

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLÁUDIA MARIA BORGES COSTA PINTO

**O “EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL” E O DIREITO À
REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO**

CURITIBA

2008

CLÁUDIA MARIA BORGES COSTA PINTO

**O “EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL” E O DIREITO À
REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dalton Luiz Dallazem

CURITIBA

2008

Pinto, Cláudia Maria Borges Costa

P659e
2008

O “excepcional interesse social” e o direito à repetição do indébito tributário” / Cláudia Maria Borges Costa Pinto ; orientador: Dalton Luiz Dallazem. -- 2008.
167 ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.
Inclui bibliografia

1. Direito Constitucional. 2. Direito Tributário. 3. Finanças Públicas.
4. Orçamento. 5. Responsabilidade Fiscal. I. Dallazem, Dalton Luiz. II. Pontifícia Universidade Católica. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Dóris 4. ed. – 341.39

CLÁUDIA MARIA BORGES COSTA PINTO

**O “EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL” E O DIREITO À
REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Dalton Luiz Dallazem
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Cláudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Roberto Catalano Ferraz
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 29 de fevereiro de 2008.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o qual me deu forças para, em meio a tantas dificuldades e provações, realizar este trabalho.

Para minha mãe Agneta, pelas inesquecíveis manifestações de amor e apoio incondicionais.

Para meu filhinho amado, que, enquanto escrevo estas palavras, encontra-se no meu ventre e que deu novo significado e esperanças à minha vida.

Para o Professor Dr. Dalton Luiz Dallazem, meu orientador, pelo apoio, compreensão e auxílio nos momentos difíceis.

Para os Professores Drs. Cláudia Maria Barbosa e Abili Lázaro Castro de Lima pela honrosa participação da Comissão Examinadora e pelas valiosas contribuições para o aprimoramento deste trabalho.

Para a Professora Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro, pela sincera demonstração de solidariedade.

Para os demais professores da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pelo excelente convívio acadêmico.

Para as amigas da Secretaria da Pós-Graduação em Direito, Eva de Fátima Curelo (“Evita”) e Isabel Cristina Rosa.

Para meus colegas de Mestrado e todos os meus amigos que me acompanharam nesta jornada, em especial, Caroline de Almeida Sampaio.

Sinceros agradecimentos também para Carolina Hartmann, Adriana Maria Farias e Ivonete Arcílio dos Santos, pela real demonstração de amizade.

Para minha irmã Simone Koubik, pelos bons conselhos e boas palavras.

Para minha irmã Alessandra de Fátima Borges Gomes, que deixou em um dos livros utilizados neste trabalho, a mensagem bíblica que segue adiante e que, durante os dias e noites de árduo labor, tanto me iluminou e estimulou a prosseguir, mesmo diante das dificuldades.

Para os Advogados Luiz Carlos da Rocha e Alexandre Polati, pelo auxílio e compreensão nos momentos da minha ausência no trabalho.

Por fim, para meus grandes amigos, muito mais que irmãos, Evaldo José Magalhães e Sérgio Paulo França de Almeida.

A minha graça te basta, porque o poder se aperfeiçoa na fraqueza. De boa vontade, pois, mais me gloriarei nas fraquezas, para que sobre mim repouse o poder de Cristo. Pelo que sinto poder nas fraquezas, nas injúrias, nas necessidades, nas perseguições, nas angústias, por amor de Cristo.

Porque, quando estou fraco, então é que sou forte.

RESUMO

Este trabalho se propõe analisar a teoria da “cláusula da reserva do possível” em confronto ao direito à repetição do indébito tributário, nas hipóteses da modulação (ou calibração, manipulação) dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de norma jurídica tributária. A proposta da presente dissertação é estudar a admissibilidade da limitação – ou mesmo negação – do direito à repetição do indébito tributário nas hipóteses em que a restituição dos valores devidos aos contribuintes, em virtude da declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária, possa ensejar desequilíbrios nas finanças públicas e, assim, possam autorizar a incidência da cláusula da “reserva do possível”. Em um cenário em que crescentes demandas estatais e, por conseguinte, sucessivos aumentos de arrecadação tributária levam ao Supremo Tribunal Federal discussões constitucionais tributárias de grande impacto nas finanças públicas, o tema assume grande importância, pois se cuida de verificar se o interesse fazendário – ou meramente arrecadatário - do Estado está compreendido na expressão “excepcional interesse social” e, como tal, pode ser argumento válido para modular os efeitos de decisões que declarem a inconstitucionalidade da norma jurídica tributária, a pretexto da aplicação da cláusula da “reserva do possível”. As conclusões do trabalho convergem para a impossibilidade da utilização da cláusula da “reserva do possível” para o fim de cercear o direito à repetição do indébito. O estudo abrange a análise dos limites da jurisdição constitucional, os processos decisórios da distribuição de recursos escassos, os princípios que regem o instituto da repetição do indébito tributário e os papéis dos poderes – ou funções – estatais na elaboração de políticas públicas e distribuição de recursos e a participação da sociedade neste processo, compreendendo, ramificações para o exame de questões orçamentárias, responsabilidade fiscal, sindicabilidade das políticas públicas (no que toca à implementação de direitos de segunda dimensão) e o enquadramento do direito à repetição do indébito como direito de primeira dimensão (e a necessidade, por conseguinte, do resguardo dos princípios da legalidade e proteção à propriedade, além dos princípios da moralidade e proteção da confiança). A pontuação de tais aspectos revela, assim, a evidente vinculação e afinidade do tema com a Linha de Pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável” e ao projeto de pesquisa “Fundamentos e Efeitos Socioeconômicos da Tributação”.

Palavras-chaves: Direito constitucional. Direito tributário. Controle de constitucionalidade. Repetição do indébito tributário. Finanças públicas. Distribuição de recursos escassos. Cláusula da “reserva do possível”. Orçamento. Lei de responsabilidade fiscal.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the theory of the "clause of the reserve of possible" in confrontation to the right to the repetition of the undue tax, in the hypotheses of the modulation (or calibration, manipulation) of the effects of the declaratory decision of unconstitutionality or constitutionality of tax law. The proposal of this dissertation is to study the admissibility of the limitation - or even denial - of the right to the repetition of the undue tax in the hypotheses in that the restitution of the due values to the taxpayers, because of the declaration of unconstitutionality of the tax law, can cause unbalances in the public finances and, like this, they can authorize the incidence of the clause of the "reserve of possible". In a scenery in that crescents state demands and, consequently, successive outturn increases take to Federal Supreme court tax constitutional discussions of great impact in the public finances, the theme assumes great importance, because it takes care of verifying if the treasury interest - or merely collected - of the State is understood in the expression "exceptional social interest" and, as such, it can be valid argument to modulate the effects of decisions to declare the unconstitutionality of the tax law, on the pretext of the application of the clause of the "reserve of possible". The conclusions of the paper converge for the impossibility of the use of the clause of the "reserve of possible" for the proposal of reducing the right to the repetition of the undue. The study includes the analysis of the limits of the constitutional jurisdiction, the ruling processes of the distribution of scarce resources, the principles that govern the institute of the repetition of the undue tax and the papers of the state powers - or functions - in the elaboration of public politics and distribution of resources and the participation of the society in this process, understanding, ramifications for the exam of budget subjects, fiscal responsibility, self-protection of the public politics (in what it refers to the implementation of rights of second dimension) and the framing of the right to the repetition of the undue as right of first dimension (and consequently the need of the protection of the principles of the legality and protection to the property, besides the principles of the morality and protection of the trust). So, the punctuation of such aspects reveals the evident link and likeness of the theme with the research line "State, Economic activity and Maintainable Development" and with the research project "Foundations and Socioeconomic Effects of the Taxation".

Keywords: Constitutional law. Tax law. Constitutionality control. Repetition of the undue tax. Public finances. Distribution of scarce resources. Clause of the reserve of possible. Budget. Law of fiscal responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1 NOTAS INICIAIS	14
2.2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.2.1 Supremacia constitucional	15
2.2.2 Rigidez constitucional.....	16
2.2.3 Conceito e tipos de inconstitucionalidade.....	17
2.2.4 Tipos de controle de constitucionalidade.....	19
2.2.5 Órgãos de controle da constitucionalidade.....	20
2.2.6 Jurisdição constitucional.....	22
2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	24
2.3.1 Notas iniciais.....	24
2.3.2 A evolução do controle da constitucionalidade na Europa	25
2.3.2.1 França	25
2.3.2.2 Áustria.....	26
2.3.2.3 Alemanha	29
2.3.2.4 Inglaterra	29
2.3.3 A evolução histórica do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos	31
2.4 DOS SISTEMAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE	36
2.4.1 Sistema difuso ou americano	36
2.4.2 Do sistema concentrado ou europeu.....	38
2.4.3 Do sistema misto.....	38
2.5.2. Do sistema difuso	40
2.5.3. Do sistema concentrado.....	43
2.5.3.1 Aspectos gerais	43
2.5.3.2 Da modulação dos efeitos da decisão prolatada no controle concentrado de constitucionalidade	59
3 DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	92
3.1 A DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS ESCASSOS.....	92

3.1.1 Os processos decisórios na distribuição de recursos.....	92
3.1.2 Papel do Poder Público na distribuição de recursos	93
3.1.2.1 A atividade financeira do Estado	94
3.1.2.2 O planejamento na Constituição de 1988	97
3.2 A CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”	106
3.2.1 Notas iniciais.....	106
3.2.2 A cláusula da “reserva do possível” e o Estado Democrático de Direito brasileiro	111
3.2.3 O orçamento e a cláusula da “reserva do possível”	115
4 O DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO.....	120
4.1 NOTAS INICIAIS	120
4.1.1 Direitos fundamentais. Gerações ou dimensões de direitos	120
4.1.2 Princípios constitucionais aplicáveis à repetição do indébito	122
4.1.2.3 Princípio da moralidade administrativa.....	127
4.1.2.4 Princípio da proteção da confiança.....	128
4.1.3 Outras considerações aplicáveis à repetição do indébito	130
5 A CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL” E O DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO	131
5.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	131
5.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	137
5.2.1 O papel do Poder Executivo.....	138
5.2.2 O papel do Poder Legislativo.....	145
5.2.3 O papel do Poder Judiciário	147
5.2.4 A participação da sociedade.....	150
6 CONCLUSÕES.....	152
REFERÊNCIAS.....	156

1 INTRODUÇÃO

Objetiva a presente dissertação analisar o emprego da denominada “*cláusula da reserva do possível*”, para fundamentar a modulação de efeitos de decisão prolatada em sede de controle concentrado de constitucionalidade de norma tributária, para fins de limitar ou elidir eventual direito à repetição do indébito fiscal.

A “*reserva do possível*” ou “*cláusula da reserva do possível*” vem a ser resultado de uma teoria, concebida no seio da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, a qual, partindo da idéia de que os recursos públicos são limitados, condiciona a exigibilidade dos direitos sociais em face do Estado às possibilidades orçamentárias (aplicando a parêmia *ad impossibilia nemo tenetur* – “ninguém é obrigado a coisas impossíveis”).

A modulação, calibração ou manipulação dos efeitos da decisão prolatada no controle concentrado de constitucionalidade, por seu turno, constitui a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, ou, ainda, na arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, restringir os efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou, ainda, fixar sua eficácia a partir de determinado momento, que pode o trânsito em julgado da decisão ou outro que venha a ser estipulado ¹.

Referida possibilidade trata-se de um aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil e sua utilização, no contexto de grandes e crescentes necessidades financeiras estatais, pode causar grande impacto no campo do Direito Tributário, especialmente no caso de decisões que venham a alterar o equilíbrio financeiro do Estado ou do contribuinte.

¹ A matéria encontra-se regulada nos artigos 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 e 11, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, a primeira, que trata do processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade e a segunda, da arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, ambas perante Supremo Tribunal Federal. Referidos dispositivos possuem a seguinte redação: “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.” “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Deste modo, justifica-se a necessidade de estudos que contribuam para definir as fronteiras da atuação do Poder Judiciário no uso desta técnica de decisão, notadamente no que toca à possibilidade de se restringir - ou mesmo negar - a repetição do indébito tributário, sob o argumento de impossibilidades ou insuficiência orçamentárias.

Cuida-se, pois, de um tema complexo, que contempla a análise e estudos de diversos campos do Direito, que vão desde a verificação da existência de uma autorização constitucional para a outorga - ou pelo menos os limites - da competência do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da decisão que prolatar no controle da constitucionalidade de normas (ganhando novas dimensões a histórica discussão da legitimidade da jurisdição constitucional). Envolve, ainda, o exame de questões de natureza orçamentária e de responsabilidade fiscal (uma vez que relacionadas com as escolhas públicas para a distribuição de recursos escassos e a judiciabilidade de políticas públicas), passando pelo estudo da repetição do indébito e dos princípios que regem o instituto, dos papéis dos três Poderes (ou funções) do Estado e a participação da sociedade, culminando com as conclusões do presente trabalho.

Sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, até mesmo porque há alarmante escassez de estudos na perspectiva ora proposta, como premissas necessárias à compreensão do tema, inicialmente se procederá à pesquisa da evolução do controle de constitucionalidade. Com tal estudo, se pretende investigar e compreender a gênese das principais controvérsias e dificuldades de interpretação do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil e situar a questão da legitimidade da jurisdição constitucional.

Posteriormente, serão analisadas as principais questões subjacentes à teoria da cláusula “*reserva do possível*”, tais como o enfoque jurídico da distribuição dos recursos escassos, o papel do Estado na distribuição de recursos públicos, o equilíbrio orçamentário, a opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito e cláusula da “*reserva do possível*” na limitação de direitos denominados prestacionais ou de segunda dimensão.

Após, serão examinados o instituto da repetição do indébito e os princípios que o informam, identificando a posição do instituto no âmbito dos direitos fundamentais e a exigibilidade de sua observância.

Na sequência, será analisado o princípio da separação dos poderes (ou funções) estatais e seus respectivos papéis, assim como a participação da sociedade, no que toca ao direito à repetição do indébito e cláusula da “*reserva do possível*”.

Assim, firmadas as principais premissas para a compreensão do tema proposto, serão apresentadas as conclusões da presente dissertação.

Nesse extenso caminho, é necessário advertir que não existem métodos específicos para abordar um tema tão complexo. Contudo, mister fixar determinados cortes metodológicos para delimitar os espaços de pesquisa e análise. Neste desiderato, como opção de pesquisa, limitou-se o recurso ao emprego das doutrinas e jurisprudências estrangeiras, pois o objeto da investigação situa-se no âmbito do direito interno e a experiência demonstra que não basta verificar as semelhanças dos textos legais entre os diversos países para adotar-se conclusões padronizadas, porquanto os diferentes espaços sociais em que atuam as normas jurídicas – extraídas dos textos legais – não são os mesmos.

Dessa maneira, em que pese o apoio e utilidade da doutrina e jurisprudências estrangeiras, o recurso aos seus ensinamentos é moderado e será feito apenas e na medida em que for útil à compreensão das idéias expostas, sem a pretensão de ostentar a autoridade ou superioridade das contribuições de uma ou outra doutrina (nacional ou estrangeira).

Em resumo, o trabalho se divide em cinco partes; as três primeiras abordarão a jurisdição constitucional, a cláusula da “reserva do possível” e a repetição do indébito. A quarta parte buscará correlacionar os estudos efetuados nas três primeiras partes e, ao final, serão apresentadas as conclusões acerca da admissibilidade do uso da “*cláusula da reserva do possível*” como um argumento válido (ou inválido) para restringir ou mesmo obstar o direito à repetição do indébito tributário, mediante a modulação dos efeitos da decisão prolatada no controle concentrado de constitucionalidade da norma jurídica tributária.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 NOTAS INICIAIS

Neste capítulo, pretende-se apresentar breve síntese do controle da constitucionalidade, suas características principais e sua evolução histórica, para, ao final, estabelecer as particularidades do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

Tal método demonstrará sua utilidade para a compreensão das principais polêmicas em torno do controle de constitucionalidade no Brasil, entre elas, o postulado da nulidade (ou anulabilidade) da norma inconstitucional, os efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, bem assim os limites do controle exercido pelo órgão jurisdicional, tópicos de grande interesse na discussão da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão prolatada no controle de constitucionalidade, nos termos preconizados pelo artigo 27 da Lei 9.868/99 (e também artigo 11 da Lei 9.882/99).

2.2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste tópico, serão estudados alguns conceitos e conteúdos relacionados ao controle de constitucionalidade.

Inicialmente, esclareça-se que o controle de constitucionalidade é característica dos Estados onde há o reconhecimento da supremacia da Constituição e a rigidez nos processos de alteração do texto constitucional.

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de defesa da supremacia e rigidez da Constituição.

2.2.1 Supremacia constitucional

Por supremacia ou superioridade constitucional deve-se entender que a Constituição é a lei suprema, posicionando-se no ápice do ordenamento jurídico.

A Constituição confere unidade ao sistema jurídico que integra e constitui fundamento de validade para todas as demais normas hierarquicamente inferiores, as quais não podem contrariá-la, sob pena de serem consideradas inválidas perante este mesmo sistema jurídico.

Estas idéias decorrem, basicamente, da construção teórica de Hans Kelsen ², que, na figura de uma pirâmide, procura explicar a organização do ordenamento jurídico como um conjunto de normas sistemática e hierarquicamente escalonadas, que buscam, sucessivamente, fundamento de validade da norma imediatamente superior, até culminar no ápice da pirâmide, em que se situa a Constituição ³.

Traduzindo a idéia de superioridade constitucional, a definição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

[...] 18. Além disto a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico. À Constituição todos devem obediência: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, por todos os seus órgãos e agentes, sejam de que escalão forem, bem como todos os membros da sociedade. Ninguém, no território nacional, escapa ao seu império. Segue-se que sujeito algum, ocupe a posição que ocupar, pode praticar ato - geral ou individual, abstrato ou concreto - em descompasso com a Constituição, sem que tal

² Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 25) reconhece a contribuição de Kelsen, mas defende que a supremacia da Constituição decorre de uma concepção histórica, incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental. Eis os dizeres do referido autor: “Não há dúvida de que Kelsen formulou o discurso jurídico mais completo a respeito do escalonamento hierárquico das normas jurídicas. Nem por isso, todavia, o reconhecimento do escalonamento hierárquico da ordem jurídico-normativa importa pronta adesão aos seus (de Kelsen) postulados formalistas. Com efeito, a história ocidental desde há muito tempo reconhece a existência de leis superiores, embora só recentemente tenha atribuído consequências jurídicas a tal circunstância. A supremacia da Constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental”.

³ Explica o mestre de Viena, que as normas integrantes do sistema jurídico encontram seu fundamento de validade na norma superior, e assim sucessivamente, de modo “[...] que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma 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” (KELSEN, 1996, p. 217). Interessa registrar que tal mecanismo leva à indagação de qual seria o fundamento de validade da Constituição. Para dissipar esta dúvida, Kelsen propõe a existência de uma norma hipotética fundamental, que, embora não seja uma norma de direito positivo, é uma norma pressuposta, constituindo o pressuposto lógico fundamental, que confere unidade ao sistema jurídico (op. cit., p. 224 et. seq.).

ato seja nulo e da mais grave nulidade, por implicar ofensa ao regramento de escalão máximo. [...] (MELLO, 2007, p. 137).

O reconhecimento da superioridade da Constituição, em relação às leis que lhes são hierarquicamente inferiores, é postulado exposto de diferentes ordenamentos jurídicos ⁴, os quais, por conseguinte, estabelecem variados sistemas de controle de constitucionalidade, que, guardadas suas respectivas particularidades, se fundam, basicamente, nos modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade, o quais, adiante, serão estudados.

2.2.2 Rigidez constitucional

A idéia de rigidez constitucional advém da clássica distinção entre Constituição flexível e Constituição rígida, sendo a primeira (flexível) conceituada como aquela cujo processo de alteração segue os mesmos moldes previstos para a legislação ordinária, ao passo que a Constituição rígida pode ser conceituada como aquela que “exige um processo agravado em relação ao processo de formação de leis ordinárias”. (CANOTILHO, 1995, p. 1123).

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 58) esclarece que a rigidez nos processos de alteração da Constituição pode se traduzir de diversas formas, como, por exemplo, “no *quorum* exigido para aprovação, na existência de um órgão especial para elaboração, na iniciativa reservada, ou, ainda, na sujeição do projeto à aprovação popular, o *referendum*”.

Ainda, esclarece a autora, Constituição escrita não significa Constituição rígida, tampouco a flexibilidade deve ser tomada como um indicador de instabilidade constitucional, que, na verdade, não é ditada pela forma, mas pelo equilíbrio das forças sociais e econômicas que sustentam a Constituição. Rigidez e flexibilidade não conduzem, necessariamente, à distinção entre constituições mutáveis e imutáveis – que, no entender da autora trata-se de uma idéia absurda, porquanto é inadmissível considerar que a lei fundamental do Estado, destinada a regular a vida de uma sociedade em constante evolução, possa ser imutável ou perpétua. (FERRARI, 2004, p. 61).

⁴ Luis Geraldo Floeter Guimarães (2003) expõe que “[...] atualidade, o pensamento quase uníssono é no sentido de que qualquer Estado deve ter a sua organização fundamental fulcrada num documento escrito, ou seja, numa Constituição”. Em copiosa compilação da legislação estrangeira, este mesmo autor elenca diversos países cujos textos constitucionais consagram expressamente a supremacia da Constituição, entre eles: Argentina, Nicarágua, Honduras, Equador, México, Quênia, África do Sul, Angola, Nigéria, Paquistão, Bahamas e Estados Unidos da América.

2.2.3 Conceito e tipos de inconstitucionalidade

Supremacia e rigidez constitucionais são conceitos que se complementam e são essenciais, em seu conjunto, para a compreensão do conceito de inconstitucionalidade ⁵.

Diversos são os conceitos encontrados, na doutrina, de inconstitucionalidade. A definição de Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 69), contudo, apreende as idéias de supremacia e rigidez constitucional. Eis as palavras do referido autor:

A inconstitucionalidade é a incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto de incorreção formal (ou seja, do processo legislativo, órgão emissor competente), quer sob o aspecto da incorreção material (conteúdo substancialmente incompatível com a Constituição).

A inconstitucionalidade pode ser por ação (positiva) ou por omissão (negativa). Na primeira espécie, a norma infringe a Constituição. Na segunda, o legislador ou o administrador omitem ou deixam de praticar ato ao qual estavam constitucionalmente obrigados.

Igualmente, pode se distinguir a inconstitucionalidade total ou parcial, cuja verificação depende da extensão do vício: se todo o ato estiver viciado, a inconstitucionalidade é total, se a inconstitucionalidade afeta apenas parte da norma, é parcial.

A inconstitucionalidade total ou parcial pode ocorrer tanto na espécie positiva (ação) quanto negativa (omissão).

Quanto à inconstitucionalidade originária – isto é, aquela existente em lei que sucede a edição da norma constitucional – e a superveniente – ou seja – aquela que decorre do vício que macula a norma após o advento da Constituição, cumpre discernir que esta última não é aceita no Brasil. Aplica-se o brocardo latino *lex posterior derogat priori*, não se podendo

⁵ Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 62) explica: “Dessa rigidez é que decorre, como primeira consequência, a supremacia constitucional, consistindo na mais eficaz garantia da liberdade e dignidade do indivíduo, já que, como norma suprema, confere validade ao sistema jurídico e legitimidade aos poderes estatais, que só podem atuar dentro das competências por ela conferidas”. Alexandre de Moraes (2004, p. 598) complementa: “[...] a idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário”. Hugo de Brito Machado, por seu turno, salienta que poucos autores, no âmbito do Direito Tributário, deram-se conta de que a supremacia constitucional é o único instrumento que o Direito pode oferecer contra o arbítrio que se manifesta na atividade legislativa. (MACHADO, 2007, p. 63).

submeter tais leis revogadas por incompatibilidade com o novo texto constitucional. Este posicionamento é acolhido pelo Supremo Tribunal ⁶.

No entanto, ainda no âmbito de inconstitucionalidade superveniente, há os defensores da ocorrência de tal vício quando existir *mutação constitucional*, ou seja, de alterações que decorram de uma não conformação do texto da lei superveniente com a Constituição. Esta mutação poderá ocorrer nas hipóteses de uma reforma constitucional, de uma nova hermenêutica da norma e alterações das circunstâncias fáticas, no ambiente social. Entre os defensores desta tese, cite-se, Clèmerson Merlin Clève ⁷ e Gilmar Mendes ⁸.

Merece menção, ainda a inconstitucionalidade material e formal. Inconstitucionalidade material é aquela que diz respeito ao conteúdo do ato normativo. A relação de incompatibilidade com a Constituição é de fundo. Já a inconstitucionalidade formal, a incompatibilidade ocorre em decorrência do descumprimento de formalidades constitucionalmente previstas para o processo de elaboração da lei ⁹.

Outro ponto importante é a distinção entre inconstitucionalidade e ilegalidade. A inconstitucionalidade ocorre quando o parâmetro superior para a verificação da incompatibilidade é a Constituição. Há ilegalidade quando a relação de incompatibilidade se dá com lei.

Por fim, ainda no âmbito dos tipos de inconstitucionalidade, importa mencionar a tese da existência de normas constitucionais inconstitucionais, defendida por Otto Bachof, no prefácio à tradução portuguesa de sua aula inaugural, em 20 de julho de 1951 em Heidelberg – “*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*” (1994, p. 54).

Basicamente, defende Bachof a incorporação de princípios suprapositivos na ordem jurídica e que, portanto, poderia a Corte Constitucional alemã aferir a legitimidade de normas constitucionais com base em parâmetros suprapositivos, que seriam imanentes em qualquer ordem jurídica.

⁶ A tese da inconstitucionalidade superveniente é defendida por escassa minoria. Cite-se, por exemplo, o Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal (voto vencido, RTJ 143/367, ADIN 74-RN).

⁷ “Superveniente é a inconstitucionalidade que se manifesta em momento posterior: um ato sendo constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo em virtude de reforma constitucional, diante de renovada interpretação do dispositivo constitucional, ou, ainda, em decorrência de mudança de circunstâncias fáticas” (CLÈVE, 2000, p. 54).

⁸ Segundo Gilmar Mendes a lei pode adquirir “[...] um outro conteúdo mediante a evolução hermenêutica, a mudança do próprio texto ou da ambiência social; e essa nova conformação não mais se compatibiliza com a Constituição”. (MENDES, 2005, p. 90).

⁹ Os vícios que caracterizam a inconstitucionalidade formal poderão ser: a) subjetivos, ou seja, quando se prescinde a iniciativa legislativa para determinado assunto; b) objetivos, isto é, quando são desrespeitadas as fases constitutiva e complementar do processo legislativo, desrespeitando-se o trâmite constitucional previsto nos artigos 60 a 69 da CRFB/1988 (MORAES, 2004, p. 600 et. seq.).

Esta tese foi acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) (MENDES, 2005, p. 139 et. seq.).

Entretanto, acertada a posição de Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 73), o qual afirma ser impossível a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, já que todas as normas, princípios, regras e disposições transitórias constantes de uma Constituição advêm do mesmo Poder Constituinte e possuem o mesmo nível hierárquico, de modo que admitir a existência deste tipo de inconstitucionalidade seria limitar faticamente um poder que é juridicamente ilimitado.

2.2.4 Tipos de controle de constitucionalidade

Controlar a constitucionalidade significa “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2004, p. 600).

As classificações mais comumente encontradas na doutrina quanto aos sistemas de controle de constitucionalidade pautam-se pelo momento da realização do controle: se o controle é realizado antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico é denominado preventivo, se o controle é realizado após tal evento, objetivando expurgar a norma eivada do vício de inconstitucionalidade, o controle é considerado repressivo.

Desta feita, então, tem-se:

a) *controle preventivo*: realizado pelo Poder Legislativo¹⁰;

b) *controle repressivo*¹¹ ou *jurisdicional*: realizado pelo Poder Judiciário.

¹⁰ Segundo Osmar Lopes Junior, o “controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de emendas à CF e dos projetos de lei federal é feito, em primeiro lugar, pelas comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (em especial a Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado). Os pareceres negativos das Comissões costumam ser terminativos, acarretando a rejeição e o arquivamento do projeto. Tal controle também pode ser efetivado pelo Presidente da República, via sanção e veto. De maneira paralela, esse controle também ocorre nas esferas estaduais e municipais, com procedimentos parecidos previstos nas respectivas legislações (Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios). O veto baseado na inconstitucionalidade é denominado jurídico. Quando baseado no argumento de que a norma contraria o interesse público, é denominado veto político. Excepcionalmente, o controle preventivo da constitucionalidade é feito pelo Poder Judiciário ainda durante o trâmite do projeto de lei” (LOPES, 2005).

¹¹ Importa registrar que Alexandre de Moraes (2004, p. 606 et. seq.) entende ser repressivo o controle realizado pelo Poder Legislativo, nas seguintes hipóteses: a) artigo 49, V da CRFB/1988 (prevê o poder de o Congresso Nacional sustar, por meio de decreto legislativo, os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar – artigo 84, inciso IV da CRFB/1988 - ou dos limites de delegação legislativa – artigo 68 da

O controle jurisdicional, por sua vez, subdivide-se, em dois sistemas básicos ¹²: o *sistema difuso* (também denominado *sistema americano*) e *sistema concentrado* (também denominado *sistema europeu*), cuja combinação dá ensejo a *sistemas mistos*, tais como, por exemplo, o sistema brasileiro e português (MARTINS; MENDES, 2007, p. 1) ¹³.

Para efeitos do presente estudo, interessa analisar o controle jurisdicional de constitucionalidade, com especial ênfase no sistema concentrado.

2.2.5 Órgãos de controle da constitucionalidade

Quanto ao órgão competente para o exercício do controle da constitucionalidade, conhecida é a histórica polêmica havida entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Schmitt rejeitava a jurisdição constitucional. Para ele, a decisão política, inserta na Constituição é totalmente diversa da decisão judicial – a qual pressupõe uma decisão geral, tomada pelo legislador.

Sobre as idéias de Carl Schmitt, Eduardo Appio (2005, p. 46) anota que

[...] em sua óptica, Schmitt intercede em favor do chefe do Estado (Presidente do Reich), como legítimo defensor da Constituição [...]. Ao analisar o contexto político da Alemanha de 1930 o autor situa o problema na questão da legitimidade de um órgão judicial que substitua a vontade do Parlamento (eleito). Na concepção de Schmitt, um órgão judicial somente poderia se negar a aplicar um determinado texto de lei (votado e aprovado pelo Parlamento) caso o preceito a ser aplicado não se

CRFB/1988), por desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições; b) artigo 62 da CRFB/1988, na hipótese de rejeição de medida provisória, apontada no parecer da comissão temporária mista, como inconstitucional.

¹² Não há, nos ordenamentos jurídicos que adotam o controle de constitucionalidade, a utilização dos sistemas tais como originalmente idealizados pela doutrina de Marsahl (EUA) ou por Kelsen (Áustria). Há, ao revés, uma forte tendência da conjugação dos elementos de ambos os sistemas de controle, fato este que vem a ser a principal fonte de problemas atuais no estudo deste tema.

¹³ Outras classificações são encontradas na doutrina. Sacha Calmon Navarro Coelho (1992, p. 24) assevera que o Direito Público ocidental aponta três modelos básicos de controle de constitucionalidade: a) *inglês*, ancorado na supremacia absoluta do parlamento, órgão este zelador dos documentos jurídicos e institucionais do reino, com o auxílio de juizes e juristas; b) *norte-americano*, o qual consagra a supremacia do Judiciário como órgão supremo de controle de constitucionalidade e legalidade de leis e atos administrativos; c) *constitucional-europeu*, cujo controle é outorgado a cortes especiais, conforme o modelo austríaco. Alexandre de Moraes (2004, p. 603), por seu turno, aponta três modelos históricos: norte-americano, austríaco e francês. Esclarece, ancorado nas lições de Jorge Miranda, que este último é um “modelo de fiscalização política que, algo impropriamente, pode denominar-se francês (por remontar à ‘juria constitucional’ de Siyès e ao Senado Conservador napoleônico e hoje se traduzir no Conselho Constitucional da Constituição de 1958 e que pode também entender-se ser o que prevalece, de harmonia com uma concepção jurídica diversa, nas Constituições marxistas-leninistas, excepto na Iogoslávia) – ou de fiscalização por órgão político, ainda quando adota processo jurisdicionalizado, e fiscalização necessariamente concentrada, seja preventiva ou *a posteriori*”.

conformasse (subsumisse) no texto expresso da Constituição, quando então o preceito constitucional é que seria aplicado (ao invés da lei).

Importa lembrar que Schmitt emprestava grande importância à soberania popular (VIEIRA, 1999, p. 95) e, para ele,

a eliminação das dúvidas decorrentes da interpretação de dispositivos constitucionais, por meio de uma Corte Constitucional, seria fruto de um mero decisionismo [...] no qual uma das opiniões divergentes seria autoritariamente eliminada por uma Corte que, em tudo, se assemelharia a um legislador constitucional. (APPIO, 2005, p. 49).

Kelsen se insurgiu contra estas idéias, com a publicação do artigo “Quem deve ser o guardião da Constituição” (*Wer soll der hüter der Verfassung sein?*), em 1930, defendendo a jurisdição constitucional e a necessidade de um sistema de controle dos atos estatais – do Governo e do Parlamento – controle este que não poderia ficar sob responsabilidade do mesmo órgão emissor dos atos sujeitos ao controle.

Assim, propugnava Kelsen a instituição de uma Corte Constitucional, outorgando-se o direito de ação, no controle abstrato de normas, a uma *minoria qualificada*. Igualmente, defendia a idéia de que determinadas decisões do Tribunal Constitucional deveriam ser dotadas de *força de lei* e serem publicadas no Diário Oficial (MENDES, 2005, p. 11).

Kelsen aduz que a diferença do caráter “político” (em acepção contrária de “jurídico”) da atividade legislativa e da jurisdicional é meramente quantitativa e não qualitativa, ou seja, tanto o legislador quanto o tribunal criam normas (sejam gerais ou individuais), não constituindo a jurisdição atividade “meramente reprodutiva das normas gerais criadas pelo legislador, mas também tem poder de escolher e optar por caminhos deixados, consciente ou inconscientemente, pelo legislador”. (PALU, 2001, p. 90 et. seq.).

Posteriormente, as idéias de Schmitt foram severamente abaladas quando Adolf Hitler, que já exercia a posição de Chanceler, com a morte do Presidente Hindenburg, assumiu o poder na Alemanha, com base na teoria de Schmitt e do artigo 48 da Constituição de Weimar¹⁴, ganhando, relevo e predominância, assim, às idéias de Hans Kelsen.

¹⁴ Nas palavras de Oswaldo Luiz Palu, Adolf Hitler “não teve sequer que derrogar formalmente a Constituição para se tornar ditador plenipotenciário. A Constituição de Weimar foi destruída por quem invocava o título de seu defensor”. (PALU, 2001, p. 90).

Diante da correlação entre os órgãos de controle da constitucionalidade e a idéia de jurisdição constitucional, adiante serão mencionadas as soluções adotadas por diversos ordenamentos jurídicos na escolha dos órgãos de controle de constitucionalidade.

2.2.6 Jurisdição constitucional

Segundo José Ribas Vieira (1999, p. 71), o termo jurisdição constitucional surgiu na Alemanha, no final dos anos 20, no âmbito da "Associação dos Professores Alemães de Direito Público" como reflexo da experiência kelseniana da Constituição austríaca de 1920.

Cristiano Paixão de Araújo Pinto (1995, p. 26), por seu turno, assevera que:

A idéia de jurisdição constitucional é uma das pedras de toque do constitucionalismo moderno, estando presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. A jurisdição constitucional oferece uma variada gama de procedimentos destinados a efetuar o controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos, e exige a presença, na esfera do direito constitucional de cada país, de um sistema de controle de constitucionalidade das normas.

Oswaldo Luiz Palu ensina que jurisdição constitucional é uma *atividade* que visa à fiscalização da constitucionalidade:

[...] jurisdição constitucional é a atividade que visa garantir a aplicação de princípios e normas da Constituição às controvérsias e dúvidas, surgidas, concreta ou abstratamente, atividade advinda de órgão que atua com a independência em relação aos órgãos ou poderes elaboradores do texto normativo objeto da fiscalização, ou do Executivo, de modo definitivo e imparcial. A jurisdição constitucional exerce, primordial e institucionalizadamente, a *fiscalização da constitucionalidade*. (PALU, 2001, p. 94).

Prossegue o Autor afirmando que atualmente é reconhecido o fato de que nenhum poder possui o monopólio de exercer, com exclusividade, funções estatais. Assim, a “função jurisdicional do Estado pode não ter, necessariamente, relação com o Poder Judiciário, podendo ser exercida por órgão independente, além dos clássicos poderes do Estado” (PALU, 2001, p. 95).

Por tais motivos, dividem-se as soluções na distribuição de atribuições do controle da constitucionalidade entre os órgãos do Estado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o controle é outorgado à Suprema Corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário norte-americano. Na Alemanha e na Itália foram criados órgãos específicos – Tribunais Constitucionais - para o controle. Na Alemanha o Tribunal Constitucional encontra-se na estrutura do Poder Judiciário; já na Itália, encontra-se fora da estrutura dos três poderes. Há, ainda, países que optaram por um controle político (entregando-o ao Parlamento), caso da Inglaterra¹⁵.

Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 101), examinando estes aspectos, apresenta a seguinte sistematização entre as soluções jurisdicionais e as soluções políticas, na outorga do controle de constitucionalidade:

a) soluções jurisdicionais:

países que confiam a jurisdição constitucional ao Poder Judiciário (caso dos Estados Unidos da América, Brasil, etc.).

países que criaram órgãos específicos para exercer a jurisdição constitucional (Tribunal Constitucional), com sistemas de indicação de juízes pelo Executivo ou Legislativo, mas integrantes expressamente do Poder Judiciário (Alemanha). Tanto para uns como para outros a jurisdição constitucional equivale à função judicial”.

países que conferem a jurisdição constitucional a órgãos específicos, excluindo-os da esfera do Poder Judiciário, fora dos três clássicos poderes (Itália).

b) soluções políticas (portanto, não jurisdicionais): países que permitem que as próprias Câmaras legislativas exerçam o controle da constitucionalidade, e que para Biscaretti di Ruffia ‘... in pratica, equivale a non ammeterlo...’ou criam órgãos específicos para atuar sem garantias de independência, sem atuação técnico-jurídica, discricionários.

Contudo, é preciso ter em mente que os problemas constitucionais são dotados de grande complexidade e não podem ser reduzidos a questões puramente jurídicas ou puramente políticas.

Na verdade, não é a natureza do órgão que realiza o controle que irá definir as funções do tribunal constitucional (política ou jurisdicional), mas sim a jurisdicionalidade da atividade exercida e a sua vinculação a uma medida material de controle ¹⁶.

¹⁵ Vide item 2.3. desta dissertação.

¹⁶ Neste sentido são as lições de Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 102): “[...] unilateral classificar as funções exercidas por um tribunal constitucional como ‘funções políticas em forma jurisdicional’, como qualificá-las de ‘funções jurisdicionais sobre matérias políticas’. O que caracteriza decisivamente a função de um tribunal constitucional é a sua *jurisdicionalidade* (*Gerichtsförmigkeit*) e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controle”.

2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.3.1 Notas iniciais

Neste item será estudada a origem dos principais sistemas de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado - bem assim a sua evolução histórica, tanto no continente europeu, quanto nos Estados Unidos da América, objetivando conhecer a gênese dos caracteres principais de ambos os sistemas.

Enquanto nos Estados Unidos, a partir do célebre julgamento do caso *Marbury v. Madison* (julgado em 1803¹⁷), adotou-se um vigoroso sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, na Europa houve grande resistência à instituição de mecanismos de controle, assim como divergências quanto ao órgão competente para este fim.

Raul Machado Horta, prefaciando a obra de Navarro Coelho (1992), explica que a repulsa dos europeus quanto ao controle da constitucionalidade e mais, o repúdio a um controle realizado por um órgão judiciário, assenta suas raízes históricas em dois fatores: o primeiro, na idéia de que a lei seria uma “*expressão da vontade geral*” (Rosseau) - ideal este consagrado nas Constituições Francesas do período da Revolução de 1789; o segundo, de que a sanção real aos atos legislativos gozaria de grande prestígio e eficácia, tornando desnecessário o controle por outro órgão do Estado.

Oswaldo Luis Palu (2001, p. 108), por seu turno, acrescenta que, além destes fatores, havia um repúdio e temor dos revolucionários franceses à retomada de um “governo de juízes”.

¹⁷ O caso *Marbury v. Madison* configura o marco histórico da construção do sistema de controle de constitucionalidade, nos Estados Unidos. Vide item 2.3.3. desta dissertação.

2.3.2 A evolução do controle da constitucionalidade na Europa

2.3.2.1 França

Na França, Sieyès chegou a sugerir a criação de um órgão político para o controle da constitucionalidade, incumbido de anular atos violadores da Constituição. A idéia foi mal recebida e somente na Constituição de 1799 atribui-se ao Senado tal função. Porém, em que pesem as garantias formais que o Senado dispunha para o exercício de tal controle, na prática houve total fracasso: o Senado deixou de anular atos inconstitucionais de Napoleão, ante a influência exercida por ele com a outorga de títulos, condecorações e doações. Na Constituição de 1852, o sistema foi copiado, todavia, repetiu-se o fracasso anterior.

É preciso lembrar que na França, a Revolução se voltou contra a tirania do Executivo e os abusos do Judiciário, restando ao Poder Legislativo a condição de órgão detentor da soberania da Nação. A lei, ao traduzir a vontade geral da Nação, não poderia sofrer controle, senão que o advindo das próprias assembléias representativas (BASTOS, 1992, p. 323).

Igualmente, é preciso registrar que após a Revolução de 1789, a França tratou o princípio da separação de poderes de forma radical, não admitindo a interferência do Poder Judiciário nos negócios do Poder Executivo. Os abusos da Administração deveriam ser coibidos por um órgão extrajudiciário – o Conselho de Estado – e os abusos do Poder Judiciário seriam censurados pela Corte de Cassação. Daí porque jamais tenha o direito francês admitido a fiscalização da constitucionalidade para órgãos judiciários, muito menos tenha incorporado a prática norte-americana das interferências recíprocas entre os Poderes do Estado, a fim de assegurar a mecânica dos *checks and balances* (CLÈVE, 2000, p. 59).

A Constituição francesa de 1958 desmistificou o dogma da soberania da lei (havendo uma sensível redução dos poderes outorgados ao Poder Legislativo francês¹⁸), instituindo um sistema de controle, quase sempre preventivo, exercido por um Conselho Constitucional (composto de nove membros nomeados - três pelo Presidente da República; três pelo

¹⁸ As principais reduções dos poderes outorgados ao Legislativo francês foram: a) não possui mais o monopólio da elaboração das leis – o referendo é previsto em muitos casos; b) a Constituição enumerou as matérias sujeitas ao Parlamento e as reservadas à regulamentação governamental (Poder Regulamentar). O governo pode se utilizar de *ordonnances* e editar atos normativos reservados ao campo da lei, devidamente autorizadas pelo Parlamento; c) a lei pode ser controlada pelo Conselho Constitucional; d) houve reforço ao Poder Executivo, que pode determinar ao Parlamento as matérias a serem votadas, em assim obrigar um Parlamento reticente a votar matérias de seu interesse. (PALU, 2001, p. 110).

Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado; bem assim os ex-presidentes da República, que são considerados membros vitalícios).

A atuação do Conselho é de caráter marcadamente político, não se cuidando, no que toca à fiscalização da constitucionalidade, de função jurisdicional. Importa destacar que por se tratar de um controle preventivo, não há qualquer mecanismo de controle ou aferição de constitucionalidade da lei, cabendo às autoridades públicas meramente cumpri-la (CLÈVE, 2000, p. 61 et. seq.).

Oswaldo Luis Palu (2001, p. 111) esclarece que o Conselho Constitucional francês pode exercer o controle em três momentos distintos:

- a) quando da discussão do Parlamento (artigo 41 da Constituição);
- b) após votada a lei, mas antes de sua promulgação (artigo 61, al. 2, da Constituição);
- c) após a promulgação da lei (artigo 37, al. 2, da Constituição).

Segundo o mesmo autor, as decisões do Conselho Constitucional francês

não estão sujeitas a recursos e se impõem aos poderes públicos (Parlamento, Presidente e Governo), como às administrações e aos juízes (artigo 62 da Constituição da França). O Conselho não anula a lei (ainda não promulgada), mas a declara não conforme à Constituição (*n'est pas conforme à la Constitution*) e, na prática, suas decisões são obedecidas, mas não se prevê mecanismo algum para que o Conselho Constitucional faça prevalecer sua decisão a um poder eventualmente recalcitrante. (PALU, 2001, p. 111).

2.3.2.2 Áustria

A rejeição histórica francesa ao controle de constitucionalidade não impediu, contudo, que, na Áustria, sob os auspícios do projeto legislativo de autoria de Hans Kelsen, inaugurasse-se o controle de constitucionalidade (realizado, entretanto, por um órgão especial, sem relação com o Poder Judiciário - *Verfassungsgerichtshoft* - instituído na Constituição Federal da Áustria de 1º de outubro de 1920).

Lembra Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 67)

[...] que na Áustria, como em quase toda a Europa Continental, até o início do presente século, inexistia qualquer procedimento de fiscalização de constitucionalidade nos moldes como hoje é concebido. O Parlamento, na Áustria, provavelmente por influência do direito público francês, assumia uma posição de

relativa supremacia; sendo a lei uma expressão da soberania, descabia a qualquer órgão estatal, mesmo o Judiciário, questionar a respeito de sua legitimidade.

Antes da reforma de 1920, as cortes austríacas tinham competência para controlar a constitucionalidade das leis apenas quanto à sua adequada publicação, sendo uma revisão judicial possível dentro de limites bastante estreitos.

