente investigativo.

O corte promovido pela eleição da filosofia da linguagem como referencial teórico-filosófico para a formulação do Direito projeta seus efeitos de maneira incisiva no campo da hermenêutica jurídica.

Conforme já analisado, segundo esta corrente filosófica, a realidade é construída pela linguagem. Não há que se falar, como visto, em realidade existente “em si”. Tudo deriva, ao contrário, do processo linguístico, na medida em que, conhecer é aplicar sentidos através da linguagem.

O processo hermenêutico, assim, calcado na filosofia da linguagem apresenta-se tal como um exercício de construção da significação, mediante a aplicação da linguagem.

Ou seja, para o Construtivismo lógico semântico, interpretar é atribuir valores aos símbolos, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos.

Em substituição aos métodos tradicionais há pouco referidos, o Construtivismo lógico semântico apresenta o processo interpretativo em três distintos planos: a sintaxe, a semântica e pragmática.

No plano da sintaxe, cabe ao intérprete identificar o signo linguístico ou o conjunto de signos linguísticos que está buscando interpretar. Todo o processo se

inicia no plano de expressão, onde se encontra o texto em sentido estrito, ou seja, o arranjo de signos (sinais) depositados em determinado repertório.

A partir desta apreensão sensorial, o intérprete se volta a seu repertório linguístico, ou seja, às suas referências, buscando atribuir um sentido, uma significação para o símbolo - trata-se do plano da semântica (suporte físico e significado).

E, ato contínuo, procede à verificação desta significação construída em face do universo pragmático, conjugando e cotejando-o com as demais normas, num relacionamento tanto vertical (regras de hierarquia e fundamentos de validade), quanto horizontal (conflitos aparentes e/ou reais).

Nota-se, assim, que o ponto distintivo essencial entre os processo hermenêutico tradicional e aquele outro calcado na filosofia da linguagem diz respeito, portanto, à preexistência, para o primeiro, de um conteúdo ontológico no objeto a ser interpretado (no caso, no direito positivo).

Para o hermenêuta tradicional, o direito positivo carrega um conteúdo de significância que deve ser alcançado pelo intérprete. O processo interpretativo, assim, muito embora também sofra influência dos referenciais íntimos do exegeta, está adstrito àquele conteúdo ontológico, não se tratando de uma construção de entendimento, mas de uma investigação.

Já para o hermenêuta afeto ao construtivismo lógico semântico, não existe pré-conteúdo, tampouco significância ontológica no direito positivo. Ele é (realidade) aquilo que a linguagem do intérprete for capaz de considerá-lo. Esta corrente, desta forma, sepulta todos os movimento hermenêuticos ligados à busca de uma *mens legis* ou de uma *ratio legis*.

Ao criticar a teoria hermenêutica tradicional, os defensores do Construtivismo lógico semântico afirmam que, em sendo o direito uma linguagem, como, de resto, o é toda forma de conhecimento, não há como se limitar, ao mínimo ou ao máximo, o conteúdo exegético de um texto legal, tanto porque o nível de compreensão linguística do hermenêuta pode ser inferior aquele necessário para o atingimento deste mínimo de compreensão "exigido", como também pode extrapolar a capacidade do próprio criador do limite máximo (no caso, o legislador).

Noutras palavras, o Direito é próprio de cada intérprete, porquanto resultado de sua própria linguagem.

Esta concepção da hermenêutica dentro do contexto da filosofia da linguagem, por sua vez, acarreta importantes consequências no plano normativo, como será analisado doravante.

9.3.3 - Da norma jurídica no construtivismo lógico semântico. Da importância do estudo da semiótica.

Analisar uma Teoria da norma jurídica corresponde a analisar o próprio Direito. A despeito dos paradigmas de legitimidade que se adote, seja o Positivismo Jurídico, seja a escola hermenêutica de Dworkin, já estudados, seja a Teoria do Discurso de Habermas, muito se diferem quanto ao processo de elaboração da norma. Todavia, há, em diferentes graus e profundidades, relativo consenso no sentido de que o Direito se realiza essencialmente através de suas normas (especialmente quando radicado no modelo romano-germânico).

A expressão linguística “norma jurídica”, tal como acontece, em maior ou menor grau, com todos os vocábulos linguísticos, é polissêmica.

Gregório Robles, por exemplo, utiliza-se da expressão fazendo referência, primordialmente, às significações construídas pelo intérprete a partir dos textos do direito positivo, mas em algumas passagens também designa, com a mesma expressão, enunciados jurídicos e a mensagem deonticamente estruturada. (CARVALHO, 2009, p. 266)

Dentre os empregos da expressão norma jurídica, um importa mais especialmente ao presente trabalho: norma jurídica é uma estrutura enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida objetiva e obrigatoriamente, conforme ensina o jusfilósofo Miguel Reale. (REALE, 2002, p. 88)

A norma jurídica pode ser compreendida como o mandamento comportamental que se obtém a partir da apreensão dinâmica das regras e princípios que compõem o Direito positivo. A norma jurídica, assim, é fruto, prima facie, de um movimento hermenêutico.

Levando-se, outrossim, em conta as considerações precedentes sobre as divergências do processo hermenêutico derivadas do fundamento filosófico adotado, tem-se que o conceito de norma e, desta forma, a Teoria da norma jurídica também será impactada em função desta escolha do marco filosófico.

A partir da filosofia do conhecimento, que embasa a hermenêutica tradicional, o direito positivo, ou seja, a regra (lato senso) jurídica possui um conteúdo ontológico,

um espírito (da lei, conforme Ihering), quiçá uma intenção que deve ser buscada com fidelidade pelo aplicador do direito.

Há quem defenda, em linhas razoavelmente paralelas, a existência de uma ratio legis, que, muito embora também se revista da condição de intenção do legislador, deve ser buscada pelo intérprete através do uso da razão.

Em suma, no processo hermenêutico tradicional a norma deve ser o resultado de uma busca, de uma investigação acerca do conteúdo ontológico do direito positivo que está sendo interpretado.

Para o Construtivismo lógico semântico, porém, o processo de composição das normas, conquanto hermenêutico, ocorre mediante a aplicação de conteúdos semânticos aos signos presuntivos linguísticos.

Ou seja, ao se deparar com os signos (sinais) dispostos nas regras jurídicas, o intérprete inicia o processo de atribuição de significados. Considerando que sua tarefa é interpretar uma norma jurídica, entende o Construtivismo lógico semântico que tal deve se dar dentro do formato deôntico, sendo esse o próximo passo: formular proposições de significação dentro de uma estrutura proposicional de dever-ser. E, ao final, compete ao intérprete sistematizar sua regra jurídica (diz-se sua, porquanto fruto de processo interpretativo particular) com as demais regras jurídicas do sistema.

