

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ARTHUR DAHER COLODETTI

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E COISA JULGADA
Reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as relações jurídicas
tributárias continuativas acobertadas pela coisa julgada – análise crítica do
Parecer/CRJ/Nº 492/2011

Trabalho apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Direito pela
Universidade Federal do Espírito Santo - Programa
de Pós-graduação em Direito - Mestrado em Direito
Processual Civil – UFES

Orientação: Professor Doutor Geovany Cardoso
Jeveaux

VITÓRIA
2013

ARTHUR DAHER COLODETTI

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E COISA JULGADA

Reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as relações jurídicas tributárias continuativas acobertadas pela coisa julgada – análise crítica do Parecer/CRJ/Nº 492/2011

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo
(Orientador)

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem
Universidade Federal do Espírito Santo
(Membro PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Jr.
Faculdade de Direito de Vitória
(Membro externo)

RESUMO

Trata-se de trabalho desenvolvido com o intuito de investigar se e em qual medida as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal logram alterar, para o futuro, o regime jurídico firmado por sentenças, já transitadas em julgado, que disciplinam relação jurídica tributária de trato continuado, isto é, que tratam de uma relação jurídica que, dada as particularidades dos elementos da norma que lhe dá esteio, tende a ser reproduzida ao longo do tempo. Em boa medida, o trabalho se dirige a analisar em que consiste e quais os limites, diante de uma teoria procedimental de democracia, da tendência de hibridação dos modelos de controle de constitucionalidade, segundo a qual das decisões tomadas pelo Supremo, independentemente se no controle abstrato/concentrado se no controle concreto/difuso, exurgem os mesmos efeitos. Para o fim de tentar atingir seus objetivos, no primeiro capítulo, o estudo parte da teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin, autor que trabalha sob a lógica do *commom law*, ingressando, após, na crítica democrático-procedimental feita por Jürgen Habermas, pois acredita-se que esta aperfeiçoa aquela. No segundo capítulo, analisa-se o instituto da coisa julgada, tomando em linha de consideração a distinção entre enunciado e norma, bem como que esta carece da atividade de interpretação/aplicação, feita pelo homem, para juridicizar o fato. Em momento seguinte, no terceiro capítulo, lançando mão do referencial teórico firmado nos capítulos anteriores, analisa-se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, criticando, ao fim, a antes mencionada tendência de hibridação. No quarto e último capítulo, a abordagem, primeiro, investe sobre o Parecer/CRJ/Nº 492/2011, analisando a higidez de suas proposições, tocando em específico, depois, seu tema central: quais, e de que forma, as decisões do Supremo Tribunal Federal que se mostram aptas a suplantar o regime firmado em sentença transitada em julgado disciplinadora de relação jurídica de trato continuado?

PALAVRAS-CHAVE: jurisdição constitucional; democracia; hibridação de modelos de controle; coisa julgada; relação jurídica continuativa.

ABSTRACT

This work intends to investigate whether and in what extent the decisions of the Supreme Court manage to change, for the future, the legal treatment granted by final decisions which govern a continued taxation, i.e., dealing with a juridical relationship that, because of the particularities of the elements of the precept that confers it, tends to be reproduced over time. In good measure, the work turns to analyze what is it, and what are the limits, applying a theory of procedural democracy, the tendency of hybridization of the models of judicial review, according to which the decisions of the Supreme Court, whether in abstract/concentrated or in concrete/diffuse control, brings the same effects. For the purpose of trying to achieve their goals, in the first chapter, the study begins by analyzing the theory of judicial decision of Ronald Dworkin, author who works under the logic of the common law, treating, then, the democratic-procedural review done by Jürgen Habermas. The second chapter analyzes the institution of *res judicata*, taking into account the distinction between statement and norm, and that this one, to make a fact juridical, requires the activity, made by man, of interpretation / application. In the next moment, in the third chapter, making use of the theoretical firm in previous chapters, the text analyzes the Brazilian system of judicial review, criticizing, finally, the aforementioned hybridization tendency. In the fourth and final chapter, the approach, first, invests about Legal Opinion / CRJ / N ° 492/2011, making comments about the sustainability of its propositions, touching specifically, later, the central theme of the study: which, and how, Supreme Court decisions are able to supplant the regime signed in a final judgment that treats about a continued tax relationship?