Assim, embora um dos objetivos da reforma fosse ampliar este controle, não se considerou desejável outorgar um controle difuso a todo juízo e tribunal, por se temer falta de uniformidade em questões constitucionais. Deste modo, Kelsen não cogitou um sistema difuso – a exemplo do norte-americano – tampouco de natureza judicial, mas sim legislativa (negativa) ¹⁹. O controle seria abstrato (e não concreto, como no sistema do *judicial review* e do princípio do *stare decisis* - adiante examinados). A lei inconstitucional não é nula ou inexistente, a inconstitucionalidade é mero pressuposto da sanção da anulação, ou seja, a “lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, sendo válida até sua anulação”. (CLÈVE, 2000, p. 68).

Em consequência do raciocínio de Kelsen, a decisão de inconstitucionalidade possui “força de lei” e eficácia “*erga omnes*”. A decisão prolatada no controle de constitucionalidade possui caráter constitutivo – e não declaratório (como no sistema difuso) e, portanto, seus efeitos são “*ex nunc*” (e não “*ex tunc*”), funcionando como uma *revogação da lei*.

É importante enfatizar que o sistema de controle idealizado por Kelsen tinha o objetivo subjacente de evitar o “governo de juízes”, proibindo-se, assim, os juízes ordinários a realização de um controle difuso.

Destarte, caso surgisse questão constitucional nas instâncias inferiores, os autos seriam enviados ao Tribunal Constitucional, que limitaria sua análise e exporia sua posição apenas à matéria constitucional. Após tal análise, os autos seriam devolvidos à instância *a quo*, que, na solução do caso concreto, teria que aplicar a lei conforme a orientação do Tribunal Constitucional.

Com tal procedimento, conferiu Kelsen alto grau de abstração ao controle de constitucionalidade, ou seja, o Tribunal Constitucional não examinaria a justiça ou injustiça da lei, no caso concreto, mas apenas a validade, por meio de uma lógica racional, evitando que o Tribunal Constitucional adentrasse nas “valorações e paixões inseparáveis da decisão

¹⁹ Ensina Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 68), que, para Kelsen, cabe à Constituição definir o processo pelo qual a lei inconstitucional será anulada, bem como o órgão competente, sendo que, para o jurista austríaco, parecia claro que a fiscalização da constitucionalidade não seria função própria do Judiciário, mas sim uma função constitucional autônoma, comparável, de certo modo, com a função legislativa negativa.

concreta, e que tais valorações e paixões pudessem levar o Tribunal a juízos de oportunidade e conveniência, estes pertencentes ao Parlamento, quando legisla”. (PALU, 2001, p. 92)

Na opinião de Gilmar Mendes

[...] o modelo austríaco traduz uma nova concepção do controle de constitucionalidade. Outorgou-se ao Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) a competência para dirimir as questões constitucionais, mediante requerimento especial (*Antrag*), formulado pelo Governo Federal (*Bundesregierung*), com referência a leis estaduais, ou pelos Governos estaduais (*Landesregierungen*), no tocante às leis federais (art. 140, par. 1º). Não se exige, porém, a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular ou situação objetiva. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 13).

A introdução de um controle concreto, em 1929, provocado no curso de uma pendência judicial – no entanto, somente suscetível pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância (não cabendo aos demais órgãos inferiores da magistratura ordinária, segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 69) - ensejou o reconhecimento, em caráter excepcional, do efeito retroativo à decisão proferida no caso concreto submetido. Kelsen o explica como uma necessidade técnica, ou seja, os órgãos legitimados a provocar o Tribunal, no caso concreto, necessitavam saber se a provocação, caso procedente, teria efeito imediato sobre a questão em exame. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 14).

Em 1975, foi introduzido no controle de constitucionalidade austríaco o recurso denominado *recurso individual* (*Individualantrag*), o qual permite a impugnação, perante a Corte Constitucional, de lei ou regulamento que lese, diretamente, direitos individuais. Sua admissibilidade fica condicionada ao princípio da subsidiariedade, isto é, se não houver outra via judicial adequada à tutela do direito alegado. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 14).

O modelo austríaco foi assimilado por diversos países (Alemanha, Itália, Espanha, Turquia, Chipre, Grécia e Bélgica), inspirando, igualmente, sistemas mistos, tais como no Brasil e em Portugal. Nota comum, contudo, é que

embora adotando a fiscalização constitucional concentrada, nem por isso deixaram de incluir um grande número de alterações na arquitetura básica. Logo, os respectivos sistemas praticados, sobre guardarem certa identidade entre si, devem ser compreendidos também à luz de suas especificidades. (CLÈVE, 2000, p. 69).

2.3.2.3 Alemanha

A Alemanha seguiu o modelo austríaco, todavia, sua Corte de Justiça de Estado (*Staatsgerichtshoft*), estabelecida na Constituição de 1919, possuía competência apenas para apreciar “questões constitucionais no âmbito de um Estado, responsabilidade ministerial, questões federais e controle normativo na relação entre o direito estadual e o federal – arts. 19 e 59 da Constituição de Weimar”. (MENDES, 2005, p. 12).

Posteriormente houve muitas discussões sobre a possibilidade da ampliação da competência do *Staatsgerichtshoft*, inclusive se considerando a possibilidade da inserção de mecanismos de controle incidental e um controle legislativo, opções estas rejeitadas (MENDES, 2005, p. 11).

Atualmente, na Alemanha apenas o Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade das leis, cabendo aos juízes comuns, na hipótese de se depararem com uma dúvida sobre a constitucionalidade da lei a ser aplicada ao caso concreto, suspenderem o julgamento e remeterem aos autos para a Corte Constitucional, que decidirá a questão constitucional.

No tópico “i.4” do item 2.5.2.2.2, quando for tratada a modulação dos efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade, outros aspectos do direito alemão serão estudados.

2.3.2.4 Inglaterra

Na Inglaterra, por mais paradoxal que se possa mencionar de um controle de constitucionalidade onde não há uma Constituição rígida ²⁰, apresentou-se um sistema de controle.

Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 105) explica o “controle” de constitucionalidade no ordenamento jurídico inglês, nos termos que seguem:

²⁰ Apesar de a Constituição inglesa ser flexível, esta é dotada de grande estabilidade, pois sofreu poucas alterações e sendo, pois, na prática, uma Constituição que consolidou, com o tempo, um caráter de rigidez (COELHO, 1992, p. 33 et. seq.).

[...] Na evolução histórica do direito constitucional inglês divisam-se quatro fases: (a) aquela anterior à conquista normanda de 1066; (b) aquela iniciada em 1066, passando pela concessão da *Magna Charta* pela vez primeira (1215), que foi cancelada e revalidada inúmeras vezes nas lutas entre o poder real e o baronato nos séculos seguintes, indo até o advento da dinastia dos Tudors (1485); nesse período formou-se a *common law*; (c) uma outra fase, entre 1485 e 1832, passando pela luta entre o Rei e o Parlamento, de onde se tem como consequência a Petição de Direitos de 1628, a Revolução de 1648, a intercorrência da República Britânica sob o protetorado de Cromwell, que em 1653 elaborou aquela que parece ter sido a primeira *Constituição escrita* do mundo, de vida efêmera, chamada de *instrument of government*, com 42 artigos, a Revolução de 1688 (*Glorious Revolution*) e a declaração de direitos de 1689 (nesse período surgiu um sistema complementar, às vezes rival, das ‘regras de equidade’); (d) a fase contemporânea, de 1832 até hoje, com as reformas eleitorais tendentes ao alargamento do direito de sufrágio e à diminuição do poder da Câmara dos Lordes em favor da Câmara dos Comuns, com membros eleitos por tempo determinado, bem como pela importância cada vez maior das leis frente ao sistema do *common law*.

Entretanto, as singularidades do ordenamento jurídico inglês – infenso às codificações²¹ e no qual reina um grande prestígio do Parlamento, levam Sacha Calmon Navarro Coelho (1992, p. 35) a concluir que não se trata, propriamente, de um sistema de controle de constitucionalidade de leis - pois sequer se poderia afirmar que a Inglaterra possui, em termos estritos, leis constitucionais (BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 53)²² - mas sim de um controle de *legitimidade* das leis, o qual verifica dentro de uma relação de conformidade entre a lei e os documentos constitucionais históricos e à razão do *common law*.

O *common law* pode ser complementado pelo legislador, mas não pode ser violado pelo direito escrito (*statutory law*), eis aí a premissa do controle da legitimidade, exercendo o Juiz um sofisticado papel de mediador do conflito²³.

²¹ Sacha Calmon Navarro Coelho (1992, p. 35 et. seq.) explica as peculiaridades do ordenamento jurídico inglês: nele existem os mesmos princípios, institutos, direitos e garantias comuns às experiências jurídicas da humanidade, contudo, não há uma codificação rígida, mas sim uma configuração original: os *books* ingleses reúnem todos os textos institucionais, tais como a Magna Carta, as decisões jurisdicionais e leis dos tribunais, condensando, então, a histórica, o direito e as instituições do povo inglês. Em outras palavras, o ordenamento jurídico inglês condensa sua Constituição em uma série de documentos constitucionais, os quais expressam valores fundamentais da sociedade inglesa, definindo a organização política, direitos e garantias do cidadão. São eles: a Magna Carta (1215), Petition of Rights (1627), o Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1688), Act of Settlement (1700), Act of Union Scotland (1707), Act of Union With Ireland (1800), Parliament Act (1911).

²² Em igual sentido, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 57), para quem, no direito britânico “[...] não há lugar, ainda hoje para a distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias”.

²³ Explica Sacha Calmon Navarro Coelho que a doutrina de Sir Edward Coke, o qual defendia a supremacia do Judiciário não vingou no direito inglês. Contudo, a resposta do Judiciário inglês veio de forma subreptícia: inibida de resistir frontalmente à lei do Parlamento e, assim, romper com a doutrina ortodoxa da supremacia deste, a magistratura inglesa, no confronto de leis que julgam incompatíveis, adotam sofisticados raciocínios, de modo a amoldá-las aos valores fundamentais que pretendem preservar. Por tais motivos assiste-se ao apego dos ingleses ao *common law* e ao *due process of law* e a aversão às leis escritas. É esta, portanto, a crença nos juízes – e não a frustração inglesa – que fecundou o nascimento do “*judicial review*” nos Estados Unidos. (COELHO, op. cit., p. 51 et. seq.). Clèmerson Merlin Clève (op. cit., p. 59) defende que tal sistema constituiu, na Inglaterra, uma espécie de controle de constitucionalidade.

Atualmente, na Inglaterra há o exercício de funções judiciárias pelo Poder Legislativo (Câmara dos Lordes), que é considerado, *formalmente*, o mais alto tribunal britânico. Contudo, efetivamente, quem julga é o seu *Appellate Committee*, o qual é formado pelo *Lorde Chancellor* (Presidente da Câmara), 11 Lordes Judiciais nomeados e os Lordes que já exerceram funções judiciárias previstas na lei. Em outras palavras, o Parlamento é o órgão fiscalizador de si mesmo. (PALU, 2001, p. 107).

2.3.3 A evolução histórica do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos

Por fim, nos Estados Unidos, onde seria esperada uma forte influência do direito britânico, o controle de constitucionalidade seguiu caminho oposto: enquanto na Inglaterra o ordenamento jurídico baseia-se fundamentalmente em uma série de documentos escritos, ao lado da reverência e confiança irrestrita às leis do Parlamento, nos primórdios da experiência norte-americana, o cenário era diferente: as leis das colônias eram as leis do Parlamento inglês, opressivas e sem reconhecimento popular, não havia confiança ²⁴, portanto, no órgão legislativo da colônia (no âmbito político, isto explica o processo emancipatório das colônias e a adoção de um controle de constitucionalidade com técnicas absolutamente diversas ao do sistema inglês).

Outros fatores históricos contribuíram para a elaboração de sistemas de controle distintos, o que se relaciona, em última análise, com a própria configuração do ordenamento jurídico norte-americano.

Como lembra Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 63) “as histórias constitucional americana e da Suprema Corte, de certo modo, confundem-se” e mais, a gênese do controle concentrado encontra-se plasmada nesse contexto histórico.

A povoação territorial norte-americana ocorreu de forma diversificada, imposta pelas características geográficas. A diversidade da cultura dos povos colonizadores e seus interesses contrapostos justificam - não isoladamente e de forma linear, obviamente – a construção de uma confederação que, em seus primórdios, era frágil e rarefeita.

²⁴ Gilmar Mendes (2005, p. 25) anota que o modelo americano é revelador de uma forte desconfiança em relação ao legislador. O modelo europeu, por seu turno, além desta desconfiança, também traduz uma forte dúvida em relação ao papel do juiz.

Passados sete anos de embates com o governo inglês, cada colônia americana possuía seu governo e cada qual desejava resguardar a esfera de seus poderes locais, insistindo em sua liberdade e soberania. Por conta disto, o Congresso Continental, então constituído, não possuía poder para impor suas decisões.

Some-se a tais fatores o fato de que a aliança com a França e o esforço pela independência, deixaram um saldo de dificuldades na administração da paz: “era preciso executar tratados, reembolsar empréstimos, lançar impostos, incentivar a indústria, entabular novas relações comerciais, estabelecer relações diplomáticas, administrar a moeda, organizar serviços públicos, emitir títulos, etc.” (COELHO, 1992, p. 68), tudo isto sob os cuidados de um governo central enfraquecido e dividido sob o poder de cada Estado, ocasionando uma grande crise na confederação americana.

Dentro de tal ambiente, somente com a autoridade, esforço e habilidade política de George Washington, a confederação norte-americana poderia sobreviver. A adoção de uma assembléia de notáveis, constituída por membros graduados e eméritos de cada colônia traça novos rumos para a Confederação, resultando a Constituição norte-americana, cujo texto, casuístico, ditado pela necessidade circunstancial de estabelecer um governo forte, não prima pela sistematização ²⁵.

A compreensão de sua gênese fornece importantes elementos para o entendimento da formação do constitucionalismo e do controle da constitucionalidade ²⁶.

²⁵ Muitas vezes a Constituição americana é elogiada como um texto sintético e de grande durabilidade. Luis Roberto Barroso, contudo, refuta as qualidades da Constituição norte-americana, asseverando que esta não possui a “insinuada origem popular”, porquanto seus autores – abastados comerciantes, proprietários, heróis militares e renomados advogados – elaboraram-na às portas fechadas, não se contabilizando voto ou ouvindo-se a palavra de qualquer cidadão. A escravidão foi mantida e serviu de bônus aos Estados do Sul, uma vez que, no cálculo de números de membros do órgão de representação popular, tomava-se por base o número de “pessoas livres” somado a “três quintos da população restante”. A escravidão foi abolida apenas em 1865, pela 13ª Emenda, o princípio da isonomia tardou até 1868, com a 14ª Emenda. Somente com a 19ª Emenda, em 1920 – isto é, passados 134 anos da promulgação, as mulheres adquiriram o direito a voto. A “*Bill of Rights*” só veio a ser introduzida em 1791. Quanto ao seu caráter sintético – a Constituição americana conta com apenas sete artigos – argumenta que “[...] correspondem a um número muitas vezes maior se comparados com a nossa técnica de legislar, haja vista que se desdobram em múltiplas seções, parágrafos e incisos. A eles se somam, ainda, 27 emendas, a última delas datada de 1992. Em verdade, apenas ao ângulo formal se pode dizer que uma única Constituição vigorou nos Estados Unidos ao longos desses duzentos anos. O Direito Constitucional americano atual pouco tem a ver com o conjunto de disposições regidas em 1787”. (BARROSO, 2006, p. 53 *passim*)

²⁶ Por exemplo, a enumeração de competências: o iminente fracasso da Confederação e necessidade de um governo forte explica porque a Constituição americana, ao estabelecer o Estado Federal, ocupa-se a enumerar, de forma lacônica, as exíguas competências da União (defesa, diplomacia, moeda, Justiça Federal, Comércio Exterior e Fazenda Nacional – COELHO, 1992, p. 70), pois estas foram resultado de um “mínimo denominador comum extraído da deliberação dos diversos Estados” (BARROSO, *op. cit.*, p. 53). Aos Estados restaram os poderes residuais, implícitos. A reserva de duas cadeiras no Senado, por seu turno, independentemente da população, visava acalmar os ânimos dos Estados pequenos, outorgando a eles a participação em processos decisivos para a federação (*v.g.* referendar guerra e a paz, tratados, etc.). No que toca à separação de poderes – diversamente do parlamento britânico – estabeleceu-se que as leis seriam feitas pelo Congresso com a sanção do

Da análise das discussões que antecederam a aprovação do texto constitucional americano fica clara a controvérsia de se admitir o controle de constitucionalidade pelo Judiciário.

John Marshall, apontado como “verdadeiro arquiteto do direito constitucional americano” (COELHO, 1992, p. 73), já afirmava, na Convenção de Virgínia, que:

[...] se eles (o Congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada, pelos juízes, como infringente à Constituição, da qual eles são o guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem sua função jurisdicional. Elas deverão declará-la nula.

É preciso lembrar que os Estados Unidos incorporaram a doutrina de Sir Edward Coke, que atribuía aos juízes o controle da legitimidade das leis, negando aplicação àquelas que contrariassem o *common law*.

Esta doutrina, embora tenha sido repudiada na Inglaterra depois de 1688, foi aceita e desenvolvida no direito norte-americano, que já na época colonial apresentava decisões que rejeitavam a aplicação do direito local incompatível com as Cartas outorgadas pela Inglaterra.

Portanto, a tese de Marshall não era nova: desde 1780, juízes estaduais julgavam-se competentes para dizer a constitucionalidade das leis. Tal aconteceu na Justiça do Estado de New Jersey (1780), Virgínia (1782) e Carolina do Norte (1787).

Chancellor Wythe, um dos colaboradores na elaboração da Constituição americana e juiz da Virgínia, defensor da tese do controle, professor de Marshall no Colégio de William and Mary, afirmou, no julgamento de um caso da Virgínia:

Se a legislatura tentar transpor os limites que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, da minha cadeira neste Tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a Constituição, lhe direi: até aqui podeis ir, além, não. (POLLETI, 1985, p. 35 et. seq.).

Tais idéias pavimentaram o caminho para o nascimento do *judicial review*, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, que, curiosamente, não passou de um “despudorado caso de politicagem” (COELHO, 1992, p. 73).

A história do caso paradigma ao nascimento do *judicial review* é comentada por diversos autores e, sinteticamente, ocorreu da seguinte forma: Marshall era amigo e auxiliar

Presidente eleito – ao qual se outorgava o poder de veto e mais, as leis poderiam ser declaradas inconstitucionais pelos juízes. O elitismo na formação dos poderes e funcionamento do regime ditaram a construção de um sistema representativo: em nenhum lugar o sufrágio é universal, os senadores eram designados pelas legislaturas dos Estados, o presidente, eleito por um colégio eleitoral – formado de delegados, segundo um complicado sistema eletivo (COELHO, op. cit., p. 70 et. seq.).

do Presidente Adams e, nesta condição, ocupava o cargo de Juiz e Secretário de Estado. Após a derrota do Presidente Adams para Jefferson, aquele, no último dia do seu mandato, auxiliado por Marshall, realizou uma série de nomeações para Juizes de Paz ²⁷.

No entanto, Marshall não teve tempo de formalizar todas as nomeações, de modo que os beneficiários não foram empossados a tempo. Entre eles figuravam William Marbury, Denis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper.

Madison, então substituto de Marshall, negou a posse a tais beneficiários, os quais, em 1801, impetraram um *writ of mandamus* (algo semelhante ao mandado de segurança) perante a Suprema Corte para resguardar a sua posse.

O julgamento foi permeado por um intenso conflito político. O caso ficou paralisado por dois anos, na Suprema Corte, provocando grande alarde na imprensa e expectativa na opinião pública, chegando-se a cogitar no *impeachment* dos juizes ²⁸. O Governo manifestou que a concessão da ordem criaria verdadeira crise entre os Poderes do Estado, sendo opinião generalizada de que, se concedida, não seria cumprida pelo Poder Executivo. (POLLETI, 1985, p. 43).

Marshall, então, com grande habilidade de estrategista, liderou o julgamento que entrou para a história do controle da constitucionalidade: afirmou que o ato de Madison era ilegal, declarou que o artigo 13, da Lei 1789 (que regulamentava o *writ of mandamus*) seria inconstitucional (pois outorgava à Suprema Corte a possibilidade de conhecer diretamente o pedido, eliminando a jurisdição das Cortes Distritais - ou seja, na opinião de Marshall, a Suprema Corte possuía apenas competência recursal).

Assim, por uma questão preliminar – competência – a Suprema Corte negou o *mandamus*, assegurando aos federalistas uma decisão com variadas utilidades, embora não tenham sido garantidas as nomeações:

a) declarou-se que Jefferson e Madison agiram ilegalmente;

²⁷ Oswaldo Luis Palu (2001, p. 114) comenta que havia pouco tempo restante para que os federalistas, vencidos nas eleições presidenciais, entrincheirassem-se nos tribunais. Uma nova lei judiciária foi sancionada em 27 de fevereiro visando à extensão do Judiciário nacional e criando numerosos lugares de juizes. Na véspera da posse de Jefferson, até às 21h00, Adams ainda lavrava as nomeações (por tal motivo, os beneficiários ficaram conhecidos como “juizes da meia-noite”).

²⁸ Escreve Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 115): “Em 1802, nos jornais e no Congresso, foi a Corte violentamente atacada, sugerindo James Monroe o *impeachment* contra os juizes, se ousassem ‘aplicar os princípios da *common law* à Constituição’. A mesma providência foi pleiteada, dias antes da decisão, por um jornal oficioso do governo; se concedida, a medida certamente não seria cumprida. Enfrentava-se assim uma situação difícil. Indeferir simplesmente o pedido seria, conforme observou Crosskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação era resultado insatisfatório”.

- b) entretanto, ao não se conceder a ordem por questão preliminar, evitou-se que fosse descumprida;
- c) cristalizou a doutrina de que o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de normas jurídicas, beneficiando seus correligionários, os quais, afinal, encontravam-se em sua maioria no Poder Judiciário (pois foram nomeados no período do governo federalista – gozando tais juízes das garantias de vitaliciedade e inamovibilidade).

Navarro Coelho (1992, p. 78) acrescenta que o *judicial review*, inaugurado neste importante caso, já se encontrava no âmago da Constituição americana (sendo algo, portanto, revelado – e não criado – pela jurisprudência) e o que Marshall fez, “com incoercível lógica, foi declarar o que já estava implícito na teoria das Constituições rígidas e na mecânica da tripartição dos poderes [...]”.

Tal entendimento, contudo, teve os seus detratores ²⁹, os quais julgavam uma ofensa aos demais poderes o poder concedido ao Judiciário para o controle da constitucionalidade das leis, problema, aliás, que até a atualidade divide os estudiosos do assunto ³⁰.

Ensina Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 93 et. seq.) que, atualmente há três modos de provocar o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos:

- a) por meio da exceção da inconstitucionalidade: qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei inconstitucional no caso concreto;
- b) recurso ao procedimento de equidade: o cidadão, por meio de uma injunção (*injunction*) pede uma ordem ao Poder Judiciário para que proíba aos funcionários públicos³¹ apliquem ou tentem aplicar a lei argüida de inconstitucional;

²⁹ Raul Machado Horta (1953, p. 79) registra a oposição de “Mac Donough, in *Usurpation of Power by the Federal Courts*”. Em sentido favorável à tese de Marshall aponta os estudos de Charles Beard, o qual, ao analisar os debates da Convenção da Filadélfia, constatou que dos cinquenta e cinco delegados, dezessete eram favoráveis ao controle judiciário da constitucionalidade das leis. Horta salienta, contudo, que Marshall não menciona, em sua decisão, os anais da Convenção – os quais sequer haviam sido publicados, à época - tampouco invocou precedentes coloniais, que, de forma embrionária, eram formas de controle de constitucionalidade em matéria econômica. Marshall limitou-se a fundamentar sua decisão a textos legais e na doutrina de dois grandes juristas do *common law*: Blackstone e Lorde Mansfield.

³⁰ Posteriormente outros episódios interessantes transcorreram na história do direito constitucional norte-americano. A Era Lochner da Suprema Corte dos Estados Unidos e a reação do governo de Roosevelt, para implementar as políticas do New Deal demonstram a importância da atuação da Suprema Corte, naquele país.

³¹ Esclarece Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 94) que não obstante a décima primeira Emenda à Constituição americana impedir a propositura de ações contra o Estado, entendeu-se que a proibição não se estendia aos seus funcionários. Contudo, o Judiciário só passou a aceitar a *injunction* a partir de 1908, no caso *ex parte Yong Attorney General*.

- c) uso do procedimento da sentença declaratória, mais recente ³², que visa a “regular direitos e situações legais para as controvérsias, através de julgamentos declaratórios.” (CLÉVE, 2000, p. 95).

2.4 DOS SISTEMAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

2.4.1 Sistema difuso ou americano

Como visto no tópico antecedente, de um singular caso político consolidou-se a tese do controle de constitucionalidade no direito norte-americano.

Basicamente, as características principais do controle difuso, que se consolidaram na jurisprudência norte-americana desde a histórica decisão de Marshall, são as seguintes:

- a) a aceitação de que o Poder Judiciário possui competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis, não havendo ofensa ao princípio da separação dos poderes. O controle é considerado difuso porque todos os juízes e tribunais podem apreciar a constitucionalidade das leis, a requerimento das partes litigantes ou *ex officio*. Este poder é considerado um poder inerente a todos os juízes;
- b) a lei inconstitucional é nula – e não anulável. O Congresso não se manifesta sobre a inconstitucionalidade, entende-se que a lei nunca foi votada (PALU, 2001, p. 118);
- c) a inconstitucionalidade só deve ser declarada se for absolutamente necessária para a resolução do caso, não sendo admitida a pronúncia *em tese* sobre a inconstitucionalidade das leis. Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 119) observa que por conta deste postulado, ficam de fora do controle da Suprema Corte as denominadas “questões políticas” ou “*non-justiciable questions*” ³³;

³² A Suprema Corte, até então presa à concepção tradicional do processo de controle difuso, não admitia a ação declaratória. No caso *Nashville, C. and St.Louis Railway v. Wallace* mudou o seu entendimento. Posteriormente seguiu-se uma lei federal, em 1934, que conferiu competência às Cortes federais inferiores para processar e julgar ação declaratória.

³³ Em certa oportunidade, o Presidente Washington solicitou opinião da Suprema Corte sobre assuntos relativos a um tratado celebrado com a França, ao que respondeu a mesma ser impróprio tal procedimento, porquanto aquela Corte carecia de competência para se pronunciar sobre casos que não estivesse *sub judice*. Vários autores relatam que a resistência da Suprema Corte em examinar uma simples ação declaratória – de existência ou inexistência de relação jurídica (apegando-se apenas à pronúncia de inconstitucionalidade para a solução de

d) a eficácia da decisão é “*ex tunc*”, anulando a norma desde o nascimento, seja para desfazer os seus efeitos, seja para ensejar a reparação devida, com abrangência *inter partes*.

Um ponto digno de nota é que eventuais decisões conflitantes são eliminadas pela lógica do *stare decisis* – cuja característica principal é a existência de vínculos entre os precedentes³⁴, ou seja, ainda que possam surgir divergências, o caso, por meio do sistema de impugnações, será julgado no órgão de cúpula, cuja decisão, daquele momento em diante, será vinculatória para todos os órgãos judiciários, possuindo, indiretamente, uma verdadeira eficácia “*erga omnes*”.

Uma vez não aplicada a lei pela Suprema Corte, embora permaneça *on the books*, é considerada uma *dead law*, uma lei morta (ainda que, em casos excepcionalíssimos, tenha ocorrido o revivescimento de uma lei em razão de mudança de rota, no entendimento da Corte Suprema).

A desaplicação da norma inconstitucional, pela Corte Suprema, torna-se, em síntese, “uma verdadeira eliminação, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira ‘anulação da lei’, além disso, com efeito, em geral, retroativo”. (CAPELLETI, 1984, p. 80).

E não poderia ser diferente. Afinal, a norma inconstitucional é considerada nula³⁵. E, em consequência, a decisão que a declara como tal, possui efeitos “*erga omnes*” e “*ex tunc*”.

conflitos em termos fáticos) - levou diversos advogados norte-americanos simularem demandas fictícias para obterem um pronunciamento da Corte Suprema. Entre eles, Gilmar Mendes (2005, p. 6) relata que no caso *Carter Coal Company* o principal acionista da empresa propôs uma ação contra a companhia, sob a alegação de que esta se dispunha a aplicar uma lei inconstitucional, com o objetivo simulado de, sob um contraditório formalmente perfeito, obter a invalidação da lei.

³⁴ Ensina Gilmar Ferreira Mendes: “Embora existam os recursos do *overruling* e do *distinguishing*, é certo que ninguém infirma, em regra, a autoridade vinculante da decisão da Corte Suprema”. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 363).

³⁵ A norma é considerada nula pela simples constatação de que a Constituição é norma superior, leis que a contrariam não podem ser aplicadas. A. Hamilton afirma: “Essa conclusão [...] não significa, de modo algum, que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo. Significa, apenas, que o poder do povo é superior a ambos – ‘*the Power of the people is superior to both*’ – e que, quando a vontade da legislatura, declarada na lei ordinária, for oposta à vontade do povo, declarada na Constituição, o juiz tem que obedecer à última e desprezar a primeira – ‘*it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former*’” (HAMILTON, 1937, p. 101, *apud* BITTENCOURT, 1968, p. 69).

2.4.2 Do sistema concentrado ou europeu

Diversamente do caminho percorrido na construção do sistema de controle norte-americano, o sistema europeu apresentou severa resistência ao controle de constitucionalidade.

Da França, importava-se a idéia de que as leis eram consideradas manifestação da vontade geral, além da histórica desconfiança, por parte dos revolucionários franceses, quanto aos juízes (temia-se uma “república dos juízes” do *Anciën Régime*), gerando oposição à outorga do controle da constitucionalidade das leis a um órgão do Poder Judiciário.

Do estudo da evolução histórica do controle concentrado, observam-se, basicamente, as seguintes características:

- a) a exclusividade de exercício do controle de constitucionalidade é outorgada para um único órgão, em oposição ao sistema do *judicial review*, que confere o controle a todos os juízes e tribunais;
- b) a lei inconstitucional é considerada anulável, a decisão que a declara possui força de lei e é dotada de efeitos “*ex nunc*” e eficácia “*erga omnes*”.

2.4.3 Do sistema misto

O sistema misto decorre da combinação de elementos dos sistemas difuso e concentrado. Exemplos dos países que adotam tal sistemática de controle: Brasil e Portugal.

Gilmar Mendes (2007, p. 1 et. seq.) explica que há uma tendência de as concepções se aproximarem, a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos.

Exemplo disto é que na Áustria já se admite sejam elevadas controvérsias constitucionais concretas à Corte Constitucional, posição esta reforçada com a adoção de modelos semelhantes na Alemanha, Itália e Espanha.

No direito norte-americano, por seu turno, adota-se uma modelagem processual com traços do controle europeu, em especial, a adoção do *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força da *stare decisis*.

2.5 DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.5.1. Notas introdutórias:

Nos primórdios do controle de constitucionalidade, no Brasil, sob os auspícios da doutrina de Ruy Barbosa, conheceu-se apenas o controle difuso. Mais tarde, a exemplo de Portugal, introduziu-se a sistemática do controle concentrado.

Assim, atualmente, no Brasil, convivem, lado a lado, dois modos de provocar a declaração de inconstitucionalidade: por meio do sistema difuso e por meio do sistema concentrado.

Todos os juízes e tribunais possuem a prerrogativa de se pronunciarem sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, contudo, o órgão máximo de controle é o Supremo Tribunal Federal, ao qual é outorgado o *status* de guardião da Constituição (artigo 102, *caput*, da CRFB/1988).

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, escolhidos entre cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal gozam das garantias outorgadas aos demais juízes, quais sejam: a irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, inamovibilidade. Ficam sujeitos à aposentadoria compulsória ao septuagésimo ano de vida, nos termos do artigo 93, inciso VI da CRFB/1988.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal é eleito diretamente pelos seus pares para um mandato de dois anos, vedada a reeleição (artigo 12 do RISTF).

O Supremo Tribunal Federal atua em Plenário (casos sobre a decisão de constitucionalidade, concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade, entre outras competências previstas nos artigos 5º e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) e em Turmas (cujas competências são arroladas no artigo 9º do RISTF).

As Turmas são formadas por cinco Ministros, sendo presidido pelo Ministro mais antigo, integrante da Turma (artigo 4º, § 4º do RISTF).

Seja na via difusa, seja na via concentrada aplica-se a *cláusula de reserva de plenário* (artigo 97 da CRFB/1988), ou seja, a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do

tribunal ou, nos tribunais onde houver órgão especial, pelo voto da maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção) ³⁶.

2.5.2. Do sistema difuso

Também conhecido como controle por via de exceção ou de defesa ou controle descentralizado, no sistema de controle difuso, como visto acima, a inconstitucionalidade poderá ser suscitada e declarada, no curso de um processo, *incidenter tantum*, por qualquer órgão do Poder Judiciário, produzindo efeitos “*ex nunc*” e *inter partes*.

Depreende-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade não é feita sobre o objeto principal da lide, constituindo, sim, uma questão prévia ao julgamento de mérito. A parte que obtém a declaração de inconstitucionalidade fica exonerada, no caso concreto submetido ao Poder Judiciário, de cumprir a lei ou ato declarado inconstitucional.

Entretanto, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional permanece válido no que se refere à sua obrigatoriedade em relação a terceiros, isto é, a declaração de inconstitucionalidade não acarreta a anulação da lei ou ato normativo com efeitos “*erga omnes*”, aplicando-se somente no caso concreto em que a norma foi declarada incompatível com a Constituição.

Porém, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional poderá ter sua execução suspensa, mediante resolução a ser expedida pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X da CRFB/1988 ³⁷, observado que os efeitos da decisão serão “*erga omnes*” e “*ex nunc*”, ou seja, após a publicação da resolução senatorial (MORAES, 2004, p. 614).

³⁶ Se a cláusula da reserva de plenário não é observada causa a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada. Nesse sentido: RTJ 58/499; RTJ 71/233; RTJ 110/226; RTJ 117/265; RTJ 135/297; RTJ 95/859/ RTJ 96/1188. Entretanto, no julgamento do RE 190.725, Min. Rel. Ilmar Galvão e no AI 172.992-9, Rel. Min. Celso de Mello, o STF entendeu dispensável a aplicação do artigo 97 da CRFB/1988 desde que presentes dois requisitos: a) existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; b) existência, no âmbito do Tribunal *a quo* e em relação ao mesmo ato impugnado, de uma decisão plenária que tenha apreciado a controvérsia constitucional – ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade do ato impugnado.

³⁷ Menciona Alexandre de Moraes (2004, p. 612) que artigo o 386 do Regimento Interno do Senado Federal prevê que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva do STF, de inconstitucionalidade total ou parcial, mediante: a) comunicação do Presidente do Tribunal; b) representação do Procurador-Geral da República; c) projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A comunicação, representação e projeto deverão ser instruídos com o texto da lei a ser suspensa, do acórdão do STF, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento. Lidas em

A doutrina se divide quanto à natureza discricionária ou vinculada dessa atribuição do Senado. Entre os que se posicionam pela discricionariedade, cita-se Paulo Brossard, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Themístocles Cavalcanti, Nogueira da Silva Ramos e Celso de Mello Filho. Entre os que postulam a obrigatoriedade estão Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid (MORAES, 2004, p. 612).

Para Dalton Luiz Dallazem (2003, p.116) é obrigatória a expedição da resolução senatorial, pois tendo o STF – guardião da Constituição – exarado seu veredicto, os detentores da *res publica* têm o direito aos benefícios advindos de uma extensão geral de efeitos (para o autor, *in casu*, “*ex nunc*”). Defende que não é ato de natureza política – visto que é obrigatório, não há escolha, o Senado atua como um colaborador do STF na busca da coerência sistemática, privilegiando-se a isonomia, mediante a aplicação prospectiva e uniforme das decisões do STF proferidas no controle difuso (sendo lícito ao Senado, todavia, verificar se foram respeitados os requisitos formais da decisão, competindo-lhe, no entanto, observar os limites impostos pela decisão do Supremo, não podendo alterá-la, restringi-la ou ampliá-la).

Entrementes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal, entende-se que não há obrigatoriedade na expedição de resolução senatorial suspensiva, pois este ato é considerado “ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo”. (MORAES, 2004, p. 613).

Por fim, ressalte-se que o controle difuso restou enfraquecido, após o advento da Constituição de 1988.

Este é o entendimento de Gilmar Mendes, o qual opina que a ampliação da legitimação ativa no processo de controle abstrato de normas acabou por viabilizar que a maior parte das controvérsias constitucionais possam ser solvidas pelo STF diretamente pela via concentrada).

Outro Ministro do Supremo Tribunal Federal que concorda com a debilitação do controle difuso é o Min. Sepúlveda Pertence. No julgamento da ADC 1/DF ³⁸, assentou que a coexistência entre o sistema difuso e concentrado:

[...] não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação

plenário, serão encaminhadas à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a qual formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei no todo ou em parte.

³⁸ ADC 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves. j. 1º-12-1993, DJU 16.06.95 - RTJ 156/721.

tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

O fortalecimento do controle concentrado não poderia ter outro efeito senão que enfraquecer o controle exercido pelas instâncias ordinárias, porquanto resta limitada, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar as controvérsias constitucionais.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a súmula vinculante, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45, sob o propósito de imprimir celeridade processual e facilitar o julgamento de demandas repetitivas perante o Supremo Tribunal Federal. Referida EC 45 inseriu o artigo 103-A da CRFB/1988, o qual possui a seguinte redação, *verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, a revisão ou o cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Sem a pretensão de aprofundar as polêmicas em torno da súmula vinculante, em especial, as críticas quanto à concentração de poderes no órgão de cúpula do Poder Judiciário ou mesmo o comprometimento da liberdade dos magistrados, percebe-se que a introdução de tal dispositivo no ordenamento jurídico pátrio vem fortalecer a tese da debilitação do sistema de controle difuso, na medida em que os juízes ordinários ficam impedidos a julgar em sentido oposto ao do posicionamento sacralizado na súmula vinculante (embora, forçoso reconhecer, seja possível a abertura de processos de revisão, mediante iniciativa dos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade).

2.5.3. Do sistema concentrado

2.5.3.1 Aspectos gerais

Como visto anteriormente, o controle concentrado surgiu no Brasil com a Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, a qual atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República.

Também denominado de controle abstrato, nele se objetiva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, ou, seja, a declaração de inconstitucionalidade é o objeto principal da ação, excluindo-se deste tipo de controle as lides concretas, para as quais fica reservado o controle difuso.

(i) *Legitimidade Ativa*

Na sistemática do controle concentrado, a Constituição de 1988 estabelece um rol de legitimados, os quais podem provocar a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, conforme o caso, por meio da ação direta de inconstitucionalidade (que pode ser por ação/genérica, omissão e interventiva) e ação declaratória de constitucionalidade, além da ação de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente previstas nos artigos 102, inciso I, alínea “a”; 103, § 2º; 36, III; 102, I, alínea “a”, in fine; EC 03/93 e 102, § 1º, todos da CRFB/1988.

Para propositura das ações de controle de constitucionalidade, a legitimação ativa foi conferida ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, aos Governadores de Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Partido Político com representação no Congresso Nacional e, por fim, às Confederações ou entidades de classe de âmbito nacional (artigo 103, CRFB/1988).

Sobre a legitimidade ativa, importa registrar quatro importantes observações.

A primeira relaciona-se à legitimação conferida ao Presidente da República, Governador de Estado e Procurador-Geral da República, a qual “[...] não se refere à pessoa física de seu ocupante [...]” mas sim aos “Chefes dos Poderes Executivos Federais, Estaduais ou Ministério Público Federal” (MARTINS; MENDES, 2007, p. 117).

A segunda diz respeito à legitimação do partido político, a qual é outorgada apenas para os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Esta restrição visa a limitar a propositura de ações, no controle abstrato, apenas aos partidos com um mínimo de representatividade.

Contudo, no julgamento da ADIn 138 (RTJ, 133:1020) o Ministro Paulo Brossard enfatiza que basta o partido político possuir representação parlamentar, não importando o número. Diz o Ministro: “Trata-se de uma inovação interessante e importante, porque dá ao partido político um papel de mais alta relevância, colocando-o lado a lado do Procurador-Geral, da Mesa da Câmara, da Mesa da Assembléia, do Presidente da República”.

Ainda sobre partidos políticos, cumpre observar que a Constituição de 1988, ao estabelecer o direito à propositura à Mesa da Câmara dos Deputados e à Mesa do Senado Federal, tal como o da Mesa das Assembléias Legislativas, não objetivou dar uma proteção às minorias parlamentares, mas sim à maioria. Esta é a opinião de Gilmar Mendes (2007, p. 143 et. seq.), para quem a proteção das minorias parlamentares é garantida indiretamente com a legitimação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

A quarta observação refere-se ao fato de que nem todos os legitimados podem propor qualquer tipo de ação no controle concentrado. A jurisprudência do STF estabelece o requisito de *vínculo de pertinência temática*, ou seja, quando o controle for suscitado por confederações sindicais, entidades de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas Estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores dos Estados-membros ou do Distrito Federal, tais legitimados ficarão obrigados a demonstrar um “nexo de afinidade entre os objetivos institucionais do órgão ou entidade autor da ação direta e o conteúdo da norma impugnada nessa sede processual” (MARTINS; MENDES, 2007, 119).

Na jurisprudência do STF são considerados *legitimados universais* o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados e o partido político com representação no Congresso Nacional, reconhecendo-lhe o poder de suscitar a fiscalização concentrada de constitucionalidade, independentemente da demonstração de pertinência temática.

Ives Gandra Martins (MARTINS; MENDES, 2007, p. 118 et. seq.) discorda deste posicionamento, ponderando que as Mesas do Senado e da Câmara, bem assim o Presidente

da República são obrigados a demonstrar pertinência temática, citando como exemplo de tal necessidade, a hipótese do controle abstrato de norma estadual: nesta situação, há risco de quebra do pacto federativo. Já o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil, prossegue o referido autor, são legitimados universais, aquele, por possuir, na condição de guardião da lei, o dever jurídico de suscitar o controle; esta última, por não possuir vinculação expressa com o Poder, goza de liberdade, tem a obrigação genérica para sua atuação.

Quanto aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, esclarece Ives Gandra Martins (MARTINS; MENDES, 2007, p. 118 et. seq.) que a jurisprudência do STF é

firme em considerar que a posição institucional dos partidos políticos, no sistema da Constituição de 1988, confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, zelar tanto pela preservação da supremacia constitucional quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da República.

Por fim, em relação às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, houve razoável limitação ao espectro de sua legitimação: exige-se a comprovação da pertinência temática – representada pelo nexo de pertinência entre o objetivo social estatutário e o alcance da norma impugnada e igualmente, a pessoa jurídica seja, de fato, uma confederação sindical nos termos previstos no artigo 535 da CLT (congregue, no mínimo, três federações representativas da categoria atingida pela norma impugnada) ou uma entidade de classe de âmbito nacional que congregue, exclusivamente, pessoas físicas integrantes de determinada categoria econômica ou profissional, represente toda esta categoria e esteja presente, com associados, em pelo menos nove Estados da Federação. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 118 et. seq.).

(ii) Objeto do controle de constitucionalidade

Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal ou estadual e as ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (artigo 102, I, a,

CRFB/1988), bem assim a argüição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, § 1º da CRFB/1988).

Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a” da CRFB/1988, poderão ser impugnados, no controle abstrato de normas, leis ou atos normativos federais ou estaduais ³⁹, o que abrange todos os atos normativos da União ou dos Estados ⁴⁰.

Segundo Gilmar Mendes (2007, p. 173 et. seq.) são passíveis de exame, no direito federal:

- a) as disposições da Constituição, propriamente ditas (frise-se, *direito constitucional secundário*);
- b) leis de todas as formas e conteúdos (compreendendo leis formais ou atos normativos federais - dentre outros - e medidas provisórias ⁴¹);
- c) decreto legislativo que contém aprovação do Congresso aos tratados e autoriza o Presidente da República a ratificá-los em nome do Brasil;
- d) decreto do Chefe do Executivo que promulga os Tratados e Convenções;
- e) decreto legislativo do Congresso Nacional que suspende a execução de ato do Executivo em virtude de incompatibilidade com a lei regulamentada;
- f) atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores;

³⁹ Pressupõe a existência formal da lei ou do ato normativo após a conclusão definitiva do processo legislativo – não necessariamente que a lei esteja em vigor - mas deve tratar-se de ato normativo promulgado, editado e publicado. Como isto, exclui-se a possibilidade do controle preventivo de constitucionalidade (ADIn 466-2, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 10 maio 1991, p. 5929-30).

⁴⁰ Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 171) lembra que mesmo antes da entrada em vigor da Constituição de 1988 discutia-se a admissibilidade da lei municipal ser objeto de controle abstrato de normas. Entre os que defendiam a admissibilidade, o argumento é de que havia uma lacuna na Constituição e, assim, a referência à lei estadual deveria contemplar as leis municipais (votos vencidos dos Ministros Cunha Peixoto e Rafael Mayer, no REC 92.169, RTJ 103:1085). Outros defensores também sustentavam que os Estados poderiam, baseados na autonomia estadual, instituir um modelo de ação direta, com o objetivo de aferir a constitucionalidade da lei municipal (entre eles, Ada Pellegrini Grinover, Celso Bastos, José Afonso da Silva, Dalmo de Abreu Dallari). Prossegue o autor, contudo, informando que o STF não só afastou a possibilidade da aferição de constitucionalidade de leis municipais, pela via direta, perante um Tribunal Estadual, como também recusou a ampliação de competência, sob o argumento de que esta se encontra restrita apenas ao controle das leis federais ou estaduais e que a ampliação de tal competência, por via de interpretação, traduziria uma ruptura no sistema.

⁴¹ Segundo Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 203 et. seq.), é pacífica, na jurisprudência do STF, a admissibilidade do controle abstrato das medidas provisórias, observado: a) a rejeição expressa ou o decurso, *in albis*, do prazo para sua apreciação no Congresso Nacional, prejudica a ação direta de inconstitucionalidade; b) não resta prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade material a intercorrente conversão em lei, sem alteração. Entende-se, nesta hipótese, que a aprovação e promulgação integrais apenas tornam definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade (ADIn 691-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 19 jun. 1991, p. 9519-20).