Neste sentido, defende o Construtivismo lógico semântico que o processo de formulação das normas possui quatro planos distintos,

- a) S1 - Plano de Expressão (enunciados prescritivos)
- b) S2 - Plano Proposicional (significações isoladas)
- c) S3 - Plano Normativo (normas jurídicas)
- d) S4 - Plano de Sistematização (relação entre normas)

No plano S1 encontram-se os enunciados prescritivos (regras jurídicas lato sensu). O intérprete, através da leitura dos signos linguísticos e sem o abandono de seus referenciais inicia o fluxo interpretativo criando, no plano S2 - Plano Proposicional, significações isoladas, de acordo com seu ferramental linguístico. No plano S3 - Plano Normativo, surge, efetivamente, a norma, com a estruturação das proposições (S2) na forma implicacional (hipótese-consequência). Em seguida, no plano S4, o intérprete coordena suas significações normativas, construídas no plano S3, de acordo com critérios de subordinação e coordenação, compondo os vínculos que se estabelecem entre as normas de um mesmo sistema.

Nota-se, portanto, que processo hermenêutico defendido pelo Construtivismo lógico semântico, a norma é fruto essencialmente das proposições realizadas pelo intérprete, mediante o uso de seu ferramental linguístico, no processo de atribuição de significados ao plano de expressão.

Não há, com efeito, qualquer interferência de um pré-significado ou uma carga ontológica de significância, em nada interferindo a intenção do legislador ou a razão por ele aplicada. Trata-se, enfim, de uma construção semântica. Aliás, construção (processo criativo) lógica (modais deônticos) semântica (mediante a atribuição de significados a signos presuntivos).

A modernidade teve seu nascimento marcado pelo racionalismo de Descartes e com a ciência de Galileu a Newton, bem como seu processo de auto-justificação com o movimento iluminista e filosofia do idealismo alemão, do criticismo de Kant à dialética da história de Hegel. Com chamada “virada lingüística” introduziu-se a novidade epistemológica de que o conhecimento e a linguagem têm sentido apenas no diálogo, e que a relação sujeito-objeto não pode ser vista de forma limitada a essa díade. De acordo com Dummett (1994, p.4-14), a filosofia da linguagem pode ser caracterizada como a filosofia “pós-fregeana”, pois foi a partir da obra de Frege, marcadamente, Os fundamentos da Aritmética, de 1884, que se delineou a tão aclamada mudança na ênfase filosófica, a qual deixa de ser centrada no sujeito, com o subjetivismo da introspecção, passando a se situar na análise da linguagem.

De uma forma geral, sem considerar as especificidades de cada filósofo analítico, a filosofia da linguagem se consubstancia na idéia de que todo pensamento ocorre por meio de signos. O pensamento não se dá imediatamente, mas é mediatizado por signos, e da mesma forma ocorre com o conhecimento e acesso a realidade. A linguagem, ela própria, passa a ser reconhecida como constitutiva do sujeito e do objeto, não mais uma simples ponte entre ambos. Noutros termos, o conhecimento estaria marcado e mediado pela linguagem, de maneira que conhecer algo é conhecer a linguagem que torna esse algo compreensível. Assim, o pensamento passa a ser compreendido de forma dialógica e não mais centrado no indivíduo, como ocorria na tradição cartesiana. (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 3870)

10. DAS DECISÕES VINCULANTES DO STF PROFERIDAS EM ADIN E ADC COMO FONTE PRIMÁRIA DE DIREITO

Conforme visto no capítulo anterior, para a tradicional doutrina que até o momento se preocupou em tratar do tema das fontes, a lei é a única e exclusiva fonte primária do Direito.

Isto equivale a dizer, que somente dela - da lei - é que decorre, deflui, surge o Direito. Este entendimento, também vimos de ver, se compatibiliza com o cenário mais restrito do positivismo jurídico, que afasta da composição do fenômeno jurídico toda e qualquer carga axiológica que possa influenciar na aplicação da lei.

Com a evolução, porém, dos paradigmas de legitimidade do Direito e com o crescimento da filosofia da linguagem, que hoje busca substituir, como forma de apreensão e formação do conhecimento, a filosofia da consciência, não restam dúvidas que o tema *fontes do Direito* merece ser revisto.

É o que passamos a fazer, especialmente no que se refere às decisões proferidas pela Suprema Corte em controle concentrado de constitucionalidade, mais especificamente nas ações diretas de inconstitucionalidade genéricas e nas ações diretas de constitucionalidade, que possuem, por sua natureza, efeitos *erga omnes* e vinculativos.

O Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte Constitucional, possui a precípua função de proteger a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garantindo sua supremacia enquanto fundamento de validade de todas as demais leis e atos normativos produzidos no País, conforme já visto anteriormente.

Neste mister, possui competência para julgar questões que envolvem a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo tanto no controle difuso de constitucionalidade, através, dentre outros, de recursos extraordinários ou em ações de sua competência originária, como também no controle concentrado de constitucionalidade.

Nesta modalidade de jurisdição constitucional (controle concentrado), as decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente aquelas proferidas em ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIN) e em ações diretas de constitucionalidade (ADC) possuem efeitos *erga omnes* e vinculam, por expressa determinação contida no corpo da própria Constituição, o Poder Judiciário e os órgãos da administração pública direta e indireta ao seu comando. Trata-se, tal como analisado anteriormente, das decisões vinculantes ou vinculativas do STF.

Considerando que esta decisão não decorre de um processo legislativo, nos moldes dos artigos 59 e seguintes da Constituição Federal, considerando que esta decisão não deflui do Poder Legislativo, tampouco do Poder Executivo, nas brechas que a Constituição de 1988 lhe confere para atuar como legislador positivo, podemos afirmar, sem medo, que tal *decisum* não se classifica como uma lei em sentido estrito.

Realmente, esta decisão, é o produto de uma atividade hermenêutica de análise da pertinência, da adequação e do respeito da norma analisada em face da Constituição da República de 1988 que é, repise-se, seu fundamento maior de validade.

Logo, partindo do raciocínio hoje dominante e tradicionalista no sentido de que somente a lei em sentido estrito - aquela derivada da atividade legislativa exercida, naturalmente, pelo Poder Legislativo, ou de maneira "torta" pelo Poder Executivo - é fonte primária do Direito, podemos também afirmar, conquanto silogismo indefectível, que esta decisão do STF não configura fonte primária do Direito.

Tal assertiva, porém, malgrado condizente com suas premissas (silogismo aristotélico) e muito embora coadune com os pressupostos tradicionais da doutrina das fontes do Direito, não se sustenta diante da evolução por que passa o Direito do século XX e XXI.

E essa afirmação, no sentido de que a decisão vinculativa proferida em ADIN's e ADC's pelo Supremo Tribunal Federal deve, sim, ser considerada como fonte primária de Direito pode ser escorada, com segurança, em duas justificações que, muito embora ontologicamente distintas, são teleologicamente afins.