KEYWORDS: constitutional jurisdiction; democracy; hybridization control models; *res judicata*; continued juridical relationship.

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Colodetti, Arthur Daher, 1984-

Jurisdição constitucional e coisa julgada : reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as relações jurídicas tributárias continuativas acobertadas pela coisa julgada–análise crítica do Parecer/CRJ/Nº 492/2011 / Arthur Daher Colodetti. – 2013.

202 f.

Orientador: Geovany Cardoso Jeveaux.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Jurisdição. 2. Democracia. 3. Coisa julgada. 4. Controle da constitucionalidade. I. Jeveaux, Geovany Cardoso, 1966-. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 34

RESUMO	3
ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO.....	8
1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA.....	19
1.1. Situando o problema:.....	19
1.2. A teoria de Ronald Dworkin:.....	30
1.3. A teoria de Dworkin à luz da crítica formulada por Jürgen Habermas:	47
2. COISA JULGADA.....	58
2.1. Coisa julgada e Estado de Direito	58
2.2. Conceito de coisa julgada	61
2.3. Enunciado, interpretação, aplicação e norma jurídica legítima.....	63
2.4. Coisa julgada, relação jurídica continuativa e constitucionalidade.....	76
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A TENDÊNCIA DE HIBRIDAÇÃO	88
3.1. Noções propedêuticas	88
3.1.1. O controle enquanto desdobramento da natureza sistêmica do direito	88
3.1.2. O caráter normativo dos mecanismos de controle.....	92
3.2. Alguns aspectos do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade	95
3.2.1. Controle concentrado e abstrato	97
3.2.2. Controle difuso e concreto.....	106
3.3. A tendência de hibridação entre os modelos de controle – ainda a questão da alteração do “estado de direito”	112
4. REFLEXOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRATO CONTINUADO ACOBERTADAS PELA COISA JULGADA - ANÁLISE CRÍTICA DO PARECER PGFN/CRJ/Nº 492/2011	134
4.1. Contextualizando a discussão.....	134
4.2. Fundamentos do Parecer/CRJ/Nº 492/2011	136
4.3. Análise crítica dos fundamentos lançados no Parecer/CRJ/Nº 492/2011 quanto à superação da dicotomia controle abstrato / concreto.....	142
4.4 Reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre “esquema normativo” firmado em sentença transitada em julgado	158
6. CONCLUSÕES	184
7. REFERÊNCIAS	194

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADIn por omissão - Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

Cf. – Conferir

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DOU – Diário Oficial da União

EC – Emenda Constitucional

ED – Embargos de Declaração

HC – Habeas Corpus

MP – Medida Provisória

Min. – Ministro

PGFN/CRJ – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional/Coordenação-Geral de Representação Judicial

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

Rel. – Relator

RMIT – Regra matriz de incidência tributária

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

INTRODUÇÃO

Pretende-se, pela presente investigação, analisar o entrecruzamento de dois institutos fundamentais do direito, a saber, a coisa julgada e o controle de constitucionalidade.

Enquanto a coisa julgada serve como pedra angular para a construção de um discurso jurídico seguro¹, prestando-se, pois, a uma das finalidades últimas do direito - conferir estabilidade às expectativas de comportamento de seus destinatários -, o controle de constitucionalidade viabiliza, ao menos em relação às normas² erigidas a partir do texto constitucional, um método voltado à manutenção da coerência do ordenamento jurídico, possibilitando a expulsão da norma fundada³ (objeto do controle) quando esta se mostrar conflitante com a norma fundante (parâmetro do controle).