- g) decreto legislativo aprovado pelo Congresso Nacional que objetivam sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
- h) outros atos do Poder Executivo com força normativa, como pareceres da Consultoria-Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República.

Prossegue Gilmar Mendes (2007, p. 175 et. seq.) que, no direito estadual, são suscetíveis de controle:

- a) disposições das Constituições estaduais;
- b) leis estaduais de qualquer espécie ou natureza, independentemente do conteúdo;
- c) leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União;
- d) decreto editado com força de lei;
- e) regimento interno dos Tribunais estaduais e das Assembléias Legislativas;
- f) atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual.

No que tange ao “direito do Distrito Federal”, Gilmar Mendes (2007, p. 176) assevera que é suscetível de controle abstrato, uma vez que os atos distritais, não obstante as peculiaridades que marcam o Distrito Federal, são substancialmente idênticos aos atos normativos estaduais. Todavia, atos expedidos no exercício de competências legislativas municipais, diante da impossibilidade de ser proceder ao exame direto de tais espécies legislativas perante o Supremo Tribunal Federal, não são suscetíveis de controle abstrato.

Contudo, no universo de atos normativos suscetíveis de controle, alguns requisitos devem ser observados, pois, segundo Ives Gandra Martins, após longos anos da promulgação da Constituição de 1988, a jurisprudência do STF, a fim de reduzir o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, passou a tratar o assunto com mais rigor e exigir os alguns critérios para que o ato possa ser objeto de questionamento.

Assim, para ter sua constitucionalidade argüida o ato normativo – federal ou estadual - deverá apresentar as seguintes condições: “a) coeficiente de generalidade abstrata; b) autonomia jurídica; c) impessoalidade; d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes”. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 125).

Com o estabelecimento de tais requisitos são eliminados atos normativos cujo juízo comparativo tenha que ser realizado com outra norma jurídica de natureza infraconstitucional, hipótese em que restaria caracterizada uma ilegalidade – e não inconstitucionalidade – não desatando o mecanismo de fiscalização normativa abstrata ⁴².

Destarte,

mesmo que o vício jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada ⁴³.

Por tais critérios também ficam excluídos atos com efeitos concretos, entendidos como aqueles que não possuem “coeficiente de normatividade ou generalidade abstrata” ⁴⁴, não se prestando o controle abstrato ao

controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam as relações em abstrato ⁴⁵.

Gilmar Mendes (2007, p. 180 et. seq.) critica a jurisprudência do STF que afasta o controle abstrato de normas ou atos normativos de efeitos concretos, já que coloca a salvo atos que são aprovados sob a forma de lei. Para ele, não existem razões lógicas ou jurídicas “contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade” ⁴⁶.

Quanto ao direito pré-constitucional, ou seja, aquele vigente após o advento de uma nova Constituição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não acata o controle de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição, resolvendo a questão com base nos

⁴² Neste sentido, vide RTJ 133/69 e RTJ 134/559.

⁴³ Neste sentido: Rp. 1266, RTJ, 124:28; ADInMC 561 e 996, RTJ, 133:69 e 134:559.

⁴⁴ ADIn 283, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12 mar., 1990, p. 1691.

⁴⁵ ADIn 611-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 11 dez 1992, p. 23662.

⁴⁶ Cumpre lembrar, todavia, cita o próprio Gilmar Mendes (2007, p. 181), que recentemente o STF reconheceu o caráter normativo de disposições de Lei Orçamentária Anual da União (Lei n. 10.640/2003, que trata da destinação da receita da CIDE-Combustíveis): por maioria acolheu-se preliminar de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra lei orçamentária, sob o argumento de que os dispositivos impugnados eram dotados de suficiente abstração e generalidade.

princípios de direito intertemporal, em particular na regra da *lex posterior derogat priori*.⁴⁷. Igualmente, não se admite o controle do direito revogado – sendo que até o advento da ADIn (QO) 709-PR⁴⁸ – entendia-se que a revogação do ato normativo no curso do processamento da ação de direta de inconstitucionalidade, salvo se tivesse produzido algum efeito no passado, geraria a extinção da ação, por perda do objeto.

(iii) *Do caráter objetivo do controle concentrado*

O processo de controle concentrado de constitucionalidade é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como um processo de natureza objetiva, isto é, “não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político do controle de normas”⁴⁹.

Com isto se quer significar que se trata de um processo objetivo, que visa a defender a Constituição contra atos com ela incompatíveis, não se destinando, por natureza, à proteção

⁴⁷ Gilmar Mendes (op. cit., p. 181) relata que as Constituições brasileiras de 1891, 1934 e 1937 estabeleceram *cláusulas de recepção*, nos moldes da Constituição de Weimar e Bonn, as quais estabeleciam, em relação ao direito pré-constitucional as seguintes disposições: a) de um lado, assegurava-se a vigência plena do direito pré-constitucional; b) de outro, que o direito pré-constitucional incompatível com a nova ordem perdia vigência desde a data em vigor da nova Constituição. Inicialmente o STF admitia o controle abstrato do direito pré-constitucional: julgava improcedente a representação, mas reconhecia expressamente a existência de colisão de normas. Posteriormente, esta posição foi abandonada em favor de que o controle de constitucionalidade se presta, fundamentalmente, à aferição de normas pós-constitucionais. Assim, resolvia-se o litígio constitucional com base nos princípios de direito intertemporal, notadamente o princípio *lex posterior derogat priori*.

⁴⁸ A partir desta ADIn o Supremo Tribunal Federal passou a admitir que a revogação superveniente, independentemente dos efeitos residuais e concretos, prejudica o andamento da ação direta. Gilmar Mendes (op. cit., p. 199) critica esta posição, pois torna possível que o legislador consiga isentar do controle abstrato lei de constitucionalidade duvidosa, sem estar obrigado a eliminar suas consequências inconstitucionais, problema este que não é resolvido pelo controle difuso, já que, nem todos os indivíduos possuem condições de provocar o exame da matéria no controle incidental, que, pressupõe um interesse jurídico nem sempre possível de ser demonstrado. Em defesa deste argumento, tece veemente crítica ao resultado da ADIn 1.244-SP, em que o TRT da 8ª Região-Campinas havia comunicado a revogação de Resolução anterior, que concedia vantagem funcional a magistrados. A ADIn foi julgada prejudicada, em razão da revogação superveniente. Contudo, o TRT cuidou de editar outra resolução, de teor semelhante, novamente impugnada pelo Procurador-Geral da República, por meio da ADIn 1781, cuja liminar foi deferida com efeito “*ex tunc*”, a fim de determinar a devolução, *ab initio*, dos valores eventualmente pagos em desrespeito às decisões do STF, em particular a da cautelar na ADIn 1.244-4.

⁴⁹ Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 140) explica que, historicamente, desde a vigência da Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal entende que o controle abstrato de normas possui uma natureza política, por isso, o processo judicial deveria ser considerado simples forma, fato este que se tornou mais nítido no acórdão de 18 de maio de 1988, em que o STF ressaltou a objetividade do processo de controle abstrato (Rp. 1.405, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 395:415). Sepúlveda Pertence, no voto que proferiu na ADC 1 (QO RTJ 157:390-1, sob relatoria do Min. Moreira Alves) também se posiciona neste sentido. Eis o registro de suas idéias: “O controle direto de constitucionalidade, para mim, é o exercício de uma função predominantemente política, para o qual, entretanto, adotaram-se mecanismos jurisdicionais, a partir do órgão de controle, sobretudo quando se dá, como no Brasil, a competência a uma corte tipicamente constitucional, como o Supremo Tribunal e, também, da forma de exercício da função que imita o processo de partes.”.

de situações individuais ou subjetivas ⁵⁰. Para sua instauração basta a existência de um interesse público de controle ⁵¹.

Cuida-se de um processo, como ensina Gilmar Mendes, no qual “existe um requerente, mas inexistente um requerido”, mas que, nem por isto, constitui uma “atecnia ou aberração”, pois os “requerentes são titulares da ação [...] apenas para o efeito de provocar, ou não, o Supremo Tribunal Federal”. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 355 et. seq.).

Moreira Alves, no voto que proferiu na ADC 1 (QO, RTJ 157:283-3), pronuncia-se em igual sentido, asseverando que

[...] Esta Corte já firmou o entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como um processo objetivo, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflito de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados.

Por tais motivos, prossegue Moreira Alves, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se firmou no sentido de que

- a) o requerente não pode desistir da ação proposta;
- b) a *causa petendi* não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente – mas abarca todas as normas que integram a Constituição;
- c) pode se prescindir de informações dos Poderes ou órgãos de que emanou o ato normativo impugnando;
- d) não se admite assistência;
- e) não é cabível ação rescisória.

Igualmente, a eventual ausência de sujeito passivo pode decorrer do fato de que dispensa do pedido de informações – o que é regimentalmente admitido no RISTF, nos artigos 170, § 2º, *in fine* e 172.

Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 141), em parecer que emitiu no julgamento da Rp 1.405 (Relator do Ministro Moreira Alves - RTJ 395-415), comenta:

⁵⁰ A outorga de legitimidade ativa a diferentes órgãos estatais, na opinião de Gilmar Mendes (2007, p. 142), ressalta o caráter objetivo do controle de normas, uma vez que o autor não alega a existência de direitos próprios ou alheios, mas sim atua como representante do interesse público.

⁵¹ ADIn 79, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 12 set. 1989.

Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costumam chamar de processo objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*) (Hartmut Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, vol. I, p. 292). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido (*BVerfGE* 1, 14(30); 2, 143(153); 1, 208(226). ‘A admissibilidade do controle de normas – ensina Söhn – está vinculada, tão somente, a uma necessidade pública de controle’ (*Öffentliches Kontrollbedürfnis*) (Söhn, op. cit. p. 304).

Não obstante o controle concentrado compreender um processo cuja natureza é, reconhecidamente, objetiva, a Lei 9.868/99 inseriu mecanismos que permitem a instauração de uma “instrução probatória”, conforme se verá no próximo item.

(iv) *Da instrução probatória nas ações de controle concentrado. A participação do amicus curiae*

Na esteira da tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a rigor, a Lei 9.868/99 não admite a intervenção de terceiros no processo de controle abstrato (artigo 7º e 18 da Lei 9.868/99).

Contudo, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, no processo da ação direta de inconstitucionalidade, poderá o relator, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, nos termos do parágrafo segundo do artigo 7º da Lei 9.868/99.

Esta inovação consagrou, no controle abstrato de constitucionalidade, a figura do “*amicus curiae*” ou “amigo da Corte”, o qual terá por função principal trazer aos autos do processo da ação direta de inconstitucionalidade, informações que sejam relevantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal, assim como as eventuais consequências, diretas ou indiretas, da decisão que recair sobre a norma impugnada.

Embora a admissão do *amicus curiae* tenha por pressuposto o interesse público, consubstanciado na relevância da matéria, possuindo a finalidade de auxiliar na instrução do julgamento, não será admitida sua intervenção quando já iniciado ou em curso o julgamento do processo⁵².

⁵² STF – Pleno – ADIn 2.238/DF – Medida Cautelar – Rel. Min. Ilmar Galvão, Informativo do STF n. 267, p. 1.

Regra geral, o *amicus curiae* deverá se manifestar por escrito, sendo que excepcionalmente poderá realizar sustentação oral ⁵³. A jurisprudência do STF não vem admitindo o litisconsórcio ativo ou passivo ⁵⁴ ou a intervenção assistencial de terceiro concretamente interessado, por se entender inadmissível o acesso de terceiros interessados em defender direitos subjetivos em um processo de controle abstrato.

Além da possibilidade da participação do *amicus curiae*, no caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria ⁵⁵.

Poderá ainda solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição. Em ambas as hipóteses, o prazo para manifestação será de 30 dias, contados da solicitação do Relator.

As inovações trazidas no processo de controle abstrato abrandaram o caráter objetivo do processo de controle de constitucionalidade, rompendo com a idéia, baseada em uma leitura radical do modelo hermenêutico clássico (no qual se postula o mero juízo de compatibilidade entre a norma impugnada e a norma constitucional superior) de que não seria possível a dilação probatória na ação direta de inconstitucionalidade ⁵⁶.

O caso *Brandeis-Brief* ⁵⁷, em que os memoriais utilizados apresentavam duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras cento e dez voltadas aos efeitos da longa duração do

⁵³ STF – Pleno – ADIn 2.675/PE – Rel. Min. Carlos Velloso. STF – Pleno ADIn 2.777/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Informativo do STF n. 331.

⁵⁴ Vide RTJ 82/44 e 87/55; ADIn 1512/RR, Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁵⁵ Não obstante a utilidade do dispositivo, é necessário ponderar que a sua aplicação não pode atrasar a tutela da ordem constitucional. Neste caso, havendo indícios patentes da inconstitucionalidade da norma, a concessão de liminar é sobremaneira útil. Exemplo disto é a liminar deferida monocraticamente pelo Min. Sepúlveda Pertence, na ADIn 2.176, ajuizada em face de lei estadual que criava incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria de magistrados e funcionários públicos e as pensões de seus dependentes. A norma estadual possuía teor idêntico às normas da lei federal, questionadas na ADIn 2.138. Antes mesmo da coleta de informações ou outras medidas, a fim de evitar o desconto, foi suspensa a vigência e eficácia da norma impugnada.

⁵⁶ Diz Gilmar Mendes (2007, p. 271), *in verbis*: “Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial da própria metodologia jurídica. É certo que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tem levado o Supremo Tribunal Federal a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não podem ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade”.

⁵⁷ O caso “*Brandeis-Brief*” consiste no “memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no case *Müller versus Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher - permitiu que se desmistificasse a concepção

trabalho sobre a situação da mulher é o exemplo lembrado, por Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 271), que vem a demonstrar que a questão constitucional não constitui mera questão jurídica, comportando, também, a análise de questões fáticas ⁵⁸.

Assim, dentro de tal ordem de idéias, as Leis 9.868/99 e 9.882/99 cuidaram de inserir, no processo de controle abstrato, uma série de dispositivos que admitem esta premissa e inauguram a possibilidade de uma verdadeira “dilação probatória” no processamento das ações constitucionais.

Gilmar Mendes (1999, p. 187), tecendo comentários ao projeto de lei que deu origem à Lei 9.868/99, observa que:

[...] O projeto preserva a orientação contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também na ação declaratória de constitucionalidade (arts. 7º e 18). Constitui, todavia, inovação significativa a autorização para que outros titulares do direito de propositura da ação direta possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir a juntada de documentos úteis para o exame da matéria no prazo das informações, bem como apresentar memoriais (arts. 7º, § 1º, e 18, § 1º). Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (arts. 7º, § 2º, e 18, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do "amicus curiae" no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

Outra inovação consta dos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, do projeto, que autorizam o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data, para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples "questão jurídica" de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição (cf., a propósito, Kermit L. Hall, *The Supreme Court*, p. 85.). Hoje, não há como negar a "comunicação entre norma e fato" (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que constitui condição da própria interpretação constitucional (cf., Marenholz, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54). É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos (Marenholz, op. cit., p. 54) (MENDES, 1999, p. 187).

⁵⁸ Também digno de nota é o caso *Webster vs. Reproductive Health Services* (1989), sobre a possibilidade de realização de aborto. A Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais – *briefs*, sobre os mais variados aspectos da controvérsia, por parte de 25 senadores, 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto. (MARTINS; MENDES, 2007, P. 281).

O modelo adotado amplia a participação de terceiros – interessados ou não – bem assim permite que o Supremo Tribunal Federal possa colher dados fáticos e se valer de elementos técnicos para apreciar o ato questionado.

Tais possibilidades são dignas de aplauso, pois, além de constituírem um importante instrumento para a informação racional - e não meramente intuitiva - dos julgadores, permite a participação de outros grupos sociais, o que, em processos de grande significado social, pode representar um importante avanço na temática da legitimidade da jurisdição constitucional ⁵⁹.

(v) *Nomenclaturas de efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade*

Na literatura sobre o controle de constitucionalidade encontram-se, com frequência, as seguintes expressões, relacionadas aos efeitos da decisão prolatada no controle de normas. São elas: *efeitos “ex nunc”*; *efeitos “ex tunc”*; eficácia *“erga omnes”* e efeito *vinculante*.

A decisão dotada de efeitos *“ex nunc”* vem a significar que os seus efeitos não irão retroagir ao nascimento da norma inconstitucional. Os efeitos de uma decisão que possui efeitos *“ex tunc”*, por seu turno, deverão retroagir ao nascedouro da norma inconstitucional.

A eficácia *“erga omnes”* significa que a decisão irá projetar seus efeitos em relação a todos, ao passo que o efeito vinculante tem por consequência vincular aos seus efeitos apenas o Poder Executivo e o Poder Judiciário, não havendo impedimento para que “o Legislativo reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma posterior, o que implica necessidade de o controle concentrado ser novamente suscitado, caso a norma venha a ser reproduzida com os mesmos vícios” (MARTINS; MENDES, 2007, p. 113) ⁶⁰.

Em relação à celeuma de se atribuir efeitos *“erga omnes”* vinculantes apenas para as decisões definitivas de mérito em ações declaratórias, a controvérsia foi dirimida pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004, a qual, alterando a redação do § 2º do

⁵⁹ Nada obstante, Ana Letícia Queiroga de Mattos (2005), adverte que “[...] desconsiderando ou, ao menos, não despejando o devido valor à abertura prevista em referida lei ordinária, o Supremo Tribunal Federal, vem demonstrando notório descaso e desdém para com tal inovação. Desde sua entrada em vigor, em 1999, o STF vem tratando do assunto de forma incoerente e ilógica, já que ainda prevalece o intuito de restringir o exercício do poder do *amicus curiae*, simplesmente à interposição de memorial, extraindo-lhe a possibilidade de sustentação oral”.

⁶⁰ Nestas hipóteses o Tribunal entende ser cabível ajuizar reclamação com base na decisão do controle abstrato da norma anterior, vide ADIn 864-1, DJ, 17 set 1993; ADInMC 1.850, DJ, 27 abr. 2001.

artigo 102 da CRFB/1988, dissipou quaisquer dúvidas de que tal efeito também é reservado às decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Outro ponto digno de nota é a eficácia retroativa dos provimentos cautelares em sede de controle concentrado. Apesar de, a rigor, poder ser “*ex tunc*”, se o Tribunal assim o declarar (vide, por exemplo, ADInMC 2.196, DJ 18 ago 2000) ⁶¹ – sua eficácia é, quase sempre, “*ex nunc*”.

Sobre a possibilidade da concessão de liminares no sistema abstrato, Sylvio Motta e William Douglas (2000, p. 109), embora não fosse estranha nos julgamentos anteriores à Lei 9.868/99, aplaudem a positivação da possibilidade, afirmando que a concessão da medida liminar produz significativa alteração no ordenamento jurídico, funcionando como

[...] uma espécie de antibiótico emergencial a fim de evitar que o ‘vírus’ detectado pelo sistema imunológico do organismo estatal continue a se reproduzir na corrente sanguínea do Estado, regulando de forma metabolicamente inconstitucional inúmeras relações jurídicas.

Já as decisões definitivas possuem eficácia “*ex tunc*”, podendo, entretanto, ser dotadas de eficácia “*ex nunc*”, se assim o Tribunal decidir.

Tal interpretação se infere da própria redação dos artigos 11 da Lei 9.882/99 e 27 da Lei 9.868/99, ainda que o Supremo Tribunal Federal, onde predomina o postulado da nulidade da lei inconstitucional, antes mesmo do advento desta norma, já decidia nesse sentido ⁶². No próximo item, este ponto será melhor analisado.

Em resumo, portanto, no controle abstrato de normas, a decisão proferida terá eficácia vinculante ⁶³ e contra todos (“*erga omnes*”).

⁶¹ ADI (Med. Liminar) 2196-6, Origem: Rio de Janeiro, Relator Ministro Moreira Alves. Requerente: Procurador-Geral da República (art. 103, VI, CRFB/1988), Requerente: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Atendendo à solicitação formulada pelo Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro – SINDALERJ. Dispositivo Legal Questionado: Das expressões “e inativos” e “e/ou proventos” contidas no art. 011 e no art. 012, § único da Lei 3311, de 1999, do Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 3311, de 30 de novembro de 1999. Fundamentação Constitucional: Art. 40, §º 12; Art. 195, II. Liminar Deferida: Por unanimidade, o Tribunal deferiu o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade, com eficácia *ex tunc*, no art. 011, as expressões “e inativos” e “e/ou proventos”, e, suspender também, na totalidade, o artigo 012 e seu parágrafo único, ambos da Lei nº 3311, de 30 de novembro de 1999, do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente) - Plenário, 08.06.2000.

⁶² É o que relata Ives Gandra Martins: “[...] não obstante a nulidade *ab initio* do ato normativo, em virtude de sua inconstitucionalidade, configurou-se a impossibilidade material de suprimir integralmente seus efeitos, de forma a retroceder ao *status quo ante*”. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 117).

⁶³ Embora haja dissenso quanto ao efeito vinculante da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória não passa de uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado (MENDES, 2007, p. 112). [Rcl (AgR QO) 1.880-SP, Informativo STF, n. 289, 4 a 8 nov. 2002].

A vinculação abrange todos os órgãos do Poder Judiciário⁶⁴ e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (artigo 102, § 2º, CRFB/1988), não atingindo, contudo, o Poder Legislativo, que pode, em tese, posteriormente à decisão do Supremo Tribunal, legislar em sentido contrário à decisão prolatada, o que não inibirá, todavia, um novo controle de constitucionalidade⁶⁵.

(vi) *Da teoria das nulidades no Direito Público e o controle da constitucionalidade*

O postulado da nulidade da lei inconstitucional encontra-se majoritariamente sedimentado no seio da doutrina brasileira, que, igualmente, de forma majoritária, equipara inconstitucionalidade e nulidade, na esteira da antiga doutrina americana de que “the unconstitutional statute is not law at all”⁶⁶.

Entretanto, a adesão à doutrina americana pouco contribuiu para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no direito brasileiro, não restando sequer assentada a fundamentação dogmática da nulidade *ipso jure*, da eficácia “*erga omnes*” ou a retroatividade “*ex tunc*” da declaração de inconstitucionalidade. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 467).

Octávio Campos Fischer (2005, p. 191) registra que a “a teoria da nulidade das normas constitucionais foi importada sem maiores reflexões e manteve-se intacta, como um verdadeiro dogma”.

Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1968, p. 140 et. seq.) assinala que os tratadistas brasileiros acataram linearmente a doutrina norte-americana, repetindo, sem buscar o motivo, causa ou fundamento que “[...] a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – “*is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*”⁶⁷.

⁶⁴ Modificando jurisprudência anterior, o STF admitiu a possibilidade de reapreciar questão já tratada pela Corte. Vide STF – Pleno – ADIn 2675/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, decisão 26.11.03.

⁶⁵ Alexandre de Moraes (2004, p. 649) entende em sentido oposto. Para ele “os efeitos vinculantes aplicam-se inclusive ao legislador, que não poderá editar nova norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou ainda, norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal; ou mesmo, estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional”.

⁶⁶ “O estatuto inconstitucional não é lei de forma alguma” (tradução livre).

⁶⁷ “É para ser considerado como que nunca, em nenhum tempo, possuiu alguma força legal” (tradução livre).

Neste ponto, revela-se a utilidade da investigação da evolução histórica do controle de constitucionalidade, porquanto, por meio de tal estudo percebe-se a gênese das incoerências em nosso sistema.

Por exemplo, no modelo difuso adotado no Brasil - de inspiração norte-americana e no qual se aceita, sem reservas, o postulado da nulidade da lei inconstitucional - quando a pronúncia de nulidade da norma ocorre no caso concreto, ela pode continuar a ser validamente aplicada, até que, a depender da manifestação do Senado, venha a ter sua execução suspensa, nos termos do artigo 52, inciso X da CRFB/1988.

A explicação é que no Brasil, quando se importou o controle difuso, não se pode importar, por ausência de tradição do *common law*, a força vinculante da *stare decisis*, que, no caso norte-americano, confere segurança à Suprema Corte de que nenhum outro Tribunal irá aplicar a norma declarada inconstitucional anteriormente.

E isto porque quando a Suprema Corte declara uma lei inconstitucional, esta é considerada nula, *dead law*, ou seja, não pode ser aplicada por outro órgão do Poder Judiciário, pois como norma nula que é, não pode ser validamente aplicada, sob pena de contrariar todo o sistema e violar a autoridade das decisões do órgão de cúpula.

A lógica deste raciocínio é irretorquível. Se o órgão constitucionalmente legitimado para o controle declara a norma inconstitucional, esta não pode permanecer no sistema, para ser validamente aplicada por tribunais inferiores e outros órgãos da Administração Pública.

Afinal, a norma foi expulsa do sistema; seria uma violação à autoridade da Suprema Corte e, por conseguinte, às competências que constitucionalmente lhes são outorgadas, que uma norma declarada inconstitucional, continuasse a ser aplicada.

Assim, ao seu modo, a jurisprudência americana, que não contava com um mecanismo processual assemelhado à *força de lei* do direito alemão, assegurava coerência ao postulado da nulidade da lei inconstitucional com a força vinculante do *stare decisis*.

Contudo, este ponto crucial do sistema norte-americano não é acolhido no Brasil, que, sem possuir a tradição do *stare decisis* do direito norte-americano ou a força de lei do direito alemão, limita-se apenas a repetir o postulado da lei inconstitucional, proclamando que os órgãos estatais ficam inibidos de aplicarem a norma assim declarada, que, por ser nula, não gera direitos ou obrigações⁶⁸.

⁶⁸ Rp. 980, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 96:508.

Ou seja, no controle difuso, afirma-se dogmaticamente que a lei inconstitucional é nula, mas, na prática, o reconhecimento desta nulidade, salvo resolução senatorial ⁶⁹, só gera efeitos no caso concreto e para as partes envolvidas no processo, não tendo eficácia “*erga omnes*” e força vinculante a decisão que a declara, conseqüências que, em si, são incompatíveis com o dogma da nulidade da lei inconstitucional originalmente construído no direito norte-americano.

E nem mesmo se pode afirmar que a súmula vinculante possa dirimir tal contradição, visto que, se por exemplo, em determinada matéria não for editada a súmula vinculante, restará a “sobrevivência” da lei declarada inconstitucional, no controle difuso.

E os problemas do postulado da nulidade da lei inconstitucional persistem no sistema do controle concentrado, em que a matriz européia, fonte de inspiração, enfatiza a anulabilidade da lei inconstitucional e o caráter político da decisão que a declara, fazendo com que possua *força de lei* (que, como tal, não pode gerar efeitos retroativos, efeito típico nulidade). E estes aspectos da doutrina européia também não são acolhidos no Brasil.

A decisão prolatada no controle abstrato, no Brasil, não possui força de lei, porquanto vincula apenas o Poder Executivo e o Poder Judiciário. E o reconhecimento da inconstitucionalidade, *in abstracto*, importa o reconhecimento da nulidade – e não anulabilidade - da lei ⁷⁰.

Destarte, divórcio dos referenciais teóricos que originaram o sistema de constitucionalidade no Brasil, faz com que o sistema de constitucionalidade brasileiro seja invulgar em relação aos sistemas de origem, de modo que invocar precedentes doutrinários europeus ou norte-americanos para defender esta ou aquela posição, para explicar as particularidades de nosso sistema de controle de constitucionalidade, é uma tarefa que requer

⁶⁹ Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 469 et. seq.) assevera que ainda que se admitisse que a suspensão da execução da norma por resolução senatorial retira a norma do ordenamento jurídico, ainda assim o instituto, tal como interpretado e praticado entre nós, vai contra a teoria da nulidade da lei inconstitucional, pois a não-aplicação geral da lei depende de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito.

⁷⁰ Importa registrar que Leitão de Abreu, no REC 79.343 (RTJ 82:795) empreendeu, no âmbito do STF, uma tentativa de sustentar, com base na teoria de Kelsen, a anulabilidade da lei inconstitucional para o caso concreto. Na sua argumentação, assevera que uma lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria da presunção de constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria efeitos que não poderiam ser desprezados. Assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade – por ser anulável a lei inconstitucional – teria caráter constitutivo e não declaratório. E, em reforço de sua tese, prossegue Leitão de Abreu que “a tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.

um grande esforço analítico, a fim de não aprofundar ainda mais os dissídios que, em grande escala, permeiam o debate acerca do controle de constitucionalidade, no Brasil.

2.5.3.2 Da modulação dos efeitos da decisão prolatada no controle concentrado de constitucionalidade

(i) *Considerações iniciais*

As Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, a primeira, que trata do processo e o julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade e a segunda, da arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, inseriram, respectivamente, nos seus artigos 27 e 11, a possibilidade da modulação (também denominada de calibração ou manipulação) dos efeitos da decisão prolatada no controle concentrado de constitucionalidade.

Referidos dispositivos possuem a seguinte redação:

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.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

Inicialmente, importa registrar que a tentativa de inserção expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, da possibilidade da manipulação dos efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade não é nova.

Já na Assembléia Constituinte de 1986/88, um projeto do então Senador Maurício Corrêa propugnava a inserção de dispositivo que autorizasse o Supremo Tribunal Federal a

determinar, no controle abstrato, se a norma legal ou ato normativo, perderiam a eficácia “desde a sua entrada em vigor ou a partir da publicação da decisão declaratória”.

Tal projeto, inspirado no artigo 282, n. 4 da Constituição portuguesa, foi rejeitado, preservando-se, assim, o postulado de nulidade da lei inconstitucional (MARTINS; MENDES, 2007, p. 483).

Na jurisprudência, igualmente, a questão da modulação não era estranha ao Supremo Tribunal Federal.

Na ADIn 513/DF (RTJ 141:739), proposta contra dispositivo da Lei 8.134/90 – que tratava de índice de correção aplicável a fatos anteriores - cogitou-se a existência de “excepcional interesse social” para afastar-se o postulado da nulidade da lei inconstitucional. Neste julgamento, o Ministro Célio Borja assim registrou:

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

Na ADIn 1.116/DF (RTJ 160:805), a questão da modulação dos efeitos e “reserva do possível” também foi suscitada. O Ministro Maurício Corrêa, assim se pronunciou:

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

Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADIn 1.102/DF (Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 09-04-94), chegou a cogitar a pertinência de igual discussão, contudo, por entender que a inconstitucionalidade do dispositivo questionado (da Lei 7.787) já havia sendo largamente questionada desde o início de sua vigência, no controle difuso, sendo poucas as decisões favoráveis à Previdência Social, não seria caso de se cogitar do rompimento do dogma da nulidade da lei inconstitucional, a fim de protair o início da eficácia “*erga omnes*”

da declaração, por considerar que, na hipótese, a admissão de tal solução, se generalizada, traria o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade. Assim, não se trata, propriamente, de uma novidade.

Todavia, Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 434), um dos autores do Projeto que deu origem à redação do artigo 27 da Lei 9.868/99, coloca que a autorização expressa para a manipulação dos efeitos da decisão proferida no controle concentrado veio suprir uma insuficiência das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade, porquanto a opção radical entre a constitucionalidade plena ou a declaração de inconstitucionalidade com eficácia “*ex nunc*” demonstrou ser insuficiente para atender a complexidade da grande gama de questões constitucionais atuais.

Trata-se, então, de uma “*inovação*” que constituiu, sobretudo, uma exigência de ordem prática, revelada pela deficiência do dualismo do “*tudo ou nada*” que até então dominava doutrina e jurisprudência relativas às possibilidades de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que, muitas vezes, à míngua de um instituto que estabelecesse o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, eximia-se de proferir um juízo de censura da norma eivada com tal vício (MENDES, 1999, p. 187).

Pela nova legislação, permite-se, por meio de uma maioria diferenciada (dois terços dos votos), que o Supremo Tribunal Federal decida estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia “*ex nunc*” ou “*pro futuro*”, afastando, assim, “*in concreto*” e em casos excepcionais, o princípio da nulidade da lei inconstitucional em benefício dos postulados da segurança jurídica e do interesse social (MENDES, 1999, p. 187).

Assim sendo permite-se a manipulação, modulação ou calibração dos efeitos das decisões proferidas no controle de constitucionalidade.

Ivo Dantas (2003, p. 450) assinala que este é o ponto mais delicado de toda a lei, pois modifica o entendimento consagrado no Brasil de que a lei inconstitucional é nula e como tal não pode gerar efeitos ⁷¹.

⁷¹ Oswaldo Luis Palu (2001, p. 87) adere a este posicionamento e entende que não é mais sustentável afirmar que, no Brasil, impere o postulado da lei inconstitucional. Eis o registro de suas idéias: “Hoje, com a edição da Lei 9.868/99, entendo que tal posição se torna insustentável, como regra. [...]”. Em sentido oposto, José Carlos Francisco (2005), para quem as Leis 9.868/99 e 9.882/99 não alteraram a natureza da norma inconstitucional – que, para ele, continua a ser compreendido como uma norma nula. Diz o autor: “Acreditamos que a norma inconstitucional continua sendo nula de pleno direito, a despeito da competência confiada ao Supremo Tribunal Federal pelas Leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99, pois em hipótese alguma os preceitos inconstitucionais poderão ser convalidados. O que essas leis permitem é a manutenção temporária dos efeitos das normas irremediavelmente inconstitucionais, cuja decisão fica a critério do prudente arbítrio de razoabilidade e de proporcionalidade do Supremo Tribunal Federal, certamente para casos cuja aplicação do efeito *ex tunc* provocaria transtornos maiores do que os apresentados para manutenção daquilo que foi feito com base nos dispositivos inconstitucionais”. Ives

Um ponto que demanda esclarecimentos, desde logo, refere-se ao fato de que o presente estudo opta em centralizar as atenções na modulação dos efeitos apenas no controle concentrado, por se entender que o instituto é incompatível com o controle difuso.

A manipulação de efeitos da decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade, além de não possuir previsão legal nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, esbarra no direito fundamental de acesso à justiça, tornando inócuo o controle incidental de constitucionalidade, acarretando assim manifesto desrespeito à Constituição.

No Direito português, esta discussão também já foi suscitada, os argumentos de Luis Nunes Almeida (p. 136, *apud* FISCHER, 2005, p. 198):

Quanto à fiscalização concreta, o juízo de inconstitucionalidade repercute-se somente no caso dos autos e, nos termos da Constituição e da lei o Tribunal não dispõe aí de competência para restringir os efeitos da decisão. Na verdade, é princípio geral que, nos feitos submetidos a julgamento, nenhum tribunal possa aplicar normas inconstitucionais, pelo que se compreende que, uma vez julgada a norma inconstitucional, a sua não aplicação ao caso concreto constitua uma consequência automática e directa daquele juízo ⁷².

Fixados estes pontos, resta examinar a evolução da manipulação dos efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade no Direito Comparado, cujo estudo ilustra a questão e auxilia a compreensão do caso brasileiro.

Gandra Martins, por seu turno, opina que ainda prevalece o postulado da lei inconstitucional. Para ele, salvo manifestação em sentido contrário, a lei inconstitucional sempre terá efeito *ex tunc*, ou seja, desde a sua edição. Eis o registro de suas idéias (2006c, p. 257): “[...] sempre que não houver expressa declaração quanto à eficácia da decretação de inconstitucionalidade, pressupõe-se que a lei é inconstitucional *ex tunc*, ou seja, desde sua edição”.

⁷² Em sentido oposto, conferir importante análise do Ministro Gilmar Mendes sobre a possibilidade de manipulação dos efeitos da decisão no controle difuso (STF – Pleno – Medida Cautelar – Ação Cautelar n. 189-7/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Diário da Justiça, Seção I, 15 abr. 2004, p. 14). Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 511) é um grande defensor da manipulação dos efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade, ressaltando que a limitação dos efeitos não é incompatível com o controle difuso. Relata que no direito norte-americano não é rara a pronúncia de inconstitucional sem atribuição de eficácia retroativa, notadamente nos casos de decisões que introduzem alteração na jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se a processos pendentes (*limited prospectivity*) e, em outros, a eficácia *ex tunc* se exclui de forma absoluta (*pure prospectivity*). O STF, por seu turno, já admitiu a modulação dos efeitos no controle incidental no seguinte julgamento: RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07-05-2004. Neste recurso, discutiu-se a constitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira-Estrela/SP que teria fixado número de vereadores em afronta ao artigo 29, IV da Constitucional. O STF concluiu sobre a inconstitucionalidade, em virtude da desproporcionalidade do número de vereadores com a população local. Contudo, a fim de não gerar repercussões danosas e instabilidade jurídica, colocando em xeque as decisões já tomadas pela Câmara de Vereadores nos períodos anteriores, preservou-se o modelo na legislação atual, atribuindo-se efeito “pro futuro” à decisão.

(i.1) Direito português

Lembra Octavio Campos Fischer (2005, p. 193) que o modelo de controle de constitucionalidade atualmente existente no Brasil inspirou-se fortemente no direito português⁷³.

O artigo 282 da Constituição portuguesa reconhece expressamente a possibilidade de o Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando assim exigirem as hipóteses de “segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”⁷⁴.

Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 443) anota que além de razões estritamente jurídicas – segurança jurídica e equidade – o direito constitucional português agregou uma cláusula de caráter político – interesse público de excepcional relevo⁷⁵ - como justificadores da limitação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

E, prossegue o autor, que, não obstante o caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o artigo 282 (4) da Constituição portuguesa, a doutrina e

⁷³ Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza (2004, p. 322 et. seq.) destaca as influências recíprocas do desenvolvimento do Direito Constitucional português e brasileiro. Um relato completo das ordenações constitucionais dos dois Estados, desde o século XIX expressa um panorama comparativo entre os dois Estados. No campo do controle de constitucionalidade, registra o autor, ambas as Constituições vêm realizando uma “salutar competição”. Diz ele: “[...] a atual Lei Maior lusitana, principalmente com a revisão sofrida em 1982, aperfeiçoou, consideravelmente, o seu sistema de fiscalização de constitucionalidade em concreto, mantendo o controle judicial difuso, mas criando o controle concentrado, à moda brasileira, só que em Tribunal Constitucional, o que foi um passo além. No tocante ao controle em tese ou em abstrato, a Constituição Portuguesa adotou o sistema que o Brasil já consagrara desde 1946, mas o ampliou substancialmente, ao permitir, no seu artigo 281, que além do Procurador Geral da República, outras autoridades de alto nível também possam requerer o controle de constitucionalidade em tese de quaisquer normas. Tal dispositivo veio a inspirar a elaboração do artigo 103 da Constituição Brasileira de 1988, mais amplo ainda que seu congênere português, ao abrir a várias autoridades e entidades a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. O artigo 283 da Constituição Portuguesa estabeleceu a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para tomar exequíveis as normas constitucionais. A Constituição Brasileira ‘imitou’ tal dispositivo, também criando, no § 2º do seu artigo 103, o controle de inconstitucionalidade por omissão. Tanto o preceito português como o brasileiro são muito importantes, mas ambos fracos e tímidos no que concerne à sanção ali prevista”.

⁷⁴ Jorge Miranda (1988, p. 500 et. seq.) comentando o referido dispositivo, afirma que visa a adequar os efeitos da inconstitucionalidade: “[...] às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez para que pudesse comportar, em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal viesse a não decidir pela inexistência da inconstitucionalidade”.

⁷⁵ Rui Medeiros (1999, p. 703 et. seq.) salienta que ao contrário do que imaginado por alguns autores, o conceito indeterminado relativo ao interesse público de excepcional relevo não é mero conceito de índole política, não restringe a constitucionalidade estrita, muito menos a substitui por uma constitucionalidade política ou coloca a razão de Estado em lugar da razão da lei. Na verdade, diz o autor português, esta cláusula nasceu da constatação de que a equidade e a segurança jurídica não esgotavam o universo de valores últimos do direito, que, em situações manifestamente excepcionais, podiam justificar a limitação de efeitos. Traduz, então, interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis às noções de segurança jurídica e equidade, expressando valores constitucionais e não simples fórmulas de política judiciária.

jurisprudência lusitanas entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal não o autoriza a lavrar decisões arbitrárias, condicionadas que estão ao princípio da proporcionalidade, pois a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade “resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos” (MIRANDA, 2003, p. 44 et. seq.).

Rui Medeiros (1999, p. 703 et. seq.) salienta as três vertentes da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), para explicar que na proporcionalidade em sentido estrito, a perspectiva pode se dar tanto no aspecto da limitação dos efeitos quanto da declaração de inconstitucionalidade.

Na primeira hipótese – limitação dos efeitos – o problema se situa em saber se as consequências da inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, portanto, ponderar os interesses afetados pela norma inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória.

Na segunda hipótese – a própria declaração de inconstitucionalidade – a eficácia “*ex tunc*” tem primazia e só poderá ser afastada se a eficácia retroativa e repristinatória envolver, no juízo de ponderação entre a reafirmação da ordem jurídica *versus* o interesse de eliminação dos fatores de incerteza e insegurança (que, a princípio, a retroatividade acarreta), se houver sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo.

(i.2) Direito norte-americano

Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 435 et. seq.) explica que, no direito norte-americano, embora seja enfática a defesa do postulado da lei inconstitucional – que para ele representa uma *contradictio in terminis* pois “the unconstitutional statute is not law at all”⁷⁶ – passou a ser mitigado, após a Grande Depressão.

⁷⁶ Em outro trabalho, Gilmar Mendes registra: “É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “*the unconstitutional statute is not law at all*” (cf., W. W. Willoughby, *The Constitutional law of the United States*, vol. I, p. 9-10; cf., também, Thomas M. Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a

Desde então, a Suprema Corte vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa dos juízos de inconstitucionalidade.

A polêmica teve início no caso *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961), o qual, superando a jurisprudência anterior da Suprema Corte julgou inadmissível o uso de provas ilícitas no processo criminal. Dolree Mapp foi condenado com base em provas colhidas em sua residência sem um mandado de busca e apreensão.

A Suprema Corte afirmou que a “regra de exclusão” prevista na 4ª Emenda, também se estendia às Cortes Estaduais, de modo que a prova obtida ilegalmente não seria admissível em um juízo penal.

A decisão foi muito criticada e, como era de se esperar, ensejou a impetração de inúmeros *habeas corpus*, com o objetivo de assegurar a aplicação retroativa do precedente. Entre eles, o caso paradigma – *Linkletter v. Walker* – no qual se buscava a revisão criminal da condenação de Linkletter, que fora condenado baseado em um sistema de provas julgado posteriormente ilícito, pela Suprema Corte, por ser contrário ao princípio do *due process of law*.

No julgamento deste caso, a Suprema Corte afirmou que a Constituição nem proíbe nem exige o efeito retroativo (ou seja, entendeu-se que a questão dos efeitos não tinha definição constitucional), tratando-se a retroatividade como um assunto puramente de política judiciária.

O juiz Clark, então, fixou a idéia de que as regras do caso *Mapp* visavam apenas a desestimular ações ilegais da polícia, proteger a privacidade das vítimas e impor que órgãos federais e estaduais agissem de modo padronizado, não se podendo outorgar efeitos retroativos à referida decisão, porquanto que acabariam por “quebrantar a confiança que órgãos do Estado depositaram em *Wolf v. Colorado* e importaria numa desmedida carga de trabalho para a administração da Justiça”.

Deste modo, a extensão retroativa do precedente *Mapp* aos casos já julgados foi considerada inviável porque causaria enormes problemas para a Administração da Justiça. A opinião majoritária da Suprema Corte, registrada por Christina Aires Lima (2000, p. 84, *apud* MARTINS; MENDES, 2007, p. 438) foi a seguinte:

Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e

efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar a operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de ‘depreciar’ a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que ‘na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência’ (*United States Reports*, 381:629). E mais adiante ressaltou: “A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde” (*United States Reports*, 381:637).

Em resumo, Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 439) ensina que a jurisprudência americana admite:

- a) decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou ilimitados (*limited retrospectivity*);
- b) a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser *limitada* (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como *ilimitada* (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem.

(i.3) Direito austríaco

No Direito austríaco não se reconhece a nulidade, mas sim a anulabilidade da lei inconstitucional, não se reconhecendo, por conseguinte, o caráter declaratório da pronúncia de inconstitucionalidade. A decisão possui força jurídica até sua cassação, exercendo o Tribunal Constitucional o papel de legislador negativo. Utiliza-se, com frequência, a técnica de decisão de “interpretação conforme a constituição”, excluindo-se a possibilidade de aplicação da lei com o sentido reputado inconstitucional, “e, não raras vezes, o Tribunal rompe o papel de legislador negativo, estabelecendo a única interpretação compatível com o texto constitucional” (MARTINS; MENDES, 2007, p. 440).

A declaração de inconstitucionalidade é dotada de eficácia “*ex nunc*” (a contar da publicação do julgado, salvo se o Tribunal estabelecer prazo – não superior a dezoito meses - para entrada em vigor da cassação, ou seja, a lei permanece em vigor dentro deste prazo (MARTINS; MENDES, 2007, p. 441).

(i.4) Direito alemão

A Corte Constitucional alemã adota três diferentes técnicas de decisão:

- a) a declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional alemã);
- b) a decisão de apelo – ou apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), na qual o Tribunal exorta o legislador a corrigir lei em processo de inconstitucionalização⁷⁷;
- c) declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade⁷⁸.

Contudo, relata Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 446 et. seq.) desde o início do século a doutrina alemã diagnosticava os problemas das técnicas de apelo ao legislador e declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Na prática, por meio da decisão de apelo ao legislador, o Tribunal se abstém de emitir um juízo de desvalor da norma inconstitucional para evitar consequências práticas danosas.