10.1 Das evoluções paradigmáticas do Direito, do Giro Linguístico e das fontes primárias do Direito. Do alargamento da compreensão epistemológica de fonte primária.

Segundo as doutrinas tradicionais, os costumes, a jurisprudência e a doutrina constituem meras fontes secundárias do Direito. Desta forma, não se prestam a "fazer nascer", sozinhos, o Direito, mas são apenas peças instrumentais acessórias que ganham importância na aplicação da lei nos casos de lacuna ou incompletude do sistema posto.

Em relação à doutrina, nos absteremos de tecer maiores comentários a respeito da sua posição perante a Teoria das Fontes, na medida em que a sua própria

consideração como fonte do direito, mesmo como fonte secundária e que se destina exclusivamente ao auxílio no processo de aplicação da lei demanda, por si só, um estudo e um debate mais aprofundado.

Conquanto produto da Ciência do Direito, a doutrina não sofre um processo prévio de validação e aceitação de seus pressupostos, conclusões e entendimentos, tal como acontece com os costumes e com a jurisprudência, que, de alguma forma, refletem a "posição da sociedade", no primeiro caso, e do Poder Judiciário, no segundo, acerca de determinada situação ou entendimento. Poderíamos dizer que enquanto a doutrina se equipara à ética monológica kantiana, os costumes e a jurisprudência se aproximariam da ética discursiva, deontológica e universal de Habermas.

A ética monológica kantiana é substituída por uma ética discursiva e deontológica de caráter universalista por Habermas. Ele, com isso, procura alcançar o objetivo kantiano de uma lógica formal que se afaste de qualquer conteúdo *a priori* material. Na obra de Kant, esse objetivo se concretiza, no máximo, de forma aproximada, vez que a razão prática, que possibilitaria o "encaixe" das condutas em um imperativo categórico de agir, de tal maneira que seu comportamento pudesse ser universalizado, pautar-se-ia por uma consciência monológica. Essa concretização, no máximo, se aproxima do objeto de obtenção de um critério para a definição de uma ética puramente formal, ou seja, o princípio da universalização esbarraria exatamente em seu caráter solipsista. Por conseguinte, certamente as máximas obtidas por tal princípio de universalização acabam sendo necessariamente tingidas pelos valores pessoais do indivíduo que as formula. (CRUZ, 2006, p. 132)

A doutrina, portanto, é fruto da posição, do entendimento exclusivo daquele que se propõe exercitar a Ciência Jurídica.

E mais, a doutrina não tem, em tese, o objetivo de compor as ferramentas que irão ser empregadas na praxis jurídica, tal como acontece com a jurisprudência, por exemplo. Fazer Ciência Jurídica, ao contrário, passa por um processo, inclusive, de purificação, de expurgo de questões cotidianas que possam afetar o resultado do estudo, bem como exige a eleição de um sobrenível de linguagem que evite as dubiedades, polissemias, dessincronismos, etc. (CARVALHO, 2008).

Portanto, a posição da doutrina como fonte de Direito merece maiores reflexões que não fazem parte do presente trabalho.

Em relação aos costumes, malgrado entendamos que evolução dos paradigmas de legitimidade do direito, bem como a influência do giro linguístico tenham sido vitais para uma recompreensão de seu papel, à luz da Teoria das Fontes, não vislumbramos, ainda, uma possibilidade de aplicação do Direito, para fins de fazer

nascer direitos e obrigações (estabelecimento de relações jurídicas concretas) com base meramente nos costumes.

É sabido que o costume possui em sua própria natureza o fato de não compor o ordenamento jurídico posto do determinado país. O costume é, em resumo, a prática naturalmente aceita pela sociedade e que prescinde, em verdade, de sua positivação para que possa ser exigido, enquanto norma social.

Ao tentar justificar a utilização dos costumes como fonte primária do direito à luz do Positivismo Jurídico, concluímos, sem maiores dificuldades ou delongas ser inglória esta empreitada.

O costume, ainda que reflita uma prática socialmente aceita, e preencha um ponto de conformação à luz de um discurso de justificação (CRUZ, 2006), não possui uma existência normativa mínima exigida pelo positivismo jurídico, que garanta uma segurança na sua aplicação (subsunção fato-norma) ainda que de forma precária.

Para que se configure uma fonte primária, há de existir um mínimo ôntico de carga normativa que possa servir de base para o aplicador do direito. É o que Paulo de Barros Carvalho chama de “o mínimo irreduzível da mensagem deôntica”. (CARVALHO, 2008, p. 189).

O positivismo jurídico trabalha indefectivelmente com a figura do operador deôntico, no qual encontra-se depositada a própria força normativa (CARVALHO, 2007). A ausência de uma estrutura deontológica mínima - o que é característico dos costumes (sua não positivação, sob pena de transformar-se em uma regra jurídica) afasta qualquer possibilidade de sua consideração como fonte primária no contexto do positivismo jurídico.

Dentro das escolas hermenêuticas e analisando o à luz da jurisprudência de valores de Dworkin, entendemos que os costumes também não logram conquistar a categoria de fonte primária.

Lembremo-nos que Dworkin, como citado anteriormente, afirma que ordenamento jurídico é composto pelas leis e princípios. Ou seja, não há, nas escolas hermenêuticas, um abandono da lei, mas apenas a introdução dos elementos axiológicos no processo de aplicação do Direito, mediante a consideração dos princípios no momento da construção e aplicação normativa.

Os costumes, vez por outra, são vertidos ao direito positivo de determinado ordenamento jurídico através da sua conformação em um princípio jurídico. Com efeito, os princípios jurídicos, em função da sua gênese axiológica, costuma carregar valores que são caros à sociedade regida por aquele ordenamento jurídico. Dentro

destes valores, não raro alguma prática social ordinariamente aceita (costume) acaba sendo reduzida ao texto de um princípio jurídico.

A partir deste momento, podemos imaginar a inserção deste costume no processo de elaboração e aplicação da norma jurídica, aqui entendida como o resultado da construção lógico-semântica que fazemos do direito posto.

Todavia, neste momento não mais falamos em aplicação do costume que, a rigor, transformou-se em um princípio jurídico.

Portanto, mesmo dentro do paradigma das escolas hermenêuticas, não há que se falar nos costumes como fonte primária de direito.

Pensando, ainda, nesta idéia à luz, agora, da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, mantemos nosso entendimento de que não há como fazê-lo.

Com efeito, os costumes, ainda que provoquem irritações significativas no sistema do Direito, somente exercerá efetiva influência nas operações que dentro dele se processam caso passe a operar com o código direito / não direito. Isso porque o sistema do Direito, conforme já visto anteriormente, malgrado cognitivamente aberto, opera seu próprio código de maneira fechada.