Ocorre que segurança e coerência, a depender do referencial em que são tomadas, podem tanto se apoiar quanto contrastar.

¹ Na esteira da lição de Liebman, com a aquisição da qualidade da coisa julgada, a eficácia natural da sentença resulta “intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido. E essa imutabilidade característica do *comando*, nos limites em que disciplinada a lei, opera, não já em face de determinadas pessoas, mas em face de todos os que no âmbito do ordenamento jurídico têm institucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado, não se excluindo o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a norma concreta da relação, a qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 51/52)

² A expressão “norma jurídica” é aqui tomada como o resultado da atividade de interpretação do texto legal, por meio da qual o intérprete confere sentido aos enunciados normativos que compõem o direito no seu plano da expressão, formulando proposições que, após, conjugadas numa estrutura hipotético-condicional (se H então deve ser C), exsurgem como a unidade irreduzível do deontico: aquém da norma, não há qualquer sentido normativo, em que pese a Ciência do Direito, por vezes, fracione essa “estrutura mínima”, visando a analisá-la de modo analítico. A norma, portanto, é o sentido do enunciado (texto), porém notabilizado por um “juízo de direito”, entendido como a articulação das proposições numa estrutura lógica hipotético-condicional. Conforme anota Paulo de Barros Carvalho, emprega-se “normas jurídicas em sentido amplo” para “aludir aos conteúdos significativos das frases do direito posto, vale dizer, aos enunciados prescritivos, não enquanto manifestações empíricas do ordenamento, mas como significações que seriam construídas pelo intérprete.” Noutro passo, a “norma jurídica em sentido estrito” seria “a composição articulada dessas significações, de tal sorte que produza mensagens com sentido deontico-jurídico completo (...)” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 128).

³ Ou até mesmo o enunciado, caso nenhum sentido normativo, isto é, nenhuma norma dele se possa deduzir, senão em contraste com a que lhe outorga validade (norma fundante).

Apóiam-se quando levamos em conta que a co-existência de normas contraditórias, ou melhor, de enunciados que permitam a “construção” de normas conflitantes, ensejando dúvidas acerca de qual a conduta positivamente valorada, torna-se, outrossim, fator de insegurança; contrastam quando, em razão da inexistência de uniformidade nas atividades de interpretação e aplicação do direito, sujeitos em situações que demandariam uma mesma resposta jurídica se vêem diante de soluções normativas díspares⁴, causando assaz perplexidade aos destinatários dos comandos: como, então, desvelar a conduta querida pelo ordenamento?

Do recurso retórico acima já é possível perceber que não se está, aqui, a professar a resignação com o pensamento normativista; ao contrário, entende-se que o receio ao sincretismo metodológico⁵ e ao suposto subjetivismo (irracionalidade) da atividade de aplicação⁶, notas características dessa vertente de pensamento, afastaram o direito de uma de suas finalidades mais caras.

⁴ Essa nuance foi abordada, ainda que sob outro enfoque, por Kelsen: “Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao Direito, somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou o seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele processo ou fixa este conteúdo. (...) O que significa, porém, o fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo de norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral. O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 297/298).

⁵ Em que pese dizer sua teoria “pura” por não recorrer a qualquer elemento externo ao universo jurídico, ao tratar da validade das normas, Kelsen acaba violando sua rigorosa premissa metodológica, na medida em que sedimenta a necessidade de um mínimo de eficácia (ser) para que a norma disponha de validade (deve-ser). Eis as palavras do jusfilósofo tcheco: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” (...) “Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição de sua vigência.” Em outra passagem de sua obra magna, assenta o consagrado jurista que “(...) uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde sua validade quando deixa de ser eficaz; (...) a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1, 12 e 236).