⁷⁷ A expressão *Appellentscheidung* foi utilizada pela primeira vez no caso *Rupp v. Brünneck*, de 1970, em que antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a rejeição da inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias. A expressão, na doutrina germânica, comporta duas acepções: a) decisão na qual o Tribunal reconhece situação “ainda constitucional”, anunciando a eventual conversão de constitucionalidade imperfeita numa situação de completa inconstitucionalidade; b) decisões do *Bundesverfassungsgericht* que declaram a inconstitucionalidade da norma, sem, contudo, pronunciar sua nulidade. Seja como for, a expressão recebe críticas da doutrina, que sustenta que o “apelo ao legislador” configura uma tentativa de compensar, mediante uma decisão judicial, o déficit do processo de decisão parlamentar – *Kompensation parlamentarischer Entscheidungsdefizite* - não dispondo a Corte Constitucional de competência para estabelecer prognósticos, não se podendo estabelecer, com segurança, o momento de conversão da situação “ainda constitucional” no estado de “inconstitucionalidade”. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 448 et. seq.).

⁷⁸ Também a Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada decisão de apelo (*Appellentscheidung*), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (*es ist noch verfassungsgemäss*), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade (cf., sobre o assunto, entre nós, Gilmar Ferreira Mendes, O Apelo ao Legislador - *Appellentscheidung* - na Práxis da Corte Constitucional Alemã, in RDP nº 99, p. 32 s.). Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, e do apelo ao legislador, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Desde 1970, prevê o § 31, (2), 2º e 3º períodos, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade) de uma lei. A Constituição portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1982, consagrou fórmula segundo a qual, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (art. 281º) (4). (MENDES, 1999, p. 187).

Outro inconveniente é que, até que se consolide o estado de inconstitucionalidade, a decisão não obriga o órgão legislativo a empreender qualquer providência (ainda que o “apelo” se incorpore na parte dispositiva da decisão e, por isto, seja dotado com força de lei – já que somente as decisões expressamente previstas em lei – declaração de constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade, declaração de nulidade – podem fazer coisa julgada ou serem dotados de força de lei).

Ou seja, o apelo adquire o caráter de mero “*obiter dictum*” – ainda que esta não seja a intenção da Corte Constitucional, pois a sentença de rejeição de inconstitucionalidade não pode ser proferida com a imposição de um dever de legislar.

Na declaração de inconstitucionalidade (ou incompatibilidade) sem pronúncia de nulidade, os problemas também foram diagnosticados pela doutrina alemã. Esta técnica de decisão nasceu com diferentes propósitos.

O primeiro seria o propósito de corrigir vulnerações ao princípio da igualdade, tal como na situação em que a lei, de forma arbitrária, concede certos benefícios a determinado grupo, excluindo expressa ou implicitamente, outros. O dilema que se coloca neste tipo de situação é excluir o benefício da classe indevidamente contemplada – hipótese que não satisfaz o grupo excluído (que receberia “*pedra, ao invés de pão*” – *Steine Statt Brot*) ou estender o benefício ao grupo excluído, hipótese que esbarraria, salvo em situações excepcionais, na limitação das repercussões orçamentárias^{79 80}.

O segundo propósito, no uso da técnica da declaração de incompatibilidade sem pronúncia de nulidade é o de resolver a omissão legislativa, a qual pode ser objeto de tal técnica de decisão na hipótese em que a norma não atende as exigências constitucionais ou as

⁷⁹ Percebeu-se, então, na doutrina germânica, que os casos de ofensa à isonomia não poderiam ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade, pois há uma relatividade – relação de comparação entre as situações – que leva a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*), ou seja, não se trata de ser inconstitucional a norma “A” ou “B”, mas sim que há uma *relação normativa inconstitucional* que não pode ser superada mediante uma decisão de índole cassatória, pois esta não atingiria os objetivos pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar (MARTINS; MENDES, 2007, p. 456).

⁸⁰ No Brasil, a jurisprudência do STF já enfrentou este tipo de situação. Na ADIn 526 (RTJ 145:101) – na qual se impugnou a inconstitucionalidade de aumento de remuneração a expressivo segmento do funcionalismo público, veiculada pela MP 296/1991, por ofensa ao art. 37, X da Constituição – Sepúlveda Pertence analisou as posturas possíveis – a) cassar o benefício, prejudicando grande parcela do funcionalismo público, sem qualquer vantagem para os excluídos; b) afirmar a inconstitucionalidade da norma concessiva do benefício, de um lado e, de outro, declarar a inconstitucionalidade da omissão parcial em não se ter estendido o benefício aos que se encontravam em posição idêntica para recebê-lo. Esta última, observa Pertence, seria satisfatória se resultasse a extensão do aumento para a parcela dos excluídos, mas o STF careceria de tal poder, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade por omissão, no caso, possuiria o mero efeito de ensejar a comunicação ao órgão legislativo competente, para que a omissão fosse suprida. Neste caso, o próprio Ministro admitiu a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, mas sem pronúncia de nulidade, pois a cassação da norma poderia aprofundar o estado de inconstitucionalidade. Trata-se, portanto, de um caso que a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduziu exigência do próprio ordenamento constitucional.

atende de maneira incompleta ou imperfeita (pois, na hipótese de ausência da norma, não se pode declarar a nulidade da lacuna). Neste caso, o Tribunal Constitucional alemão se abstém de proferir a nulidade, sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas da sua incompletude, seja porque o legislador foi omissos em complementar o complexo normativo, seja porque não atingiu determinado grupo na regra impugnada.

O terceiro caso refere-se à situação em que se renuncia à declaração de nulidade a fim de não se intervir no poder ou na liberdade de conformação do legislador. Neste ponto, a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade recebe várias críticas da doutrina alemã, a qual entende que, na maior parte das vezes, a liberdade de conformação do legislador não seria afetada, já que este poderia editar as novas regras exigidas tanto após a declaração de nulidade quanto após a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Ademais, argumentam, a discricionariedade do legislador não legitima a conservação parcial de uma norma inconstitucional, assim como a discricionariedade administrativa não obsta a cassação do ato administrativo eivado de ilegalidade (MARTINS; MENDES, 2007, p. 458 et. seq.).

Por fim, a renúncia à proclamação de nulidade também é utilizada nas chamadas *lacunas jurídicas ameaçadoras* (*bedrohliche Rechtslücken*), que, poderiam, no caso da declaração de nulidade acarretar um caos jurídico, a inexequibilidade da decisão cassatória (*Undurchsetzbarkeit der Normaufhebung*) ou a minimização (*Minimierung*) ao invés de uma otimização (*Optimierung*) na concretização da vontade constitucional, ou seja, a lacuna poderia ensejar uma situação ainda mais afastada desta vontade⁸¹.

Percebe-se, assim, que as contribuições e influências do direito alemão, na modulação dos efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade adotado no Brasil, são mais evidentes no que toca às técnicas de decisão e à aplicação do princípio da proporcionalidade, que, por questões metodológicas, serão vistas analisadas no item “iii”, adiante.

⁸¹ Os casos em que esta técnica de decisão, na particular perspectiva de renúncia da proclamação da nulidade em razão de lacunas ameaçadoras, envolveu, basicamente, as seguintes situações: a) declaração de inconstitucionalidade que implicaria a supressão da norma para o pagamento de vencimentos de determinados segmentos do funcionalismo público. Nesta hipótese a imperfeição deveria ser corrigida pelo próprio legislador; b) questões de *status*, sobre estruturação de determinado órgão ou instituição – optou-se em não declarar a nulidade da ausência de norma que disciplinasse o sistema de admissão nas Universidades, pois se criaria uma situação ainda mais distante da vontade da Constituição ou, ainda, em relação ao subsídio dos parlamentares, em que houve abstenção da pronúncia de nulidade para que não se suprimisse a base jurídica que assegura a ação ou o *status* dos parlamentares, cuja independência, dependia, fundamentalmente, da percepção de subsídios.

(i.5) Direito espanhol

A partir de 1989, sob a influência da experiência constitucional alemã, a Corte Espanhola passou a adotar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 332) expõe que

[...] o sistema constitucional espanhol, em que pese a Constituição nada dizer a respeito de quando o Tribunal Constitucional pode considerar que uma norma inconstitucional não é nula desde o início, ressalva, expressamente, da retroatividade da sentença de inconstitucionalidade, os efeitos de decisões judiciais anteriores, já transitadas em julgado, nos termos do artigo 116, 1 'a', da Lei Fundamental, protegendo, ainda, as sentenças penais que imponham sanções administrativas, quando as consequências da retroatividade não favoreçam ao condenado. Além disso, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, no artigo 40.1, determinou: "As sentenças declaratórias de inconstitucionalidade (sentenças estimatórias) de Leis, disposições ou atos com força de Lei não permitirão revisar processos transitados em julgado mediante sentença com força de coisa julgada os quais tenham sido embasados em aplicação de Leis, disposições ou atos inconstitucionais, salvo no caso de processos que tratem de matéria penal ou de contencioso administrativo referente a um procedimento sancionador em que, como consequência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução da pena ou da sanção, u uma exclusão, isenção ou limitação de responsabilidade.

Sobre o assunto, registra Garcia de Enterría (1989, p. 5):

A recente publicação no Boletim Oficial do Estado de 2 de março último da já famosa Sentença 45/1989, de 20 de fevereiro, sobre a inconstitucionalidade do sistema de liquidação conjunta do imposto sobre a renda da 'unidade familiar' matrimonial, permite aos juristas uma reflexão pausada sobre esta importante decisão do Tribunal Constitucional, objeto de múltiplos comentários periodísticos. A decisão é importante, com efeito, por seu fundamento e pela inconstitucionalidade que declara, tema sobre o qual, ate o momento, não parece ter havido qualquer discrepância. Mas parece-me bastante mais importante pela inovação na determinação dos efeitos dessa inconstitucionalidade, que a sentença remete ao 'que se indica no décimo-primeiro fundamento', explicado como uma eficácia *pro futuro*, que não permite reabrir as liquidações administrativas ou dos próprios contribuintes (autoliquidações) anteriores.

Igualmente, Gilmar Mendes reporta que, na Espanha, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade – sem pronúncia de nulidade – de leis orçamentárias, por entender que a anulação de dotações orçamentárias poderia gerar graves prejuízos e perturbações aos interesses gerais, afetando situações jurídicas consolidadas e particularmente a política econômica e financeira do Estado (MARTINS; MENDES, 2007, p. 442).

(i.6) *Conclusões sobre o Direito Comparado*

Do estudo do Direito Comparado se percebe que há uma tendência mundial na busca de alternativas para desenvolver técnicas de decisão que atendam aos casos em que as consequências da nulidade se revelem inadequadas ou intoleráveis para o sistema jurídico.

No caso do Brasil, é fato reconhecido, na doutrina, que a escola do Direito Constitucional Alemão vem exercendo forte influência em nosso Direito Constitucional, em especial, em função do labor Gilmar Ferreira Mendes, que concluiu doutoramento na Alemanha e ocupa a posição de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Gilmar Ferreira Mendes, ao lado de outros juristas, participou da elaboração das Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, havendo clara influência da doutrina e jurisprudência germânicas nas concepções finais consagradas por tais diplomas legislativos.

Igualmente, não desprezíveis as contribuições da doutrina portuguesa, cuja Constituição possui dispositivo *semelhante* ao estabelecido no Brasil.

Portanto, o estudo empreendido nos itens antecedentes revela um quadro geral das necessidades, em diferentes ambientes constitucionais, de soluções que venham a superar lacunas e demandas provocadas pelo postulado da nulidade da lei inconstitucional e os efeitos esperados da decisão que reconheça tal vício – eficácia “*ex tunc*”, possuindo a virtude de demonstrar a dimensão geral da questão no mundo.

(ii) *Das principais questões relativas à manipulação dos efeitos da decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade*

Observadas as influências do direito estrangeiro, sobretudo, do direito português e alemão e as justificativas do projeto de lei que positivou, no direito brasileiro, a modulação dos efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade de normas, cumpre analisar algumas indagações em torno da novel legislação.

A primeira indagação que se coloca é se há autorização constitucional para que se confira ao Poder Judiciário – no caso, o seu órgão de cúpula, Supremo Tribunal Federal – o

exercício de tal competência. Para responder a tal pergunta, impõe-se analisar a legitimidade da jurisdição constitucional.

A segunda dúvida é se a declaração proferida no controle de constitucionalidade está – ou não – sujeita a limites (ou melhor, se o fundamento para a limitação dos efeitos é de índole constitucional) e quais seriam os requisitos para a manipulação dos efeitos da decisão proferida no controle abstrato.

Por terceiro, surge o questionamento quanto à possibilidade de modulação dos efeitos ser compatível com o dogma da nulidade da lei inconstitucional ou se tal inovação legislativa veio a alterar a natureza da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

Cada questão deve ser respondida a seu tempo, adiante.

(ii.1) Da legitimidade da jurisdição constitucional

Desde os primórdios do controle da constitucionalidade, a questão da legitimidade da jurisdição constitucional desponta como uma questão controvertida. Tanto nos Estados Unidos, nascedouro do controle difuso, quanto no continente europeu, nascedouro do controle concentrado, a doutrina apresentava franca oposição ao controle de normas.

No estudo da evolução histórica do controle da constitucionalidade, verifica-se que as controvérsias sobre a legitimidade da jurisdição constitucional assentam seus fundamentos, especialmente:

- a) no apego excessivo à doutrina da separação dos poderes;
- b) no questionamento de que se é admissível que um órgão sem representação popular e sem responsabilidade perante os eleitores – Poder Judiciário - possa alterar a vontade geral manifestada pela maioria, representada pelo Parlamento.

Atualmente, a questão entrou novamente em evidência. Octavio Campos Fischer (2004, p. 10), registra que a doutrina brasileira tardou a atentar para a importância do tema, o qual ingressou no círculo de debates jurídicos especialmente após a Constituição de 1988, como reflexo da necessidade de desenvolver “com maior precisão e eficácia os mecanismos e os meios que o nosso ordenamento dispõe para (i) impedir os ataques às normas

constitucionais, por um lado, e, por outro, (ii) forçar o cumprimento das prescrições impostas por estas”.

Então retorna-se às origens da celeuma em torno da legitimação da jurisdição constitucional, mediante as seguintes indagações:

- a) qual seria a base da legitimação da jurisdição constitucional?;
- b) o direito admite que a vontade da maioria seja apreciada e até mesmo alterada ou suprimida por poucas pessoas (que não possuem representatividade nem responsabilidade perante os eleitores), outorgando-se ao Poder Judiciário a faculdade de atuar como legislador positivo, suprimindo omissões legais?

Quanto à legitimidade da jurisdição constitucional, bastante esclarecedora é a opinião de Octavio Campos Fischer, que, com apoio de German Bidart Campos, Gustavo Binebojm, José Adércio Leite Sampaio, José de Sousa e Brito, André Ramos Tavares e Alexandre de Moraes, opina que a

[...] jurisdição constitucional é legítima pelo simples fato de estar prevista no texto da Constituição. Não há qualquer argumento que, contra este, possa ser levantado e sustentado. Aqui, sim, tem-se a vontade soberana do povo, expressada através do Poder Constituinte, de estabelecer uma limitação aos demais poderes, para que não haja ofensa aos valores mais fundamentais, consagrados na Constituição. (FISCHER, 2004, p. 11 et. seq.).

E é de se acatar tal entendimento. Nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 23 et. seq.), o poder constituinte originário é "inicial" e "incondicionado", "ilimitado em face ao Direito positivo" ou "autônomo", ou seja, desconhece poder que lhe seja superior.

Como manifestação da vontade soberana pode, assim, o poder constituinte originário, impor limites aos demais poderes e estabelecer as regras para a legitimação da jurisdição constitucional, assegurando que não ocorram incompatibilidades entre as leis que sucedam à promulgação da Constituição e os seus respectivos preceitos ⁸².

⁸² Ana Paula Barcellos (2002, p. 230 et. seq.) afirma que nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são argumentos para afastar a legitimidade do Poder Judiciário. Afirma a autora que: “(i) o Judiciário foi criado pela própria Constituição do Estado, derivando dela sua autoridade e compondo, juntamente com o Executivo e Legislativo, o Poder Político Nacional; (ii) os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade conjunta de Executivo e Legislativo, o que lhes confere considerável grau de representatividade em sua formação; (iii) aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar uma situação de independência; (iv) no que diz respeito à atividade jurisdicional propriamente dita, vale observar que ela se desenvolve sempre e em qualquer caso, com fundamento e limite na norma jurídica – a Constituição ou a lei –, fruto de uma manifestação majoritária. Junte-se a isso que o Judiciário tem o dever de prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explícita, racional e logicamente (o que não acontece com as deliberações

(ii.2) Dos limites da atuação do Supremo Tribunal Federal. A constitucionalidade da modulação dos efeitos da decisão proferida no controle abstrato

Entrementes, se, de um lado, é reconhecida a possibilidade de controle de constitucionalidade, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, por outro resta indagar quais são os limites da jurisdição constitucional e se há, assim, autorização, na Constituição de 1988, para que o Supremo Tribunal Federal possa manipular os efeitos da decisão que prolatar, quando exercer este controle.

Esta questão é extremamente pertinente. A possibilidade da modulação dos efeitos da decisão prolatada no controle concentrado de constitucionalidade surge em um momento de grande importância das finanças públicas, no Brasil e, de certa forma, de profundo grau de desconfiança, no tocante à atividade legislativa (do Legislativo e do Executivo).

O tributo – principal fonte de recursos ao Estado - continua sendo um instrumento tecnicamente mal concebido e mal administrado, portanto, a norma jurídica tributária que o institui fica sujeita às impugnações de sua constitucionalidade e exposta a tais manipulações de efeitos.

Então, de fato, é de se temer que no exercício de tal técnica de decisão, o STF, ao julgar uma causa tributária, inicie o julgamento de forma jurídica, mas ao final, adote exames de natureza política, invadindo indevidamente a função legislativa, o que lhe é vedado, pois “[...] a jurisdição constitucional também está jungida aos parâmetros máximos de atuação, impostos pela Constituição Federal. Neste ambiente, não pode ampliar a vontade não manifestada pelo legislador, sob pena de cercear a legítima atividade legislativa deste último” (APPIO, 2005, p. 49).

Torna-se evidente, portanto, a necessidade de identificar se há assento constitucional na possibilidade da manipulação dos efeitos e, em existindo, verificar os limites que são dados ao Supremo Tribunal, quando este decidir manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais.

puramente políticas); (v) a decisão judicial, como regra, não veicula uma vontade única e final, já que será revista por órgãos superiores, assegurando oportunidades de correção de eventuais erros; (vi) o processo jurisdicional é mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; e (vii) os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos.

Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, p. 497 et. seq.) situa-se entre os doutrinadores que entendem que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no controle abstrato decorre da própria aplicação sistemática do texto constitucional – que, em alguns casos exigirá a modulação, a fim de que a própria decisão não agrave ainda mais o estado de inconstitucionalidade.

Para ele, a manipulação dos efeitos contempla uma flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, que vem a superar “a inflexível estreiteza da jurisdição constitucional ortodoxa” no que toca às consequências do postulado da nulidade absoluta, possibilitando o reconhecimento de “um estado insuficiente para justificar a declaração da ilegitimidade da lei ou bastante para justificar sua aplicação provisória”.

Porém, reconhece o referido autor que a Constituição de 1988 não contém disposição expressa a respeito e, portanto, lei ordinária deve disciplinar o assunto. Eis as suas idéias:

Como a Constituição não contém qualquer decisão a respeito, devem ser regulamentadas por lei as importantes questões relacionadas com a superação desse estado de inconstitucionalidade. No interesse da segurança, da clareza e determinação jurídicas, afigurava-se recomendável a edição de regra sobre a suspensão de aplicação apta a legitimar o Supremo Tribunal Federal a, sob determinadas condições, autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos. É o que admite expressamente o texto do art. 27 da Lei 9.868/99, ao autorizar que o Tribunal declare a inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 497).

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 318 et. seq.) partilha do entendimento de que “as constituições brasileiras não autorizaram o Judiciário a restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade” e “diferentemente da Constituição portuguesa [...] nunca determinou o universo dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade”.

Contudo, não entende inconstitucional a possibilidade de modulação inaugurada no direito brasileiro, afirmando que

[...] veio em boa hora a previsão, mesmo que seja por via legislativa, da capacidade do Supremo Tribunal Federal de restringir, por voto de dois terços de seus membros, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (FERRARI, 2004, p. 326).

Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 186) discorda de tal posição, no que toca à possibilidade de aplicação da lei inconstitucional por certo tempo, além do próprio trânsito em julgado. Para ele, uma vez declarada inconstitucional a norma, somente a Constituição de 1988 poderia

atribuir ao STF poderes para dispor sua da aplicação, após o reconhecimento de tal vício, sendo inconstitucional que lei infraconstitucional o faça.^{83 84}

Ives Gandra Martins, o qual foi um dos participantes da Comissão de Juristas que elaborou o PJ 2.960/1997, que deu origem ao artigo 27 da Lei 9.868/1999, segue posição semelhante: para ele, é inadmissível que uma norma inconstitucional possa ter eficácia de uma norma constitucional, por decisão do STF, admitindo a eficácia “*ex nunc*” apenas na hipótese da “irreversibilidade do fato criado”⁸⁵. Destarte, prossegue, a manipulação dos efeitos da decisão de constitucionalidade é - ela mesma - inconstitucional⁸⁶.

Octavio Campos Fischer (2005, p. 215 et. seq.) entende inconstitucional o artigo 27 da Lei 9.868/99, pois a modulação insere-se nas prerrogativas do Tribunal (carecendo de previsão constitucional expressa) e, portanto, tal matéria não poderia ser objeto de regulamentação infraconstitucional. Assim, o dispositivo operou uma indevida restrição nos poderes do Supremo Tribunal, pois, antes do advento da norma, seria admissível que o STF poderia modular os efeitos fundando-se em qualquer valor constitucional que fosse necessário e adequado a tal fim, ao passo que com a restrição imposta, só poderá o Supremo Tribunal modular os efeitos da decisão em casos de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”.

⁸³ “[...] somente a Constituição pode, excepcionando-se a si mesma e em atenção a outros princípios que não somente a nulidade da lei inconstitucional, atribuir a um Tribunal poderes para impor a observância de uma norma inconstitucional, e que esta continue a ser aplicada durante certo tempo; jamais a lei poderá fazê-lo, sendo inconstitucional, no particular, se o fizer”. (PALU, 2001, p. 186).

⁸⁴ Tal entendimento é partilhado por Lênio Streck (2002, p. 545), para quem é possível a concessão de efeito “*ex tunc*”, vedada, entretanto, a restrição de efeitos a partir de outro momento que não o trânsito em julgado.

⁸⁵ “O art. 11, portanto: nitidamente afronta a tradição do Direito brasileiro de que a norma ou é constitucional ou não o é. Sendo dedicado a disciplinar a declaração final de inconstitucionalidade - pois se refere ao processo de arguição de preceito fundamental -, o dispositivo fere o Direito brasileiro e a própria orientação da Suprema Corte de que ou as normas são constitucionais e têm eficácia, ou são inconstitucionais e não têm eficácia. Se uma norma tiver sido afastada do cenário jurídico nacional pelo vício maior da inconstitucionalidade, não há como considerar seus efeitos válidos, como se constitucional fosse no passado ou - o que é pior - mantê-los com validade ainda por certo período de tempo, como ocorre no Direito germânico, de conformação diversa do Direito brasileiro. Apesar de, nos casos de prestações de natureza alimentar tenha a Suprema Corte outorgado eficácia *ex nunc* a decisões definitivas, proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, o fato decorreu da teoria da impossibilidade material, isto é, da impossibilidade de devolução dos benefícios, por quem os recebeu. Nesse caso, prevalece não a eficácia da norma anterior, tida por inconstitucional, mas os efeitos irreversíveis que provocou, à luz da impossibilidade material de devolução do recebido. Fora dessa hipótese de irreversibilidade de ‘fato criado’ não há como admitir, no Direito brasileiro, que norma inconstitucional tenha eficácia de norma constitucional, por determinação da Suprema Corte. Parece-me, pois, inconstitucional o art. 11, que pretende, contra a jurisprudência da Suprema Corte e toda a tradição do Direito brasileiro, dar eficácia de norma constitucional à lei declarada definitivamente inconstitucional, atribuindo efeito *ex nunc* à decisão que declara a inconstitucionalidade ou ainda postergando tal efeito para o futuro” (MARTINS, 2006).

⁸⁶ Aliás, a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e a Ordem dos Advogados do Brasil propuseram ações diretas de inconstitucionalidade contra alguns dispositivos da Lei 9.868/99, inclusive o artigo 27. São elas: ADIns 2.154 e 2.258, sob a Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Referidas ações ainda não foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

André Serrão, em estudo apresentado na ADIn 2.154⁸⁷, coloca a problemática em outra perspectiva: do ponto de vista da política constitucional, é imperativa a necessidade da flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional. Entretanto, é necessário saber, ponto de vista estritamente jurídico-dogmático, se os princípios da segurança jurídica e excepcional interesse social possuem *status* constitucional para que, em um juízo de ponderação, possam ser ponderados com o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Em outras palavras, se os princípios são de igual hierarquia – no caso, constitucional – a manipulação de efeitos é legítima.

Tal ordem de considerações coloca a questão direcionando a investigação não sobre a possível “mutação” provocada no postulado da nulidade – que, permanece inalterado – mas sim se segurança jurídica e excepcional interesse social também são princípios constitucionais, hipótese em que o resultado da ponderação de princípios será o fator determinante para a manipulação dos efeitos da decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade normativa.

(ii.2.1) Requisitos para a modulação dos efeitos da decisão proferida no controle abstrato

Na exposição de motivos do PJ 2.960/1997 (que resultou no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999⁸⁸) ficou clara a adesão à tese da nulidade da lei inconstitucional⁸⁹, embora a modulação dos efeitos implique o afastamento da eficácia “*ex tunc*” – que é uma consequência historicamente típica da nulidade.

⁸⁷ ADIn 2.154/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁸⁸ “[...] Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional a presente proposta permite que o próprio 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 (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado in concreto se, a juízo do Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g. lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional” (MARTINS; MENDES, 2007, p. 433).

⁸⁹ E a explicação de Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, op. cit., p. 484), um dos autores do referido PJ 2.960/1997, é que a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não afasta a possibilidade de que, entre nós, se adote uma “declaração de inconstitucionalidade alternativa”.

Para Gilmar Mendes, um dos autores do referido projeto, para se afastar a típica eficácia retroativa do reconhecimento da nulidade e dotar a decisão de eficácia “*ex nunc*” ou “*pro futuro*”, faz-se necessário realizar um juízo de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional *versus* os postulados de segurança jurídica e interesse social. Havendo prevalência destes últimos – a fim de que a própria decisão não implique uma distância ainda maior da vontade constitucional – cede o postulado da nulidade da lei inconstitucional, abrindo-se espaço, então, para que o Supremo Tribunal manipule os efeitos da decisão por si proferida, no controle abstrato.

Deste modo, a medida excepcional da modulação dos efeitos se justificaria em situações nas quais a declaração de nulidade se mostrasse inadequada para a solução da controvérsia constitucional, como, por exemplo, em hipóteses de lesão positiva ao princípio da isonomia ou nas hipóteses em que a situação provocada pela decisão resultasse um afastamento ainda maior da vontade constitucional, causando danos mais lesivos do que a manutenção provisória da norma declarada inconstitucional.

Neste sentido, são as lições de Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 325):

[...] admissão da retroatividade *ex tunc* da sentença deve ser feita com reservas, pois a lei inconstitucional foi eficaz até consideração nesse sentido proferida pelo órgão competente e pode ter tido conseqüências que não seria prudente ignorar, e isto principalmente na ausência de determinação de prazo para arguição de tal invalidade, o que significa dizer que pode ocorrer dez, vinte ou trinta anos após a sua entrada em vigor.

Assim, como já se disse, não se deve aceitar a posição radical da corrente propugnadora dos efeitos prospectivos da sentença de inconstitucionalidade, para após a data de seu pronunciamento, isto é, *ex nunc*, tampouco a que prevê que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que, portanto, deve ser anulado tudo o que com base nela foi produzido, desde sua inclusão no ordenamento jurídico, com eficácia *ex tunc*.

Assim, para que seja admissível a manipulação dos efeitos, deverão ser atendidos os seguintes requisitos constitucionais:

- a) requisito formal: decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal;
- b) requisito material: a presença de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social (MORAES, 2007, p. 648) ⁹⁰.

⁹⁰ Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 338) trata o assunto como limites à fixação retroativa das decisões de inconstitucionalidade, esquematizando-os da forma seguinte: 1. Limite objetivo de índole formal, quórum qualificado de dois terços, “para que se tenha certeza de que a postura adotada, efetivamente, é a que melhor atende à proteção de direitos, aos valores constitucionalmente protegidos; 2. Limite imposto pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, pressupõe um manifesto conflito normativo entre valores constitucionais de mesma hierarquia – nulidade *ab initio* da lei ou ato normativo *versus* comprometimento da

O primeiro requisito, de ordem formal, é objetivamente auferível: trata-se da maioria qualificada, isto é, oito, dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, deverão se pronunciar sobre a manipulação dos efeitos.

Quanto ao requisito material, contudo, a solução não é tão facilmente verificada. Trata-se de conceitos vagos, ambíguos, dotados de alta carga axiológica e cuja imprecisão e fluidez levam a enquadrá-los como típicos casos de “conceitos jurídicos indeterminados”, situados em uma zona cinzenta, de difícil delimitação no caso concreto.

O uso de conceitos jurídicos indeterminados, pelo legislador, se de um lado, revela (a boa ou má) a intenção de abrir espaços interpretativos, por outro, dificulta sobremaneira o estudo dogmático das expressões.

Demonstrando uma visão clara sobre o problema, Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 304 et. seq.) explica que, mesmo traduzindo a certeza do direito aplicável, de um lado existe a presença do respeito à segurança jurídica e, de outro, a negação de sua presença, e, entre os dois extremos de “zonas de certeza”, medeia uma zona de incerteza que só será dissipada frente à análise do caso concreto.

Uma breve investigação, na doutrina sobre tais expressões, evidencia tímidas tentativas de definir o que seja “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”.

No que diz respeito à “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, Gilmar Mendes, por exemplo, se exime de defini-los com maiores detalhes, limitando-se a afirmar que “não parece haver dúvida de que [a segurança jurídica] encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito”, ao passo que “excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais”. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 509)⁹¹. Importa, pois, estudar as expressões, separadamente.

segurança jurídica ou excepcional interesse social, hipótese em que o STF deverá fazer prevalecer o bem jurídico que, conforme a situação, seja o mais relevante, ainda que tal importe na manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida, mas que era inválida. Saliente que não basta invocar mera incerteza para o mundo do direito ou para a vida social, a insegurança deve ser de grau elevado, a fim de que os efeitos sejam reduzidos ao estritamente necessário para salvaguardar os valores constitucionais; 3. Limite da coisa julgada, sendo possível, contudo, o ajustamento via ação rescisória, quando couber; 4. Limite em matéria penal, retroage a decisão que confere tratamento mais brando.

⁹¹ Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 304 et. seq.), completa tal raciocínio, expondo que “[...] a idéia de segurança jurídica está ligada à concepção de Estado de Direito, isto é, com a noção de que em um determinado estado, a lei nasce por todos e para todos e submete a todos, inclusive aos governantes, ao Poder Público, ou seja, a legitimidade do exercício do poder repousa na legalidade, na sua juridicidade, porém não basta para que a segurança jurídica esteja protegida a simples submissão à lei, é necessário que as leis decorram da vontade livre do povo representado no Legislativo e que o Judiciário seja composto por juízes independentes, “que não temam contrariar, com suas decisões, o interesse do Estado”.

(ii.2.1.2) *Segurança jurídica*

Segundo Carlos Valder do Nascimento (2005, p. 125 et. seq.), a segurança jurídica transcende o ordenamento jurídico e “[...] não se revela apenas pelo seu ângulo conceitual nem pode ser apreendida dentro de um contexto estritamente legal”⁹².

O princípio da segurança jurídica é princípio constitucional. Para Maria Regina Macedo Nery Ferrari (2007, p. 306 et. seq.), trata-se de princípio implícito, cuja formulação extrai-se, principalmente, do artigo 5º, § 2º da CRFB/1988.

Dalton Dallazem (2003, p. 160), contudo, aponta caminho oposto: para ele trata-se de um princípio explícito, positivado no artigo 5º, *caput* da CRFB/1988 e que se identifica com a de certeza do direito, devendo abranger “a elaboração, a aplicação (no Direito Tributário, o lançamento), a interpretação e a própria positivação do ordenamento, penetrando, também, na linguagem jurídica em busca da clareza e da certeza e no próprio funcionamento dos órgãos do Estado”.

Como princípio, a segurança jurídica irradia-se sobre diferentes normas⁹³, ajudando a “promover os valores supremos da sociedade, inspirando a edição e boa aplicação das leis, dos decretos, das portarias, das sentenças, dos atos administrativos, etc” (CARRAZZA, 2000, p. 298).

Oferecendo um quadro mais detalhado sobre os contornos da segurança jurídica, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, sintetizando as idéias de César Garcia Novoa⁹⁴, expõe que, ao falar do mínimo de segurança jurídica por meio do direito, esta abarca, ao menos, as seguintes expressões:

⁹² Comentando a evolução da idéia da segurança jurídica, Roberto Ferreira Filho (1996, p. 98 et. seq.) relata que desde o século XVIII a insegurança se fazia presente, diante da quantidade de opiniões e interpretações sobre o direito, o que fazia com que não se tivesse certeza sobre o tipo de decisão que seria proferida. No século XV, formalismo, rotina e malabarismos dialéticos e o vício sofístico se tornaram a regra. Na segunda metade do século XVI a insegurança jurídica comparece na incerteza dos julgamentos e no arrastar das decisões, havia, no discurso jurídico, o vício generalizado das citações e rebuscação na redação, ofuscando a objetividade decisória desejada, o Direito restava carente de um critério decisório seguro. No século XIX, vários países europeus buscaram no positivismo um julgamento que fosse o máximo possível objetivo, eliminando os problemas do período anterior. Finaliza o autor: o positivismo triunfou, embora hoje dê sinais evidentes de esgotamento.

⁹³ Na célebre definição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 807), princípio é “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

⁹⁴ NOVOA, 1997, p. 58 *apud* FERRARI, 2004, p. 308 et. seq.

- a) existência da norma jurídica (positividade do ordenamento jurídico);
- b) que as normas existam previamente à produção dos fatos que elas mesmas resguardam (a exceção será o efeito retroativo);
- c) que a existência prévia aos atos regulados seja conhecida destinatários e eventuais realizadores dos pressupostos fáticos previstos na norma (publicidade);
- d) que a norma tenha uma existência regular, embora se admitam normas de vigência temporal limitada (a norma tenha pretensões de definitividade).

Percebe-se, assim, que segurança jurídica

[...] não é algo abstrato, mas uma exigência concreta da estabilidade, respaldada pelo Direito, como invocação de respeito às situações individuais dos jurisdicionados enquanto integrantes da esfera coletiva e compartilhantes do bem comum. Desse modo, um discurso de argumentação pela prevalência do princípio da segurança jurídica envolve a discussão imparcial desse princípio em face dos demais envolvidos na solução de um *hard case* e de todos os elementos do caso, de sorte a possibilitar a adequabilidade da solução, a qual não pode subestimar a normatividade vigente, o que também não significa a impossibilidade de argumentos estranhos ao Direito constituírem argumentação jurídica, quando cambiados para o campo da juridicidade à luz dos princípios. (PIRES, 2005, p. 612).

Por fim, lembrando as lições de Maria Coeli Simões Pires (2005, p. 615)

[...] a solução da tensão entre segurança individual e justiça não se dá com a sustentação da dicotomia particular/geral e a conseqüente negação autoritária – frise-se – de direito adquirido a um particular em nome da segurança de toda a coletividade, assentada na equivocada idéia de ordem pública baseada na distinção entre interesse público e privado segundo critério quantitativo, e no reconhecimento da hegemonia do primeiro. Ora, a vulneração de certo direito adquirido de um cidadão é uma ofensa em potencial a toda a comunidade jurídica, já que se projeta nos mesmos moldes a insegurança dos demais membros. Do mesmo modo, o acatamento *a priori* da estabilização egoística ao custo da justiça e contra a lógica da adequabilidade pode representar a ameaça ao próprio Direito⁹⁵.

⁹⁵ E, prossegue: “assim, o princípio da segurança jurídica deve passar por releitura para que não se confunda com a toska – e perigosa – imutabilidade das situações de fato, confusão que gera injustiças abominadas pelo Direito”, de modo que a análise das especificidades do caso concreto é que ditarão a solução de eventual conflito com o princípio e “[...] pensar de outra forma é afirmar o dogmatismo jurídico, abrir mão da tentativa de encontrar o justo concreto [...]”. (PIRES, 2005, p. 628).

(ii.2.1.2) *Excepcional interesse social*

Diferentemente da segurança jurídica, “excepcional interesse social” não alberga uma noção propriamente jurídica, estando-se perante uma apreciação de natureza política, que demanda um exame valorativo embasado, até certo ponto, na conveniência ou oportunidade. (FERRARI, 2004, p. 311).

Diferenciando interesse público primário (aquele que objetiva o interesse geral, da coletividade, como um todo) e secundário (do Estado-Administração), Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 312 et. seq.) adverte que o interesse público primário não pode ser confundido com qualquer interesse do Estado ou que beneficie apenas à pessoa do Estado (principalmente quando estes vierem a descurar os interesses da coletividade) ⁹⁶.

Explica a referida autora que

[...] quando a lei se refere à tutela do excepcional interesse social, não quer dizer a tutela do interesse de uma parte, que é um interesse secundário, mas que é comprovada a existência do interesse público primário capaz de legitimar sua resolução, e que o Tribunal, no momento de determinar a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, está obrigado a respeitá-lo, isto é, a considerá-lo.

Neste sentido, Luis Roberto Barroso ⁹⁷ faz uma importante advertência:

O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão de prioridade será patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.

⁹⁶ Alice Gonzales Borges (2006, p. 30) salienta que interesse público é um dos mais indeterminados dos conceitos e sempre esteve ameaçado pelos donos do poder. Diz ela: “Objeto das mais solertes manipulações, sempre tem sido invocado, através dos tempos, a torto e a direito, para acobertar as “razões do Estado”, quando não interesses menos nobres e, até, inconfessáveis. Mais especificamente, tem sido manejado por certas administrações públicas como verdadeiro escudo, que imunizaria de quaisquer críticas suas posições autoritárias, e as resguardaria até, em nome de pretensa independência de poderes, do imprescindível controle do Poder Judiciário”. A autora propõe uma reconstrução da idéia da supremacia do interesse público, afastando, desde logo da concepção de interesse público, o interesse secundário, ou fazendário, das pessoas de direito público ou do erário. Para a autora, o desvirtuamento do verdadeiro interesse público por governantes bem ou mal-intencionados não devem conduzir ao propósito de desconstruir a noção de supremacia do interesse público, sob pena de sérias consequências para estabilidade e segurança dos cidadãos em uma sociedade organizada.

⁹⁷ Prefaciando a obra “Interesses Públicos x Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, de autoria de Alexandre Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Das lições de Luis Roberto Barroso (2002b, p. 334) percebe-se que não pode ser qualificado como “excepcional interesse social” o interesse secundário do Estado manifestado como o de qualquer pessoa, como sujeito de direitos, hipótese em que tal interesse “[...] poderia despertar a tentação de o Estado resistir ao pagamento de uma indenização, mesmo que procedente; ou de rejeitar pretensões bem fundadas formuladas pelos administrados, ou, ainda, de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados”, situação em que o Estado estaria defendendo “[...] interesses patrimoniais ‘seus’, enquanto pessoa jurídica, mas estaria faltando ao seu dever de servir à coletividade, de buscar o bem comum e de realizar justiça. Fugiria, nesse caso, ao atendimento do interesse primário”.

Ainda que tais interesses possam reverter benefícios ao aparelho estatal, não serão legitimamente defensáveis porquanto descoincidentes com a verdadeira razão de existir do Estado: satisfação do interesse público.

Daí porque conclui Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 314) que não se pode considerar “excepcional interesse social aquele que corresponde a valores políticos, ou seja, que decorra de considerações de ordem política, colocando, deste modo, em causa, a fiscalização de constitucionalidade”.

E prossegue:

[...] o Supremo ao fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com âmbito mais restrito que o geral, isto é, quando reduzir o âmbito de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos só para o futuro, deverá fundamentar os motivos da opção pela determinação, para que se tenha conhecimento que o que está em jogo é o excepcional interesse social, ou seja, que a decisão está condicionada pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Roque Carrazza (2000, p. 324), por sua vez, propõe que é preciso afastar, de uma vez por todas, a “superadíssima idéia de que o interesse fazendário (meramente arrecadatório) equivale ao interesse público”⁹⁸. Para ele

[...] o mero interesse arrecadatório não pode fazer tábua rasa da igualdade, da legalidade, da anterioridade, enfim, dos direitos constitucionais dos contribuintes. Nem mesmo o objetivo, em tese louvável, de solucionar os ‘problemas de caixa’ das pessoas políticas tem força bastante pra subverter os princípios fundamentais do sistema constitucional tributário brasileiro, que deitam raízes, em última análise, no próprio princípio da segurança jurídica.

⁹⁸ Prossegue Carrazza (2000, p. 324): “Em boa verdade científica, o *interesse fazendário* não se confunde, nem muito menos sobrepõe o interesse público. Antes, subordina-se ao interesse público e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele”.

Extremado por definições que primam em esclarecer o que não é “interesse público” e o que não é “excepcional interesse social” – e neste ponto já se encontra um grande avanço – a doutrina vê no princípio da proporcionalidade o caminho que determina a limitação dos efeitos da decisão da inconstitucionalidade (FERRARI, 2004, p. 318), observada, contudo, a advertência de Alice Gonzales Borges (2006, p. 29):

Na medida em que o interesse público e o do particular, em uma ordem democrática, são qualitativamente iguais e respeitados, quando o interesse individual é alijado ou substituído pela natural predominância do interesse público, tem de ser compensado pela perda de seus direitos e interesses, mediante sua equitativa conversão em outro valor equivalente⁹⁹.

(iii) *Ponderação de princípios e princípio da proporcionalidade*

Como visto anteriormente, a modulação dos efeitos enseja um juízo de ponderação entre o postulado da lei inconstitucional *versus* os postulados de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Embora, a rigor, o ideal seria a harmonia entre os princípios, a moderna doutrina constitucional reconhece que é possível a existência da tensão entre os princípios constitucionais, cuja solução não se dá mediante a mera exclusão de um, em detrimento do outro, senão que por meio de uma prudente ponderação, em que se buscará determinar a prevalência de um entre os princípios contrapostos.

Trata-se do método que a doutrina tem alcunhado de “ponderação”, “colisão de direitos ou princípios fundamentais”, “equilíbrio de direitos”, que, em si, reconduzem a idéia geral “[...] do cotejo da adequação de cada princípio às circunstâncias fáticas e normativas do caso a decidir”¹⁰⁰.

⁹⁹ Saliente-se que a autora não vê qualquer antagonismo entre interesse individual e interesse público. E, bem a propósito deste exemplo, a autora cita que, no caso de despojamento de uma propriedade particular, mediante desapropriação, para um fim de interesse público, o particular deve obter justa indenização. Em importante passagem afirma que, com frequência “o verdadeiro interesse público só possa encontrar adequada realização através da realização do interesse de um único indivíduo. Pois, como doutrina Luís Roberto Barroso, ‘o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único particular’”. (BORGES, 2006, p. 47).

¹⁰⁰ Estudo de André Serrão apresentado na ADIn 2.154, citado anteriormente.

Na solução do conflito de direitos a doutrina coloca em evidência o princípio da proporcionalidade ¹⁰¹.

Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 27) pontua que o tema proporcionalidade é recente na doutrina brasileira. Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 310), por seu turno, coloca que “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade tornaram-se, nas últimas décadas, temas centrais do pensamento constitucional. No Brasil, a importância que esse tópico assumiu pode ser notada pela volumosa produção doutrinária e pela sua progressiva utilização na jurisprudência”.

O princípio da proporcionalidade é um “[...] importante instrumento de investigação judicial do conteúdo material dos atos praticados pelos demais Poderes da República, assumindo a função de garantir a unidade axiológico-sistemática da Constituição Federal [...]” e consiste “[...] em uma limitação material da atividade do legislador, na medida em que lhe impõe a observância dos requisitos de necessidade, adequação e razoabilidade.” (APPIO, 2005, p. 158).

Há autores que distinguem *proporcionalidade* (de matriz histórica situada na Europa continental) de *razoabilidade* (de origem no direito inglês) ¹⁰². Entre os que propugnam a distinção, estão Kiyoshi Harada ¹⁰³, Eduardo Appio ¹⁰⁴ e Jane Reis Gonçalves Pereira ¹⁰⁵. Entre os que atribuem igual significação, cita-se Luis Roberto Barroso ¹⁰⁶.

¹⁰¹ Sobre a presença do princípio da proporcionalidade, no direito comparado, Chade Rezek Neto (2004, p. 19 et. seq.) indica a sua utilização: a) Alemanha – onde se desenvolveu no âmbito do direito administrativo, por meio das normas sobre o poder de polícia; b) na Áustria, a qual seguiu o modelo desenhado na Alemanha; c) na Suíça, em que o uso do princípio “é a sustentação pacífica das estruturas de poder, no intuito de acomodar grupos mediante um sistema de proporção; d) Itália, onde, até o advento da Comunidade Econômica Européia, o princípio era desconhecido e, atualmente, ainda carecem de estudos sistemáticos sobre o tema; e) Espanha, cuja absorção do princípio é recente, como princípio geral de direito no âmbito do Direito Administrativo; f) França, em que o princípio move-se no âmbito da jurisdição administrativa; g) Portugal, onde é considerado um princípio normativo concreto; h) Estados Unidos, onde se entende o princípio como um equivalente ao princípio da razoabilidade;

¹⁰² Neste sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 312) assevera que: “A possibilidade ou não de tratar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como noções equivalentes é controvertida. Sem embargo, há consenso no sentido de que ambos estão vinculados à idéia de justiça material, de moderação e racionalidade, servindo como parâmetro de aferição da legitimidade constitucional dos atos administrativos discricionários, das decisões judiciais e das leis. Como se sabe, as trajetórias históricas percorridas por tais princípios nos sistemas jurídicos anglo-saxão e continental europeu são bastantes díspares. No direito norte-americano, o controle da razoabilidade surgiu integrado à noção de devido processo legal substantivo, tendo sido originariamente concebido como instrumento de aferição da constitucionalidade das leis. A noção de proporcionalidade, diversamente, possui raízes remotas no direito administrativo europeu, e foi transposta para o direito Constitucional por meio da produção jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã, que lhe conferiu um perfil analítico e sistemático, relacionando-o de forma mais estreita com o problema das limitações aos direitos fundamentais”.