Só há duas maneiras de este costume passar a integrar, operacionalmente, o sistema do Direito.

A primeira, seria no caso de o costume passar a operar o código inerente a este sistema. Para que isso acontecesse, seria necessária a publicação de uma norma em sentido estrito contendo os princípios comportamentais decorrentes daquele costume (se pensarmos em uma teoria dos sistemas mais próxima ao positivismo jurídico) ou, no mínimo, a versão deste costume em um princípio jurídico (em se admitindo uma aproximação da teoria dos sistemas com as escolas hermêuticas e, mais especificamente, com a jurisprudência de valores). Nestes casos, porém, não se trataria, também, da aplicação do costume, mas sim da regra ou do princípio jurídico no qual ele está contido.

A segunda possibilidade seria no caso de o costume provocar tamanha irritação no sistema do Direito a ponto de causar sua ruptura e perda de identidade. Nesta hipótese, o sistema do Direito deixaria de operar de maneira fechada e passaria a sofrer interferências (não apenas influências sistêmicas) de outros sistemas que operam diferentes códigos. Esta situação (uma revolução armada, por exemplo), porém, significaria a própria derrocada do sistema do Direito que, segundo Luhmann (1996), caso não fosse capaz de se recompor e voltar a operar seu código padrão, tenderia a se perder para o seu ambiente.

Por fim, analisando a questão dos costumes à luz da filosofia da linguagem (giro linguístico), temos que sua deficiência ôntica (o costume é ontologicamente abstrato, em uma cultura jurídica germano-romana), faz com que inexista sequer objeto a ser conhecido no processo de apreensão do conhecimento pela aplicação da linguagem.

Concluimos, portanto, que o processo de aplicação autônoma do Direito, a partir de uma fonte primária, necessita de uma estrutura que possa ser classificada como um mínimo ôntico irreduzível (se pensarmos no cenário positivista, diríamos mínimo deôntico irreduzível).

Mesmo à luz de outras correntes jus-filosóficas, a exigência de se contar com uma estrutura mínima ontológica que possa ser cotejada com os elementos circunstanciais do fato permanece. Ou seja, mesmo na busca de uma *pretensão de correção*, conforme sustenta Alexy, ou na atividade de adequação da norma visando a *resposta correta*, tal como em Habermas, há de existir um elemento normativo mínimo, conforme ensina Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Dessa forma, todas as possibilidades semânticas do texto devem cruzar-se com todos os elementos das circunstâncias fáticas do caso, num método concretista de aplicação imparcial das normas. A adequação da norma orienta-se em função do problema. Ao contrário do que supunha o positivismo, o operador do Direito precisa estar ciente de que mais de uma norma válida pode concorrer *prima facie* como a mais adequada ao problema. No exemplo trabalhado anteriormente

Diferentemente ocorre, porém, com a jurisprudência. A rigor, a primeira coisa a se fazer quando se pensa na jurisprudência como fonte do Direito é dividi-la em função do critério de vinculação de órgãos e poderes, uma vez que, a decisão que assim comporta merece especial tratamento dentro da Teoria das Fontes.

Dentro de um panorama tradicionalista, a jurisprudência, muito embora produto da própria lei aplicada, transformada em provimento jurisdicional, também não seria fonte primária de Direito e, desta forma, não ocuparia lugar na equação fato-norma tão cara ao positivismo jurídico.

Ou seja, muito embora a jurisprudência possa ser compreendida como um reflexo do exercício hermenêutico transformado em provimento jurisdicional, este esforço interpretativo de pouco ou nada vale para fazer nascer o Direito em um contexto no qual somente a lei é considerada sua fonte primária.

A questão, porém, reclama seja feita uma distinção entre a natureza e a eficácia das decisões judiciais hoje proferidas no nosso ordenamento jurídico, na

medida em que cada uma delas merece receber um tratamento perante a Teoria das Fontes.

As decisões judiciais proferidas por Tribunais componentes do Poder Judiciário pátrio, e que não possuem, como característica eficaz, a natureza *erga omnes* e a vinculação para além das partes envolvidas na demanda jurídica constituem a vala comum do arcabouço jurisprudencial pátrio.

Em relação a estes, sua classificação como fonte primária de Direito irá depender do paradigma de legitimidade que esteja servindo de parâmetro de análise.

Sob a luz do positivismo jurídico, da Teoria dos Sistemas e analisando a questão sob o novo marco científico do giro linguístico, entendemos que esta jurisprudência, digamos, comum, continua sendo uma fonte secundária do Direito e, nesta qualidade, não poderia, por exemplo, sustentar, por si só, um julgamento *contra legem*.

As razões para esta conclusão são simples: a jurisprudência comum não é lei em sentido estrito, tampouco provocam no sistema jurídico irritações suficientes para que seja ignorada a lei que determina o destino do julgamento. É claro que a jurisprudência comum pode auxiliar o julgador no processo, por exemplo, de declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma. Todavia, seu papel há de ser meramente complementar. Não há, irritação sistêmica suficiente para provocar uma reação do sistema do Direito. Ou seja, os fundamentos da decisão devem existir independentemente da citação jurisprudencial, que possui, repita-se, função secundária.

No que se refere à análise da jurisprudência comum à luz do giro linguístico, é claro que as decisões proferidas não só podem como devem auxiliar o aplicador do Direito no processo de construção lógico-semântica da norma que será aplicada no caso concreto.

Todavia, assim como acontece na análise há pouco empreendida à luz da Teoria dos Sistemas, esta influência da jurisprudência comum no processo de construção lógica da norma pelo exegeta não pode se dar de maneira solipsista. Os outros fatos e elementos que circundam o processo de formação do convencimento do julgador devem ser todos levados em consideração, pois caso a norma construída pelo exegeta leve em consideração somente a jurisprudência comum, esta decisão, no mínimo, sofrerá do patente vício de fundamentação.

Para a jurisprudência comum, apenas na seara da jurisprudência de valores é que, eventualmente, poderíamos classificá-la de fonte primária de Direito. Realmente,

as escolas hermenêuticas se caracterizam substancialmente pela importância da atividade interpretativa e pela capacidade do “juiz hércules” em compor, com todo o ordenamento, a decisão perfeita.

A verificação sobre se a jurisprudência comum, dentro das escolas hermenêuticas, ganharia importância ao ponto de serem classificadas como fonte primária de Direito e, desta forma, poderem, inclusive, justificar um julgamento *contra legem* reclama um estudo mais aprofundado da sua epistemologia, o que foge ao escopo do presente trabalho.

Passemos à análise das decisões vinculativas do STF, estas, sim, componentes do tema central desta pesquisa.