⁶ “Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (...) A

Com efeito, ao dizer discricionário o ato de aplicação, o normativismo acabou esterilizando os sentidos de (a) certeza / previsibilidade, entendida como a possibilidade de os destinatários das normas compreenderem prévia e especificamente a repercussão jurídica de seus comportamentos, e de (b) justiça, tomada, formalmente, como o estabelecimento de um tratamento uniforme aos que se encontrem numa mesma categoria⁷, que deveriam permear o direito.

Entender que a escolha da norma jurídica a ser aplicada é um ato discricionário, portanto, fere o direito em sua essência, na medida em que compromete a segurança jurídica: se, ao julgar determinado conflito de interesses, o magistrado opera construtivamente, chega-se à conclusão de que a norma utilizada na solução do embate será sempre elaborada posteriormente à ocorrência do fato apreciado, e aceitar que a conduta seja regida por uma norma que lhe é ulterior não contraria somente o direito, senão a própria racionalidade humana. Para cumprir a lei, aos destinatários da norma incumbiria um exercício de futurologia: qual, dentre as interpretações possíveis, será, arbitrariamente (sem qualquer critério intersubjetivamente compartilhado), eleita pelo aplicador?

Dessarte, verifica-se que a metodologia eleita pelo normativismo - que sustenta que o conhecimento jurídico estaria adstrito à observação, dizendo irracional, desde que

teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a 'justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. (...) a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir." (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 391/393)

⁷ Como anota Bobbio, num sistema dinâmico de normas "A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da sua própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria" (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 114)

não ultrapassados os limites da “textura aberta” da norma⁸, a atividade de eleição do sentido normativo - olvida a possibilidade de também este “querer”, isto é, este “ato de vontade” do juiz, ser passível (ao menos queremos que o seja) de controle pela racionalidade humana.

Se a busca pela *única* resposta correta, por mais árdua que se apresente, for abandonada, então de nada ou muito pouco valerá o estudo do direito, pois ao deixar incontrolável seu momento culminante - aplicação da norma -, os ganhos de certeza e segurança obtidos no esforço hermenêutico – atividade de interpretação – terão sido despendidos em vão⁹.

Noutra vertente de ideias, por razões de segurança, isto é, por um dos motivos por que se faz necessário conferir coerência ao ordenamento, o direito, visando a evitar a eternização dos conflitos para os quais se presta a resolver, lança mão do instituto da coisa julgada, pelo qual impede que a senda trilhada no ato de aplicação em juízo seja revisitada.

Ao imutabilizar o ato de aplicação levado a efeito num determinado processo, a coisa julgada torna a atividade cristalizada na sentença trânsita, a princípio, insuscetível de rediscussão.

⁸ Encontramos em Hart a expressão “textura aberta” do direito. Segundo o professor de Oxford, tal característica resulta do fato de a norma jurídica ser uma prescrição abstrata e geral, não logrando dar conta da complexidade que exsurge da vida concreta (HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 161 e ss.); Kelsen, ao seu turno, alude à ideia de que a interpretação resulta na formação de uma “moldura normativa”, dentro da qual seria ao aplicador legítima a escolha de qualquer das opções. Segundo o mestre de Viena, “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390)

⁹ Como anota Samuel Meira Brasil Jr., a certeza é um valor essencial à ordem jurídica: por ele, espera-se que a conduta prescrita na norma se mostre previsível e uniforme, de modo que os destinatários possam todos agir conforme a expectativa do direito. (BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*. A Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos. São Paulo: Atlas, 2007, *passim*)

Ocorre que há situações em que as decisões transitadas em julgado, para além de não mais se afigurarem passíveis de discussão, projetam-se sobre acontecimentos futuros, ou seja, são inclinadas a regulamentar *relações jurídicas continuativas*¹⁰.

O que fazer, então, quando uma sentença transitada em julgado que apresente tais características, isto é, que seja dirigida a juridicizar eventos futuros (fatos conotados), conflitar com uma decisão que, por ter sido tomada pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, se mostra vocacionada a balizar a “escolha” de todos os aplicadores do direito? Como compatibilizar o “sepultamento” discursivo operado pela coisa julgada com o efeito vinculativo e *erga omnes* de que se revestem, ao menos algumas, as decisões do Supremo Tribunal Federal?