¹⁰³ Para Kiyoshi Harada, o princípio da razoabilidade “significa que as leis e os respectivos suportes fáticos devem ser valorados de maneira razoável, de sorte a preservar sempre a finalidade perseguida pela ordem jurídica, afastando a aplicação de normas contrárias ao bom senso, ou daqueles que não guardam proporção entre a motivação e o fim perseguido. Em outras palavras, não é razoável o ato normativo que não represente um meio adequado para atingir o fim colimado, beirando às raias do desvio de finalidade ou do abuso legislativo”. Já o

No Brasil, o artigo 2º da Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, distingue os referidos princípios. O dispositivo legal possui a seguinte redação: “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal emprega as duas expressões como sinônimas (APPIO, 2005, p. 162)¹⁰⁷.

Para Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 269), o princípio da proporcionalidade constitui o “princípio dos princípios” e

É esse equilíbrio que a própria idéia do Direito, manifestado inclusive na simbologia da balança, e é a ele que se pretende chegar, com Estado de Direito e Democracia. Vale lembrar, com BROEKMAN, que ‘proporcionalidade’, ‘sopesamento’, *equilibrium* são idéias inerentes ao pensamento jurídico e a contrapartida necessária de uma ‘justiça poética’, pela qual se pode atingir uma *beauté géométrique*, própria do direito enquanto arte, em sentido próprio - e não como mera técnica.

No direito alemão, o princípio da proporcionalidade foi decomposto em três subprincípios:

princípio da proporcionalidade, por seu turno “[...] significa que o Estado não deve agir com demasia, nem de modo insuficiente na realização de seus objetivos. Na precisa lição de Odete Medauar, “consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.” (HARADA, 2005).

¹⁰⁴ Eduardo Appio (2005, p. 163) distinguindo as origens da razoabilidade (intimamente vinculada ao princípio do devido processo legal, de matriz anglo-saxônica) e o da proporcionalidade (associada ao sistema jurídico continental-europeu) explica que o princípio da razoabilidade “tinha por finalidade limitar o poder do Estado frente aos cidadãos, por meio de limitações judiciais ao exercício abusivo de uma competência prevista em lei” enquanto o princípio da proporcionalidade “foi forjado a partir da necessidade de controlar os atos da Administração Pública que viessem a conflitar com os direitos fundamentais”.

¹⁰⁵ Ensina Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 313) que as diferenças entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade a “razoabilidade possui contornos mais difusos e fluidos, enquanto a proporcionalidade costuma ser associada ao juízo tridimensional engendrado pelo constitucionalismo germânico”. Prossegue a referida autora que “[...] despeito de o vocábulo razoabilidade (*reasonableness*) estar conectado à tradição do *common law* e de a expressão proporcionalidade ser usualmente empregada pela doutrina européia, há ainda intensa ambigüidade semântica na teoria constitucional em relação a tais termos”. Segundo a autora, isto ocorre porque “[...] ambas noções remetem a critérios e valores estreitamente conectados, tais como “racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”.

¹⁰⁶ Luis Roberto Barroso (1999, p. 210) aduz serem sinônimas as expressões, apontando sua origem na Magna Carta de 1215 e a cláusula do devido processo legal, distinguindo dois momentos da evolução do instituto: a) *procedural due process* (caráter processual) e b) *substantive due process* (caráter substancial).

¹⁰⁷ Explica Jane Reis Gonçalves Pereira (op. cit., p. 314): “Na doutrina brasileira, observa-se uma forte tendência em conceder razoabilidade e proporcionalidade como categorias intercambiáveis. A produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, não estabelece distinção entre os dois princípios”.

- a) o da adequação, que significa que toda medida restritiva de direitos deve ser instrumentalmente apta a favorecer a implementação de um fim constitucionalmente legítimo;
- b) o da necessidade, que traduz a exigência de que a medida restritiva empregada seja a menos onerosa para os direitos, quando comparada a outras igualmente aptas para implementar a finalidade perseguida;
- c) o da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual o proveito que se obtém a partir da implementação do fim que justifica a medida restritiva deve compensar os sacrifícios que esta acarreta.

Essa noção de proporcionalidade – que diz respeito, essencialmente, à análise da relação entre os fins visados pelas medidas restritivas e os meios por estas empregados – difundiu-se no direito constitucional contemporâneo, e vem sendo utilizada por diversas cortes constitucionais e pela Corte Européia de Direitos Humanos (PEREIRA, 2006, p. 312 et. seq.).

O assento constitucional do princípio não encontrou unanimidade na doutrina.

Humberto Ávila (1997, p. 28) relata que o princípio da proporcionalidade não pode ser extraído diretamente da Constituição, resultando de uma implicação lógica da estrutura das próprias normas estabelecidas na Constituição:

[...] não pode ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, antes resulta, por implicação lógica, da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis. Vale dizer: a tentativa de extraí-lo do texto constitucional será frustrada.

Paulo Bonavides (2000, p. 395), por seu turno, encontra o princípio da proporcionalidade particularizado em diversos dispositivos constitucionais, entre eles:

[...] incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da União dos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre as disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas c e d do inciso II do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do artigo 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre as funções constitucionais do Ministério Público; *caput* do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre a prestação de serviços públicos.

Gilmar Mendes (1994, p. 469) registra que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal identifica o princípio na disposição constitucional que trata do devido processo legal.

O uso do princípio, na jurisprudência do STF, tem sido freqüente, na análise da limitação dos direitos fundamentais ¹⁰⁸. Na jurisprudência de países como Alemanha e Áustria, o princípio é invocado para submeter o conteúdo do ato legislativo a um exame de necessidade e adequação, quando da restrição de um direito fundamental (APPIO, 2005, p. 163) ¹⁰⁹.

Na verdade, não há regra jurídica expressa ou implícita que aponte os caminhos para que, em uma situação de conflito entre princípios constitucionais de idêntica hierarquia, o intérprete ou julgador adote este ou aquele critério.

Alguns autores entendem que o princípio da legalidade é um importante limitador de direitos fundamentais – só a lei poderia restringi-los, nos casos em que o constituinte atribuisse, com exclusividade, ao legislador ordinário a tarefa de definir os casos de limitação de um direito constitucional. Em tais situações a vontade do juiz não prevalece. (APPIO, 2005, p. 170).

Wilson Antonio Steinmetz (2000, p. 155) coloca que

[...] finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais e razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico, racional, o qual pressupõe: a) a existência de uma estrutura meio-fim; b) que o fim seja constitucional; c) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese da colisão de direitos fundamentais); e d) que, por fim, apliquem-se, sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.

¹⁰⁸ À guisa de exemplo, cite-se: AGRAVO INTERNO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATO NORMATIVO MUNICIPAL – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – OFENSA – INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO – I – Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II – Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III – Agravo improvido. (STF – RE-AgR 365368 – SC – 1ª T. – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJU 29.06.2007);

(...) A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 – posteriormente convertida na Lei 10.522/2002 -, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72. (STF – ADI 1976 – DF – TP – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJU 18.05.2007 – p. 00064).

¹⁰⁹ Ensina Eduardo Appio (2005, p. 163): “O princípio da proporcionalidade, na lapidar expressão dada pela Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*), tem sua tônica conceitual nos seguintes elementos: (...) o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando, com seu auxílio, se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental (BverfGE 30:292)”.

No âmbito da modulação dos efeitos da decisão prolatada no controle concentrado de constitucionalidade o princípio entra em evidência, em razão da possibilidade de manipulação dos efeitos da referida decisão, em atendimento às “razões de segurança jurídica” e “*excepcional interesse social*”.

Entretanto, cumpre advertir que a ponderação de tais postulados com o princípio da nulidade da lei inconstitucional não é feita com base em considerações de política judiciária, mas sim, em fundamento constitucional próprio (MARTINS; MENDES, 2007, p. 510).

Assim, utilizando como instrumento de ponderação o princípio da proporcionalidade, será considerado no sopesamento dos princípios conflitantes, de modo que se chegue a uma solução na qual cada um deles obtenha o maior grau de realização possível ¹¹⁰.

Este juízo deverá observar o tríptico aspecto do princípio da proporcionalidade:

- a) adequação, isto é, que a decisão resguarde os objetivos constitucionalmente pretendidos;
- b) necessidade ou exigibilidade, ou seja, que não haja meio menos gravoso para o atingimento dos fins constitucionalmente desejados; e, por fim,
- c) o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, verificando-se se há proporcionalidade entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão (BARROSO, 1999, p. 209).

¹¹⁰ Segundo Eduardo Appio (2005, p. 164): “[...] o princípio da proporcionalidade se encaixa com perfeição na aplicação das novas técnicas de interpretação a ser dada pela Constituição pelo STF (Supremo Tribunal Federal), uma vez que a definição do que seja segurança jurídica e/ou excepcional interesse social somente será dada a partir da conjugação e ponderação de valores e princípios estabelecidos na Constituição de 1988”.

(iv) *Possíveis configurações dos efeitos da decisão prolatada no controle concentrado*

Em relação à amplitude dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade a regra geral é que a decisão seja dotada de eficácia “*erga omnes*” – a norma é declarada nula, afetando todos os atos do Poder Público que tenham sido baseados nela. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade acarreta a repristinação da norma anterior à declarada inconstitucional.

Excepcionalmente, presentes os requisitos formal e material, o Supremo Tribunal Federal poderá limitar os efeitos, seja para afastar a nulidade de atos praticados pelo Poder Público, seja para afastar a incidência da decisão em relação a algumas situações ou, ainda, eliminar, total ou parcialmente, os efeitos repristinatórios da decisão (MORAES, 2007, p. 648).

Em outras palavras, o Supremo Tribunal pode conceder efeitos retroativos – atingindo a norma *ab initio* - ou estabelecer que os efeitos serão “*ex nunc*”, a partir do reconhecimento do vício, ou, ainda, conceder eficácia *pro futuro*.

Em face de tais considerações, esquematicamente, os limites temporais da declaração de inconstitucionalidade poderão ser assim analisados:

REGRA: efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos;

PRIMEIRA EXCEÇÃO: efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, a partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desde que fixados por 2/3 dos Ministros do STF.

SEGUNDA EXCEÇÃO: efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fixados por 2/3 dos seus Ministros. Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos, qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para a produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos” (MORAES, 2004, p. 648).

Walter Claudius Rothenburg (2001, p. 226) afirma que a modulação pode se dar sob quatro aspectos:

- a) eficácia subjetiva da decisão (alcance da decisão em relação às pessoas afetadas)¹¹¹;
- b) eficácia temporal da decisão (isto é, em relação ao período de abrangência);
- c) eficácia da decisão (em relação ao alcance vinculante da decisão relacionada a outros órgãos e aplicadores do direito);
- d) quanto eficácia material da decisão (alcance do conteúdo da decisão).

Gilmar Mendes (2005, p. 395), à luz do artigo 27 da Lei 9.868/99 sistematiza os efeitos, afirmando que o STF poderá proferir, em tese, uma das seguintes decisões declaratórias de inconstitucionalidade:

- a) a partir do trânsito em julgado da decisão (“*ex nunc*”), com ou sem repristinação da lei anterior;
- b) com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (“*pro futuro*”), com ou sem repristinação da lei anterior;
- c) sem a pronúncia de nulidade, permitindo-se a suspensão da aplicação da lei aos processos em curso até que o legislador, dentro de um prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade = restrição de efeitos);
- d) com efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações.

Por oportuno, não se deve olvidar que Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 396 et. seq.) sustenta a possibilidade de que a declaração com efeitos restritivos tenha repercussão nos casos concretos, bem assim entende possível a limitação de efeitos no sistema difuso.

Em relação à primeira hipótese, o autor pondera que em vista dos próprios fundamentos legitimadores das restrições dos efeitos, pode o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo ressalva, porém, aos casos já decididos ou pendentes até determinado momento (v.g, até a decisão *in abstracto*), pois, tendo em vista a autonomia dos processos de controle concentrado e incidental pode ocorrer distanciamento temporal entre as decisões, daí porque recomenda que o STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade “*ex nunc*” na ação direta, ressaltando os casos concretos já julgados ou *sub judice* até a data do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade.

¹¹¹ Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 328) considera difícil, na prática, encontrar exemplo em que a decisão possa afetar apenas um grupo de pessoas sem afetar o princípio da isonomia. Reflete no argumento de Rothenburg, no que toca à omissão parcial, quando contemplado apenas um segmento de pessoas e a modulação dos efeitos alcance apenas os indevidamente excluídos.

Em referência à segunda hipótese, sustenta que a limitação de efeito é apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto incidental¹¹².

3 DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

3.1 A DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS ESCASSOS

3.1.1 Os processos decisórios na distribuição de recursos

A escassez de recursos é um tema de grande interesse, na atualidade, uma vez que a produção de bens e serviços, públicos ou privados, não tem sido proporcional ao crescimento da demanda. O reconhecimento de limites aos recursos disponíveis reclama o estabelecimento de critérios para a sua distribuição.

Tanto o processo decisório do setor público (ou seja, aquele que se situa no âmbito das decisões públicas – políticas coletivas, decisões “extramercado”), quanto o processo decisório do setor privado (que se dá no âmbito do mercado) dizem respeito, direta ou indiretamente, às escolhas que os agentes econômicos fazem acerca do emprego de recursos escassos, escolhas as quais são informadas por diferentes ordens de motivações e princípios (NUSDEO, 1995, p. 8 passim).

A decisão de mercado (privada) é orientada pelo sistema de preços (que seriam os parâmetros para orientar as escolhas dos agentes econômicos privados), ao passo que a decisão pública (política), que não se encontra sujeita às regras de mercado, especialmente no que toca à demanda, é lastreada sob o critério político.

Entretanto, no âmbito da distribuição de recursos privados, não se pode afirmar que as escolhas sejam disciplinadas exclusivamente pelas regras de mercado.

Defender tal posição significa negar a existência de falhas de mercado (*market failure*) e a possibilidade de intervenção do Estado, neste âmbito, para o estabelecimento de normas

¹¹² Sobre a incompatibilidade da modulação dos efeitos no controle difuso, vide observações no item 2.5.2.2.2. “1”.

jurídicas de proteção à concorrência, as quais, em última instância, visam a resguardar o equilíbrio entre a oferta e a demanda de recursos ¹¹³.

Por outro vértice, a oferta e distribuição recursos públicos é regida fundamentalmente por escolhas públicas, as quais envolvem questões de uma política fiscal equilibrada ¹¹⁴ e, por refletirem opções de uma determinada coletividade, demandam regramentos normativos, que estabeleçam sua provisão e respectiva distribuição ¹¹⁵.

3.1.2 Papel do Poder Público na distribuição de recursos

No âmbito da Ciência do Direito, o estudo sobre a disciplina jurídica da distribuição de recursos pode ser visto sob duas perspectivas básicas: a primeira, que trata da captação de recursos; a segunda, propriamente, da alocação de tais recursos.

Na primeira perspectiva, interessa o estudo das normas jurídicas que estabelecem a disciplina da atividade financeira do Estado do ponto de vista da arrecadação de recursos. Na

¹¹³ No nosso sistema econômico (i.e, capitalista, do tipo ocidental), ora o Estado age para suprir as denominadas “falhas do mercado” ou “*market failure*” (estruturais e/ou relacionadas à inadequada sinalização da escassez), ora age no nível político (fazendo o mercado atender determinados objetivos, estabelecidos previamente por escolhas políticas). Segundo Nusdeo (1995, p. 23) cinco são as inoperacionalidades do mercado: a) falta de mobilidade de fatores da produção, que geram crises de produção (excesso ou escassez); b) deficiência de acesso nas informações, prejudicando o processo decisório dos agentes econômicos; c) concentração empresarial, derivada de economias em escala e com reflexos negativos ao jogo concorrencial, que é eliminado; d) externalidades, que deixam de sinalizar adequadamente a escassez; e) impossibilidade de captação das necessidades da comunidade por bens de caráter coletivo. Segundo Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além (2000, p. 24) as falhas de mercado são circunstâncias representadas por “a) existência de bens públicos; b) falha na competição que se reflete na existência de monopólios naturais; c) externalidades; d) os mercados incompletos; e) falhas de informação e f) a ocorrência de desemprego e inflação”.

¹¹⁴ A política fiscal possui três funções básicas: alocativa, distributiva e estabilizadora. A função alocativa diz respeito ao fornecimento de bens públicos; a distributiva está associada a ajustes na distribuição de renda e a estabilizadora objetiva o uso da política econômica visando um alto nível de emprego, à estabilidade de preços e à obtenção de uma taxa apropriada de crescimento econômico. Na função alocativa compete ao Estado: a) determinar o tipo e a quantidade de bens a serem ofertados; b) calcular o nível de contribuição de cada “consumidor”, mormente por meio da obtenção compulsória de recursos – impostos. Neste particular, ganha expressão o processo político – que substitui o sistema de mercado, pois a decisão de um determinado governante, pelo do processo eleitoral, demonstra, de forma indireta, as preferências da sociedade em relação a quais bens públicos são considerados prioritários e quanto estão dispostos a contribuir, sob a forma de impostos, para o financiamento da oferta de tais bens públicos. Na função distributiva, o governo se utiliza das transferências, impostos e subsídios para promover a redistribuição de renda. Por fim, na função estabilizadora, o governo se utiliza de instrumentos macroeconômicos – políticas fiscais e monetárias – a fim de estimular altos níveis de emprego, estabilidade de preços e altas taxas de crescimento econômico, cumprindo o Estado o papel de proteger a economia de flutuações bruscas, em casos de recessão ou desaceleração de crescimento econômico. (GIAMBIAGI; ALÉM, op. cit., p. 30 et. seq.)

¹¹⁵ Ana Paula Barcellos (2002, p. 2) coloca que a distribuição de bens no âmbito social comporta diferentes aspectos de análise e que o direito, especialmente o direito constitucional, tem parte na solução do problema da distribuição de bens sociais, ainda que não lhe caiba substituir o papel das demais áreas da atuação humana.

segunda, as normas jurídicas que tratam da aplicação de tais recursos, por meio de políticas públicas e das respectivas previsões orçamentárias para tal fim.

Tratando-se de perspectivas sobre o mesmo ponto – distribuição de recursos – as indagações que surgem decorrem de uma relação relativamente simples: há um universo limitado – e cada vez menor - de recursos, a ser dividido por um número limitado – e cada vez mais amplo - de indivíduos.

Acaso se tratasse de uma equação matemática, o resultado esperado seria a distribuição proporcional dos recursos a cada um dos indivíduos contemplados pela equação.

Contudo, tanto a proposição quanto o conseqüente desta relação estão sujeitos a variáveis volitivas, que afetam o equilíbrio abstratamente esperado: na prática, nem todos os recursos são arrecadados de forma satisfatória, nem todos os indivíduos recebem uma cota rigorosamente proporcional dos recursos.

Seja como for, o desequilíbrio nesta relação sempre terá o potencial para gerar conflitos e insatisfação sociais, exigindo do Direito a construção de mecanismos de contingência.

3.1.2.1 A atividade financeira do Estado

Ensina Kiyoshi Harada que a “finalidade do Estado é a realização do bem comum” noção esta que, embora seja difícil e complexa é, por ele conceituada “como sendo um ideal que promove o bem-estar e conduz a um modelo de sociedade, que permite o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, ao mesmo tempo em que estimula a compreensão prática dos valores espirituais” (2007, p. 35).

Para a persecução do bem comum, o Estado desenvolve inúmeras atividades, visando a tutelar determinada necessidade pública ¹¹⁶.

E, para tal fim, necessita captar e gerir os recursos para a satisfação de suas necessidades, pelo que se convencionou denominar “atividade financeira do Estado”.

Carlos Valder do Nascimento (1995, p. 1) afirma que finanças públicas “[...] dizem

¹¹⁶ Entendida como “aquela de interesse geral, satisfeita soberania o regime de direito público, presidido pelo princípio da estrita legalidade, em contraposição aos interesses particulares e coletivos, satisfeitos pelo regime de direito privado, informado pelo princípio da autonomia da vontade.” “[...] Cabe ao poder político a escolha dessas necessidades coletivas, encampando-as como necessidades públicas e, conseqüentemente, inseri-las no ordenamento jurídico, disciplinando-as a níveis constitucional e legal. (HARADA, 2007, p. 36 et. seq.).

respeito às operações voltadas para a obtenção, distribuição e utilização de dinheiro indispensável à satisfação das necessidades públicas”.

Aliomar Baleeiro (1960, p. 18), na sua clássica lição, por sua vez, ensina que a “[...] atividade financeira consiste em obter, criar, gerir e despendar o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas pessoas de direito público [...]”.

No desempenho de sua atividade financeira o Estado capta receitas – entendidas como ingresso dinheiro aos cofres do Estado, para atendimento de suas finalidades - e realiza despesas ¹¹⁷, em uma razão direta com as necessidades públicas a que se obriga a suprir. Como assinala Aliomar Baleeiro (1960, p. 9)

[...] para auferir dinheiro é necessário à despesa pública, os governos, pelo tempo afora, socorrem-se de uns poucos meios universais: (a) realizam-se extorsões sobre outros povos ou deles recebem doações voluntárias; (b) recolhem-se as rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado; (c) exigem coativamente tributos ou penalidades; (d) tomam ou forçam empréstimos; (e) fabricam dinheiro metálico de papel [...].

As receitas públicas podem ser classificadas em *extraordinárias* e *ordinárias*, conforme o critério de regularidade ou relativa periodicidade.

As *extraordinárias* são aquelas auferidas em caráter excepcional e temporário, em função de determinada conjuntura (por exemplo, o empréstimo compulsório, sempre que houver necessidade, para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou na iminência (artigo 148, II, da CRFB/1988) ou impostos extraordinários, no caso de iminência ou no caso de guerra externa (artigo 154, II, da CRFB/1988). Não se trata de fontes perenes de receitas, pois, por terem caráter de contingente, devem ser, gradativamente, suprimidos assim que cessadas as causas de sua criação.

As receitas *ordinárias* são aquelas que ingressam com regularidade, por meio do normal desenvolvimento da atividade financeira do Estado. Constituem fonte regular e permanente de recursos financeiros necessários ao atendimento das despesas públicas.

Quanto à origem, a receita pode ser classificada em *originária* e *derivada*.

Originária é aquela que advém da exploração, pelo Estado, da atividade econômica.

¹¹⁷ Segundo Aliomar Baleeiro (1969, p. 81), despesa pública pode apresentar dois significados: “[...] Em primeiro lugar, designa o conjunto dos dispêndios do estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos [...]”. Pode, também, significar “[...] a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte de autoridade ou agente público competente dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo [...]”

Derivada é aquela caracterizada por constrangimento legal para sua arrecadação (tributos, as penas pecuniárias, o confisco e as reparações de guerra)¹¹⁸.

Diante do crescimento e evolução do Estado, todavia, não se cogita mais que o Estado supra “suas necessidades financeiras por meio de guerras de conquistas, de doações voluntárias e de vendas de bens de seu patrimônio” (HARADA, 2007, p. 62), predominando o recurso às receitas advindas da exigência coativa de tributos e a obtenção de empréstimos.

Igualmente, pela complexidade das tarefas cometidas ao Estado, não se admite o dispêndio desordenado e sem critério dos recursos arrecadados.

Arrecadação e dispêndio de recursos são atividades do Estado que devem ser devidamente planejadas e vinculadas a princípios jurídicos rígidos¹¹⁹.

Na arrecadação, sob o aspecto que interessa - receitas de natureza tributária – importa registrar que a Constituição de 1988 cuidou de estabelecer regras e princípios para as limitações do poder de tributar¹²⁰.

¹¹⁸ Jêze e de Seligman também procederam à classificações, referidas por Aliomar Baleeiro (1960, p. 132 et. seq.). A classificação de Jêze baseia-se na divisão dos serviços públicos, ao passo que a classificação de Seligman é tomada segundo a vantagem auferida pelo Poder Público. Também merece menção a classificação legal que decorre da Lei nº 4.320/64 (que, nos ensinamentos de Kyoshi Harada – 2007, p. 64 - não perfilhou a conceituação doutrinária da receita pública, ditada por financistas, porquanto não elege como requisito indispensável à configuração da receita pública o ingresso de dinheiro sem contrapartida no passivo nem acréscimo patrimonial da entidade política). Segundo este mesmo autor, “conquanto não tenha definido expressamente o que seja receita pública, pelo exame de seu art. 11 e parágrafos, permite identificá-la como tal todo ingresso de recursos financeiros ao tesouro público, com ou sem contrapartida no passivo e independente de aumento patrimonial. De fato, os empréstimos públicos, compulsórios ou voluntários acham-se seguramente contidos na categoria de receitas de capital. O citado art. 11 classifica a receita por categorias econômicas em: receitas correntes e receitas de capital. Por força do princípio de unidade de tesouraria, previsto no art. 56, todo ingresso de dinheiro deve ser centralizado no tesouro público e contabilizado ou como receita corrente ou como receita de capital. Não há como contabilizá-lo a título de mera entrada de caixa ou soberania rubrica de “receita provisória”, figura inexistente na Lei nº 4.320/64. Pode-se dizer que, na sua generalidade, as receitas correntes abarcam as decorrentes do poder impositivo do Estado (tributos em geral), bem como aquelas decorrentes da exploração de seu patrimônio e as resultantes de exploração de atividades econômicas (comércio, indústria, agropecuária e serviços) consoante se depreende do § 1º do art. 11. As receitas de capital, por sua vez, compreendem: as provenientes de realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; as oriundas de conversão em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público e privado destinados a atender a despesa de capital e, ainda, o superávit do orçamento corrente (§ 2º do art. 11). O § 4º do art. 11 apresenta a seguinte classificação da receita por fonte: I - Receitas correntes: 1.1. Receitas tributárias – impostos, taxas e contribuição de melhoria; 1.2. Receita de contribuições; 1.3. Receita patrimonial; 1.4. Receita agropecuária; 1.5. Receita industrial; 1.6. Receita de serviços; 1.7. Transferências correntes; 1.8. Outras receitas correntes e II - Receitas de capital: 2.1. Operações de crédito; 2.2. Alienação de bens; 2.3. Amortização de empréstimos; 2.4. Transferências de capital; 2.5. Outras receitas de capital”.

¹¹⁹ Ensina Ana Paula Barcellos (2002, p. 240) que a gestão de recursos financeiros envolve sempre dois tipos e ação: a obtenção e o dispêndio. Não é diferente com os recursos públicos. A apuração de recursos pelo Poder Público é tema amplamente regulamentado pelo direito constitucional, desde as clássicas limitações ao poder de tributar, até as modernas regras que regem o endividamento público.

¹²⁰ Em feliz síntese, Roque Carrazza (2000, p. 292): “O Estado, ao exercer a tributação, deve observar os limites que a ordem constitucional lhe impõe, inclusive no que atina com os direitos subjetivos públicos das pessoas. Com estes preceitos, a Constituição determinou de modo negativo, isto é, por meio de proibições, o conteúdo possível das leis tributárias e, indiretamente, dos regulamentos, das portarias, dos atos administrativos tributários, etc. Em outros termos, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, ao fazerem uso de suas competências tributárias, são obrigados a respeitar os direitos individuais e suas garantias. [...]”.

Não obstante, houve um crescente aumento da carga tributária. Com a palavra, Marcos Mendes (2006, p. 35 et. seq.):

[...] Como as fontes tradicionais de tributação (renda, patrimônio e consumo) são limitadas, o governo acaba criando impostos de baixa qualidade, que incidem sobre o faturamento das empresas, a folha de pagamentos, os depósitos bancários. Além disso, são criados mecanismos de poupança forçada (PIS, PASEP, FGTS) que obrigam as empresas e empregados a depositar em fundos públicos, em troca de baixa remuneração, um dinheiro que poderia ser utilizado de forma mais produtiva no consumo ou poupança privados, sem que critérios políticos afetassem sua alocação.

Esse sistema tributário pesado e distorcido onera a criação de novos negócios, a ampliação das empresas e as exportações, que são as molas mestras do crescimento econômico. Um novo equipamento, que poderia duplicar a produção de uma empresa (sic), fica muito mais caro devido ao aumento dos impostos. A contratação de novos empregados é dificultada pelos inúmeros encargos sociais. Não se consegue exportar parte da produção porque as empresas dos países concorrentes têm custos tributários menores e, por isso, oferecem preços menores.

Outra importante fonte de crescimento – o aumento da produtividade – também é afetada pela tributação excessiva. Em um contexto de tributação elevada, pagar ou não todas as obrigações tributárias passa a ser, muitas vezes, uma decisão determinante sobre a possibilidade de sobrevivência das empresas. Muitas optam por não pagar impostos e, para não aparecer aos olhos do fisco, não podem crescer, mantendo-se pequenas e pouco produtivas, não podendo aproveitar os ganhos decorrentes do aumento em escala de produção e do acesso a técnicas mais eficientes [...] Ao se tornar visível para o fisco, o empreendimento corre o risco de ser inviabilizado pelo peso da carga tributária [...]. A concorrência, que estimula a eficiência e a produtividade, também é afetada [...].

No que toca ao dispêndio de recursos, por seu turno, a Constituição de 1988 igualmente estabeleceu princípios e regras específicos para limitar os gastos públicos, que, pela conexão com a cláusula da “reserva do possível” adiante serão examinados.

3.1.2.2 O planejamento na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é pródiga em estabelecer uma diversidade de normas jurídicas, em praticamente todos os subsistemas que a compõem, chegando, em alguns casos (em

Afinal, os direitos fundamentais do homem não foram elencados na Constituição apenas para serem formalmente reconhecidos, mas para serem concretamente efetivados [...]”. Interessante notar que Roque Carrazza (op. cit., p. 278) sustenta a idéia de que apesar “[...] de não haver, no Brasil, dispositivo expresso neste sentido, entendemos que a Constituição, justamente porque formada por normas jurídicas, permite que os direitos por ela conferidos sejam judicialmente pleiteados, mesmo à falta de lei que os torne mais efetivos. Do contrário, a eventual inércia do legislador – como argutamente notou Gomes Canotilho, bastaria para que as normas constitucionais, referentes aos direitos fundamentais, se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo”.

especial, nas normas formalmente constitucionais) a minúcias desnecessárias ¹²¹. E assim ocorreu, quando tratou a Constituição de 1988 de dispor sobre matéria orçamentária.

Sob influência estrangeira, notadamente do modelo alemão ¹²², a Constituição de 1988 nasceu com a difícil incumbência de solucionar a crise financeira legada pelo regime militar. Sobre este período, registra Torres (1995, p. 32):

Ao constituinte de 1988 incumbia elaborar os dispositivos capazes de solucionar a gravíssima crise financeira que eclodiu a partir de 1979, ou, pelo menos, impedir que permanecesse o país mergulhado no caos financeiro. O modelo autoritário das finanças públicas, inaugurado em 1964, se esgotara, com a sua falta de transparência, com a manipulação dos orçamentos pelo Executivo, com a fragilidade do controle do gasto público, com o comprometimento da moralidade administrativa, com a centralização de recursos e de tarefas em mãos do Governo Federal, com o descontrole do endividamento público e com o ranço do patrimonialismo observado nos privilégios, nos subsídios e na concessão indiscriminada de favores com o dinheiro arrecadado do povo.

A Constituição de 1988 prevê, em matéria orçamentária, leis de iniciativa do Poder Executivo (artigo 165 da CRFB/1988¹²³) que estabelecerão:

- a) o plano plurianual;
- b) as diretrizes orçamentárias;
- c) os orçamentos anuais ¹²⁴.

¹²¹ Oswaldo Luis Palu explica: “No Brasil existe tendência a minudenciar e a descrever, em textos legais, direitos e obrigações, que se poderiam entender óbvios. Necessidade cultural, talvez, mas uma Constituição é fruto também da cultura de determinada sociedade, razão pela qual se pode entender que a Constituição de 1988 é o reflexo dos defeitos e virtudes de nossa sociedade. A dificuldade maior consiste na adaptação constante de um texto analítico e por vezes repetitivo a uma sociedade em contínua e incessante mudança.

¹²² “A nova Constituição Financeira do Brasil sofreu, inegavelmente, a influência do constitucionalismo liberal estrangeiro. Serviu-lhe de inspiração, em grande parte, a Constituição Financeira da Alemanha Ocidental, formalizada nos arts. 109 a 115 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), de 1947, reformada em 1967 e 1969, incluídos no capítulo intitulado “Regime Financeiro” (*Das Finanzwesen*). Outras influências, em menor escala, podem ser detectadas, como as recebidas das Constituições da Itália (1947), da França (1958) e da Espanha (1978). (TORRES, 1995, p. 31).

¹²³ Comenta Alexandre de Moraes (2004, p. 595) que “a Constituição Federal, seguindo tradição constitucional, aderiu ao princípio universal de iniciativa da proposta orçamentária ao Poder Executivo. Assim, o art. 84, XXIII, prevê competir ao Presidente da República, privativamente, enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento. O Presidente da República poderá, ainda, enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos citados projetos enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta. Esta iniciativa privativa do Presidente da República caracteriza-se por ser uma iniciativa legislativa vinculada, uma vez que deverá ser remetida ao Congresso Nacional no tempo estabelecido pela própria Constituição Federal.

¹²⁴ Ensina Kyoshi Harada (2007, p. 89 et. seq.) que não “[...] há unanimidade acerca da natureza jurídica do orçamento. Para ele “[...] entre nós, o orçamento é uma lei anual, de efeito concreto, estimando as receitas e fixando as despesas, necessárias à execução da política governamental.”

A lei que instituir o Plano Plurianual “estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.” (artigo 165, § 1º da CRFB/1988).

A lei de diretrizes orçamentárias, por seu turno,

compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (artigo 165, § 2º da CRFB/1988).

Por fim, a lei orçamentária anual, compreenderá:

- a) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
- b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
- c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (artigo 165, § 5º, incisos I, II e III da CRFB/1988).

O processo legislativo para a elaboração das leis relativas ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias, ao Orçamento Anual e aos créditos adicionais é especial, dotado de inúmeras regras específicas.

Os projetos de lei do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, do Orçamento Anual ¹²⁵ e os créditos adicionais serão apreciados pela Câmara e pelo Senado, na forma do regimento comum (artigo 166 da CRFB/1988), vedando-se que a lei orçamentária anual contenha dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação de despesa (não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de

¹²⁵ Dispõe o § 6º do artigo 165 da CRFB/1988 que “§ 6º. O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”. Além disto, dispõe o § 7º do mesmo dispositivo que os orçamentos deverão estar “compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional”.

operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos disciplinados em lei (artigo 165, § 8º da CRFB/1988).

Apresentados os projetos de lei do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, do Orçamento Anual, caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e Deputados examinar e emitir parecer sobre os referidos projetos, bem assim sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na constituição e, ainda, exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária (artigo 165, § 1º da CRFB/1988).

As emendas ao orçamento serão apresentadas perante a Comissão Mista, que emitirá parecer e serão votadas pelo plenário das duas casas do Congresso Nacional. A aprovação das emendas fica condicionada ao atendimento de três requisitos:

- a) compatibilidade com o plano plurianual e lei de diretrizes orçamentárias;
- b) as emendas deverão indicar os recursos necessários (admitidos os provenientes de anulação de despesas, excluídas as que incidam sobre dotação de pessoal e seus encargos; serviços da dívida, transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal;
- c) as emendas deverão estar relacionadas com a correção de erros ou omissões ou com dispositivos do texto do projeto de lei.

As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias só serão aprovadas se compatíveis com o plano plurianual.

Por fim, o projeto de lei do plano de plurianual não poderá sofrer emendas que lhe aumentem as despesas.

Importa destacar que não há possibilidade de rejeição do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, pois o artigo 57, parágrafo 2º da CRFB/1988 estabelece que a “sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias”.

Tal não ocorre com o projeto de lei orçamentária, porquanto o artigo 166, § 8º da CRFB/1988 admite a interpretação da possibilidade da rejeição total ou parcial do projeto, na medida em que estabelece que os

recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados,

conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa ¹²⁶.

Também a Constituição de 1988 estabelece dois sistemas de controle da gestão pública, nas esferas federal, estadual e municipal:

- a) o controle interno, realizado pelos próprios órgãos do aparelho estatal (artigo 74 da CRFB/1988);
- b) controle externo, realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio do respectivo tribunal de contas.

Ensina Alexandre de Moraes (2004, p. 595) que no exercício da fiscalização orçamentária, a Comissão Mista de Senadores e Deputados, à luz de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que preste esclarecimentos, no prazo de cinco dias. Se tais esclarecimentos forem considerados insuficientes ou não forem prestados, a Comissão solicitará ao Tribunal um pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de 30 dias. Se o Tribunal julgar irregular a despesa, devolverá o caso à Comissão, a qual, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação, nos termos do artigo 72 da CRFB/1988.

Percebe-se, no entanto, que a Constituição de 1988 estruturou um sistema normativo e mecanismos adequados para o controle da distribuição de recursos.

Porém, as inovações constitucionais não foram suficientes para debelar os problemas institucionais da sociedade brasileira, no que tange à questão do orçamento.

A total falta de tradição, no Brasil, de uma “cultura orçamentária”, a ausência – histórica - de debates efetivos para o controle das finanças públicas ¹²⁷ e da mentalidade de

¹²⁶ Esta é a opinião de Alexandre de Moraes (2004, p. 597), que entende ser prerrogativa do Poder Legislativo aprovar ou rejeitar, total ou parcialmente, um projeto de lei. Em sentido oposto, Adilson Abreu Dallari (1996, p. 159 et. seq.) salienta que a rejeição seria uma forma de emenda e esta se encontra restrita, de modo que resta implicitamente proibida a rejeição total, modificadora absoluta do texto inicialmente proposto. Alexandre de Moraes (loc. cit.) acrescenta que a demora ou não aprovação do projeto de lei orçamentária, acarretará o fato de que a Administração ficará sem orçamento para as despesas do ano vindouro, hipótese em que a Constituição estabelece que as despesas que não puderem se efetivar sem prévia autorização legislativa terão que sê-lo especificamente, mediante a existência do caso concreto e leis de abertura de crédito especiais.

¹²⁷ Ilustrando a resistência nacional para “discursar sobre o dinheiro e refletir a respeito das finanças públicas”, Torres (1995, p. 27) registra, com assombro, que o filho de Cairu, Bento da Silva, ao traduzir para o português o livro “Riqueza das Nações” suprimiu todo o Livro V, o qual vem a ser justamente aquele que é dedicado ao estudo dos impostos e das finanças públicas.

uma classe política que, herdeira dos resquícios do Estado patrimonial, ainda espera privilégios e benesses estatais, geraram e geram escândalos de corrupção ¹²⁸, manipulação dos orçamentos com objetivos partidários e malversação de recursos públicos.

E nem mesmo a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar 101 de 2000), criada com o objetivo de estabelecer métodos e práticas voltadas para o equilíbrio e transparência fiscal, bem assim racionalizar o processo orçamentário, estimulando o planejamento das ações de governo a longo prazo (minimizando, assim, o prejuízo que os interesses eleitorais causam ao efetivo atendimento da população, pelo setor público), foi suficiente para alterar tal estado de coisas.

Sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, importa mencionar que se trata de uma curiosa “importação” do modelo adotado na Nova Zelândia, que, na década de 90, para debelar um período de grave situação macroeconômica – alta inflação, alto déficit público e com alta avaliação do “risco-país” - adotou um austero programa de estabilização e ajuste fiscal, alcançando, em pouco tempo, resultados de superávit fiscal e diminuição da dívida pública.

Assim, inspirado nesta legislação, o governo brasileiro elaborou um projeto de lei semelhante, que foi aprovado pelo Congresso Nacional em 2000, batizando-se de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Segundo Ricardo Lobo Torres (2001, p. 281), o *Fiscal Responsibility Act* da Nova Zelândia, recepcionado pela LRF, proclama o princípio da prudência, que se expressa na necessidade de:

- a) reduzir os débitos da “Coroa” a “níveis prudentes” (*to prudent levels*);
- b) manutenção do débito no nível prudente assim alcançado (*prudent levels*);
- c) gerenciar prudentemente os riscos fiscais que ameaçam o Estado (*managing prudently the fiscal risks facing the Crown*).

Em resumo, a LRF apresenta uma série de diretrizes gerais que deve balizar a conduta das autoridades na gestão das finanças públicas nas três esferas de governo, entre elas, tetos para despesa com pessoal – com regras rígidas sobre o gasto com pessoal no final de mandato; limitação de endividamento público; concessão e ampliação de benefícios

¹²⁸ Registre-se que a obra do Professor Ricardo Lobo Torres, tantas vezes citadas nesse capítulo, teve sua redação encerrada em 1994, em um período de intensa crise institucional no Brasil: o país ficou sem orçamento durante quase todo o ano de 1994 – lembrando-se que em 1993 eclodiu o escândalo da “máfia do orçamento” e poucos parlamentares perderam o mandato.

tributários; vedação aos refinanciamentos ou postergação de dívidas entre os entes da federação – a fim de evitar a “socialização de prejuízos”, bem assim sanções para o caso de descumprimento das novas regras, entre elas, punições financeiro-administrativas (proibição de recebimento de transferências voluntárias e realização de operações de crédito) e punições criminais (a LRF introduziu tipos penais no Código Penal, Lei de Crimes de Responsabilidade, etc.).

Nas lições de Leila Cuéllar (2001, p. 185):

A Lei de Responsabilidade Fiscal exige uma ação planejada e transparente: é necessário um completo planejamento na elaboração de todo o orçamento (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei do Orçamento Anual) e a transparência corresponde àquela objetivada pela Emenda Constitucional nº 19, que determinou a Reforma Administrativa.

Amir Khair, José Roberto R. Afonso e Weder de Oliveira (KHAIR; AFONSO; OLIVEIRA, 2006, p. 277), ao estudarem os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, afirmam que, com o decorrer dos anos de sua entrada em vigor, mais se transformou em um instrumento de propaganda do que, propriamente, o pretendido instrumento revolucionário na gestão das finanças públicas no país. Para tais autores, os gestores públicos se preocupam mais com a geração de um superávit primário e negligenciam aspectos fundamentais da Lei de Responsabilidade Fiscal, como a maior transparência e a modernização da gestão.

Por fim, acrescente-se que o Estado brasileiro cresceu e cresce desmesuradamente. Aumentaram os gastos públicos e a carga tributária, mas, nem por isto, houve melhora no desempenho das tarefas que o Estado encontra-se constitucionalmente obrigado a prestar.

Interessante estudo relatado por Claudio D. Shikida e Ari Francisco de Araújo Jr (2006, p. 86) apresenta dados estatísticos sobre os quais foi estimado qual seria o tamanho ótimo da carga tributária, no Brasil. Para tal fim, foram utilizadas estatísticas das contas nacionais do período de 1947-2003, encontrando-se a carga tributária ótima em percentual do PIB em 32,36%. A carga tributária em 2006, segundo dados da Secretaria da Receita Federal, é de 34,23%¹²⁹ ou seja, muito superior ao nível ótimo e, portanto, estaria atrapalhando o processo produtivo e acarretando condutas evasivas à tributação, fato este demonstrado por estudos empíricos, que evidenciam que a iniquidade da tributação, a insuficiência de serviços

¹²⁹ Fonte: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2006.pdf> - Acesso em 31-01-2008.

públicos e a complexidade – e custos decorrentes - da observância das normas tributárias são fatores que contribuem para um quadro de “desobediência tributária” ¹³⁰.

Por outro lado, de acordo com Claudio D. Shikida e Ari Francisco de Araújo Jr (2006, p. 87), os motivos que ensejaram o aumento da carga tributária, no Brasil, são os seguintes:

- a) tentativa de autolegitimação e ao projeto de governo estatizante do regime militar (1964-1985), o que pode ter gerado um nível excessivo de gastos (e correspondente aumento da carga tributária);
- b) a progressiva implementação legal da Constituição de 1988, alterando as responsabilidades tributárias dos entes federados, descentralizando a receita federal para estados e municípios, o que exigiu que a União buscasse novas receitas para equilibrar suas contas;
- c) aos sucessivos fracassos para se proceder à reforma tributária e da Previdência Social;
- d) à redemocratização que, ao dar poder de voto à população de renda abaixo da média, ampliou a demanda por assistência social que os políticos trataram de atender para garantir suas eleições e reeleições.

Por fim, salientam a mudança da visão governamental quanto à arrecadação a partir da década de 90, no sentido de privilegiar a eficiência arrecadatória sem a preocupação com os efeitos distorcivos que uma elevada carga tributária representa sobre a economia e, também, o entrenchamento de certos interesses, engessando a possibilidade de redução do setor público.

¹³⁰ E experimentos econômicos empíricos demonstram os fatores que ensejam comportamentos evasivos à tributação. Marcelo Coletto Pohlmann e Sérgio de Iudícibus (2006, p. 41) relatam experimentos relacionados à obediência tributária, que, entre outras, chegaram às seguintes e importantes conclusões: a) a percepção da iniquidade fiscal afeta a obediência: a obediência é menor dentre sujeitos que afirmaram que a sua tributação era maior do que de outros, e a obediência é maior dentre os sujeitos que disseram que sua carga tributária era menor; b) a obediência individual declina se o sujeito acredita que recebe menos do que os outros, em termos de benefícios e serviços públicos; c) a obediência está relacionada com a presença de fornecimento de bens e serviços públicos ao contribuinte; d) a obediência é maior quando os indivíduos votam no uso dos recursos arrecadados; e) prêmios para obediência tributária aumentam o nível desta. Estes mesmos autores (POHLMANN; IUDÍCIBUS, op. cit., p. 48), citando outra pesquisa teórico-empírica salientam que contribui para a evasão fiscal o fato de que o aparato tributário brasileiro é composto de leis e normas de fácil descumprimento. Outros estudos indicam que as empresas brasileiras gastam 0,32% a 1,66% de sua receita bruta apenas “com custos de conformidade”, ou seja, custos incorridos pelos contribuintes para atender às exigências da legislação e das autoridades tributárias. Assim, assumindo que essas incidências sejam válidas para toda economia, poder-se-ia afirmar, segundo a pesquisa, que o Brasil desperdiça, no mínimo, R\$ 7,2 bilhões por ano para cumprir as determinações das leis tributárias, em vez de alocá-los à atividade produtiva (p. 90 et. seq.).