Conforme sabido, há na jurisdição pátria, outra modalidade de julgamento (controle concentrado de constitucionalidade) que é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e cujas decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade genérica e em ação direta de constitucionalidade têm como característica o efeito *erga omnes* e a vinculação imediata do próprio Poder Judiciário e dos demais órgãos da administração pública direta e indireta. Estas decisões, considerando a natureza e eficácia de seus provimentos jurisdicionais, especialmente no que se refere ao comando de vinculação retro mencionado, serão tratadas neste trabalho como uma jurisprudência especial.

A análise destes julgados à luz das correntes tradicionais que tratam das fontes do Direito tendem a nos levar para o mesmo destino: porquanto não decorrem do Poder Legislativo (ou, em casos excepcionais, do Poder Executivo) não se trata de lei em sentido estrito e, desta forma, não são fontes primárias de Direito.

Tal entendimento, porém, não deve ser aceito.

De fato, lei em sentido estrito é aquela emanada do Poder Legislativo e que possui, como principal característica, dentro de uma análise finalística, o poder de vincular comportamentos, tanto dos cidadãos, quanto do próprio Estado, em uma relação, com este, que se caracteriza pela simbiose expressa na máxima: a lei regula o Estado que regula a lei.

Em uma conceituação mais técnica, podemos dizer que a lei é o estatuto normativo escrito, emanado do legislador e do qual emergem comandos gerais e abstratos que visam regular o estabelecimento ou a manutenção das relações jurídicas, criando direitos e deveres.

Em suma, podemos elencar como elementos conceituais e, desta forma, classificatórios⁸ da lei em sentido estrito:

- a) emanada do legislador
- b) forma escrita
- c) emite comandos gerais e abstratos
- d) quando aplicada, cria direitos e deveres

Analisando, porém, a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em ação direta de inconstitucionalidade genérica e em ação direta de constitucionalidade, verificamos que dos elementos caracterizadores da lei em sentido estrito, apenas a origem da regra jurídica se difere.

Com efeito, a decisão vinculativa proferida pelo STF em ADIN ou ADC possui forma escrita, emite, por força de seu caráter *erga omnes* e de sua eficácia vinculativa, comandos gerais e abstratos (não se trata, neste caso, de norma individual e concreta) e estas decisões, uma vez aplicadas (corolário da vinculação mencionada), estabelecem direitos e deveres.

É de se notar, portanto, que apenas em relação ao órgão ejetor, responsável por sua criação, é que se diferem a lei em sentido estrito e a decisão judicial vinculativa proferida pela Suprema Corte brasileira.

Resta agora analisar se esta diferença quanto à origem de sua criação (Poderes Legislativo ou Judiciário) é causa suficiente para afastar a conceituação da decisão vinculativa do STF como uma fonte primária de Direito.

Pensamos que não.

A doutrina que cuida da Teoria das Fontes, mesmo aquela tradicional, é uníssona em afirmar que a fonte do Direito representa o local de onde deflui, brota, nasce o Direito. A crítica que fizemos no início do trabalho se referiu à ausência de aprofundamentos em relação à consideração do quarteto (lei, costumes, jurisprudência e doutrina) como estas fontes (a primeira, como visto, fonte primária). Não há dissenso, porém, em relação ao fato de que a fonte do Direito representa seu ponto de origem, o ponto de partida para a atividade jurisdicional.

⁸ Tácio Lacerda Gama, em brilhante obra denominada *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*, (Quartier Latin, São Paulo, 2003, pág. 123) ensina que “Para realizar uma classificação é necessário formular definições, e quem formula definições classifica, pois aponta critérios para separar os objetos que integram daqueles que não integram o conceito.” (GAMA, 2003, 123)

A lei, por razões óbvias, é a primeira fonte primária, na medida em que representa o fundamento de validade das outras leis e, até mesmo, dos comportamentos humanos.

A decisão vinculativa do STF, por outro lado, possui exatamente as mesmas características pragmáticas da lei (com exceção da sua origem) e também se presta como fundamento de validade (no caso, negativo) de outras normas, porquanto uma decisão de inconstitucionalidade atesta, justamente, a ausência de adequação da norma impugnada com a sua norma de regência.

Além disso, por força da natureza *erga omnes* e dos efeitos vinculativos que assume esta decisão, ela passa a regular o comportamento tanto dos cidadãos (que não mais precisam se submeter aos comandos da lei inconstitucional), como também membros do Poder Judiciário e dos administradores públicos, cujos comportamentos deverão respeitar a decisão proferida no controle de constitucionalidade concentrado.

Portanto, não há dúvidas que, hodiernamente, o Direito não surge apenas da lei, mas também das decisões vinculativas emanadas pela Corte Suprema brasileira. Por mais paradoxal que possa parecer (ou ser), o direito hoje tem seu nascedouro na lei, que continua sendo a principal fonte primária de Direito, e também da decisão “anti-lei”, ou seja, que julga inconstitucional uma lei, expurgando-a imediatamente ou num determinado prazo (caso haja a modulação dos efeitos) do ordenamento jurídico.

Não há dúvidas, portanto, mesmo em se considerando as mais tradicionais correntes que cuidam da Teoria das Fontes, que a decisão vinculativa proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade é fonte primária de Direito.

Argumentarão os positivistas no sentido de que a decisão do STF, ainda que vinculativa, não é lei, porquanto não decorre da atividade legislativa. Esta afirmação é irretocável. Todavia, em momento algum afirmou a doutrina especializada que a fonte primária do direito é necessariamente apenas a lei. A questão, aqui, é de subsunção entre o conceito e objeto. O conceito afirma que pensar em fonte primária do Direito é pensar o local ou o elemento da onde ele emana. O objeto “lei”, sem sombra de dúvidas, preenche este requisito e se amolda, portanto, ao conceito de fonte primária do Direito. Mas o objeto “decisão vinculativa do STF”, conforme visto, também se encaixa no conceito abstrato, passando a também compor o rol, em companhia à lei, das fontes primárias do Direito.

Não se trata, portanto, de se equiparar a lei em sentido estrito com a decisão vinculativa do STF, muito embora esta empreitada também fosse possível, notadamente ao se eleger critérios teleológicos na metodologia científica de estudo.

O caso aqui é de subsunção do conceito abstrato de fonte primária (em relação ao qual a lei se amolda perfeitamente, como já dito) com uma nova espécie de provimento jurisdicional - a decisão vinculativa do STF.

Além disso, devemos lembrar que o tema das fontes do Direito vem, à reboque do próprio Direito, sofrendo significativas alterações nos seus paradigmas de legitimidade, sem falar no avanço dos métodos científicos do conhecimento, que também acarretaram-lhe obrigações.

Analisando a questão decisão vinculativa do STF como fonte primária do Direito à luz das escolas hermenêuticas, a posição ora defendida neste trabalho resta totalmente corroborada.