É nesse contexto que são introduzidos os problemas que serão abordados ao longo trabalho, precisamente: *a)* qual a natureza do provimento emanado no exercício da jurisdição constitucional, se político ou jurídico, se volitivo ou cognoscitivo; *b)* como, diante de uma teoria democrática, é possível sustentar a legitimidade das decisões tomadas em controle de constitucionalidade; *c)* qual plano da linguagem jurídica as decisões do Supremo Tribunal Federal ocupam; *c.1)* são elas, segundo expressão corrente, aptas a alterar o estado de direito, ombreando-se com as normas abstratas e gerais editadas pelo legislativo; *d)* quais, e em que condições, as decisões do Supremo Tribunal Federal podem, se é que podem, ser invocadas como fundamento à cessação dos efeitos de sentença transitada em julgado regulamentadora de relação jurídica continuativa, em outros termos, dirigida a reger “fatos projetados”, isto é, relatos de eventos ulteriores à própria decisão.

Ressalte-se, nesse estágio de ideias, a dupla aderência de aludidas questões à linha de pesquisa no bojo da qual o trabalho é desenvolvido: para além de versarem a respeito de normas processuais, porquanto promanadas no âmbito de relação mantida

¹⁰ Essa expressão é imprecisa. Em verdade, nesses casos, a sentença irá formar um “esquema normativo” específico para as partes do processo. Cada relação jurídica provém de um fato jurídico: vertido em linguagem competente, o fato jurídico deflagra a relação prescrita no consequente da norma (estrutura lógica formada por um elemento descritor – hipótese – e outro descritor – consequente) em que ocupa a posição de antecessor. O que a sentença faz em situações de tal jaez é prescrever qual, especificamente, a relação jurídica (ou mesmo a inexistência dela) que decorrerá toda vez que formalizado um fato que apresente as mesmas notas daquele outro.

com o Estado-juiz¹¹, tais indagações dizem com o papel institucional conferido ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e, pois, à própria configuração de Poderes em nossa Lei Fundamental.

Forçoso dizer, outrossim, que a investigação proposta assoma pertinente pelo fato de, atualmente, nos encontrarmos num estado de assaz incerteza, tanto sob o prisma da dogmática jurídica quanto sob o enfoque da política do direito, no que atine aos efeitos provenientes das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

Referindo-se à primeira perspectiva, as dúvidas exurgem, em boa parte, da ascensão de corrente doutrinária que defende a hibridação dos modelos de controle de constitucionalidade¹².

Segundo essa vertente de pensamento, caminha-se no Brasil para um estágio teórico em que não mais se afigura possível cogitar qualquer diferenciação entre os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em senda concentrada e aqueles promanados das decisões tomadas na via de exceção.

¹¹ Predica-se de “processual” todas as normas em que o Estado-juiz figure como parte. Emprega-se, pois, um critério subjetivo. Há outras formas de classificação, todavia: em França, noticiava Couture, defendia-se que a ação (e, portanto, o exercício da norma processual) nada mais era do que o direito em movimento: “A ação, dizia-nos, é o direito em movimento; algo assim como a manifestação dinâmica do direito. Nenhuma diferença substancial existe entre o direito e a ação. Demolombe nos ensinava que quando a lei fala em direito e ações incorre em pleonasma.” (COUTURE, Eduardo J., *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 15)