E os governos sempre encontram argumentos de cunho demagógico para instituir novos tributos. Hugo de Brito Machado (2006, p. 177) comenta que o Presidente Figueiredo quando institui-se o FINSOCIAL, com alíquota de 0,5% incidente sobre o faturamento das empresas, chorou, emocionado, dizendo “que agora a pobreza seria erradicada de nosso país”. Muitos anos se passaram, o tributo mudou de nome, sua alíquota majorou para 7,6%, a população e a pobreza cresceram de forma significativa.

E os dados fáticos confirmam tais assertivas. Com a palavra, Marcos Mendes (2006, p. 33 et. seq.):

O estado brasileiro cresceu fortemente nos últimos anos e parece estar excessivamente grande. A despesa do governo federal passou de 23% para 31% do PIB em uma década (1995-2005). E a carga tributária imposta pela União, estados e municípios saltou de 29,4%, em 1995, para mais de 37% em 2005, segundo cálculos de Amir Khair, um dos autores deste livro. Isso significa que 37% daquilo que os trabalhadores e empresas produzem é retirado das rendas privadas e, posteriormente re-injetado na economia através dos gastos do governo. Ou seja, os dirigentes do poder público têm grande poder para decidir quem vai ficar com 37% da renda do país.

Esse crescimento da máquina pública não parece ter resultado em mais e melhores serviços públicos. [...] o gasto do Poder Judiciário federal, em valores reais multiplicou-se por dez entre 1985 e 2004, sem que a justiça tenha ficado dez vezes mais rápida ou tenha multiplicado por dez o número de brasileiros que têm acesso a ela. As despesas da Previdência Social com o Auxílio-doença passaram de R\$ 3,1 bilhões em 2001 para R\$ 12,5 bilhões em 2005, sem que tenha ocorrido qualquer epidemia ou catástrofe que criasse tantos doentes de uma hora para outra. As estradas estão em estado precário: 45% daquelas sob ‘gestão estatal’ foram consideradas em estado ‘ruim’ ou ‘péssimo’ pela Confederação Nacional dos Transportes em pesquisa realizada em 2005. [...] o governo cresce excessivamente, os custos de suas ações passam a superar os benefícios, e surgem diversos motivos pelos quais ela passa a prejudicar o desenvolvimento econômico e social¹³¹.

¹³¹ Do mesmo autor, ainda citam-se as seguintes ponderações (MENDES, 2006, p. 36 et. seq.): “Uma característica dos governos grandes é que, mesmo com uma tributação elevada, eles dificilmente conseguem equilibrar suas contas. Para cada nova receita que entra, a burocracia, os políticos e sua clientela ou as demandas da população já criaram uma despesa nova. A tendência, então, é que governos grandes acumulem dívidas igualmente grandes. Um governo que deve muito representa risco para os emprestadores, que dele cobrarão altas taxas de juros. Pagando juros elevados e absorvendo parcela significativa de recursos disponíveis na sociedade, o governo reduz o crédito disponível para o setor privado e eleva o seu custo. Muitos empreendimentos se tornam inviáveis em função do alto custo de financiamento. A taxa de investimento do país cai, prejudicando o crescimento. No governo, os incentivos para agir com eficiência são menores, afinal o burocrata ou governante gastam um dinheiro que não é seu. Quando um percentual elevado da renda do país passa pelas mãos do governo, isso significa que um setor com baixo incentivo para ser produtivo tem prioridade na decisão de alocação dos recursos escassos da sociedade. O resultado é a baixa eficiência e produtividade e, mais uma vez, menos crescimento. Já que é o governo quem decide a alocação de quase quarenta por cento da renda nacional, torna-se interessante para cada indivíduo ter acesso a essa parcela da renda. Isso significa que muitas pessoas vão investir tempo e dinheiro para se especializar em obter recursos públicos. Vão, por exemplo, buscar relacionamentos pessoais que dêem acesso a instâncias de decisão no governo. Ou, ainda, buscarão uma militância partidária ou em grupos de interesse que abram as portas para um cargo público comissionado ou para um patrocínio de uma empresa estatal. Essa é a chamada atividade de ‘caçador de renda’, que não cria riqueza nova para a sociedade, mas apenas busca capturar recursos já existentes, produzidos por outros [...]. É fácil perceber que será baixo o crescimento e a produtividade de longo prazo em um país onde valha mais fazer bons relacionamentos do que gastar horas estudando para se tornar um profissional produtivo; onde é mais lucrativo explorar brechas da lei para processar o estado do que desenvolver um novo produto. Já que o governo está entre

Trata-se de um problema fundamental, que passa ao largo das questões meramente jurídicas, pois:

[...] persiste em nosso país um grave descompasso entre a evolução qualitativa de normas que regulam as finanças públicas, o processo orçamentário e a gestão fiscal, de um lado, e, de outro, a capacidade administrativa e, principalmente, a determinação política de nossas instituições (Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas) de operacionalizar tal evolução.

Assim, é preciso ter em mente que é legítimo o aumento do gasto público e, conseqüentemente, o aumento das suas bases de financiamento – tributos e dívida pública.

Contudo, isto deve vir acompanhado do esforço das autoridades e da sociedade quanto à necessidade de se conciliar as demandas sociais a um maior rigor orçamentário e a uma política fiscal séria, que não paralise ou iniba a atividade econômica, que, em última análise, vem a ser a fonte de financiamento das necessidades públicas fundamentais.

3.2 A CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

3.2.1 Notas iniciais

Não se sabe ao certo como ingressou o uso da denominada “*cláusula da reserva do possível*” na comunidade jurídica brasileira. Até a década de 90, embora não totalmente desconhecida no Brasil, a teoria da “*reserva do possível*” não encontrou grande acolhida na doutrina ¹³², comparecendo ocasionalmente na jurisprudência como “(...) mote mágico, porque assustador e desconhecido”, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais (BARCELLOS, 2002, p. 237).

os maiores compradores de bens e serviços do país, o nível de lucro de muitas empresas depende de decisões tomadas pelo governo. Por outro lado, as decisões de governo tendem a ser fortemente influenciadas pelos objetivos dos governantes que, em geral, buscam, em primeiro lugar, a sobrevivência política e a vitória nas próximas eleições. Nesse contexto, muitas vezes será mais interessante para uma empresa investir no financiamento de campanhas eleitorais [...], que garantam a eleição de um governante amigo, a investir na busca de produtos mais eficientes e de menor custo. Esses são alguns motivos que indicam a necessidade de se enxugar a máquina pública brasileira para que se possa ter mais crescimento da economia e da renda do país.”.

¹³² Entre autores que trabalham com o conceito, citam-se: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 146 et. seq.).

A popularização da expressão, em boa parte, também é atribuída ao empenho da Administração Pública em divulgar e arguir a “reserva do possível” nas mais diversas demandas, a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico (BARCELLOS, 2002, p. 235).

Em 1999, com o advento da obra “*The Cost of Rights*”, de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein¹³³, o assunto ganhou maior interesse na dogmática jurídica norte-americana, a qual, analisando o custo dos direitos em termos econômicos, passou a questionar a efetivação destes sob a idéia da escassez de recursos¹³⁴.

No Brasil, a leitura da obra inaugurou uma nova era de estudos sobre os custos de direitos, na medida em que leva à reflexão de que não apenas direitos sociais custam dinheiro, mas também outros, tais como os individuais e coletivos, afastando-se, de certo modo, o clássico argumento de que direitos sociais não poderiam ser atendidos pelo simples fato de custarem dinheiro (BARCELLOS, 2002, p. 239)^{135 136}.

Em síntese, a expressão “*reserva do possível*” designa uma teoria concebida no seio da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã¹³⁷, a qual, partindo da idéia de que os recursos públicos são limitados, trata, em termos *relativos*, a exigibilidade dos direitos sociais

¹³³ HOLMES; SUNSTEIN, 1999.

¹³⁴ Ana Paula Barcellos (2002, p. 237 et. seq.), ao analisar a obra “*The Cost of Rights*” esclarece que esta obra deu nova dimensão sobre o custo dos direitos, trazendo percepções até então não exploradas, tais como: a) a interdisciplinariedade do Direito (“*não é possível estudar o direito de forma isolada*”); b) não apenas os direitos sociais, mas também os políticos e individuais custam dinheiro, isto é, “*a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza*”; c) “*a relação entre a escassez relativa de recursos e as escolhas trágicas que haverão de ser feitas*”.

¹³⁵ Importa mencionar, contudo, que a teoria ganha corpo em um momento de grande crise no que pertine aos direitos fundamentais, especialmente os ditos prestacionais, crise esta que decorre diretamente da insuficiência econômica do Estado em atender suas obrigações constitucionais. “A opressão socioeconômica tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, com ênfase para a intensificação do processo de exclusão da cidadania, mormente das classes menos favorecidas, e a redução dos serviços prestacionais básicos, como saúde, educação, previdência e assistência social. (FISCHER, 2004, p. 144).

¹³⁶ Ressalte-se que Luis Roberto Barroso (2005, p. 102) adverte que também a contribuição da doutrina social da Igreja Católica enseja o reconhecimento de que tantos direitos políticos como individuais exigem para sua realização efetiva a conjugação de pré-condições econômicas e sociais bem definidas.

¹³⁷ A locução “*reserva do possível*” advém da tradução da expressão *Vorberhatl des Möglichen*, cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e difundida na doutrina jurídica alemã. (ISENSE, Joseph. “*Versung ohne soziale Grundrechte*”. *Der Staat* 19:372, 180; BADURA, Peter. “*Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*”. Em Portugal a expressão também têm sido utilizada. Cf. ANDRADE, J.C. Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1983, p. 201 (*apud*, TORRES, 1995, p. 16). Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 265), o caso paradigma deduzido perante a Corte alemã fora a pretensão de acesso ao ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes. O Tribunal Constitucional firmou o posicionamento de que o indivíduo só pode exigir do Estado uma prestação dentro dos limites do razoável. Explica Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 489) que a “Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre ‘*numerus clausus*’ de vagas nas Universidades (*numerus-clausus Entscheidung*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*)”.

em face do Estado (aplicando a parêmia *ad impossibilia nemo tenetur* – “ninguém é obrigado a coisas impossíveis”).

Na jurisprudência brasileira, as menções à “*reserva do possível*” aparecem em julgados do STF, geralmente associando a teoria à possibilidade de adimplemento ou inadimplemento de prestações sociais (prestacionais¹³⁸ ou de segunda dimensão) em razão de restrições orçamentárias¹³⁹.

Basicamente, o cerne da discussão situa-se no fato de que as:

[...] políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E este é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto normalmente obriga o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o poder público entendeu ser mais importante. (WANG, 2007, p. 3)

¹³⁸ Contudo, é preciso ter em mente, conforme advertência de Luis Roberto Barroso, ao prefaciar a obra de Ana Paula Barcellos (2002, prefácio), de que não são apenas os direitos sociais que exigem recursos financeiros: também a concretização de direitos individuais e políticos demandam gastos, seja com a Polícia, o Corpo de Bombeiros, o Poder Judiciário ou a realização de eleições.

¹³⁹ Importa mencionar, contudo, que já se encontram decisões que tratam da reserva do possível sob o ponto de vista da intervenção federal em razão da inadimplência de pagamento de precatórios (no caso, de natureza alimentar, mas cuja fundamentação não deixa de ter importância para o exame da questão sob a perspectiva da repetição do indébito). Daniel Wein Liang Wang (2007, p. 20 et. seq.) faz copiosa pesquisa e análise na jurisprudência do STF, selecionando 33 acórdãos a respeito do assunto, chegando às seguintes conclusões: “As decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal em matéria de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios tratam, em sua maior parte, da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da reserva do possível de forma muito diferente daquelas que versam sobre o direito à saúde e à educação. Com exceção dos posicionamentos do Ministro Marco Aurélio, do Ministro Carlos Ayres Britto, e de alguns votos do Ministro Ilmar Galvão, todos os outros ministros mostram não só levar em consideração a escassez de recursos nos seus votos, como também fazem dela um dos argumentos principais para a fundamentação da decisão. Existe também uma maior preocupação por parte da maioria dos ministros de se conhecer a situação concreta das finanças públicas dos Estados contra o qual se pede a requisição de intervenção federal para demonstrar a impossibilidade material de se cumprir a totalidade dos precatórios sem prejuízo de outros deveres do poder público, além de uma análise sobre as medidas que já estão sendo tomadas para se resolver a omissão estatal. É uma postura que difere das decisões que envolvem direito à educação e à saúde, em que não há qualquer preocupação em se analisar os custos daquilo que se pede em juízo e nem a possibilidade fática de o Estado cumprir a decisão tendo em vista as diversas outras obrigações que possui. O que causa alguma inquietação é o fato de que se todos os direitos têm custos, por que estes custos são levados em consideração no julgamento de alguns direitos e praticamente ignorados no de outros? Uma forma de responder a esta pergunta seria considerando o grau de fundamentalidade do direito à saúde e do direito à educação, que os coloca em um grau de importância acima do direito de receber uma dívida do Estado. Entretanto, esta não parece ser uma resposta plausível se considerarmos que em 36 dos 38 acórdãos analisados trata-se expressamente de precatórios alimentares⁵¹, necessários para a subsistência do credor e de sua família”.

A cláusula da “reserva do possível”, portanto, seria um limite fático à exigibilidade dos direitos dito “prestacionais” – cuja implementação ficaria subordinada à existência de recursos financeiros ¹⁴⁰.

Entretanto, segundo o Ministro Celso de Mello, tal restrição só será legítima – *na restrição da implementação de direitos prestacionais* - se for efetivamente comprovado o comprometimento das finanças públicas. Assim, se restar objetivamente comprovada a “[...] a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política” ¹⁴¹.

Contudo, a cláusula da “reserva do possível” não poderá ser invocada, pelo Estado para simplesmente “[...] exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” ¹⁴². Na opinião do Ministro Celso de Mello:

[...] não se mostrará lícito ao Poder Público [...] mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. ¹⁴³

Atualmente, a maior parte das obras que mencionam a teoria da “*reserva do possível*” prosseguem com a tendência de relacioná-la aos direitos de segunda dimensão (ou geração)

¹⁴⁰ Note-se, contudo, que nem todos os direitos prestacionais encontram-se necessariamente subordinados à existência de recursos financeiros. Existem direitos sociais que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção estatal, tal, como, por exemplo, o direito de greve ou que dependam apenas da edição de uma norma constitucional integradora, por exemplo, a lei que trata sobre o direito à participação nos lucros (BARROSO, 2002, 104 et. seq.).

¹⁴¹ ADPF nº45 (Informativo/STF nº 345/2004).

¹⁴² ADPF nº45 (Informativo/STF nº 345/2004).

¹⁴³ Assim, segundo o Ministro, a cláusula encontra-se subordinada aos seguintes condicionamentos: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos”.

(também denominados direitos *prestacionais* – econômicos, sociais e culturais) e a possibilidade de o Judiciário intervir para sua concretização.

Eduardo Appio (2005, p. 174), por exemplo, rejeita a idéia de que um “*dever genérico previsto no texto constitucional*” possa ser exigível judicialmente, defendendo a idéia que tal só poderá ser feito nos “*casos em que já exista um programa social implementado pelo governo*”.

Ana Paula Barcellos (2002, p. 245), por seu turno, defende que a limitação de recursos é uma contingência que não se pode ignorar e que, por isso, deve ser levada em consideração pelo magistrado, ao determinar o fornecimento de algum bem por parte do Estado ¹⁴⁴.

Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 488) questiona se as prestações positivas podem ser juridicizadas e em que medida, pois possuem a particularidade de estarem mais voltadas à conformação do futuro (*Zukunftsgestaltung*) do que a preservação do *status quo* e, por isto, dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica ¹⁴⁵.

Robert Alexy (2001, p. 498), por sua vez, sustenta que nem todos os direitos fundamentais são absolutos, definindo assim a “reserva do possível” como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”.

Em resumo, a questão da “*reserva do possível*” encontra-se situada em uma zona, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, na qual se discute se a insuficiência de recursos é argumento válido para se condicionar a efetivação de direitos de segunda dimensão.

Trata-se de uma das questões mais tormentosas na temática de implementação dos direitos fundamentais e é, com crescente e alarmante frequência, colocada em discussão perante o Poder Judiciário que, diante da inércia dos poderes constituídos, acaba por se confrontar com a difícil tarefa de decidir como verdadeiro legislador positivo.

Todavia, a presente dissertação se propõe a analisar a teoria sob uma hipótese diferente: se a cláusula da “*reserva do possível*” pode legitimar uma limitação ao direito da

¹⁴⁴ Importante destacar que nas conclusões de sua dissertação de mestrado, Ana Paula Barcellos (2005, p. 307) acaba por concluir que não é técnico e nem faticamente viável (em face da reserva do possível) que o Poder Judiciário determine as condições ideais, a seu juízo, do pleno desenvolvimento da pessoa humana. O discurso pode ser belo, mas não possui nenhum efeito jurídico real sobre os fatos. E quando as decisões judiciais optam casuisticamente por tal caminho – salvo quando implementam uma decisão político infraconstitucional já juridicizada – acabam provocando grave e elitista distorção social, proporcionando um benefício extra a um grupo reduzido de pessoas à custa da sociedade, fora do debate político.

¹⁴⁵ Ressalta o autor que, em tais casos, há uma transmutação de uma situação de natureza política em uma situação jurídica, acarretando a juridicização do processo decisório. Assim, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, sua efetivação encontra-se submetida, entre outras condicionantes, à “reserva do financeiramente possível” (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*) – que, em síntese, significa que pretensões destinadas a criar pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (MARTINS; MENDES, 2007, p. 488).

repetição do indébito tributário, na situação de declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária.

3.2.2 A cláusula da “reserva do possível” e o Estado Democrático de Direito brasileiro

Uma das conclusões que se extraem da obra antes citada - *“The Cost of Rights”* - a qual tem sido apontada como uma das referências da teoria da “reserva do possível”, é que os direitos possuem um custo, cujo exercício sempre se encontra garantido por alguma espécie de atividade administrativa, que, por conseguinte, demanda recursos.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, houve uma exacerbação da presença do Estado em todos os campos da sociedade. O custo dos direitos não sofreu qualquer ponderação, questionamento ou provisão: um extenso rol de direitos e, em consequência, deveres estatais, foi previsto abstratamente na Constituição da República.

Com a evolução do Estado Democrático de Direito e com investimentos na área social, grande parte de direitos previstos na Constituição de 1988 lograram ganhar maiores dimensões de concretização e, por conseguinte, de exigibilidade (gerando, assim, custos estatais).

É preciso compreender que a Constituição de 1988 foi elaborada e promulgada em um período de grande euforia libertária, fruto da transição de uma longa ditadura militar para um Estado Democrático de Direito ¹⁴⁶. E, em que pese a contribuição de respeitáveis juristas, o Direito Constitucional brasileiro, sob as amarras vintenárias de um regime autoritário, era incipiente e pouco desenvolvido.

¹⁴⁶ Luis Roberto Barroso (2002, p. 03 et. seq.), em artigo intitulado “Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. (Uma breve e acidentada história de sucesso)” assume a dificultosa tarefa de apresentar uma síntese do ambiente histórico que antecedeu a promulgação da Constituição da República (analisando o processo de transição do regime militar para a abertura política e instauração de um regime de legalidade – compreendendo os movimentos políticos e alianças partidárias as quais culminaram na eleição de Tancredo Neves e, após o seu falecimento, a ascensão de José Sarney à presidência), o ambiente político quando da instalação da Assembléia Nacional Constituinte. No mesmo artigo, analisa as “virtudes e defeitos” da Constituição da República e as reformas constitucionais que se seguiram no âmbito dos governos de Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, dando especial atenção, em relação ao governo deste último, quanto às “reformas econômicas substanciais” que transformaram, nos dizeres do referido autor, substantivamente a ordem econômica brasileira, a saber: a) extinção de restrições ao capital estrangeiro; b) flexibilização dos monopólios estatais e c) o processo de privatização (mediante a alienação do controle acionário das estatais e a concessão de serviços públicos a empresas privadas). Igualmente, comenta ainda a Reforma Administrativa, o papel do Supremo Tribunal Federal e registra comentários sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Portanto, era de se esperar que o texto constitucional, rompendo com um longo período de “jejum democrático”, apresentasse um perfil inovador, garantidor de direitos individuais e repleto de promessas à sociedade, ainda que o preço a se pagar fosse o de um texto casuístico, prolixo, corporativo e, muitas vezes, inexecutável (o que, somado a outros fatores políticos, acarretou inúmeras e sucessivas emendas constitucionais, as quais praticamente desfiguraram o projeto constitucional originário ¹⁴⁷).

Segundo Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira (2006, p. 130):

[...] O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós ditadura”. Após vinte um anos de regime autoritário, objetivou a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana.

Sob tal inspiração, a Constituição de 1988 estabelece a Federação e inscreve, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, tendo por fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político.

Estabelece a separação dos poderes (artigo 2º da CRFB/1988) e registra, entre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia de um desenvolvimento nacional; a promessa da erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais e regionais; bem assim a promoção do bem-estar social, sem preconceitos ou discriminações (artigo 3º da CRFB/1988), consagrando, na sequência, extenso rol dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição de 1988 estabelece um projeto político e consagra um Estado de Democrático de Direito¹⁴⁸: governantes e governados sujeitam-se ao império da lei. O Poder Público, em suas relações com os particulares, submete-se a um regime de direito, assegurando aos cidadãos direitos públicos subjetivos, oponíveis contra o próprio Estado, que,

¹⁴⁷ Não obstante tais vícios, segundo Barroso (2002) a Constituição de 1988 possui o mérito de instaurar um ambiente propício para a difusão de um “*sentimento constitucional*” (atitude de acatamento e afeição à Constituição da República), rompendo com a retrógrada tradição de destituir a força normativa da Constituição (atribuindo-lhe a condição de mero repertório de promessas vagas e exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata).

¹⁴⁸ José Afonso da Silva (esclarece que “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas reunir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”).

por estar sujeito a tal regime de direito, não pode agir de modo arbitrário ou a seu bel-prazer¹⁴⁹.

Os valores consagrados são a cidadania, a dignidade da pessoa, o pluralismo político, a representação política e a participação popular, sendo a democracia um dos seus fundamentos essenciais, prevendo a Constituição de 1988 os mecanismos de participação da sociedade na formação da vontade política.

Contudo, passados dezenove anos da promulgação da Constituição de 1988, percebe-se que significativa parcela dos seus preceitos está muito longe de ser implementada. Nem por isto, porém, pode ser admitida a descaracterização do Estado de Direito, tampouco a Constituição carece de força normativa¹⁵⁰.

Na verdade, a falta de implementação de determinados preceitos revela que atuou e atua, de forma implícita, a “*cláusula da reserva do possível*”¹⁵¹.

Com acertada lucidez, Luis Roberto Barroso (2005, p. 78) assenta que “é a impossibilidade material de cumprimento da norma que gera sua inexigibilidade” e não a perda de sua normatividade¹⁵². E isto, segundo o autor, já foi reconhecido, estudado e elaborado no Direito Civil e se encontra positivado no texto legal (artigos 123, *caput* e inciso

¹⁴⁹ Nos dizeres de J.J. Gomes Canotilho (1995, p. 357) “[...] independentemente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de direito encontra implícita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: (1) juridicidade; (2) constitucionalidade; (3) direitos fundamentais.

¹⁵⁰ Como afirma Barroso (2002, p. 14 et. seq.), é necessário diferenciar quais são os problemas que advêm do texto constitucional e quais são aqueles que decorrem da “crônica patologia institucional, social e cultural brasileira: “É preciso, todavia, conservar a capacidade de identificar as vicissitudes que podem e devem ser associadas ao texto constitucional de 1988 com outras tantas que fazem parte da crônica patologia institucional, social e cultural brasileira, e que não podem ser imputadas ao trabalho do constituinte, mas, sim, a um país fragilizado por sucessivas rupturas políticas e pelo desequilíbrio de suas relações sociais. Não é possível, assim, debitar-se à Constituição de 1988, por exemplo, o crônico autoritarismo do sistema presidencial brasileiro, que nos tem mantido prisioneiros de líderes populistas, gerais onipotentes ou, nos melhores momentos, de um certo despotismo esclarecido. Tampouco se deve contabilizar dentre suas culpas a exclusão social ampla que nos acompanha há 500 anos. A Constituição, como o Direito em geral, tem seus próprios limites e possibilidades. O amadurecimento dos povos é um processo com diferentes etapas, que não são abreviadas – mas antes retardadas – pelos salvacionismos em geral: seja dos golpes militares, dos partidos vanguardistas ou do constitucionalismo retórico e inócuo”.

¹⁵¹ Ainda com as lições de Luis Roberto Barroso (2006, p. 61) esclarece-se que “não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido”. Isto pode ocorrer por várias razões: a) desde o nascimento o preceito nasce condenado à ineficácia, seja pela deficiência do texto, seja por manifesta ausência de condições materiais para o seu cumprimento ou da impossibilidade de juridicização do bem ou interesse que se pretendeu tutelar; b) o próprio poder constituído impede a concretização da norma, por contrariar interesse político; c) obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes.

¹⁵² Diz o Autor (2005, p. 290) que diante de excessos irrealizáveis a tendência do intérprete é negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo, assim, a força normativa da Constituição. Contudo, ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica deve o intérprete deixar de aplicar a norma por tal fundamento e não por falta de normatividade.

I¹⁵³ e artigo 124¹⁵⁴), aguardando-se, no âmbito do Direito Constitucional, um autor que queira explorar este tema.

Com efeito, se não existisse a “*cláusula da reserva do possível*” no ordenamento constitucional brasileiro – no caso decorrente da “reserva da lei orçamentária”, princípio este que, no ordenamento pátrio, extrai-se dos artigos 85, VI, 165, 166, 167 e 169 da CRFB/1988 (TORRES, 1995, p. 16) - forçoso seria reconhecer o rompimento do pacto constitucional, pelo descumprimento injustificado de compromissos estabelecidos pelo poder constituinte originário, gerando um quadro de instabilidade político-institucional.

Isto não ocorre porque, além dos avanços e acomodações do processo democrático, a cláusula atua como instrumento de contenção¹⁵⁵.

Ana Paula Barcellos¹⁵⁶ ao tratar da eficácia jurídica associada às normas constitucionais assinala que se não há recursos, formas textuais mais claras e precisas não superarão a realidade fática da impossibilidade da realização da norma, servindo “apenas para desmoralizar o direito afirmar que determinada prestação pode ser exigida judicialmente quando isso é verdadeiramente impossível” (2002, p. 97).

No entanto, a mesma autora adverte que o argumento da impossibilidade material não se pode vulgarizar a ponto de se tornar a

[...] desculpa cômoda que impede a mudança social programada pelo direito e que muitas vezes esconde a distorção de prioridades na aplicação dos recursos e até mesmo a violação de outras normas, cujo propósito seria exatamente a criação de condições para esse avanço.

Curiosamente, entretanto, a doutrina demorou a perceber sobre a atuação, ora evidente, ora dissimulada, da cláusula da “reserva do possível” e, ainda ocupada em estudar a sindicabilidade dos direitos prestacionais, silenciou sobre estudos mais aprofundados sobre a

¹⁵³ Art. 123. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; III - as condições incompreensíveis ou contraditórias.

¹⁵⁴ Art. 124. Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.

¹⁵⁵ Marcos Masseli Gouvêa distingue a “reserva do possível” em duas categorias: “reserva do possível fática” e “reserva do possível jurídica”. Diz o autor: “A doutrina denomina reserva do possível fática a este contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina reserva do possível jurídica.”

¹⁵⁶ “[...] quando se diz que o Estado deverá despendar dinheiro, se está afirmando, em última análise, que os contribuintes em geral, a sociedade como um todo, deverá arcar com tais despesas [...]. Não há milagres e o dinheiro não cai do céu. A conclusão é que, se definitivamente não houver recursos, as formas textuais mais claras e precisas não serão capazes de superar essa realidade fática: serão normas irrealizáveis. Luis Roberto Barroso já identificara essa situação, em que a manifesta ausência de condições materiais condena a norma desde o seu nascedouro, como uma ‘insinceridade normativa’” (BARCELLOS, 2002, p. 95).

existência e dos próprios limites desta cláusula, e, especialmente, qual seria o seu assento constitucional.

Ricardo Lobo Torres (1995, p. 16) identifica a “reserva do possível” com a “reserva da lei orçamentária”, princípio este que, no ordenamento pátrio, extrai-se dos artigos 85, VI, 165, 166, 167 e 169 da CRFB/1988. Não há, todavia, estudos mais aprofundados sobre o tema, que, obviamente, merece maiores investigações.

Não obstante, a cláusula existe, e, em um primeiro vislumbre, encontra-se nas dobras do princípio da “reserva da lei orçamentária”. Sua existência, contudo, não é a “fórmula mágica” para bloquear a implementação dos direitos prestacionais, muito menos limitar, senão negar, o direito à repetição do indébito tributário.

3.2.3 O orçamento e a cláusula da “reserva do possível”

Como se percebe, a questão da “*reserva do possível*” torna-se intrincada porque reconhecido o fato de que os recursos públicos não são inesgotáveis (sendo limitadas as opções de empréstimo interno e externo para suprir sua escassez), o assunto ingressa no tortuoso campo das *decisões de como, quando e para quem* realizar sua distribuição ¹⁵⁷.

E tais decisões dependem de uma avaliação imparcial sobre como serão arrecadados e posteriormente distribuídos os recursos do Estado, decisões as quais, normalmente, são espelhadas nos orçamentos.

Classicamente, o orçamento é conhecido como uma peça que contém a aprovação prévia da despesa e da receita para um período determinado (HARADA, 2007, 87) ¹⁵⁸.

Porém, como assevera Kyoshi Harada (2007, p. 92) “já se foi o tempo em que o orçamento representava um quadro frio e contábil das despesas e receitas públicas. Hoje, o orçamento constitui-se no principal instrumento de intervenção estatal [...]” e “[...] um instrumento representativo do consentimento dos contribuintes” ¹⁵⁹.

¹⁵⁷ E neste ponto, o orçamento assume papel de capital importância, sintetizando um plano final de distribuição de recursos financeiros escassos (TORRES, 1995, p. 36).

¹⁵⁸ Aliomar Baleeiro (1960, p. 397) afirma que “o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim a arrecadação das receitas já criadas em lei.”

¹⁵⁹ Eis o registro de suas idéias: “O orçamento deixou ser mero documento de caráter contábil e administrativo, para espelhar toda a vida econômica da Nação, constituindo-se em um importante instrumento dinâmico do Estado a orientar sua atuação sobre a economia. De fato, de há muito, o princípio do equilíbrio orçamentário

Aguçando as idéias e tomando de empréstimo uma analogia cunhada pelos economistas, o orçamento pode ser considerado como um ônibus, cuja fileira de poltronas, à esquerda, reserva-se aos contribuintes – aqueles que pagam e, por vezes, costumam deixar espaços livres - enquanto que as poltronas da direita são destinadas aos beneficiários do gasto e cujas vagas são objeto de disputas acirradas. Neste ônibus ninguém pretende sentar-se do lado esquerdo e ninguém dos acomodados no lado direito quer descer ou passar para o lado esquerdo (CEPAL, 1998, p. 119 *apud* GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 356), sendo o problema a solucionar, então, é como definir a distribuição dos assentos, em prol do objetivo comum e com benefícios para todos os membros da coletividade.

Com esta analogia, percebe-se, então, que o orçamento é dotado de um importante aspecto econômico: de “um lado, funciona como instrumento de otimização dos recursos financeiros. Compatibilizando as necessidades da coletividade com as receitas estimadas e efetivamente ingressadas no Tesouro, obriga o administrador a exercitar maior racionalidade econômica.” (HARADA, 2007, p. 93)

Do lado das receitas, clara é a opção pela utilização do poder de tributar, em detrimento de outras formas, tais como os empréstimos públicos ou exploração de bens próprios ou serviços. A arrecadação tributária é considerada como uma das formas mais eficientes por meio das quais os Estados contemporâneos auferem recursos necessários para a persecução de seus fins.

Do lado das despesas, as decisões refletidas nos orçamentos, ditas *decisões trágicas*, pertencem “à temática das relações entre ética e orçamento” e “de diferentes graus, consistem nas opções entre as poucas soluções possíveis”. (TORRES, 1995, p. 36).

São *trágicas* porque, cunhadas de alta carga axiológica, refletem escolhas entre bens jurídicos fundamentais, os quais nem sempre são suscetíveis de, objetivamente, serem hierarquizados em ordem de prioridade.

Sobre escolhas trágicas e recursos escassos, Gustavo Amaral (2001, p. 208 et. seq.) afirma não ser possível

[...] imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não vêem, ou numa negação total aos direitos individuais. Se o Estado está obrigado a sempre ter recursos para prestar as utilidades que lhe são

deixou de constituir-se em cláusula de ouro das finanças públicas. No Estado moderno, não mais existe lugar para orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade. Daí por que o orçamento sempre reflete um plano de ação governamental. Daí, também, seu caráter de instrumento representativo da vontade popular, o que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário”. (HARADA, 2007, p. 87).

demandadas, há que se reconhecer o direito de obter esses recursos. Mas seja no campo da receita pública, seja no campo da própria contenção de gastos, há direitos individuais, como as garantias tributárias, a vedação ao confisco, o direito à percepção dos vencimentos e proventos. Indo um pouco além, se poderia dizer que a Constituição não faz distinção entre doenças, e, assim, os que necessitam de transplante têm o direito de obter o tratamento eficaz, o transplante. Mas como o Estado poderá obter os meios sem ser, novamente, da sociedade através da retirada de órgãos daqueles que estão com morte cerebral diagnosticada?

[...] é praticamente impossível advogar a defesa de um direito 'absoluto' à saúde ou a tratamento médico adequado, “ao menos sem que se fundamente o critério de opção na colisão desse direito com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, que demandam a adoção de critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos, ainda que a sindicabilidade seja pelo voto; a garantia à propriedade, seja através das receitas tributárias, seja através da vedação ao confisco; ou o direito à intimidade e a liberdade de crença, que podem levar a uma recusa em ser doador de órgãos.

Ainda, não há como negar a existência de escolhas trágicas. Prossegue o autor:

[...] todos que estão na fila de transplante necessitam do órgão. Todavia, mesmo que genuinamente se queira atender a todos, é necessário adotar um critério de escolha, já que atender a um é necessariamente deixar de atender a outro. O atendimento a um pleito demanda o emprego de recursos finitos. A limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então será necessária a adoção de escolhas trágicas, onde se opta por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender outros e outros. (AMARAL, 2001, p. 209).

E nesta temática, Ana Paula Barcellos (2002, p. 239) adverte que a questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades ¹⁶⁰ e de critérios de escolha caso a caso, que só poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes.

Contudo, não é preciso grande esforço para se verificar que, no Brasil, nos últimos anos, algumas as escolhas não foram trágicas – mas tragicômicas. Em todo processo eleitoral surgem promessas messiânicas para a solução de todos os problemas e mazelas do país, sem a correspondente cota de recursos.

Passados os mandatos, verifica-se não só o descumprimento de tais compromissos, mas, pior, o desperdício e malversação de recursos públicos, assolando os Tribunais de Contas de denúncias que, por vezes, não só pela habilidade dos contraventores, mas também pela insuficiência de recursos humanos e materiais, acabam esquecidas nos escaninhos da imensa estrutura burocrática estatal.

¹⁶⁰ Propõe a autora, em outra passagem que os recursos financeiros devem ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados, reservando-se os recursos remanescentes para serem destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento (BARCELLOS, 2002, p. 242).

A imoralidade dos conchavos políticos, condicionados à liberação de verbas públicas provocam a drenagem de recursos para setores de prioridade duvidosa.

Há, ainda, a manutenção de estruturas administrativas inúteis e arcaicas, que em nada contribuem para a eficiência do Estado.

A efetivação de programas sociais de cunho eleitoreiro, por seu turno, em nada contribuem para a redistribuição de rendas.

A impunidade, na malversação de recursos públicos, permanece.

E para o custeio de tantas escolhas questionáveis cresce a carga tributária.

Enfim, as críticas quanto às escolhas políticas relativas à distribuição de recursos são inumeráveis ¹⁶¹. Infelizmente, o ranço do Estado patrimonial, a herança da política lusitana, baseada na corrupção e troca de favores, é, ainda, um traço característico no Estado brasileiro.

É dentro deste contexto que surge a “*reserva do possível*” como o “mote mágico”, nos dizeres de Barcellos (2002, p. 237), para inibir a implementação de direitos sociais (prestacionais).

Invoca-se no Brasil a “*reserva do possível*” sem atentar que o nascedouro da teoria – Alemanha – a tradição constitucional é outra. O regime de governo igualmente. A cultura e a responsabilidade orçamentária são bem diferentes. Naquelas plagas, os direitos sociais, embora considerados “fundamentais sociais” – em virtude de sua constitucionalização – “subordinam-se à justiça social, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial” (TORRES, 1995 p. 131).

Como conclusão da doutrina dominante germânica, outra não poderia ser a solução senão que subordinar tais direitos à “*reserva do possível*” ¹⁶².

¹⁶¹ Embora publicados em 1995, os comentários de Ricardo Lobo Torres, quanto à falta de ética no orçamento, ainda são atuais (1995, p. 37): “Se olharmos para nossos orçamentos nos últimos 10, 20 ou 50 anos poderemos verificar quanto se distanciaram das premissas éticas. Do lado da receita pública a imposição fiscal recaiu principalmente sobre as pessoas e as classes que denotavam menor capacidade contributiva: os assalariados e os consumidores finais de bens necessários à existência; a tributação de ganhos de capital e do consumo suntuário sempre foi tímida. Do lado da despesa pública investiu-se importância incalculável na intervenção direta na economia e na duvidosa política desenvolvimentista; concederam-se incentivos e subvenções a mancheias a empresários incompetentes e a instituições estatais ineficientes; pouco se gastou, comparativamente, com a educação primária e a saúde pública. O resultado só poderia ser o que presenciamos: a mais injusta concentração de rendas do Ocidente e uma das mais perversas migrações internas ocorridas no século. Faltou ética no orçamento, posto que tudo isso era jurídico, no sentido formal do termo, isto é, insuscetível de controle jurisdicional”.

¹⁶² Como Andreas J. Krell (2002, p. 10) adverte: “[...] a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado”. Flávio Dino de Castro e Costa (2004, p. 86) segue na mesma linha: “[...] a ‘reserva do possível’ é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisdicionais) mais efetivos”.

E igual ocorre com os subsídios importados da doutrina norte-americana, em que a Suprema Corte nega natureza constitucional aos direitos sociais e econômicos transcendentais ao mínimo existencial (TORRES, 1995, p. 131), subordinando, conseqüentemente, sua implementação, às possibilidades financeiras estatais ¹⁶³.

No Brasil, entretanto, apenas recentemente a doutrina e jurisprudência começaram a trazer à baila a relação entre a exigibilidade dos direitos sociais (prestacionais) e a “reserva do possível”, dividindo-se, ainda, sobre a obrigatoriedade do Estado em prestá-los ¹⁶⁴.

Destarte, apesar de existirem obras doutrinárias respeitáveis sobre o tema, há um longo caminho a se percorrer sobre a natureza dos direitos sociais e, por conseguinte, as condições de sua exigibilidade, não sendo este o objetivo da presente dissertação.

Sob a perspectiva proposta – utilização da cláusula da “reserva do possível” como justificativa ao cerceio (ou não) ao direito à repetição do indébito, as conclusões direcionam-se no sentido de não ser possível a aplicação da cláusula, por razões a serem analisadas, adiante.

¹⁶³ Torres (1995, p. 136) explica que tal definição, nos Estados Unidos, tornou-se extremamente importante, especialmente após a crise financeira da década de 70. O Gramm-Rudman-Holling Act (1985) exclui a possibilidade de corte orçamentário de alguns benefícios sociais, contudo, autoriza a discricionariedade orçamentária em relação a benefícios sujeitos ao processo de reconhecimento individual (por exemplo, auxílio a família com crianças, auxílio alimentação, etc.), ou seja, admite-se o corte de benefícios, desde que seja “razoável o ato da Administração”.

¹⁶⁴ Ricardo Lobo Torres (op. cit., p. 133 et. seq.) acertadamente distingue *status positivus libertatis* - que é próprio do mínimo existencial - e o *status positivus socialis*, este último “constituído por prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social [...]” e, “embora seja de suma importância para o aperfeiçoamento do estado social de direito [...] sua implementação “[...] depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos suscetível a crises seja o Estado, motivo por que não em dimensão originariamente constitucional, sendo objeto da legislação ordinária e da política social e econômica. As prestações positivas para o apoio aos direitos sociais não são obrigatórias, posto que derivam da idéia de justiça; aí está outro traço distintivo para como *status positivus libertatis*, que gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão. O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a “reserva do possível” ou na conformidade da autorização orçamentária [...]”.

4 O DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

4.1 NOTAS INICIAIS

4.1.1 Direitos fundamentais. Gerações ou dimensões de direitos

A literatura sobre os direitos fundamentais é farta. Ora destaca-se a historicidade dos direitos fundamentais, ora a sua exigibilidade, ora sua positivação e eficácia.

Enfim, inúmeras são as perspectivas doutrinárias.

Para fins do presente estudo, interessa mencionar importante contribuição doutrinária sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais ¹⁶⁵, a saber:

- a) direitos de liberdade - civis e políticos – próprios da fase inaugural do constitucionalismo - são entendidos como de primeira dimensão;
- b) direitos de igualdade, entendidos como os direitos sociais, culturais e econômicos, inseridos nas Constituições sob inspiração do Estado Social, são considerados direitos de segunda dimensão; por fim,
- c) os direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, são tomados como direitos de terceira dimensão ¹⁶⁶.

Os direitos de primeira dimensão identificam-se com o primeiro postulado da Revolução Francesa – liberdade - possuem a característica da subjetividade, consistem em limitações à atuação do Estado, o qual possui o dever de respeitar a esfera individual.

Os direitos de segunda dimensão, por seu turno, identificam-se com o segundo postulado revolucionário – igualdade - rompem com o caráter individualista dos direitos de

¹⁶⁵ Paulo Bonavides (1990, p. 525) rejeita a idéia de “gerações” de direitos, por entender que não se trata de uma sucessão cronológica de direitos. Postula, assim, que a expressão “geração” seja substituída pela expressão “dimensão” de direitos.

¹⁶⁶ Diego López Garrido (2000, p. 162 et. seq., *apud* DANTAS, 2003, p. 50) apresenta o esquema de quatro gerações de direitos: “Primera Generación: Los Derechos de la libertad; Segunda Generación: Los Derechos económicos y sociales; Tercera Generación: Los Derechos de la solidaridad humana: a) – Derecho de la paz; b) – Derecho al medio ambiente; c) – Derecho ao desarrollo; d) – Derecho al patrimonio común de la Humanidad; Cuarta Generación: Los Derechos de la sociedad tecnológica”.

primeira dimensão e exibem não a conotação de direitos limitadores à atuação estatal, mas sim direitos a prestações positivas do Estado.

Por fim, os direitos de terceira geração, identificam-se com o postulado da fraternidade: são considerados direitos de solidariedade entre as pessoas, orientam-se a ampliar o direito à paz, ao desenvolvimento econômico, ao meio ambiente, etc.

Se a legalidade é postulado inafastável da tributação, norma jurídica tributária declarada inconstitucional prejudica a premissa deste postulado – não há tributo sem lei - fazendo surgir, para o contribuinte, o direito à repetição do indébito (que nada mais é que corolário do direito de propriedade, que, por seu turno, nada mais é que um direito de primeira dimensão – direito de defesa, oponível contra o Estado).

E doutrina e jurisprudência são fartas sobre a tutela do direito de propriedade e as possibilidades de limitações apenas em situações em que se sobreponha a sua função social.

A Constituição de 1988 confere, a toda e qualquer pessoa, o irrenunciável e imprescritível direito à propriedade (artigo 5º da CRFB/1988) assegurando tal direito como um verdadeiro direito subjetivo, oponível a qualquer pessoa, inclusive o Estado.

O direito fundamental de proteção à propriedade integra o que se convencionou chamar “estatuto do contribuinte”, o qual “impõe limitações aos Poderes Públicos, inibindo-os de desrespeitarem os direitos subjetivos das pessoas que devem pagar tributos [...] exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a idéia de Estado de Direito.” (CARRAZZA, 2000, p. 295).

Ademais, os direitos fundamentais encontram-se no “grau mais elevado possível de interesses públicos, que devem, em regra, prevalecer sobre todos os demais interesses, públicos ou individuais” (BORGES, 2006, p. 47).

Nos capítulos anteriores, verifica-se que o grande questionamento sobre a “reserva do possível” recai, acertadamente, sobre a exigibilidade dos direitos de segunda dimensão (prestações estatais positivas) e a possibilidade da limitação de direitos econômicos, sociais e culturais em função de restrições de recursos, com a possível sindicabilidade judicial das políticas públicas ¹⁶⁷.

¹⁶⁷ “[...] Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Trecho do voto do Ministro Celso de Mello. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410.715-5 SÃO PAULO. J. 22/11/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 02.01.2008.

Não é o caso da repetição do indébito, que, como direito de primeira dimensão, não pode ser afastado por razões de insuficiências ou restrições orçamentárias ¹⁶⁸. Os princípios que regem o instituto, notadamente os princípios da legalidade e propriedade, adiante examinados, evidenciam esta assertiva.