Conforme visto, a decisão vinculativa do STF possui o condão de regular as condutas, tal qual uma lei em sentido estrito. Obviamente que o juiz-hercules, no momento de formação do seu juízo de convicção, na busca da decisão perfeita, não pode ignorar, tampouco relegar a segundo plano uma jurisprudência de natureza especialíssima, porquanto dotada de efeitos *erga omnes* e vinculativos inclusive do seu próprio trabalho hermenêutico.

A rigor, as escolas hermenêuticas nem mesmo aprovam a adoção de ferramentas (pelos mesmos consideradas utilitaristas) que vinculam o juiz a um determinado julgamento, na medida em que esta postura acaba por anular a capacidade hermenêutica do magistrado e transporta a atividade jurisdicional a uma mera reprodução de um julgamento precedente.

A despeito destes robustos argumentos, o fato é que, proferida a decisão, a atividade hermenêutica deve se limitar a analisar a subsunção do fato concreto *sob iudice* ao conteúdo da decisão vinculante, para então promover o julgamento no exato sentido do primeiro *decisum*.

Já pensando na caracterização da decisão vinculativa do STF à luz da Teoria dos Sistemas estudada anteriormente, novamente resta corroborada nossa posição. Com efeito, em relação sistema do Direito, a decisão vinculativa e a lei em estrito senso se equivalem.

A decisão vinculativa proferida pelo STF, assim como a jurisprudência comum, passa a compor o sistema do Direito. A diferença, porém, entre estas é que, por força da vinculação do julgado proferido em controle concentrado pelo STF, esta decisão passa a servir de parâmetro para a operação realizada dentro deste sistema. Ou seja, a decisão vinculativa, assim como a lei em sentido estrito, compõe o arcabouço

referencial do sistema, que serve de parâmetro para que se possa serem definidas as operações como pertencente ao Direito ou não, dentro do código legal / ilegal.

Por fim, analisando também a questão posta sob a luz do novo método científico de apreensão de conhecimento, também conhecido como filosofia da linguagem, novamente corroborada o entendimento ora defendido.

O processo de construção lógico-semântica da norma jurídica passa pelo processo no plano S4 (ultimo deles), no qual o intérprete coordena suas significações normativas, construídas no plano S3, de acordo com critérios de subordinação e coordenação, compondo os vínculos que se estabelecem entre as normas de um mesmo sistema.

Em existindo uma norma que vincula a formação de outras significações normativas (que ocorre no plano S3) com seu conteúdo e direcionamento, outro caminho não há ao intérprete, senão concluir a sua construção lógico-semântica da norma de acordo com as diretrizes prevista nessa norma vinculadora.

Em suma e em conclusão, resta demonstrado que a despeito do paradigma de legitimidade que se eleja, ou mesmo do método científico de apreensão do conhecimento que se escolha, o direito sempre irá defluir, se originar, nascer da decisão vinculativa proferida pelo STF.

Seja sob o influxo da teoria tradicional e da filosofia do conhecimento, seja à luz da jurisprudência de valores, seja tendo por base a Teoria dos Sistemas de Luhmann, seja sob os auspícios do giro linguístico, o efeito *erga omnes* e, especialmente o caráter vinculativo da decisão fazem com que o Direito sempre nasça, deflúa da norma vinculativa proferida pelo STF, em exata identificação com o que ocorre com a legislação em sentido estrito.

Portanto e em conclusão, trata-se, efetivamente, de uma fonte primária de Direito a decisão vinculativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de inconstitucionalidade.

11. DAS DECISÕES VINCULATIVAS DO STF COMO *ABOLITIO CRIMINIS* E DA EXTINÇÃO IMEDIATA DA PUNIBILIDADE ESTATAL NO CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO

Uma vez definido que a decisão vinculativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal caracteriza-se como uma fonte primária de Direito e que, desta forma, uma vez aplicada é capaz de gerar obrigações e deveres, necessitamos apreciar quais as consequências da decisão vinculativa que julga inconstitucional determinado tributo, inclusive e especialmente no âmbito do Direito Penal Tributário.

Conforme analisado anteriormente, uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em uma ação direta de inconstitucionalidade genérica possui eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes para o Poder Judiciário e para os órgãos da administração pública direta e indireta.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº. 24, aduziu que “NÃO SE TIPIFICA CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS I A IV, DA LEI Nº 8.137/90, ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO.”. (BRASIL, 2010).

Para chegar a este *veridicto* de natureza igualmente vinculante, o STF analisou diversos recursos que, em comum, dispunham sobre o fato de que a inadimplência tributária constitui um elemento componente do tipo penal tributário. Vale dizer, que somente há ilícito penal, quando há tributo inadimplido.

Cite-se, a título de exemplo, o Habeas Corpus nº. 81.611, cuja julgamento fora publicado no Diário Oficial em 13 de maio de 2005, do qual retiramos a preciosa lição abaixo:

De modo que, sendo tributo elemento normativo do tipo penal, este só se configura quando se configure a existência de tributo devido, ou, noutras palavras, a existência de obrigação jurídico-tributária exigível. No ordenamento jurídico brasileiro, a definição desse elemento normativo do tipo não depende de juízo penal, porque, dispõe o Código Tributário, é competência privativa da autoridade administrativa defini-lo.

Ora - e aqui me parece o cerne da argumentação do eminente Relator -, não tenho nenhuma dúvida de que só se caracteriza a existência de obrigação jurídico-tributária exigível, quando se dê, conforme diz Sua Excelência, a chamada preclusão administrativa, ou, nos termos no Código Tributário, quando sobrevenha cunho definitivo ao lançamento. (...)

(...) E isso significa e demonstra, a mim me parece que de maneira irresponsável, que o lançamento tem natureza predominantemente constitutiva da obrigação exigível: sem o lançamento, não se tem obrigação tributária exigível. (...)

Retomando o raciocínio, o tipo penal só estará plenamente integrado e perfeito à data em que surge, no mundo jurídico, tributo devido, ou obrigação tributária exigível. Antes disso, não está configurado o tipo penal, e, não o estando,

evidentemente não se pode instaurar por conta dele, à falta de justa causa, nenhuma ação penal.” (BRASIL, 2005)

Não há dúvidas, portanto, de que a existência de um tributo inadimplido é condição *sine qua non* para a caracterização do crime contra a ordem tributária previsto nos artigos 1º e 2º da Lei nº. 8.137/90.

Por outro lado, a decisão judicial que julga inconstitucional o tributo afirma sua inafastável nulidade e, desta forma, acarreta o desaparecimento da figura do tributo inadimplido do cenário penal tributário.

Vale dizer, que esta decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, através de uma ADIN ou de uma ADC, e que afirma a inconstitucionalidade de um determinado tributo representa, no cenário penal tributário, uma fonte primária de direito que se traduz, teleologicamente, na figura da *abolitio criminis*.