¹² O paulatino entrelaçamento dos elementos de cada um dos modelos de controle, segundo corrente classificação, difuso e concentrado, é demonstrado, com acuidade, por Francisco Fernández Segado, a quem a proeminência do modelo concentrado no sistema brasileiro de controle, contudo, não passou despercebida: “No Brasil, aonde desde a Constituição de 1891, como já foi dito, se impôs o modelo americano, a justiça constitucional evoluiu ao que Afonso da Silva chama de um sistema misto de controle difuso e concentrado, com clara tendência à ampliação deste último desde a Constituição de 1988. Assim, apesar de qualquer juiz ou tribunal poder declarar a inconstitucionalidade uma norma, sendo da competência do Supremo Tribunal Federal conhecer de tal causa mediante recurso extraordinário, a este mesmo órgão jurisdicional supremo compete conhecer da ação direta de inconstitucionalidade (...) de uma lei ou ato normativo federal ou estadual (artigo 102, I, a/ da Constituição), o que pressupõe, de modo inequívoco, um controle concentrado que se sobrepõe ao controle difuso.” Tradução livre do original, *in verbis*: “En Brasil, donde desde la Constitución de 1891, como ya se dijo, se impuso el modelo americano, la justicia constitucional ha evolucionado hacia lo que Afonso da Silva llama un sistema mixto de control difuso y concentrado, con clara tendencia a la ampliación de este último desde la Constitución de 1988. Y así, mientras cualquier juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, siendo de la competencia del supremo Tribunal Federal conocer de la acción directa de inconstitucionalidad (*ação direta de inconstitucionalidade*) de una ley o acto normativo federal o estatal (artículo 102.I, a/ de la Constitución), lo que presupone, de modo inequívoco, un control concentrado que se sobrepone al control difuso.” (Fernández Segado, Francisco. *La Justicia Constitucional Ante el Siglo XXI: La Progressiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-kelseniano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 64, México, 2004, p. 126)

Conquanto se afigure ineludível que recentes mudanças - instituição do mecanismo de repercussão geral e a criação de “súmulas vinculantes”¹³, por exemplo - tenham estressado as estruturas de nosso modelo, dando azo ao enrobustecimento dessa proposta, eleger-se como um dos pontos de investigação do trabalho se já existem alicerces teóricos suficientemente seguros para essa *transição*.

Diante da existência de situações que podem ensejar uma “crise de identidade” no órgão de cúpula de nosso Poder Judiciário, pretende-se investigar se ainda vivenciamos um modelo misto de controle de constitucionalidade, bem como, pois, se é possível diferenciarmos os papéis desempenhados por nossa Corte Suprema em cada uma das vias de controle.

Toma-se por hipótese a resposta afirmativa à questão acima, e, conseqüentemente, que a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao editar o Parecer Normativo 492/2011, sustentando a superação da dicotomia abstrato/concentrado e concreto/difuso, contrariou nosso modelo de controle de constitucionalidade, encampando, tendenciosamente, posição que com ele não se coaduna.

Ademais, tem-se por hipótese que a proposta veiculada em aludido parecer viola as garantias da coisa julgada e, conseqüentemente, do acesso à justiça.

Portanto, a questão eleita cerne do presente estudo – quais os reflexos que as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Constitucional em tal ou qual via de controle operam (se é que operam) sobre as relações jurídicas tributárias continuativas cristalizadas em sentença trânsita – conquanto já vergastada em doutrina, tem sua pertinência revigorada com essa proposta de enfeixamento / hibridação dos modelos de controle de constitucionalidade.

¹³ Lança-se a expressão entre parênteses na medida em que não é a “súmula” que deve ser predicada de vinculante, ou seja, balizadora de conduta, mas sim a interpretação e a aplicação da norma, isto é, a *holding*, a *ratio decidendi* / fundamentos da decisão levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal nas hipóteses constitucionalmente estabelecidos para tanto.

O estudo ganha em relevância quando levamos em linha de consideração que essa “miscigenação” das vias de controle, equiparando os efeitos das decisões tomadas em sede difusa aos provenientes das deliberações encetadas na via concentrada, arrosta a discussão acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para sindicarem a validade das normas editadas pelo Legislativo.