4.1.2 Princípios constitucionais aplicáveis à repetição do indébito

Lembra Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 42 et. seq.) que a doutrina constitucional mais recente entende que não há dispositivo constitucional despido de normatividade: o Preâmbulo, os princípios, os preceitos, inclusive os programáticos, são normas jurídicas, e assim devem ser compreendidos.

Jorge Miranda (2003, p. 452), por seu turno, segue afirmando que “todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser [...]”.

Os princípios que regem o direito à repetição do indébito tributário não constituem meras recomendações ao intérprete, ao legislador ou ao julgador. Possuem eficácia normativa e sua observância é obrigatória.

¹⁶⁸ Gilmar Mendes se opõe a este raciocínio: para ele, “a visão dos direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa (*Abwehrrecht*) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão da eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Krebs, não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom...*) mas de desfrutar essa liberdade através do Estado (*Freiheit durch*)”. E prossegue: “A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor da pretensão a prestações por parte do Estado”. (MARTINS; MENDES, 2007, p. 487).

4.1.2.1 Princípio da legalidade

É o princípio basilar do ordenamento. Na Constituição de 1988 encontra-se assentado no artigo 5º, inciso II da CRFB/1988, *verbis*: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Em matéria tributária, o constituinte originário “empenhado em acautelar direitos dos contribuintes, foi mais além” (CARRAZZA, 2000, p. 174) e reforçou o enunciado do princípio, repetindo-o no artigo 150, inciso I da CRFB/1988, *verbis*:

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;

O artigo 3º do CTN, que vem a ser, peculiarmente, “lei complementar”, para os efeitos do artigo 146, II da CRFB/1988, por seu turno, dispõe que: “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Para que se atenda ao postulado da legalidade, o legislador, ao elaborar a lei, deve obviamente, obedecer à Constituição: “As leis só serão válidas quando produzidas dentro da Constituição e, além disto, de acordo com os seus grandes princípios” (CARRAZZA, 2000, p. 179).

Insere na noção de legalidade, encontra-se a idéia de consentimento e vontade geral, aos quais os poderes públicos encontram-se subordinados ¹⁶⁹.

E mais, o

princípio da legalidade garante a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição haver protegido a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei [...]. Assim, o patrimônio dos contribuintes só pode ser atingido nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, igual para todos (artigo 5º, I, e artigo 150, II, ambos da CF), irretroativa (artigo 150, III, “a” da CF), não confiscatória (artigo 150, IV, da CF) etc. (CARRAZZA, 2000, p. 174 *passim*).

¹⁶⁹ “O Estado de Direito limita os poderes públicos, isto é, concretiza-se numa proibição de agir em desfavor das pessoas. Por isso, nele, para a melhor defesa dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, a Constituição vincula não só o administrador e o juiz, mas o próprio legislador. De fato, tais direitos são protegidos também diante da lei, que deve se ajustar aos preceitos constitucionais. A garantia disso está no controle da constitucionalidade, que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é levado a efeito pelo Poder Judiciário” (CARRAZZA, 2000, p. 170).

Luis Roberto Barroso ¹⁷⁰ afirma que o princípio da legalidade se manifesta sob duas formas diversas, as quais, na verdade, constituem princípios autônomos: “preeminência da lei” e “reserva da lei”.

“Preeminência da lei”, para ele, significa que todo e qualquer ato infralegal será inválido se estiver em contraste com alguma lei, possuindo o princípio, nesta acepção, um sentido hierárquico, ou seja, a lei prevalece sobre categorias normativas inferiores.

Já “reserva da lei” quer dizer que determinadas matérias somente podem ser tratadas mediante lei, vedado o uso de qualquer outra espécie normativa. É uma questão de competência e somente a lei por criar deveres e obrigações.

A “reserva da lei” comporta duas especificações:

- a) material ou formal (a matéria só pode ser tratada por ato do Legislativo, por meio de procedimento analítico ditado pela Constituição);
- b) absoluta ou relativa (quando se exija do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço para atuação discricionária dos agentes públicos).

Finalizando, Luis Roberto Barroso explica que, no direito brasileiro, o princípio da legalidade, genericamente considerado significa “reserva da lei”, no que se refere à criação de direitos e obrigações e “mera preeminência das leis” nos demais domínios das relações públicas e privadas, asseverando que: “em temas de direito tributário e direito penal, o princípio se traduz em reserva absoluta da lei formal” (2002, p. 169).

Também deve ser salientado que “cada ato concreto do Fisco, que importe exigência de um tributo, seja rigorosamente autorizado por uma lei. É o que se convencionou chamar de reserva absoluta de lei formal (Alberto Xavier) ou de estrita legalidade (Geraldo Ataliba).

Geraldo Ataliba (2005, p. 29), explicando o tributo como “instrumento jurídico de abastecimento dos cofres públicos”, aduz:

Antigamente, quando não se podia falar em estado de direito, o político usava do poder para obrigar arbitrariamente os súditos a concorrerem com seus recursos para o estado (por isso Albert Hensel sublinha que só se pode falar em ‘direito’ tributário onde haja Constituição e estado de direito. Fora disso, é arbítrio e despotismo, v. *Diritto Tributario*, Giuffrè, 1956, Milão, p. 5, tradução de Dino Jarach). Hoje, o estado exerce este poder segundo o direito constitucional e obedece, em todas suas manifestações, ao estabelecido na lei.

¹⁷⁰ BARROSO, 2002, p. 167 et. seq.

Associados ao princípio da legalidade se encontram os princípios da segurança jurídica e o da certeza do direito.

Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 150) refere-se à segurança jurídica após dissertar sobre a certeza do direito, o qual se dirige à

[...] implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade *passado/futuro* é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas [...]. Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade. No que aponta para o futuro, entretanto, muitos são os expedientes principiológicos necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.

Roque Carrazza (2000, p. 303) vai mais além, afirmando que

[...] para que os contribuintes tenham segurança jurídica em suas relações com o Fisco, a lei que descreve a ação-tipo tributária deve valer para todos igualmente, isto é, deve ser aplicada a seus destinatários de acordo com a isonomia. O princípio constitucional da segurança jurídica exige, ainda, que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários, que, por isto mesmo, só podem surgir de lei, igual para todos, irretroativa e votada pela pessoa política competente. Assim, a segurança jurídica acaba por desembocar no princípio da confiança na lei fiscal, que, como leciona Alberto Xavier, ‘traduz-se, praticamente, na possibilidade dada ao contribuinte de conhecer e computar os seus encargos tributários com base exclusivamente na lei.

Legalidade, segurança jurídica e certeza do direito são primados constitucionais que asseguram a repetição do indébito tributário, na medida em que sendo o tributo uma obrigação *ex lege*, em sendo a lei que o ampara declarada inconstitucional, há que se admitir a devolução, pois, do contrário, estar-se-ia chancelando a cobrança de um tributo sem lei, fragilizando, senão que limitando – inconstitucionalmente – tais princípios.

4.1.2.2 Princípio da proteção à propriedade privada

A Constituição de 1988 protege a propriedade privada, estabelecendo, em seu artigo 5º, inciso XXII que “é garantido o direito de propriedade”, ainda que, no seu inciso XXIII, condicione que a “propriedade atenderá a sua função social”.

No âmbito tributário, em reforço ao direito fundamental arrolado no artigo 5º, a Constituição de 1988 estabeleceu a garantia adicional de que ao legislador é vedado instituir tributos com efeito de confisco (artigo 150, IV da CRFB/1988)¹⁷¹.

Se é verdade que o Estado fundado na propriedade privada e nos meios de produção é obrigado a sobreviver mediante tributos, não é menos verdade que sem tributos e contribuintes não se pode construir nenhum Estado, nem Estado de Direito, nem muito menos um Estado Social, portanto, é princípio de justiça tributária que todos devam pagar tributos com base em sua capacidade contributiva, capacidade que começa ali onde a sua renda exceda o mínimo existencial razão pela qual este mesmo Estado Social está eticamente obrigado a preservar as fontes tributárias (patrimônio dos contribuintes) ao revés de esgotá-las por prática de tributação excessiva, o que implicará postura moralmente aética do ponto de vista tributário. (NOGUEIRA, 2002, p. 20).

Luis Roberto Barroso (2002, p. 322 et. seq.) afirma que:

Existe um consenso doutrinário e jurisprudencial em que o direito de propriedade não tem nem pode ter caráter absoluto. A própria Constituição dispõe acerca da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), conceito explicitado no Texto em relação à propriedade fundiária urbana (art. 182 e ss.), rural (art. 186 e ss.). Disso não resulta, naturalmente, a livre intervenção do Estado na propriedade privada. Assim como todos os demais direitos individuais, sua restrição somente será válida se observados os parâmetros constitucionais. A Constituição a tratar do tema, enunciou quatro formas de intervenção estatal na propriedade privada, a saber: a) a instituição e cobrança de tributos, obedecidas as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 148 e ss., especialmente o art. 150), dentre as quais figura a proibição de utilizar o tributo com efeito de confisco); b) por meio do devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório aos litigantes (art. 5º, LIV e LV); c) o perdimento de bens (art. 5º, XLVI, b) e a expropriação, sem indenização, dos bens envolvidos no cultivo de plantas psicotrópicas e no tráfico de entorpecentes (art. 243), como modalidade de pena criminal e; d) a desapropriação, garantida, como regra, prévia e justa indenização, e a requisição ou ocupação temporárias, assegurada igualmente a indenização se houver dano (arts. 5º, XXIV, 182, § 4º, III, 184 e 5º, XXV).

Cada uma dessas modalidades de restrição de propriedade se relaciona a objetivos específicos. Os tributos visam a custear o funcionamento do Estado, daí porque são gerais, sujeitos, todavia, aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva. O devido processo legal é a via pela qual se torna possível a aplicação coativa da lei, o que, dependendo das circunstâncias, poderá redundar em alteração patrimonial. A

¹⁷¹ Portanto, é evidente que a tributação não pode, pela via indireta, tornar ilusório o direito de propriedade (CARRAZZA, 2000, p. 270), sendo que a garantia do não-confisco decorre da garantia constitucional da propriedade (MACHADO, 1989, p. 66).

pena de perdimento de bens visa coibir e punir comportamento gravemente reprovado. A desapropriação, requisição ou ocupação, por sua vez, são formas de atuação do Estado sobre a propriedade particular tendo em vista um interesse público relevante ou emergencial. Como não se trata de punição a qualquer conduta individual, é necessário socializar esse custo, indenizando o indivíduo sacrificado para que ele não suporte, sozinho, o ônus de um benefício destinado a toda comunidade.

Fora das hipóteses referidas, não é permitido ao Estado, em qualquer de suas formas de atuação – legislativa, executiva ou judiciária – restringir o conteúdo do direito de propriedade ou expropriar bens privados. A ação do Poder Público em tais circunstâncias equipara-se à pilhagem dos particulares, cuja denominação própria, quando imputável a um comportamento estatal, é confisco. [...]

Note-se que por propriedade deve se entender todo e qualquer direito patrimonial, e não apenas o domínio sobre bens corpóreos que a expressão evoca de forma imediata. Além disso, o direito fundamental de propriedade compreende não apenas a titularidade dos bens, mas também o aproveitamento de seu conteúdo econômico [...]. Com efeito, haverá idêntica violação do direito de propriedade se, mantendo-se a titularidade inalterada, o Estado vier a esvaziar o seu conteúdo, retirando-lhe o valor a utilidade econômica.

[...] não se admite que um indivíduo seja sacrificado – isto é: seja restringido o conteúdo econômico de sua propriedade – para o benefício da coletividade, sem indenização, sob pena de violação do princípio da isonomia. A sociedade, como um todo, deverá ratear o custo daquele benefício social, reparando por meio do Estado, o prejuízo do indivíduo. Note-se que o proprietário expropriado também participa do rateio, já que, juntamente com os demais, mantém o Estado por meio do pagamento de tributos.

Assim, se a imposição tributária é declarada inconstitucional, sobrepe-se o direito fundamental da propriedade, devendo ser preservado o direito à repetição do indébito tributário.

4.1.2.3 Princípio da moralidade administrativa

O princípio em epígrafe se encontra previsto no artigo 37 da CRFB/1988, o qual estabelece diversos princípios que regem a conduta da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ensina Carlos Mario da Silva Velloso (1999, p. 17) que “os povos, quanto mais tomam consciência de sua cidadania, mais desejam que os atos dos governantes sejam marcados pela moralidade. Há como que uma fome de moralidade”.

Distingue o autor que, “erigida a moralidade administrativa em princípio constitucional, muita vez o juiz terá de decidir a respeito de um ato administrativo formalmente perfeito, mas que é atentatório à moralidade administrativa. O Judiciário, por isso mesmo, deverá anulá-lo” (VELLOSO, 1999, p. 17).

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2000, p. 79) assevera que ainda que a relação entre a Administração e o administrado esteja em consonância com a lei, se tal relação ofender a “moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e da equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa”.

Luis Roberto Barroso ¹⁷², por seu turno, ensina que “[...] a Administração Pública não deve atuar por conveniências menores [...]” devendo pautar sua conduta, em relação aos administrados, “[...] inspirada pelo princípio da lealdade e da boa fé”, princípios dos quais decorre a proibição do enriquecimento ilícito. Prossegue o autor que

[...] a imoralidade estará presente quer quando haja a intenção deliberada de lesar ou enganar, como quando se assume este risco ou se procura justificar meio ambiente conduta incompatível com a lisura das relações entre o poder e o cidadão invocando o interesse público abstrato.

Sobre o princípio da moralidade e o direito à repetição do indébito, Ives Gandra da Silva Martins (1996, p. 84) opina:

Pode o legislador ordinário reduzir o direito à compensação – conferindo ao Poder Público o direito de ‘ser caloteiro’ – sem ferir o princípio da ‘moralidade pública’? Pode apenas o contribuinte com a perda da liberdade, se atrasar o pagamento de tributos, e de outro lado, retirar deste o direito de ressarcir-se, imediatamente, do que lhe foi exigido ilegalmente, consagrando a favor do Poder Público o dito ‘façam o que eu digo, mas não façam o que eu faço’, sem violentar o princípio da moralidade pública [...]. à evidência, em matéria tributária, deveria devolver o Fisco, de imediato, aquilo que cobrou indevidamente, para ter autoridade moral no exigir o que lhe é devido, passando a ter o direito de punir todos aqueles que não pagassem tributos, nos termos da lei.

Como imperativo do princípio da moralidade, impõe-se que, declarada inconstitucional a norma tributária, o Estado garanta a efetividade do direito à devolução.

4.1.2.4 Princípio da proteção da confiança

Ensina J.J. Gomes Canotilho (1995, p. 373) que os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica assim podem ser formulados:

¹⁷² BARROSO, 2003, p. 334.

[...] o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam a efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) inalterabilidade do caso julgado; (3) tendencial irrevogabilidade dos actos administrativos constitutivos de direitos.

O princípio da proteção da confiança emana do princípio da boa-fé. É o que ensina Ricardo Lobo Torres (1996, p. 104), o qual adiciona que referido princípio significa “[..] que a Administração não pode prejudicar os interesses do contribuinte, se este agiu na conformidade das regras vigentes”¹⁷³.

Roque Carrazza (2000, p. 304), por seu turno, esclarece que no Direito Tributário o princípio da boa-fé se particulariza pelo fato de irradiar

[...] efeitos tanto sobre o Fisco quanto sobre o contribuinte, exigindo que ambos respeitem as conveniências e interesses de outro e não incorram em contradição com sua própria conduta, na qual confia a outra parte (proibição do *venire contra factum proprium*).

Eduardo Appio (2005, p. 26), por seu fim, esclarece que o princípio em questão não se encontra inscrito de modo expresse na Constituição de 1988, podendo ser

[...] inferido a partir da análise conjunta de vários dos dispositivos constitucionais, dentre os quais o *caput* do artigo 37 da CF e o artigo 5º, XXXV (inafastabilidade da tutela jurisdicional) e XXXVI (proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido, também da CF/88).

A eficácia da Constituição implica e exige, necessariamente, a segurança dos direitos *por ela e na forma* por ela estabelecidos, cabendo a todos os poderes do Estado garantir os direitos constitucionais. A proteção da boa-fé e a confiança contribuem para o estabelecimento da eficácia da Constituição, e, no caso da repetição do indébito, ganham

¹⁷³ Importa destacar que a Lei 9.784/99 (a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) inseriu o princípio da segurança jurídica para o fim de vedar aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. A idéia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII do artigo 2º, bem assim no *caput* do referido artigo, *verbis*: “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.(...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. Sobre o dispositivo, na condição de participante da Comissão de Juristas que participou do anteprojeto da referida lei, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2000, p. 85) afirma que “[...] isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada”.

especial dimensão, na medida em que atendem à expectativa do administrado de que não será tributado além do que a lei determina.

4.1.3 Outras considerações aplicáveis à repetição do indébito

Da leitura dos princípios que informam o instituto da repetição do indébito, notadamente, os princípios da legalidade e da propriedade, conclui-se que há incompatibilidade da aplicação da cláusula da “reserva do possível” para o fim de cercear o direito fundamental do contribuinte em ser ressarcido pelo pagamento de quantias pagas a título de tributo posteriormente declarado inconstitucional pelo STF.

Não se trata de levar tais direitos às últimas conseqüências, forte na máxima *fiat justitia, pereat res publica*, sendo certo que “nenhum juiz constitucional procederá assim, na prática” (ARAGÃO, 2002, p. 31).

Contudo, é preciso reconhecer que, a prosperar eventual limitação ou mesmo negação do direito à repetição do indébito, por força de aplicação de uma cláusula de “reserva do possível”, a lógica do sistema jurídico aponta para outra solução para resguardar o direito negado ao contribuinte: a decisão que limitasse à repetição do indébito seria evento suficiente para o nascimento de outro direito – o direito à reparação por ato ilícito do Estado - nos termos do artigo 37, § 6º da CRFB/1988, que, inclusive, abarca a responsabilidade por lei declarada inconstitucional.

Confirmando tal interpretação, Hely Lopes Meirelles (1990, p. 566) faz o seguinte comentário:

Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, a responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

A doutrina anterior fazia distinção entre atos de império e atos de gestão, para admitir a responsabilidade da Administração somente quando o dano resultasse destes últimos. Pela atual teoria da responsabilidade objetiva, não há mais fundamento para esta sibilina distinção. Todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis*, uma vez que ambos são formas de atuação administrativa.

No Direito português, J.J. Gomes Canotilho assenta tal responsabilidade nas seguintes idéias, as quais são aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro:

[...] Embora se costume argumentar a favor da irresponsabilidade do Estado por facto das leis com a ideia de a disciplina da lei ser geral e abstracta, deve ponderar-se que: (1) algumas leis ‘declaradas’ ou ‘julgadas’ inconstitucionais podem ter ocasionado violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para os cidadãos [...] a responsabilidade por facto das leis não é um ‘luxo’ (R. CHAPUS), mas uma exigência do Estado constitucional democrático. (CANOTILHO, 1995, p. 661).

Aliás, cite-se, ainda, que a “igualdade perante os encargos públicos”, também exposta por J. J. Gomes Canotilho (1995, p. 568), reforça esta tese. Explica-a o mestre lusitano:

Uma outra manifestação do princípio da igualdade é a que os autores designam por igualdade perante os encargos públicos (*égalité devant les charges publiques*, *Lastengleichheit*). O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados.

Portanto, a aplicação da “reserva do possível” teria um efeito inócuo, o que vem a confirmar sua incompatibilidade com o cerceamento – ou mesmo negação – ao direito à repetição do indébito.

5 A CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL” E O DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO

5.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

É indiscutível a interação entre o Direito Constitucional e Tributário.

Octávio Campos Fischer (2004, p. 2) coloca em evidência a teoria do direito constitucional no campo tributário, pois “a maioria das questões tributárias resolve-se a partir de estudos que discutem a constitucionalidade do aumento ou da criação de tributos” porquanto a Constituição, tratando de forma minuciosa a construção de um sistema tributário

“refletiu [...] a prática do poder Público de não respeitar os direitos e garantias fundamentais para se alcançar e realizar um Estado Democrático de Direito”.

Nesse quadro, prossegue o autor, “desponta como fundamental a existência de um sistema de controle de validade da atuação dos poderes públicos em frente à Constituição. Mais do que ter normas, prescrevendo limites e garantias, é importantes que os direitos daí decorrentes sejam passíveis de uma adequada tutela” (FISCHER, 2004, p. 3).

E as ponderações do referido autor procedem. Se a cláusula da “reserva do possível” puder ser o “argumento do momento” para se inibir o direito à repetição do indébito tributário, na verdade, não terá qualquer utilidade o controle de constitucionalidade da norma tributária e “mecanismos inócuos somente criam expectativas e, por consequência, desilusões para aqueles que esperam pronta eficácia da Constituição.” (FISCHER, 2004, p. 3).

Não obstante, colhem-se na doutrina, notícias de que em ordenamentos jurídicos estrangeiros a tese recebeu acolhida ¹⁷⁴.

No caso da Itália, existe o tabu de que “imposto pago não deve ser reembolsado.” (DALLAZEM, 2003, p. 239).

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte negou a repetição, incluindo, entre as razões, do ‘*disrupt governmental finance*’ (desorganização das finanças governamentais) ¹⁷⁵.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional nega a repetição do indébito de tributos declarados inconstitucionais em face dos denominados *actos firmes* (sendo que a doutrina espanhola admite que se o interesse público for invocado, em uma situação que comprometa as finanças públicas, pode ser afastada a repetição do indébito ¹⁷⁶ (FERRARI, 2004, p. 351)¹⁷⁷.

No Brasil, espera-se que tal doutrina não se fortaleça. Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 352 et. seq.) pontua que “[...] a aceitação de tal argumento pode desembocar

¹⁷⁴ Em Portugal relata Rui Medeiros (1999, p. 721) o “Tribunal Constitucional mostra-se, com efeito, particularmente sensível à circunstância de estarem em causa receitas públicas em grande parte já recebidas nos cofres do Estado ou que, quando previsíveis, integram suas expectativas orçamentais.

¹⁷⁵ Conforme notícia Eduardo Garcia de Enterría (*apud* CLÈVE, 2000, p. 246), nos EUA argumenta-se: a) que o contribuinte recebeu os benefícios dos gastos públicos financiados com o dinheiro dos impostos; b) a desorganização das finanças estatais, no sentido da seriedade das transações consumadas, que requerem uma intervenção do legislativo para obrigar o pagamento a um ente público. Só é admitida a devolução a quem pagou sob protestos ou em via de execução forçada. Segundo Enterría, citando Field “no hay tradicion em los Estados Unidos de eu los impuestos ilegalmente obtenidos deban ser reintegrados o devueltos y el Derecho há hecho sólo progresos torpemente para que aprezca tal exigencia”.

¹⁷⁶ Eduardo Garcia Enterría (*apud* CLÈVE, 2000, p. 246) relata que seguindo a experiência americana, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional dispositivo relativo ao Imposto de Renda, impondo, contudo, apenas a produção de efeitos prospectivos.

¹⁷⁷ Octavio Campos Fischer (2005, p. 205) relata que recente iniciativa do Tribunal Supremo espanhol, com vistas a contornar problemas com a declaração de inconstitucionalidade das leis tributárias, no sentido de possibilitar ao contribuinte, que já tenha sido atingido pela coisa julgada, a ajuizar ação de responsabilidade patrimonial contra o Estado, limitando-se aos valores pagos indevidamente.

no que se chama de ‘razões de Estado’, o que pode comprometer a isenção do Supremo Tribunal Federal no determinar a extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade”, concluindo que

[...] Assim, deve prevalecer a repetição do indébito, pois se a coletividade se beneficiou em detrimento do patrimônio de determinada pessoa, o contribuinte, essa mesma coletividade deve suportar o ônus de recompor o que foi indevidamente arrecadado.

Octavio Campos Fischer (2005, p. 259 *passim*), por seu turno, posiciona-se no sentido de que é admissível o acolhimento da tese da “reserva do possível”, contudo, somente em casos de extrema necessidade, que deverá restar comprovada cabalmente, com base em dados fáticos, que haverá prejuízos irreparáveis ao erário público (derrocada financeira completa do Estado).

E mais, sugere que isto só poderá ocorrer se, após o Judiciário analisar as múltiplas formas do poder público recuperar-se financeiramente (por exemplo, aumento temporário da arrecadação, devolução parcelada), verificar que o prejuízo é irreversível.^{178 179}

Em parecer sobre o crédito-prêmio do IPI, Ives Gandra da Silva Martins¹⁸⁰, analisando a tese fazendária de que “[...] c) a manutenção do crédito-prêmio de IPI, nos termos do DL 491/1969 acarretaria prejuízo bilionário aos cofres públicos”, repeliu a tese das “razões de Estado” como suficientes para elidir a repetição do indébito tributário. Desse modo, após analisar o perfil das decisões jurisdicionais sobre o assunto e os aspectos da segurança jurídica, assim se posicionou:

[...] razões de Estado, muito embora sua relevância, nunca foram tidas pelo Poder Judiciário como superiores às questões jurídicas. Os tribunais brasileiros sempre zelaram pela manutenção da ordem jurídica e preservação da supremacia

¹⁷⁸ Adiciona Octavio Campos Fischer (op. cit., p. 259) que a calibração dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade impõe ao STF um duplo dever de fundamentação aos julgadores, pois não é suficiente “alegar por alegar”, por exemplo, a segurança jurídica, para restringir os efeitos. É obrigatória a fundamentação, demonstrando que há necessidade da medida, escolhendo-se, igualmente, o marco inicial da deflagração dos efeitos da decisão, devendo o STF motivar porque escolheu um momento (e não outro), para funcionar como marco temporal da incidência dos efeitos.

¹⁷⁹ Acrescenta, ainda, Octavio Campos Fischer (op. cit., p. 274 et. seq.), que no caso em que a situação for inversa (isto é, quando a declaração de inconstitucionalidade implicar no direito do Fisco em cobrar diferenças que não foram pagas) não poderá o contribuinte sofrer um agravamento retroativo de sua situação tributária, em razão de um erro (inconstitucionalidade) provocado por ato próprio e exclusivo do poder público. Amparando esta idéia se encontram o princípio da boa-fé, da segurança jurídica e da irretroatividade.

¹⁸⁰ Sobre o assunto, vide também parecer de Clemerson Merlin Clève (2004, p. 157), o qual, posicionando-se diante da eventual modificação da jurisprudência no STJ, concluiu que o contribuinte não pode ser cobrado ou punido por ter utilizado o crédito-prêmio do IPI “na medida em que estão em debate valores decorrentes de subvenções constituídas sob o signo da segurança jurídica, da boa fé e da proteção da confiança, que demandam previsibilidade, calculabilidade e mensurabilidade da atuação do Poder Público”.

constitucional, nunca a rebaixando, a ponto de permitir que o direito sirva à consecução de objetivos econômicos ou comerciais.

[...] c) Razões de Estado não legitimam pretensões judiciais que violam a lei e a Constituição. A satisfação do interesse público é meta perseguida pelo judiciário, pelos demais poderes, pelas setores organizados da economia, enfim, por toda a sociedade, já que o interesse público é o interesse de todos, é o interesse social. O interesse público não se contrapõe ao interesse individual, assim como o Estado não se opõe ao indivíduo.

O próprio STF rejeitou as chamadas “razões de Estado”, conforme se percebe no voto do E. Min. Celso de Mello, proferido quando do julgamento do RE 150.764-1, DJ 02.04.1993, Ementário nº 1698-08, p. 1557-1558:

[...] Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer sobre o império da Constituição.

Razões de Estado, ainda que vinculadas a motivos de elevado interesse social, não podem legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e valores sobre os quais tem assento o nosso sistema de direito constitucional positivo. Esta Corte, ao exercer, de modo soberano, a tutela jurisdicional das liberdades públicas, tem o dever indeclinável de ‘velar pela intangibilidade de nossa Lei Fundamental, que, ao dispor sobre as relações jurídico-tributárias entre o Estado e os indivíduos, institucionalizou um sistema coerente de proteção, a que se revelam subjacentes importantes princípios de caráter político, econômico e social.

É preciso advertir o Estado de que o uso ilegítimo de seu poder de tributar não deve, sob pena de erosão da própria consciência constitucional, extravasar os rígidos limites traçados e impostos à sua atuação pela Constituição da República.

‘[...] Uma consequência primária da inconstitucionalidade’- acentua MARCELO REBELO DE SOUZA (O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Lisboa, vol. I, 1988, p. 15-19) - ‘é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existiria. Para que o princípio da constitucionalidade, expressão suprema e qualitativamente mais exigente do princípio da legalidade em sentido amplo, vigore, é essencial que, em regra, uma conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam’.

Igualmente, cita-se o RE-205193/RS, rel. Min CELSO DE MELLO, primeira turma, unânime, julgado em 25/02/1997, publicado no DJ em 06-06-97:

RAZÕES DE ESTADO - MOTIVOS QUE NÃO JUSTIFICAM O DESRESPEITO ESTATAL À CONSTITUIÇÃO - PREVALÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. - A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo - não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.

Na ADIMC 2010 - DF - TP - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 12.04.02, a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.783/99 foi apreciada pelo STF:

SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - LEI Nº 9.783/99 - [...] A CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM ATIVIDADE CONSTITUI MODALIDADE DE TRIBUTO VINCULADO - A contribuição de seguridade social, devida por servidores públicos em atividade, configura modalidade de contribuição social, qualificando-se como espécie tributária de caráter vinculado, constitucionalmente destinada ao custeio e ao financiamento do regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo.⁴ [...] A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA Constituição da República. [...] A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). [...] A CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL POSSUI DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA. - A contribuição de seguridade social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ 143/684), como também representa espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da seguridade social, em função de específica destinação constitucional. [...] RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA Constituição da República. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. [...]. [...] razões de Estado não podem ser invocadas para justificar o descumprimento da Constituição. Esse fundamento, quando invocado para dar suporte a pretensões governamentais, além de mostrar-se inaceitável, revela-se incompatível com a própria essência de que se acha impregnada a noção de Estado Democrático de Direito, [...] '[...] a invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de impugnação judicial - representaria, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual reconhecimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização'. Motivos de ordem pública ou razões de Estado - [...] - não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição [...]. (AG 244.578/RS - Rel. Min. CELSO DE MELLO) STF - RE 226.855-7/RS - TP - declaração de voto do Min.

CELSON DE MELLO em acórdão relatado pelo Min. MOREIRA ALVES - DJU 13.10.2000 - J. 31. 08.2000

O Supremo Tribunal Federal, no caso do ICMS sobre as empresas de transporte aéreo, lidou com uma questão imensamente delicada, até do ponto de vista do equilíbrio federativo, e não se furtou de resguardar os direitos do contribuinte. Trata-se da ADIn 1.089/94, cuja liminar suspendeu a eficácia do Convênio 66/88 em relação às companhias aéreas, reconhecendo que as disposições do referido convênio não alcançavam a navegação aérea. Contudo, a eficácia outorgada à liminar – “*ex nunc*” - não atendia adequadamente aos interesses dos contribuintes, porquanto os Fiscos estaduais prosseguiram com as execuções em curso, uma vez que se cuidavam de obrigações tributárias decorrentes de fatos jurídicos tributários já ocorridos ou de parcelamentos celebrados antes da concessão da liminar.

Em outra ação – pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança (Suspensão de Segurança nº 726-2-AM¹⁸¹) – os efeitos da liminar foram explicitados para a finalidade de atingir as obrigações tributárias nascidas antes da decisão cautelar, para assegurar a eficácia “*ex tunc*” da decisão definitiva quanto à procedência da ação, o que veio a ser confirmado posteriormente.

O que torna interessante este caso é que, além dos efeitos da cautelar terem sido explicitados *após* sua concessão, em outro processo, ante à iminência de lesão a direito (MARTINS; MENDES, 2007, p. 310) é que foram argüidos pela Fazenda Pública o ato jurídico perfeito (tratava-se, no caso, de pagamento de parcelas de dívida fiscal) e grave lesão à economia pública – que se relaciona com o objeto de investigação – “reserva do possível”. No despacho que negou a suspensão da segurança, disse o Min. Octávio Galloti:

Despacho: 1) Pela liminar ora atacada, foi suspenso o pagamento de parcelas da dívida fiscal, referente ao ICMS incidente sobre o transporte aéreo.
2) Reconheço o relevo da tese do Estado requerente, quando invoca o princípio constitucional da garantia do ato jurídico perfeito, no caso representado pelo acordo, judicialmente homologado, que dispõe sobre o parcelamento.
3) Em termos, porém, de juízo de suspensão de liminar, não posso considerar satisfeito o pressuposto da grave lesão à economia pública, pelo simples adiamento da arrecadação de um tributo sujeito à repetição, na hipótese, sem dúvida plausível, de vir a ser declarada a inconstitucionalidade de sua exigência, já provisoriamente admitida pelo Supremo Tribunal Federal, ao conceder medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 1089, sessão de 4/8/94).
Indefiro o pedido.
Publique-se.
Brasília, 19 de dezembro de 1994. Ministro Octávio Galloti.

¹⁸¹ Requerente: Estado do Amazonas; Requerido: Relator do MS 29400700-8 do TJ-AM. Impetrante: VASP.

5.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O debate sobre a possibilidade do controle jurisdicional de atos de competência de outros poderes (Executivo e Legislativo), cada qual no exercício das suas funções preponderantes, tem suscitado muitas controvérsias, dentro de uma discussão mais ampla sobre o princípio da separação dos poderes (ou funções) do Estado.

A doutrina dominante não aceita o controle judicial sobre atos de natureza política – atos políticos ou de governo – entendidos como atos praticados no exercício das funções estatais, sem se revestirem, contudo, da condição de atos administrativos¹⁸².

Percebe-se que a cláusula da “reserva do possível” encontra-se visivelmente envolvida com atos de natureza política – opções sobre distribuição de recursos - que, na via constitucionalmente estabelecida, serão formalizadas pelo Poder Executivo, que, por meio de processo legislativo próprio, sujeitos a mecanismos de controle e fiscalização igualmente previstos na Constituição.

A “reserva do possível” reforça a idéia de que em um Estado Democrático de Direito as opções relativas aos recursos escassos devem ser feitas pelos poderes políticos¹⁸³, os quais possuem as habilitações constitucionais para a realização de tais escolhas. O Poder Judiciário pode controlar – mas não participa da análise de mérito de tais processos.

O Poder Judiciário, ao analisar tais atos, outrossim, não pode substituir a “vontade” do administrador ou do legislador pela sua própria, devendo limitar-se a examinar a conformação do ato à ordem jurídica¹⁸⁴, porquanto não pode aniquilar o Legislativo e cumular as funções de julgar e legislar (FISCHER, 2004, p. 61)¹⁸⁵.

¹⁸² “Em relação aos atos políticos, todos os Poderes de Estado são autorizados constitucionalmente a praticar determinados atos, em determinadas circunstâncias, com fundamento político. O Executivo pratica ato político quando veta projeto de lei, quando nomeia Ministro de Estado, quando concede indulto e outros. Nesses casos, nega-se ao Judiciário, depois de ter verificado a natureza e os fundamentos políticos do ato, adentrar seu conteúdo e valorar seus motivos. Pelo só fato de ser discricionário, o ato político não se exime do controle judiciário”. (PEGORARO, 2005).

¹⁸³ Conforme opina Luis Nunes Pegoraro: “A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social (PEGORARO, 2005)”. Igualmente, cite-se Eduardo Appio (2005, p. 175) em que a implementação de políticas públicas de natureza social é um ato de grande responsabilidade política, razão pela qual não se admite a outorga ilusória de direitos sociais, condicionados à disponibilidade do orçamento público.

¹⁸⁴ Em sentido oposto, cite-se Flávio Dino de Castro e Costa (2004, p. 86 et. seq.), para quem, em nome de um “padrão mínimo social” os juízes não podem deixar de determinar a realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, aduz que a razoabilidade deve ser

Nos Estados Unidos, relata Eduardo Appio ¹⁸⁶, as Cortes não podem criar serviços sociais inexistentes ou criar políticas públicas a partir das necessidades sociais, só podendo proceder dessa maneira quando o Poder Legislativo aceita um dever de legislar sobre o tema.

Em resumo, quando estiver envolvida a decisão da escolha da alocação de recurso, cabe ao Executivo, no estudo da conveniência e oportunidade, executar o que estiver previsto e aprovado no orçamento, restando ao Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, decidir sobre a legalidade e constitucionalidade de tais atos ¹⁸⁷.

Cabe lembrar que

[...] a separação dos poderes destina-se, tradicionalmente, a proteger o indivíduo do abuso de poder, lembrando-se que a capacidade de ser abusivo não é privativa do Executivo e do Legislativo, mas de qualquer poder sem controle. Nada faz supor – muito ao revés – que o Judiciário sem limites não possa ser igualmente arbitrário e tirano como já foram os outros dois Poderes em diversas ocasiões (BARCELLOS, 2002, p. 206).

Destarte, na temática ora em exame impõe examinar os papéis de cada poder, tendo-se em mente que a separação dos poderes possui natureza instrumental, cuja finalidade é evitar a concentração e o exercício arbitrário do poder e garantir os direitos individuais.

5.2.1 O papel do Poder Executivo

Em todas as esferas, o Poder Executivo comparece como o grande executor das políticas públicas, o poder encarregado de impulsionar o progresso do país e acabar com todas as mazelas sociais, gerindo com eficiência as finanças públicas.

Não raro, as políticas públicas são apresentadas como obras de ficção, que, na prática, resultam em ampla frustração popular.

demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária.

¹⁸⁵ Em numerosos julgados o Supremo Tribunal Federal tem marcado a importância do princípio da separação dos poderes, em especial, na condição de legislador positivo. Neste sentido, cite-se: RTJ 126/48, RTJ 143/57, RTJ 146/461-462, RTJ 153/765, RTJ 161/739-740).

¹⁸⁶ APPIO, op. cit., p. 174 et. seq.

¹⁸⁷ Cabe referir, entretanto, que a discricionariedade do legislador e do administrador, no âmbito de cumprimento de políticas públicas é mínima, sendo que, na omissão dos órgãos constitucionalmente obrigados a dar atendimento às políticas públicas estabelecidas na Constituição, não se encontra inibido o Poder Judiciário.

Segundo Eduardo Appio, acena-se com uma promessa que, se sabe, de antemão, não será cumprida ¹⁸⁸. Ou, como lembram Sustein e Holmes: “Políticos, vendedores de carros usados e publicitários tendem a exagerar sobre o conteúdo de suas promessas, muito embora saibam que possam ser cobradas em algum momento no futuro” ¹⁸⁹.

E como corolário deste tipo de mentalidade, relatam Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além (2000, p. 66), que entre o final da década de 1970 até início da década de 80, época de grande desequilíbrio entre receitas despesas públicas, as autoridades governamentais sequer sabiam, com precisão, qual era o déficit público (situação esta que não melhorou muito na década de 90).

Consoante tais autores, mundialmente, duas instituições são encarregadas de elaborar estatísticas sobre a situação fiscal de um país – uma delas é o órgão encarregado de elaborar as Contas Nacionais – que seria o retrato da situação global da contabilidade do país; e a outra seria responsável pelo desempenho das contas do setor público, mês a mês, que, em geral, pode ser responsabilidade do ministério da economia do país ou do seu Banco Central.

No Brasil, o órgão encarregado da apuração das Contas Nacionais é o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Por diversos fatores ¹⁹⁰ os dados do IBGE perderam credibilidade e deixaram de ser referência no debate da situação fiscal no país.

O resultado fiscal por excelência, ou seja, o que os analistas interpretam como resultado fiscal – é apurado pelo Banco Central e corresponde às denominadas “necessidades de financiamento do setor público” (NFSP).

Os dados divulgados pelo Banco Central abrangem três itens:

- a) o governo central, que corresponde à soma das contas do governo federal, do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e do próprio BC;
- b) os estados e municípios;

¹⁸⁸ Conforme Eduardo Appio (2005, p. 175). Ainda, na página 27 de sua obra, afirma que: “As políticas públicas surgem como mais um produto da máquina de propaganda dos governos eleitos, a qual parece ser a única a funcionar com eficiência no Brasil, e para o qual os recursos públicos raramente são contingenciados. A ilusão substitui a democracia”.

¹⁸⁹ “[...] civil libertarians, like politicians, used-car salesman, and advertising executives, are keenly aware that exaggeration has a mnemonic function, and they know by experience that their uncompromising phraseology often pay off”. Tradução por Eduardo Appio (op. cit., p. 176).

¹⁹⁰ Os fatores para o descrédito das informações prestadas pelo IBGE, basicamente foram os seguintes: a) discrepâncias entre os dados do IBGE com os do BC; b) defasagem de dados; c) e sujeição a processos de revisão importantes, sendo que na revisão metodológica de 1997, o IBGE deixou de informar dados relativos à formação de poupança do governo, que era a informação mais importante, em termos fiscais. (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 66).

- c) as empresas estatais, que incluem tanto as empresas federais quanto as estaduais e municipais de propriedade dos governos estaduais e locais.

As NFSP representam apenas o resultado da diferença entre despesas e receitas, isto é, não é possível saber o que causa desequilíbrio entre essas variáveis, que, para serem investigadas, demandarão estatísticas específicas apuradas por outros órgãos, entre eles, a Secretaria da Receita Federal (que apura a receita do governo federal), a Secretaria do Tesouro Nacional (que consolida os dados da receita e da execução de despesa do Tesouro Nacional) e do INSS, que possui o levantamento das receitas e despesas relativas à previdência social.

Desse modo, concluem os citados autores “[...] a Secretaria de Política Econômica (SPE) divulga uma estatística que consolida essas informações e apresenta um quadro relativamente desagregado das receitas e das despesas do governo central”.

Cite-se, entretanto, que a Lei de Responsabilidade Fiscal estipulou vários mecanismos de transparência e prestação de contas públicas, tais como:

- a) a consolidação das contas públicas das três esferas de governo pelo Poder Executivo Federal (anual);
- b) apresentação bimestral – pelo ente público – de Relatório Resumido de Execução Orçamentária (que vem a ser relatório sobre a execução de receitas e despesas);
- c) demonstração, quadrimestral, do Relatório de Gestão Fiscal (para verificação do cumprimento dos limites previstos pela LRF).

No entanto, o Conselho de Gestão Fiscal, previsto na LRF – o qual possui importantes atribuições para a padronização dos métodos de prestação de contas e dos relatórios demonstrativos de gestão fiscal, bem assim disseminar práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, ainda não foi instituído.

O projeto de Lei 3.744/2000, de iniciativa do Poder Executivo, o qual regula sua composição e funcionamento até hoje não foi aprovado.

Outrossim, inexistindo o Conselho e tratando-se de uma lei relativamente nova

[...] impera a multiplicidade de critérios de escrituração e divulgação de cotas, a falta de harmonização e coordenação entre Tribunais de Contas, Ministério Público, Poderes Executivos dos três níveis de governo e uma eventual falta de percepção por senadores, deputados federais e estaduais ou vereadores da influência da LRF sobre a elaboração de leis que impactem as finanças públicas e o papel que lhes cabe na

fixação de metas fiscais e no controle da observância das regras e limites disciplinados na lei [...] torna-se difícil aplicar efetivamente a LRF, solucionar conflitos quanto à sua interpretação e operacionalização, e impossível premiar os bons governantes. (KHAIR; AFONSO; OLIVEIRA, 2006, p. 280).

Some-se a isto o fato de que há dificuldades operacionais nos Tribunais de Contas, assim como há falta de uma fiscalização efetiva quanto ao cumprimento das disposições da LRF, pois os tais nem sempre os encarregados de tais tarefas possuem “o conhecimento técnico necessário e por vezes adotam interpretações viesadas por interesses localizados”. Igualmente, a divulgação de informações específicas sobre a LRF não tem sido tratada com a devida prioridade, não se divulgam os relatórios em sítios do governo e muitos dos inadimplentes com os prazos de encaminhamento das contas públicas e relatórios estavam contratando convênios com o Governo Federal e recebendo transferências voluntárias normalmente, fato que foi confirmado pela própria Controladoria Geral da União (KHAIR; AFONSO; OLIVEIRA, 2006, p. 279 et. seq.).

Inúmeros são os exemplos de verdadeiras manipulações no que toca às limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal referentes às renúncias de receita ¹⁹¹, assim como dos artifícios para driblar a desvinculação de receitas ao pagamento de dívidas com a União (alguns Estados criaram um artifício para reduzir a receita estadual efetivamente contabilizada, outros induziram contribuintes de ICMS a contribuírem para fundos extra-orçamentários a fim de não serem computados como receita sujeita a vinculações); também não há transparência nas informações de gastos com o pessoal (ensejando inúmeras manobras contábeis, baseadas em leituras equívocas da LRF), além de expedientes contábeis e administrativos para escapar das restrições quanto aos restos a pagar, limites de endividamento, entre outras ¹⁹².

Ou, como Sérgio Assoni Filho (2007, p. 104) afirma, no que toca à LRF:

[...] A jurisprudência é rica em exemplos do abuso discricionário governamental, pois os agentes públicos muitas vezes fazem uso dos recursos públicos e de rendimentos sem atentarem para a finalidade específica da lei, assim como empregam indevidamente em investimentos no mercado financeiro, ou mesmo os

¹⁹¹ Por exemplo, no Item 6 da Exposição de Motivos da MP 202/2004 houve uma mera estimativa da arrecadação a fim de justificar a renúncia fiscal nela operada, ou seja, projetou-se que a renúncia seria compensada com aumento da arrecadação de outros tributos decorrente do crescimento da economia nacional previsto para o ano, estando, assim, em conformidade com a LRF.

¹⁹² Um retrato bastante interessante e mais completo das manipulações havidas em torno da Lei de Responsabilidade Fiscal é apresentado no artigo “Lei de Responsabilidade Fiscal: os avanços e aperfeiçoamentos necessários” de autoria de Amir Khair, José Roberto R. Afonso e Weder de Oliveira. in *Gasto público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil*. MENDES, Marcos (Org.). Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2006.

destinam a outros benefícios à comunidade, que não estão relacionadas com a finalidade especificada pela lei, ainda que de interesse público.