O conceito de *abolitio criminis*, conforme sabemos, possui conexão com a lei posterior que afasta a tipificação penal em relação a determinada conduta.

No caso presente, muito embora a norma que julga inconstitucional o tributo não interfira naquela outra geral e abstrata de ordem criminal e que tipifica as condutas dos crimes contra a ordem tributária, ela possui, numa análise teleológica exatamente a consequência de extinguir, no caso concreto, a tipicidade da conduta, tendo em vista a ausência de um elemento formador do tipo penal, conforme vimos na decisão do Supremo Tribunal Federal acima destacada.

Trata-se, portanto, no âmbito penal tributário individualizado do contribuinte que participa da situação hipotética criada para o desenvolvimento deste trabalho, de uma autêntica norma *abolitio criminis* (fonte primária de direito que vincula comportamentos e cria direitos e deveres).

Por outro lado, uma vez detectada a natureza jurídica de *abolitio criminis* da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que julga a inconstitucionalidade da norma tributária, não podemos admitir que a modulação dos efeitos deste *decisum* tenha o condão de afastar também seus efeitos de abolir imediatamente a figura típica penal.

O Direito Penal, como visto anteriormente, tem a máxima função de garantir a coercitividade do sistema jurídico posto e conta, neste mister, com um arcabouço sancionatório que, no Brasil, possui como penalidade máxima aquela privativa de liberdade (exceto quando declarado o estado de guerra, dentro do qual admite-se a pena de morte).

Por outro lado, ao trabalharmos na seara do Direito Penal, exsurtem fortes e vigorosos diversos princípios constitucionais, mormente elencados no artigo 5º da Constituição da República de 1988, que visam proteger esta atividade Estatal, que configura, inegavelmente, a máxima forma de ingerência da figura estatal dentro da vida privada do cidadão.

Os princípios carregam os valores axiológicos que compõem o padrão de uma sociedade e que não se encontram reduzidos às regras jurídicas. Através deles é que muitos dos direitos fundamentais e das garantias individuais se materializam no ordenamento político-social.

Lênio Streck, comentando a separação entre princípios e políticas assevera que os princípios contêm uma exigência de justiça ou equidade que se encontram em uma outra dimensão de moralidade:

"Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade" (STRECK, 2008, p. 229)

Dentre os princípios previstos na Constituição Federal de 1988 e que visam garantir aqueles direitos fundamentais do cidadão outorgados sem reserva alguma (ALEXY, 2001, p. 119), podemos citar como elucidativos ao caso presente, em primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual derivam, implícita ou explicitamente, vários mandamentos protetivos, tais como, ao direito de ir e vir (liberdade aplicada), de se auto-regular (liberdade abstrata), de não ser condenado criminalmente sem o devido processo legal que verifique a existência indubitável da autoria e materialidade do delito (*in dubio pro reo*), de não ser condenado criminalmente ante a ausência de norma penal anterior (irretroatividade) ou perante um tribunal de exceção (direito à ampla defesa e contraditório), etc.

Não é muito afirmar, que estes princípios têm por finalidade maior a proteção da própria vida no estado ideal, conforme aduz Humberto Ávila, *in verbis*:

Considerando a definição de princípios como normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização, propõe-se os seguintes passos para a investigação dos princípios. (ÁVILA, 2009, p. 91)

Por outro lado, a persecução e, especialmente, a condenação criminal traduz-se na forma mais incisiva de percepção e influência do Estado na vida privada.

Inúmeros valores íntimos e personalíssimos são tocados quando o Estado instaura, contra determinado cidadão, um procedimento de natureza criminal.

Muito maior é a gravidade desta demonstração de força Estatal ocorre no caso da condenação criminal, que atinge o homem no seu mais básico e íntimo patrimônio - o direito à vida plena, digna e completa - o que efetivamente deixa de existir no caso de uma aplicação das penalidades privativas de liberdade, ou mesmo restritivas de direito que podem surgir por força da possibilidade de substituição legal da pena.

Para que haja espaço, portanto, considerando-se os princípios e *sobre-princípios* previstos na Constituição Federal de 1988 que dão ampla, marcante e incisiva proteção à dignidade da pessoa humana (dentro da qual inegavelmente se encontram os direitos à liberdade, auto-regulação, não condenação criminal sem lei ou absoluta convicção de autoria e materialidade, etc., conforme citado há pouco) o universo jurídico-hermenêutico que sustenta esta persecução criminal não pode possuir qualquer senão. Deve, ao contrário, estar pleno de certeza em todos os aspectos formais e materiais envolvidos na formação e desenvolvimento da persecução penal.

A modulação dos efeitos de uma decisão que representa uma *abolitio criminis* não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, pois neste, uma decisão desta importância e envergadura não pode ter mitigado, de qualquer forma, extensão ou profundidade, seus efeitos.

Ela deve incidir plena, irrestrita, IMEDIATA e retroativamente!

Não há dúvidas, portanto, que a decisão proferida em ADIN ou ADC que julga inconstitucional um tributo e que tem modulados seus efeitos prospectivamente pode (sob legítimos protestos da mais alta balizada doutrina) suportar a manutenção da cobrança do tributo tido por devido no período no qual vigente e eficaz a norma tributária objeto deste julgamento.

O mesmo não ocorre, porém, com a eventual persecução criminal derivada do não pagamento fraudulento do tributo. Esta decisão, um consectário legal inafastável da primeira que julgou o tributo inconstitucional e que na esfera penal constitui uma autêntica *abolitio criminis*, deve ser aplicada imediatamente ao seu trânsito em julgado, para fins de determinar a imediata extinção da punibilidade penal do contribuinte.

Por fim, registre-se ainda, que o processo de modulação dos efeitos das decisões do STF perpassa, inegavelmente, pela atividade de sopesamento entre

princípios, conforme consta, inclusive, na Exposição de Motivos do projeto de Lei nº. 2.960/97 que resultou na Lei nº. 9.868/99, veja-se:

[...] Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro. Assim, o princípio da nulidade somente será afastado "in concreto" se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabara por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. (BRASIL, 1997)

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 422) também afirma que a modulação dos efeitos tem lastro nas idéias de proporcionalidade e ponderação de valores, conforme já citado.

Pois bem.

A modulação de efeitos de uma decisão proferida em ADIN ou ADC pelo Supremo Tribunal Federal leva em conta, em uma situação normal, a ponderação e a proporcionalidade em função da segurança jurídica e interesse social *versus* nulidade da norma inconstitucional e direitos patrimoniais do contribuinte, já que o tributo lhe afeta tão somente na esfera patrimonial.

Todavia, caso esta modulação de efeitos seja utilizada para embasar uma persecução criminal e, especialmente, para sustentar uma condenação penal, os valores, por parte do contribuinte, que serão atingidos extrapolam, em muito, sua esfera patrimonial e passam a atingir seus direitos de liberdade, a sua existência em si.

Logo, a menos que o STF realize uma modulação especial dos efeitos da decisão também analisando as aspectos criminais, a modulação dos efeitos na seara tributária não se presta a embasar uma persecução criminal, na medida em que a ponderação de valores e a proporcionalidade em sentido estrito envolvidas no processo de modulação não levou em conta os reais efeitos e consequências da modulação, de modo a detectar quais os reais princípios estariam envolvidos nesta equação.

De toda forma, é importante fechar nosso trabalho deixando claro que, mesmo em sendo feita, pelo STF, uma modulação especial para tratar dos efeitos penais (o que admite-se apenas para esgotar as possibilidades de julgamento) esta modulação seria incompatível com o Estado Democrático de Direito, conforme argumentado na parte inicial deste tópico.

12. CONCLUSÃO.

Ante todo o trabalho desenvolvido, concluímos que as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade genéricas e em ações diretas de constitucionalidade constituem, dado seus efeitos *erga omnes* e vinculatórios, e em se considerando os novos paradigmas de legitimidade do Direito, bem como a evolução do chamado giro linguístico, fonte primária do Direito.

Assim como norma em sentido estrito, a decisão do Supremo Tribunal Federal vincula os órgãos da administração pública direta e indireta e do Poder Judiciário, sendo baliza inafastável na formação concreta da norma a ser aplicada no processo do construtivismo lógico semântico.

Conquanto uma fonte primária de direito a mitigação de sua eficácia deve ser enxergada como procedimento de extrema excepcionalidade, na medida em que sobre aquelas (fontes primárias) se assentam todo fundamento de legitimidade do Estado Democrático de Direito, em cujas entranhas se encontram enraizados direitos fundamentais e as garantias individuais.

Na seara penal tributária, a decisão que modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do tributo constitui, por sua vez, uma norma de natureza *abolitio criminis*. E esta norma possui altíssima importância dentro do Estado Democrático de Direito, justamente por se relacionar com o caríssimo direito de liberdade do cidadão, que deriva diretamente do Princípio da Dignidade Humana, consectário primeiro do direito à vida.

Justamente por isso é que concluímos que uma *abolitio criminis* derivada de julgamento de inconstitucionalidade tributária não pode ter seus efeitos modulados temporalmente, devendo ser aplicada imediata, integral e retroativamente, para determinar a pronta extinção da punibilidade penal do contribuinte.

E isso, por duas distintas, mas complementares, razões: a uma porque a fonte primária de direito, sustentáculo do próprio Estado de Direito, como dito acima, não permite a mitigação de sua eficácia, quanto este fenômeno significa uma afronta aos seus mais protegidos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à vida e à liberdade; e, a dois, porque o processo de modulação dos efeitos das decisões tributárias leva em conta no balanceamento de princípios apenas o efeito patrimonial do tributo, não tratando da questão atinente à liberdade, que resta atingida no caso de uma persecução criminal.

14. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2001.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6ª Edição. 14ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional - 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

—————. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas: São Paulo: Martin Claret, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2007.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política. 14ª Edição. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

—————. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed., Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

—————. Revista Latino-Americana de Direito Constitucional. Estudos Avançados nº 18. 2004.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso 03/2014.

BRASIL, Lei nº. 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso 03/2014.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, 1824.

BRASIL. Constituição Republicana de 1891.

BRASIL. HC 81.611 (DJ 13.5.2005) - Voto do Ministro Cezar Peluso - Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 03/2014.

BRASIL, Projeto de Lei nº. 2.960/97. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes - RE 556.664/RS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª Edição Revista. Coimbra: Editora Almedina, 1993.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito - O Construtivismo Lógico Semântico. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Fábio Augusto Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. Tributação dos Fundos de Pensão. Belo Horizonte: Decálogo Editora, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. Curso de Direito Tributário. Editora Saraiva. São Paulo, 2002.

_____. Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. Direito tributário: linguagem e método, 2ª ed. São Paulo : Noeses, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1974.

Código de Hamurábi – art. 6º e 25 §227, respectivamente.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

_____. Hermenêutica Jurídica em Debate. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. A Resposta Correta. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 6. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

Derzi, Misabel de Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário. São Paulo: Editora Noeses, 2009.

_____. Teoria da Unidade do Injusto in Revista de Direito Tributário. Belo Horizonte: Editora Malheiros, 1993.

_____. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DESCARTES, René. Discurso do Método. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública - 8ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Uma Questão de Princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 29ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

GAMA, Tácio Lacerda. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. 2ª Edição. Madrid: 1951.

GOMES, Alexandre Travessoni. O Fundamento de Validade do Direito - Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GUASTINI, Riccardo. Das Fontes às Normas. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 33ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JARACH, Dino. O fato Imponível. Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo (Tradução de Dejalma de Campos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição Política. Rio de Janeiro: Editora Global, 1987.

LUHMANN, NIKLAS. Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. Sociologia do Direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Jurisdição Constitucional e Federalismo in Constituição e Processo. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoy da. Elementos de Teoria geral do Direito. Belo Horizonte: Vega, 1976.

MATOS, Olgária C. F. Escola de Frankfurt - luzes e sombras do iluminismo. 1ª Edição - 5º Impressão. Coleção Logos. São Paulo: Editora Moderna, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes. Direito, Uma Concepção de Sua Validade. Maceió: Sergasa, 1973.

_____. Teoria do Fato Jurídico. Plano da Validade. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, José Eduardo Soares de. Curso de Direito Tributário. 4ª Edição. São Paulo: Dialética, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MOUSALLEM, Tarek Moysés. Fontes do direito tributário. 2ª Edição. São Paulo: Noeses, 2006.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1.995.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Teoria dos Sistemas e Hermenêutica. Artigo publicado na Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ValeriaRibasN.pdf. Acesso 03/2014.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. São Paulo: Saraiva. 2003.

POLETTI, Ronaldo. Introdução ao direito. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1979.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Quem deve ser o guardião da Constituição. Editora Mandamentos. Belo Horizonte, 2008.

RIBEIRO, Fernando José Armando e BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo, Artigo Jurídico apresentado no XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA - Salvador em junho de 2008. Disponibilizado no endereço http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-1.pdf. Acesso 03/2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SALGADO, Karine. A paz perpétua de Kant. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002

_____. Direitos Fundamentais. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

_____. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite, e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica e Jurisdição Constitucional, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 7ª Edição. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

SCHULZE, Clênio Jair. O Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Publicado em www.jus.com.br, em 05/2013. Acesso em 02/2014.

SILVA, Nanci de Melo e. Da Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/14581/entendendo-os-principios-atraves-de-ronald-dworkin/2#ixzz2xHXtBxY9>

TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 1993.