E isto sem mencionar a total falta de impunidade dos gestores públicos, que, segundo Amir Khair, José Roberto R. Afonso e Weder de Oliveira (2006, p. 317) será a “senha para que tudo volte para os padrões históricos de falta de transparência, gestão de baixa qualidade, déficits e dívidas crescentes”.

Por outro vértice, também é clara a utilização do orçamento como um instrumento de barganha política, em que o Poder Executivo pressiona integrantes do Poder Legislativo para votar de acordo com seu interesse, por meio de brechas na legislação orçamentária ¹⁹³.

Sobre tais abusos, Flávia Schilling (1999, p. 269) registra que o “[...] ciclo orçamentário é descrito como o momento chave das trocas de favores políticos por benefícios econômicos, como um momento chave da corrupção” ¹⁹⁴.

Percebe-se, portanto, que em matéria de finanças públicas, há relativa facilidade dos dados serem manipulados, diante da dificuldade de se estabelecer critérios seguros e confiáveis para se conhecer o real déficit público, o que abre espaço para uma significativa margem de manobras e artifícios contábeis, na defesa de uma suposta “reserva do possível”.

Ademais, as ações do governo decorrem de um jogo de forças entre as autoridades públicas de um lado (muitas vezes interessadas, necessário reconhecer, em praticar políticas fiscais austeras) e, de outro, lideranças políticas, interessadas na satisfação de interesses nem sempre públicos, e, por isto, desinteressadas para as fontes de financiamento.

E, permeando este embate, as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, embora tenha sido bem intencionada, ainda não conseguiu debelar os péssimos vícios e hábitos no que toca à administração de gastos públicos.

Por outro lado, não se tem registro histórico de que União, Estados membros ou Municípios tenham “quebrado” por conta de dívidas impagáveis, seja decorrentes de credores

¹⁹³ Edilberto Carlos Pontes Lima e Rogério Boueri Miranda (2006, p. 352) mencionam os instrumentos orçamentários utilizados pelo para este fim: a) implementação seletiva do orçamento e b) execução de Restos a Pagar. Por intermédio do primeiro meio, como o orçamento não é de execução obrigatória, executam-se preferencialmente as emendas individuais dos parlamentares que apóiam o governo nos projetos de lei do seu interesse. Por meio do segundo, o Legislativo amplia artificialmente as receitas e o Poder Executivo permite que parte dessa ampliação seja liquidada, inscrevendo parcelas em Restos a Pagar.

¹⁹⁴ Note-se que o Brasil possui importante e extenso arsenal para combater a corrupção e abusos em matéria de finanças públicas, sendo, inclusive, signatário da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (CICC), sendo de fundamental importância o aperfeiçoamento da aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual possui importantes dispositivos para coibir o abuso e a corrupção dos agentes públicos.

da dívida pública, seja decorrentes de ações judiciais que reconheceram a inconstitucionalidade de alguma norma tributária^{195 196}.

Apesar processos de alto endividamento da União tenham terem alto custo inflacionário, nas últimas décadas, mediante a emissão de moeda, importa esclarecer que o comprometimento das contas da União em relação a tal déficit foi em relação a empréstimos e financiamentos públicos e não em relação a custos incorridos por conta da restituição de tributos declarados inconstitucionais.

Em relação aos Estados e Municípios, embora estes possuam a “máquina de fazer dinheiro”, historicamente estes tiveram os grandes déficits de caixa contornados por meio da concessão de crédito, seja pelo governo federal, seja pela iniciativa privada¹⁹⁷ ou por corte de despesas e aumento de arrecadação tributária.

Ou seja, mesmo em momentos de agudo desequilíbrio financeiro, não se assistiu, historicamente, à “quebra” do Estado, pois, antes que se chegasse a tal desequilíbrio, foram arquitetadas soluções políticas [...] através de alianças entre grupos políticos e sociais [...] (GIAMBIAGI; ALÉM, p. 333 passim)¹⁹⁸.

E mesmo as amarras impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal para se evitar o “calote oficial” em relação aos precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que eles foram incluídos são sistematicamente desobedecidos, sem que isto desate qualquer sanção¹⁹⁹.

¹⁹⁵ A este propósito, cita-se, ainda, a oportuna lembrança de Ana Paula Barcellos sobre o anunciado apocalipse econômico quando do julgamento dos expurgos do FGTS, se afirmava que a economia brasileira entraria em falência total, caso o pedido dos empregados fosse julgado procedente.

¹⁹⁶ Registre-se que não se pode olvidar que eventual decisão que proclame a inconstitucionalidade de alguma norma tributária e que venha alterar a previsão das receitas, já deve compor a lei orçamentária anual, o item ‘anexo de riscos’, conforme disciplina a Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁹⁷ Ana Paula Barcellos (2002, p. 240), pontua que, com exceção em países em que impera a extrema pobreza, os Estados têm, em geral, “[...] uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receita. Em um curto espaço de tempo, pouco mais de um ano no caso brasileiro, a autoridade pública tem condições técnicas de incrementar suas receitas, com a majoração de tributos, por exemplo”.

¹⁹⁸ E ressalte-se que nem mesmo a LRF pode ser apontada como obstáculo em razão dos limites de endividamento público, pois “em caso de instabilidade econômica ou alterações nas políticas monetária ou cambial [...] estariam sendo alterados os fundamentos das propostas dos limites fixados, permitindo ao Presidente da República encaminhar ao Senado Federal ou ao Congresso Nacional, uma solicitação de revisão desses limites (§ 6º, do artigo 30)”.

¹⁹⁹ O montante relativo aos precatórios é considerado parte integrante da dívida pública consolidada, para efeitos da apuração dos limites de endividamento estabelecidos pela LRF (art. 30, § 7º). A redução de excesso de endividamento deve se dar até os três quadrimestres seguintes ao de sua apuração (artigo 31 da LRF, sob pena de vedação a operações de crédito interno ou externo - nem mesmo mediante antecipação de receitas - e proibição de recebimento das transferências voluntárias da União ou dos Estados) ou a intervenção por falta de pagamento de dívida fundada ou consolidada, nos termos do artigo 34, inciso V, alínea “a” e artigo 35, inciso I, ambos da CRFB/1988).

Com isto não se quer reduzir a questão de forma simplista, asseverando que basta ao Estado recorrer ao financiamento com terceiros ou “apertar o cinto”, com austeridade, para fazer frente a eventuais desequilíbrios entre receitas e despesas.

As variáveis econômicas e sociais características da economia – em especial diante de um ambiente globalizado – são tantas, que seria um exercício inócuo tentar apontar soluções definitivas – a curto, médio ou longo prazo - para os desequilíbrios financeiros estatais.

E cabe referir, ainda, em se cuidando de orçamento, ninguém ignora a pressão de grupos sociais e setores específicos – *lobbies* – os quais, na busca de verbas, subsídios ou incentivos que lhes sejam de interesse específico, mobilizam-se fortemente junto aos parlamentares, sem que haja qualquer oposição ou fiscalização de outros setores.

E a proliferação deste tipo de comportamento apresenta

[...] como resultante natural a tendência ao surgimento de um desequilíbrio. O poder executivo, portanto, sofre pressões localizadas poderosas no sentido de impedir cortes de gastos ou de isenções, sem que, em contrapartida, surjam pressões equivalentes na direção contrária, o que tende a paralisá-lo, impedindo que reaja à altura da gravidade da situação de desequilíbrio que pode estar sendo criada.

Logo, o que é desejável – e isto nada tem de jurídico – é que os governos não caiam na tentação de, por meio de medidas populistas, a fim satisfazer aspirações do eleitorado ou de grupos economicamente fortes e organizados, deixem de tomar medidas para conter os gastos públicos²⁰⁰ ou façam ouvidos moucos para os anseios da redução da carga tributária²⁰¹.

Existem dois extremos em que, de um lado, há uma ordem de prioridades das demandas sociais e de outro, que tais prioridades se encontram condicionadas ao respeito das restrições orçamentárias, cabendo, então, aos ocupantes dos cargos públicos eletivos, compatibilizar as reivindicações sociais com o controle das finanças públicas, justificando-as perante a sociedade, pois

Não basta aos técnicos do governo cientes, por dever de ofício, das limitações da realidade, defender as suas idéias a respeito da necessidade de praticar políticas fiscais austeras. É preciso, também, que eles sejam convincentes na tarefa de explicar a necessidade dessa austeridade, tanto diante da opinião pública em geral, como das autoridades eleitas, em particular [...].

²⁰⁰ Marcos Mendes (2006, p. 39) sustenta que o desafio não é apenas conter a expansão dos gastos públicos, mas cortá-los de forma seletiva, em que ele é pouco produtivo e, ao mesmo tempo, aumentar a eficiência do gasto, buscando fazer mais com menos recursos e priorizar programas públicos eficazes.

²⁰¹ Em 2004, a rejeição da MP 232, que previa a majoração de diversos tributos mostrou a insatisfação da sociedade com o Estado brasileiro. Em meados de 2007 foi a vez da rejeição da prorrogação da CPMF. Mesmo assim, o governo insiste em aumentar a carga tributária, ignorando o aviso da sociedade.

O desafio dos técnicos, portanto, é não apenas fazer diagnósticos corretos, mas também conseguir que seus pontos de vista sejam endossados por aqueles que detêm o poder político de decidir [...]. (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 368).

E este aspecto do plano decisório público nada tem de jurídico, muito mais se relaciona com a habilidade política dos governantes e legisladores do que a capacidade do Poder Judiciário em avaliá-lo – ou mesmo controlá-lo.

Deste modo, a superação de desequilíbrios orçamentários exige uma correta percepção da natureza política da questão – embora, frise-se, este caráter político não seja óbice para um controle de legalidade.

Assim, antes de se cogitar invocar uma “reserva do possível” é preciso que se aperfeiçoem os mecanismos de divulgação das informações fiscais e de execução orçamentária, padronizando e uniformizando conceitos e procedimentos, para o fim de aumentar a transparência e compreensão dos aspectos envolvidos.

Igualmente, uma radical mudança da cultura da gestão pública de recursos – envolvendo membros dos três poderes - também se faz necessária.

Mas mesmo assim, ressalve-se, trazer este embate, com todas estas nuances, para dentro do Poder Judiciário, colocando nas mãos de oito ministros do STF para decidir o que é ou não déficit orçamentário – ou o que pode – ou não – causar déficit orçamentário, em razão de eventual declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica tributária, dentro de um processo pretensamente objetivo e abstrato, é absolutamente inadmissível.

5.2.2 O papel do Poder Legislativo

Há instabilidade jurídica, atualmente, no país. Isto decorre da formulação de leis e medidas provisórias casuísticas, visando a atender situações e contingências de momento.

O Poder Executivo age de forma conturbada, procurando dar respostas rápidas – e nem sempre compatíveis com a ordem constitucional – para os problemas de cotidiano.

Com isto, as demandas judiciais que impugnem o descumprimento da Constituição – individuais ou não - se multiplicam. O Poder Judiciário, estruturado de forma precária, não consegue ter a mesma velocidade de reação, se comparada à atuação do Poder Legislativo, perdendo seu prestígio, pois

O descompasso entre a velocidade da ação legislativa e da reação judicial se constitui em causa da sensível diminuição da importância política desta última. Esta, contingenciada pelo ritmo dos acontecimentos e dos fatos jurídicos já consumados, que não raro, acaba se convalidando, através de argumentos de duvidosa juridicidade. (APPIO, 2005, p. 144).

A Constituição perde eficácia social e a maior parte da população brasileira vive em condições econômicas, políticas e sociais precárias, sem qualquer acesso ao extenso rol de direitos previstos no discurso constitucional. Não há a difusão de um sentimento constitucional.

Muitos autores chamam atenção para o fenômeno da “inflação legislativa”. Todos os dias ingressam no ordenamento jurídico uma enxurrada de atos legislativos que inovam a ordem jurídica ²⁰². As razões são variadas. A própria complexidade da sociedade moderna brasileira justifica, em parte, estas ocorrências.

As medidas provisórias, de uso tão censurado e abusivo, mormente desrespeitam os requisitos de relevância e urgência, previstos no artigo 62 da CRFB/1988, contribuem para uma sensação de enfraquecimento da atividade legiferante.

E a alarmante falta de técnica jurídica dos textos legais, ao lado da ostensiva inconstitucionalidade das normas que veiculam contribuem para um assoberbamento da atividade jurisdicional, a qual é convocada para corrigir os arbítrios legislativos.

Roberto Freitas Filho (2003, p. 46) entende que o Estado encontra-se em crise e o Direito, por conseguinte, também. Trata-se uma crise em nível econômico e também dos modelos de regulação social – os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação já não mais funcionam. Isto se reflete na produção normativa, no fenômeno da “inflação legislativa”.

Com isto, há instabilidade no Direito, cria-se um ambiente propício para a insegurança jurídica e o Estado se ausenta das suas funções constitucionais, fazendo o Direito perder o sentido próprio que lhe dá existência, que é, em última instância, ser um instrumento pacificador de conflitos sociais.

Deste modo, no que toca à “reserva do possível” – no aspecto que interessa (repetição do indébito tributário) – cabe ao Poder Legislativo proceder com responsabilidade democrática e agir dentro dos poderes de representação que lhes foram outorgados, pelo voto, abolindo práticas historicamente clientelistas e em busca dos próprios interesses, abstendo-se,

²⁰² Roberto Freitas Filho (2003, p. 165): “[...] o grande número de normas é hoje um fato constatado no nosso ordenamento jurídico, inclusive criticado pela doutrina e pelos próprios operadores do Direito. Normas que se contradizem, normas que não são possíveis de serem articuladas de forma coerente, normas casuísticas, excesso de leis, enfim”.

igualmente, de legislar em matéria tributária apenas para satisfazer necessidades de caixa impostas pelo Poder Executivo.

5.2.3 O papel do Poder Judiciário

A questão que se coloca que o Poder Judiciário, ao se decidir em um ou outro sentido, no que toca à “reserva do possível” poderá acarretar consequências extremamente danosas para ordem jurídica. O ideal seria uma rápida intervenção do Poder Judiciário, a fim de evitar que uma norma inconstitucional gerasse efeitos lesivos irreversíveis aos jurisdicionados ²⁰³.

Contudo, não é esta a realidade que se revela: além das dificuldades advindas do crescente asoberbamento do Poder Judiciário, há o hábito generalizado do Poder Público em atrasar permanentemente o cumprimento de suas obrigações, alongando processos natimortos, por meio de recursos e práticas forenses claramente procrastinatórias, o que só vem agravar a situação caótica que existe atualmente no Poder Judiciário, contribuindo para uma justiça tardia – senão que denegação da própria justiça ²⁰⁴.

Os dilemas que afloram diuturnamente às portas do Poder Judiciário colocam em xeque postulados lógicos – e tradicionais – de que a sentença consiste em uma mera operação de lógica dedutiva.

Assim, o Judiciário cai em descrédito e entra em crise:

[...] há uma evidente crise de segurança nas decisões jurídicas, seja pela demora da prestação jurisdicional, seja pela multiplicidade de orientações possíveis na jurisprudência. [...] Decisões demoradíssimas, processos entravados, seja em razão de uma múltipla possibilidade recursal, seja pela precária condição de trabalho dos julgadores; desconfiança na burocracia [...] judiciária, por alegações de corrupção, ou pela baixa produtividade, decisões divergentes para casos semelhantes e politização das decisões. (FREITAS FILHO, 2003, p. 164) ²⁰⁵.

²⁰³ Para a solução de tal problema Gilmar Mendes (MARTINS; MENDES, 2007, p. 487) propõe alguma técnica decisória alternativa. Eis as suas palavras: “É certo, outrossim, que muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendada a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica. Aqui o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado com base no princípio da segurança jurídica”.

²⁰⁴ “Delayed justice can be equivalent to denial of justice. The speediness of justice is therefore a precondition for the efficacy of judicial defense” (STAVEV, 1973, p. 415 *apud* CAMBI, 2000, p. 143). “Justiça atrasada pode equivaler à negação da justiça. A rapidez da justiça, é, portanto, uma condição essencial para a eficácia da defesa judicial” (Tradução livre).

²⁰⁵ Roberto Freitas Filho (2003, p. 48 et. seq.) analisa a crise do Poder Judiciário, procedendo interessante reconstrução histórica dos momentos da evolução deste Poder na configuração do Estado moderno.

Roberto Freitas Filho (2003, p. 52 et. seq.), analisando as idéias de Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes, identifica três dimensões da crise do Poder Judiciário:

- a) crise institucional – nascida da não conciliação entre a necessidade de proferir decisões baseadas na estrita legalidade em conflitos de natureza política – mormente o Judiciário decide mais analisando as consequências práticas do resultado da decisão do que em estrita obediência à legalidade;
- b) crise estrutural – a estrutura do Judiciário é lenta e pesada, havendo ainda o problema da mentalidade do juiz, que muitas vezes apresenta-se refratário a mudanças e questionamentos, quadro este completado por uma postura corporativa;
- c) crise dos procedimentos, em face da exagerada possibilidade recursal e formalidades procedimentais, que, em que pese constituírem garantias do devido processo legal, dão margem à postergação da decisão final do processo muito além do desejado.

Igualmente, aponta o referido autor (2003, p. 109) a significação política dos tribunais – transformando-os em agentes de mudança que passa a interferir diretamente nas políticas de governo - acarreta crises de outras ordens: a crise de legitimidade, de independência e de produtividade.

Dentro de tal contexto, constitui uma visão puramente artificial outorgar ao Poder Judiciário o papel de “unificar os discursos referentes ao conteúdo da Constituição, conferindo unidade a um fenômeno político nitidamente heterogêneo” (APPIO, 2005, p. 21)²⁰⁶.

Portanto, diz Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 321):

[...] o trabalho do juiz não deve estar limitado a um processo meramente lógico, mas deve conter grande grau de conhecimento sociológico das realidades atuais, o que significa que sua função não é mecânica, isto porque, além do raciocínio lógico-dedutivo²⁰⁷, deve ater-se ao desenvolvimento do instituto jurídico, ao costume e às convicções sociais vigentes, inspirado no ideal de justiça e bem-estar.

²⁰⁶ “A decisão judicial não se resume a um ato isolado do juiz que, enclausurado em seu gabinete, decide qual é a política pública mais conforme à Constituição. Admitir o completo isolamento dos juízes em um oráculo constitucional implicaria verdadeira adesão a um modelo de aristocracia democrática. A decisão judicial apresenta-se apenas como um dos elos desta cadeia comunicativa que deve envolver diversos atores sociais. A legitimidade das decisões judiciais, advém, portanto, da ampliação do debate democrático sobre o conteúdo dos princípios e valores constitucionais”. (APPIO, 2005, p. 21).

²⁰⁷ Adverte a autora, entretanto, que não resta invalidado o valor da dedução lógica “no raciocínio que deve embasar uma decisão judicial, mas além de lógico o juiz deve ser imparcial e por isso tal método deve ser utilizado com a consciência de que seu valor é relativo e limitado” e prossegue: “Portanto, é preciso que a

Ademais, como pontua Ana Paula Barcellos (2002, p. 307) não “cabe ao direito sufocar o espaço de participação, luta e conquista política, como se os juristas e o Judiciário formassem uma classe sacerdotal, superior e paternalista, capaz de prover todos os bens desejados pelo homem” ²⁰⁸.

Assim, quando se confronta o Poder Judiciário com a arguição da “reserva do possível” deve-se ter em mente que a “inconstitucionalidade deve ser verificada à luz da Constituição e não do interesse político de algum setor da sociedade. Em suma, a jurisdição constitucional deve estar preocupada em saber se a lei está ou não de acordo com a Lei Fundamental” (FISCHER, 2004, p. 59).

Regra geral, consagrada na doutrina e jurisprudência brasileira, é insindicabilidade judicial das questões políticas, as quais não são suscetíveis de revisão judicial. Não se reconhece, na Constituição, o poder (jurisdição) para que o juiz possa ingressar no mérito das questões de natureza política. Nem mesmo o princípio da universalidade (ou inafastabilidade) da jurisdição pode justificar tal ingerência.

Como ensina Eduardo Appio

[...] a motivação das decisões judiciais a partir de argumentos jurídicos é um imperativo da democracia constitucional brasileira, pois argumentos político-econômicos são facilmente manipuláveis a partir da ideologia própria dos grupos organizados da sociedade, do que resulta um debate constitucional pobre em argumentos, mas rico em retórica.

Deste modo, cabe ao Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, reconhecer e resguardar a sua independência e o seu papel de guardião da Constituição e, no exercício da jurisdição constitucional, proteger, acima de tudo, os valores constitucionais aos quais se encontra juridicamente vinculado, não podendo ceder a pressões casuísticas, devendo decidir as controvérsias constitucionais dentro dos parâmetros jurídicos e não políticos.

decisão jurisdicional seja fruto da prudente ponderação entre a aplicação decorrente de um raciocínio lógico dedutivo e os efeitos que dela podem advir, considerando que os conflitos ou desajustes que de momento possam parecer resolvidos, podem converter-se em fonte de males maiores que aqueles que se quis resolver. Evitar que uma resolução aparentemente satisfatória venha a dar margem para problemas mais graves, é dever da Justiça”. (FERRARI, 2004, p. 321 et. seq.).

²⁰⁸ Além disso, há um aspecto pragmático, prossegue a autora, de que na medida em que se ambicionam para o direito outros papéis além do seu, ela acaba não tendo serventia nem para o muito nem para o pouco.

5.2.4 A participação da sociedade

Não há dúvidas de que os todos os poderes estatais encontram-se em crise e, em oposição apenas aparente, encontra-se a sociedade, a qual, neste ambiente, ainda aspira aos seus direito fundamentais.

Casalta Nabais (1998, p. 17) adverte que após a II Grande Guerra a preocupação dos doutrinadores esteve mais centrada nos direitos fundamentais do que nos deveres fundamentais dos cidadãos, entre eles o dever fundamental de pagar impostos.

Fernando Facury Scaff, por seu turno, corretamente dimensionando a discussão em torno do custo dos direitos, coloca que tantos os direitos de primeira, segunda e terceira gerações possuem um custo e que são custeados por meio das receitas públicas²⁰⁹.

Assim, se de um lado o Estado é indispensável para o reconhecimento e efetivação dos direitos, por outro, não se pode negar que o Estado somente funciona em razão dos recursos financeiros que capta junto aos indivíduos singularmente considerados²¹⁰.

Além de participar no custeio da estrutura do Estado, a sociedade deve fazer uso dos mecanismos de participação e controle social dos atos governamentais.

Opina Helio Saul Mileski (2006, p. 93), que não obstante a evolução democrática do país nos últimos anos há um traço cultural no povo brasileiro que contribui para enfraquecê-la, pois “o povo brasileiro mostra vocação maior para ser ajudado do que para exibir autoconfiança. Como consequência, abre os braços ao paternalismo, uma forma disfarçada de autoritarismo”.

Para referido autor, tais aspectos comportamentais derivam do histórico político brasileiro, cujas experiências ora oscilaram em períodos de autoritarismo, ora de populismo, regimes os quais geraram um distanciamento entre o governo e a sociedade civil.

²⁰⁹ Diz o autor (SCAFF, 2006, p. 194): “Como é sabido, não existe nenhum direito que independa de custos. Stephen Holmes e Cass Sustein, em oportuna obra, demonstram que mesmo os direitos básicos, de primeira dimensão, possuem altos custos que devem ser sustentados por todos. A manutenção do aparelho judiciário e do sistema de segurança pública, dentre outros considerados pela doutrina norte-americana como necessários para a implementação do *civil rights*, possuem um alto preço e precisam ser financiados através de um sistema tributário forte e ágil. Logo, não são apenas os direitos de 2ª e 3ª dimensão que necessitam de verbas públicas para sua implementação, mas também os de 1ª dimensão”.

²¹⁰ Esta é a opinião de Flávio Galdino (2002, p. 188): “[...] na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que permita”.

Em sentido oposto e demonstrando mais esperança na participação popular, só que por meio do Poder Judiciário, o Ministro Carlos Mario da Silva Velloso (1999, p. 17) afirma que o controle social tende a se ampliar e que ²¹¹:

O cidadão é o grande fiscal do poder público, mesmo porque este existe em razão daquele e para satisfazer as suas necessidades. Acontece que essa fiscalização se exerce mediante a ação do Poder Judiciário, vale dizer, mediante medidas judiciais. As reformas constitucionais que se fazem contemporaneamente visam a viabilizar esse desiderato. Vejamos a Constituição do Brasil de 1988. Ela se engaja, sem dúvida, na linha de fazer com que o cidadão seja cada vez mais fiscal do poder público. Ela estabelece, por exemplo, no inciso LXXIII do art. 5º, a ação popular, para o fim de proteger o patrimônio público, o patrimônio material e o patrimônio moral, porque a ação popular visa a proteger o patrimônio histórico e cultural, além de proteger o meio ambiente. Mas a Constituição de 1988 não ficou apenas nisso. Ela cobriu com o manto protetor da ação popular também a moralidade administrativa, essa mesma moralidade administrativa que o constituinte tornou princípio constitucional, que o constituinte de 1988, não temendo incorrer em demasia, pôs ao lado do princípio da legalidade, do princípio da publicidade e do princípio da impessoalidade (CF, art. 37).

Seja como forem os percalços a serem enfrentados no amadurecimento do processo democrático, importa reconhecer que tanto as normas constitucionais quanto as infraconstitucionais asseguram as condições normativas necessárias ao desenvolvimento da transparência ²¹², da participação popular e do controle social dos atos do poder público, tanto nos aspectos da condução da política fiscal quanto na participação e fiscalização efetiva dos processo orçamentários.

Em outras palavras, o arsenal jurídico encontra-se à disposição da sociedade, resta aguardar o amadurecimento da consciência popular para que, ao lado dos controles oficiais já fortalecidos (notadamente o jurisdicional), seja fortalecida a democracia, com a maior participação da sociedade, evitando-se – ou pelo menos minimizando – o recurso à “*cláusula da reserva do possível*” na perspectiva da limitação à implementação aos direitos prestacionais (lembrando-se estar vedado o recurso a esta cláusula, no caso de eventual cerceio ao direito a repetição do indébito).

²¹¹ E o controle da sociedade tende a se ampliar. Este é o diagnóstico de Carlos Mario da Silva Velloso (1999, p. 17): [...] Tenho lembrado, em conferências, que, hoje, na Europa, e também entre nós, há correntes doutrinárias de Direito Administrativo que inovam no tema do controle da administração pública pelo Poder Judiciário. Assim as posições doutrinárias de Eduardo Garcia de Enterria, na Espanha, de Afonso Queiró, em Portugal, de Guido Falzone, na Itália, de Agustin Gordillo, na Argentina, de Sérgio Ferraz e de Celso Antônio Bandeira de Mello, no Brasil.

²¹² Sobre a questão da transparência, vide excelente artigo de Têmis Limberger, intitulado “Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever da publicidade, o direito de ser informado e o princípio democrático”, in Interesse Público. Ano 8, n. 37, mai/jun 2006, Porto Alegre: Notadez, p. 55-71, que trata do uso de novas tecnologias em favor da transparência e da democratização da informação.

6 CONCLUSÕES

A complexidade do tema desta dissertação impôs a análise de diversas questões jurídicas, políticas e econômicas, causando dificuldades para a própria sistematização do tema. Entretanto, vencidas tais dificuldades, do panorama geral das considerações expostas, espera-se que as conclusões possam agregar alguma contribuição a um tema relativamente novo e complexo.

Em relação às questões estudadas sobre o controle de constitucionalidade, desde os aspectos históricos até a consolidação do atual modelo, percebe-se que houve profunda evolução do sistema de controle adotado no Brasil, que, a despeito das dificuldades de um sistema que se pretende “misto”, procurou soluções modernas para dissipar – ou pelo menos minimizar – os fatores de estrangulamento ao paradoxo da binômio inconstitucionalidade/nulidade da norma jurídica inconstitucional, as quais, com muita frequência, ensejavam abdições da prerrogativa do STF em pronunciar a inconstitucionalidade de determinadas normas, em razão das possíveis conseqüências que tais decisões poderiam acarretar.

Assim, a possibilidade de modulação, calibração ou manipulação das decisões prolatadas no controle de constitucionalidade veio em boa hora e representa, sim, um significativo avanço neste sentido, não se visualizando inconstitucionalidade das normas jurídicas que o admitem.

E referida possibilidade não rompe com o tradicional dogma da nulidade da lei inconstitucional, que, continua sendo regra no controle de constitucionalidade adotado no Brasil, a qual só será afastada em casos excepcionais, em que estiverem em jogo razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, observada, contudo, a prudente aplicação do princípio da proporcionalidade, na ponderação dos interesses contrapostos.

No entanto, em um contexto de grandes e crescentes demandas financeiras estatais, em razão não só da densificação dos direitos previstos na Constituição de 1988, mas também em decorrência de verdadeiras sangrias nos cofres públicos provocadas por fenômenos culturais institucionais da sociedade brasileira (corrupção, clientelismo, paternalismo, populismo e outros “ismos”), essa possibilidade causa preocupação, colocando na pauta dos juristas questionamentos sobre os limites da jurisdição constitucional e o resguardo de interesses financeiros do Estado.

Surge, então, a teoria da “cláusula da reserva do possível”, que, sem embargo de constituir cláusula implícita do Estado Democrático de Direito – como condição necessária para a própria exigibilidade e efetividade dos direitos que se buscam resguardar neste modelo – não é e nem pode ser a ‘solução mágica’ para todos os conflitos ou tensões de natureza patrimonial que se possam deduzir perante o Estado.

A cláusula da “reserva do possível” é - acertadamente - aplicável quando se trata de discutir a implementação dos chamados direitos de segunda dimensão, cabendo à doutrina, no que couber, definir quais serão os limites e condições para que esta cláusula funcione como instrumento de contenção ao pleito de tais direitos, especialmente no que toca ao tormentoso problema da sindicabilidade das políticas públicas.

Porém, apesar de relevante esta perspectiva da cláusula da “reserva do possível”, esta dissertação se propõe a analisar outro viés desta cláusula: se a “reserva do possível” pode limitar um direito – repetição do indébito – que é corolário de um direito de primeira dimensão – propriedade, no caso de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

E o estudo permitiu concluir que o Supremo Tribunal Federal encontra-se impedido, a pretexto da “reserva do possível”, cercear a repetição do indébito tributário, não podendo modular decisões que envolvam a inconstitucionalidade da norma jurídica tributária em desfavor desse direito.

Outrossim, em nome da *mesma* segurança jurídica (e da boa-fé) que autoriza a modulação dos efeitos da decisão de (in) constitucionalidade, em situações que se configure a reversibilidade material da recomposição do *status quo ante*, a decisão deve ser dotada de eficácia “*ex tunc*”, pois não se pode causar lesão ao particular que não concorreu para a edição da norma, que, posteriormente, foi excluída do sistema jurídico, por ser reputada inconstitucional.

Devem ser preservados os direitos do contribuinte. O mesmo não concorre para a situação de inconstitucionalidade (sequer sendo suscetível de se cogitar o princípio da representação democrática, fragilizado que se encontra na atual conjuntura de desconfiança generalizada no Poder Legislativo), muito menos lhe é dado participar diretamente do controle abstrato.

Ademais, eventual limitação ou mesmo negação do direito à repetição do indébito, por força de aplicação de uma cláusula de “reserva do possível” teria um efeito inócuo, pois a decisão que limitasse a repetição do indébito seria evento suficiente para o nascimento de

outro direito – o direito à reparação por ato ilícito do Estado - nos termos do artigo 37, § 6º da CRFB/1988, que, inclusive, abarca a responsabilidade por lei declarada inconstitucional.

Por outro vértice, em que pesem as inovações no campo probatório, no âmbito do controle concentrado de inconstitucionalidade, a própria natureza objetiva do processo impediria uma prova segura de insuficiência financeira do Estado.

Como se analisou nesta dissertação, as finanças públicas são um dos campos mais propícios para manipulações e práticas corruptas no Estado brasileiro. Passados oito anos da promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, os dados oficiais a respeito das receitas e despesas públicas não são fidedignos.

Por outro lado, a possibilidade de que a decisão possa ter seus efeitos manipulados em desfavor ao direito à repetição do indébito, pode gerar uma série de outros problemas.

O primeiro problema seria uma verdadeira irresponsabilidade impositiva, por parte do Estado, que, na bem sucedida analogia de Ives Gandra Martins, seria traduzida na situação em que o assaltante, mesmo reconhecida a ilicitude de sua conduta, permanecesse com o produto do crime, ficando impedido apenas de cometer novas subtrações²¹³.

O segundo problema consistiria na debilitação dos princípios da legalidade e da propriedade, pois o cidadão só pode ser compelido a transferir recursos ao Estado nas formas legalmente previstas e, ao ter sua propriedade absorvida pelo Estado, a título de tributo declarado inconstitucional (e cuja repetição fica cerceada – ou negada - por uma decisão do Supremo Tribunal Federal) depara-se com um verdadeiro confisco de bens.

Como consequência do problema anterior, a manipulação dos efeitos da decisão proferida no controle abstrato de normas em desfavor ao direito à repetição do indébito ensejaria possíveis crises de legitimidade da tributação, com a adoção de condutas evasivas ao dever de contribuir para o sustento do Estado e um massivo descumprimento dos preceitos tributários, pelo desprestígio aos princípios da moralidade administrativa e proteção da confiança, esvaziando o próprio conteúdo da produção normativa, que, ao perder efetividade, provoca indiscutíveis prejuízos à promoção social dos indivíduos e dos grupos sociais, diante da própria queda de arrecadação²¹⁴.

²¹³ Diz Ives Gandra Martins: “Vale dizer, o Estado – que violentou a Constituição – estaria autorizado a permanecer com o produto da arrecadação ilegítima [...]. Seria como permitir ao assaltante ficar com tudo o que tiver roubado, até o momento de sua condenação, ficando apenas proibido de voltar a roubar as mesmas vítimas, depois de condenado. O sistema constitucional brasileiro não comporta, a meu ver, a experiência constitucional alemã. A norma inconstitucional o é desde o nascedouro, não podendo ser a “inconstitucionalidade real” transformada em “inconstitucionalidade pragmática”, por decisão da Suprema Corte, convalidando os atos contra a Lei Maior praticados anteriormente.” (MARTINS; MENDES, 2007, p. 308).

²¹⁴ Sem embargo da tendência de se apontar o contribuinte como vilão, que, ao praticar tentativas de economia fiscal é injustamente acusado de realizar atos atentatórios à sobrevivência da coletividade. Sérgio Andre R. G da

Em tal ordem de idéias, admitir a “reserva do possível” para contornar problemas de má gestão financeira pública e negar o direito do contribuinte gera, a longo prazo, a própria debilitação do sistema tributário.

Desse modo, antes de admitir que a “cláusula da reserva do possível” possa cercear o direito do contribuinte, em nome da integridade das finanças públicas, mormente qualificada de “excepcional interesse social” (que, como visto nesta dissertação, corresponde ao interesse público primário – e não secundário – do Estado, não estando compreendidos neste conceito os interesses fazendários meramente arrecadatórios), devem ser fortalecidos os mecanismos da própria gestão dos recursos públicos.

E, para tal finalidade, encontra-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual princípios para ao planejamento, organização, direção das finanças públicas, merecendo especial destaque a transparência da gestão fiscal responsável ²¹⁵, cuja efetiva implementação está a depender da capacitação dos gestores públicos para empregar tais princípios e incorporar práticas que evidenciem a eficiência e transparência de suas atividades, atendendo-se a aspiração de que a Lei de Responsabilidade Fiscal gere uma “nova concepção de Estado, “o ‘Estado Responsável’ [...] que responda por suas ações e satisfaça os compromissos assumidos” (MOREIRA, 2001, p. 140).

Não se pode, assim, seguir com o lema de que “se as idéias não coincidem com a realidade, pior para a realidade”, esquecendo-se da vida política e social, na esteira dos velhos esquemas do positivismo jurídico, tampouco é possível seguir reduzindo a Política como pura decisão “considerando a normatividade constitucional como um apócrifo, injustificado e fantasmagórico sistema redutor do político”, transformando os guardiões do poder constituinte [Judiciário] em seu substituto (GARCIA, 2006, p. 499 et. seq.).

Por fim, “cláusula da reserva do possível” não é “mote mágico” para justificar o descumprimento da Constituição. Cabe aos Poderes – ou funções do Estado, debelarem cada qual suas crises institucionais – e em conjunto da sociedade, buscarem soluções democráticas para o problema da distribuição dos recursos escassos, sem que isto importe na debilitação de princípios jurídicos histórica e duramente conservados, entre eles, o princípio da legalidade e da proteção à propriedade.

Silva comenta este aspecto, que ocorre notadamente no campo judicial, em que se justifica a exigência inconstitucional ou ilegal de tributos sob o argumento de que “*os cofres públicos não suportariam a sangria necessária a recomposição do estado de legalidade*”, o que, na opinião do Autor, pode conduzir que o desamparo ao contribuinte leve ao risco de “*acabar com a própria fonte dos recursos*”. (SILVA, 2006, p. 15).

²¹⁵ Transparência na gestão fiscal é um dos pilares em que se assenta o sistema instituído pela LRF (PEREIRA, 2001, p. 51).

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto R.; OLIVEIRA, Weder de; KHAIR, Amir. Lei de Responsabilidade Fiscal: os avanços e aperfeiçoamentos necessários. In: MENDES, Marcos (Org.). **Gasto público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

ALEXYY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, J.C. Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. De Acordo com a Emenda à Constituição 45 de 08.12.2004 (Reforma do Poder Judiciário). Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARAÚJO JR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio D. Por que o Estado cresce e qual seria o tamanho ótimo do Estado brasileiro? In: MENDES, Marcos (Org.). **Gasto público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

ASSONI FILHO, Sérgio. **Crédito público e responsabilidade fiscal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 1, 1999.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Apontamentos sobre o princípio da legalidade**. Temas de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direito adquirido, confisco, isonomia e boa-fé**: planos econômicos, FGTS e expurgos inflacionários. Temas de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Doze anos de Constituição Brasileira de 1988**. Temas de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; et al. **Interesses Públicos x Interesses Privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. **Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. A Nova Universalidade dos Direitos Fundamentais. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 9/10, n. 1/2, 1990/1991.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Interesse Público**, Por to Alegre, ano 8, n. 37, maio/jun 2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF nº45. Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB e Presidente da República Federativa do Brasil.Relator: Ministro Celso de Melo. 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 08 dez. 2007. (Informativo/STF nº 345/2004).

CAMBI, Eduardo. O Direito à prova no Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 34, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. reimp. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1984.

CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 14. ed. rev. ampl. atual. até a Emenda Constitucional n. 26/2000. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Crédito-prêmio do IPI. Eventual mudança de orientação jurisprudencial e princípio constitucional da segurança jurídica (Parecer). **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 27, set/out 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Controle da Constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1998**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A Função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 6, n. 28, nov/dez 2004.

CUÉLLAR, Leila. A Lei de Responsabilidade Fiscal e Convênios entre entes da Federação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. **A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos sobre as relações jurídicas tributárias**. 2003. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

_____. Lei orçamentária: processo legislativo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 129, 1996.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. Volume I. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

DEODATO, Alberto. **Manual da Ciência das Finanças**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DOUGLAS, William; MOTTA, Sylvio. **Controle de constitucionalidade - Teoria e Questões**. Brasília: Consulex, 2000.

ENTERRIA, Garcia. Justicia Constitucional, La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales. **RDP**, n. 92, out/dez/1989.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. O sistema constitucional brasileiro de controle de constitucionalidade. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, n. 5.

FISCHER, Douglas. A Violação do Princípio da Proporcionalidade por regras que extinguem a punibilidade em crimes econômicos-tributários. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 6, n. 28, nov/dez 2004.

_____. Tributação em face de atos ilícitos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 37, maio/jun 2006.

FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**. 5. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANCISCO, José Carlos. Natureza das normas e atos inconstitucionais. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 67, set/out 2007. 1 CD-ROM.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GALDINO, Flavio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Pedro de Vega. Mundialização e Direito Constitucional: a crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (Coord.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARRIDO, Diego López; GARROTE, Massó Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio. **Nuevo Derecho Constitucional Comparado**. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2000.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

GIUSTINA, Vasco Della. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tribunal de Justiça e Município. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Disponível em: <www.nagib.net/texto/varied_16.doc>. Acesso em: 15 jul. 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional** - estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUIMARÃES, Luis Geraldo Floeter. Supremacia da Constituição. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 67, set/out 2007. 1 CD-ROM.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Impostos sobre Serviços e a Noventena instituída pela EC 42/03. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 67, set/out 2007. 1 CD-ROM.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova York: Norton, 1999.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-Membro no direito constitucional**. Tese de concurso para docência livre da cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Edição da Faculdade, 1953. (sob o título - O Controle da Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar).

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1996.

_____. **Teoria Pura do Direito**: Introdução à Problemática Científica do Direito. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KHAIR, Amir; AFONSO, José Roberto R.; OLIVEIRA, Weder de. Lei de Responsabilidade Fiscal: os avanços e aperfeiçoamentos necessários. In: MENDES, Marcos (Org.). **Gasto público eficiente**: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LIMA, Cristina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. [S.I.]: UnB, 2000.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes; MIRANDA, Rogério. O processo orçamentário federal brasileiro. In: MENDES, Marcos (Org.). **Gasto público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

LIMBERG, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever da publicidade, o direito de ser informado e o princípio democrático. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 39, set/out 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel Derecho, 1986.

LOPES JR, Osmar. Constitucionalidade e Processo Administrativo Tributário. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 67, set/out 2007. 1 CD-ROM.

MACHADO, Hugo de Brito. A Supremacia Constitucional como Garantia do Contribuinte. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 10, p. 63, 2007. 1 CD-ROM.

_____. Carga Tributária e Gasto Público: propaganda e terceirização. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 37, maio/jun 2006.

_____. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1989.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Aspectos práticos da teoria da imposição tributária**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: Comentários à Lei 9.868, de 10-11-99**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Efeitos da Resolução nº 71/05 do Senado Federal sobre o crédito-prêmio do Decreto-lei nº 491/69 - Vigência, Eficácia e Validade do referido Decreto-lei por tempo indeterminado (Parecer). **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 37, maio/jun 2006.

_____. Efeito Prospectivo de Decisões da Suprema Corte sobre Matéria Constitucional - sua Admissibilidade tanto em Controle Concentrado Quanto em Controle Difuso - Parecer. **Revista Juris Síntese**, n. 59, maio/jun 2006.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga. O *amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. **Revista Juris Síntese**, n. 55, set-out/2005. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 67, set/out 2007. 1 CD-ROM.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 39, 2007. 1 CD-ROM.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Nova Proposta de Regulação do Controle Abstrato de Normas perante o Supremo Tribunal Federal. **Revista do TST**, v. 65, n. 1, 1999.

_____. A Proporcionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de jurisprudência**, São Paulo, n. 23, 1994.

_____. **Jurisdição Constitucional**. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Marcos (Org.). **Gasto público eficiente**: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

MILESKI, Helio Saul. Controle Social: um aliado do controle oficial. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 37, maio/jun 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. 1 e 2 v.

_____. Os Tipos de Decisão na Fiscalização de Constitucionalidade. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 18, 2003.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Rogério; LIMA, Edilberto Carlos Pontes. O processo orçamentário federal brasileiro. In: MENDES, Marcos (Org.). **Gasto público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: Análises à luz da Lei nº 9.882/1999. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001.

NABAIS, José Casalta. A compensação de tributos e a moralidade pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 8, maio 1996.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

NASCIMENTO, Carlos Valder. **Finanças Públicas e sistema constitucional orçamentário**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Ética Tributária e Cidadania Fiscal. **Revista de Estudos Tributários**, n. 27, set/out 2002.

NOVOA, César Garcia. Seguridad jurídica y derecho tributário. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997, 1 v.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Weder de; AFONSO, José Roberto R.; KHAIR, Amir. Lei de Responsabilidade Fiscal: os avanços e aperfeiçoamentos necessários. In: MENDES, Marcos (Org.). **Gasto**

público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade:** conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAVAN, Cláudia Fonseca Morato; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Razões de Estado não legitimam exigência tributária ilegal e inconstitucional. *Revista Juris Síntese*, n. 59, maio/jun 2006. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 67, set/out 2007. 1 CD-ROM.

PEGORARO, Luis Nunes. O Controle da Administração Pública e a cláusula da "reserva do possível". *Revista Juris Síntese*, n. 55, set/out 2005. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 67, set/out 2007. 1 CD-ROM.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O endividamento público na Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. O Controle da Constitucionalidade e as Normas Tributárias. RJ n. 213, jul/1995. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 67, set/out. 2007. 1 CD-ROM.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. Araucaria. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política e Humanidades**, Espanha, n. 15, p. 128-146, abr. 2006.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e Ordem Pública**. Segurança Jurídica e Transformação Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

POHLMANN, Marcelo Colleto; IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Tributação e política tributária:** uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Atlas, 2006.

POLLETI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

REZEK NETO, Chade. **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de preceito constitucional fundamental**: análise à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. **Revista Forense**, São Paulo, v. 96, n. 349, p. 29-41.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 39, set/out 2006.

SCHILLING, Flávia. **Corrupção**: ilegalidade intolerável? São Paulo: IBCCrim, 1999.

SHIKIDA, Cláudio D.; ARAÚJO JR, Ari Francisco de. Por que o Estado cresce e qual seria o tamanho ótimo do Estado brasileiro? In: MENDES, Marcos (Org.). **Gasto público eficiente**: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Sérgio Andre R. G da. A tributação na sociedade de risco. In: PÍRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário**. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STAVEV, Zhivko. Fundamental guarantees of in civil proceedings: a survey of the laws of the european pelople's democracy. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Coord.). **Fundamental guarantees of the parties in civil litigation**. Milão: Giuffrè, 1973.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes**. (*Besteuerungsmoral und Steuermoral*). Madrid: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Alguns problemas econômicos e políticos da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIEIRA, José Ribas. A Teoria da Constituição e a Jurisdição Constitucional: Variáveis de Análise. **Revista da Faculdade de Direito da UFF**, v. 3, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE). Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=bple>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.