Essa asserção serve de gancho ao viés político da incerteza antes noticiada, na medida em que, atualmente, se observa o acirramento da disputa entre os Poderes Legislativo e Judiciário¹⁴ por uma maior proeminência no Estado¹⁵, em crescente que, agravada, poderia desbordar na ruptura de nosso ordenamento.

Tocante ao tema analisado no presente trabalho, a colocação acima é corroborada quando se põe em vistas a Proposta de Emenda à Constituição nº 3/2011¹⁶, pela qual o Congresso almeja alterar o texto do inciso V do art. 49 da Constituição, conferindo-lhe poderes para sustar a eficácia de atos normativos exarados não só pelo Poder Executivo, conforme atual redação de aludido dispositivo, mas também pelo Poder Judiciário¹⁷.

¹⁴ Também na relação entre Executivo e Judiciário há essa disputa, tal como se evidencia no instigante debate acerca do controle judicial de políticas públicas. A quem compete escolher aonde será alocado o erário; pode o juiz determinar a melhoria de presídios ou a ampliação de leitos em hospitais? Sobre o tema, conferir os trabalhos de Américo Bedê Freire Júnior (*O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005) e de Guilherme Amorim Campos da Silva (Delineamentos sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade de políticas públicas pela via processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.) *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

¹⁵ Em outros campos, denotando esse estado de “tensão institucional”, mencionem-se os recentes embates quanto à perda do mandato do parlamentar em razão de sua condenação pelo Supremo Tribunal Federal e quanto à inconstitucionalidade da mora do Congresso em ditar novas regras de distribuição do Fundo de Participação dos Estados – FPE.

¹⁶ cuja constitucionalidade foi atestada, em 25 de abril de 2012, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

¹⁷ Conquanto o Relator da PEC na CCJC da Câmara, Deputado Nelson Marchezan Júnior, afirme que “o objeto da PEC (poder normativo) não se relaciona com a atividade típica do Poder Judiciário (atividade jurisdicional)”, mais à frente, externando o motivo que justificaria a alteração, deixa assente que, na visão do Legislador, “(...) o Poder Judiciário – mormente no exercício do controle de constitucionalidade -, tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como vigoroso legislador positivo.” Segundo o mesmo, “Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador.” Ainda em suas palavras, “Não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um ‘arquiteto constitucional’ com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, ‘redesenhar’ outras instituições e a própria Constituição”. (BRASIL, Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer do Relator, Deputado Nelson Marchezan Junior, acerca da Proposta de Emenda Constitucional n.º 3/2011. Disponível em

A mitigação de tal disputa é objeto de teorias que estabelecem o método¹⁸, bem como o conteúdo¹⁹ das decisões do tribunal constitucional, ou seja, de teorias que investigam como o tribunal constitucional deve operar e sobre o que pode versar ao sindicatado a constitucionalidade das leis.

O arrefecimento desse embate institucional, dessarte, perpassa pela elaboração de uma teoria da decisão aplicável especificamente no âmbito da jurisdição constitucional. Caso se consiga fazer com que a mesma seja utilizada não como um meio de substituição da vontade de um dos Poderes pela de outro, mas sim como um instrumento de manutenção dos canais de participação, “ao contrário de representar um óbice à democracia, a jurisdição constitucional (...) pode representar um importante mecanismo de aprimoramento do processo democrático.”²⁰

É exatamente esse o ponto de partida do trabalho; como legitimar o controle de constitucionalidade com o ideal democrático, ou, mudando o ângulo da abordagem, qual a noção de democracia que se coaduna com a sindicabilidade dos atos da maioria.

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>; coletado em 16.07.2012.

Interessante mencionarmos, ainda, a PEC 33/2011, também relacionada com essa “disputa institucional”. Segundo esta PEC, cuja admissibilidade já foi reconhecida por seu Relator, Deputado Espiridião Amim, as decisões do Supremo, tanto em sede de controle abstrato de constitucionalidade quanto as que, em senda difusa, redundem em súmulas vinculantes, para produzirem efeitos, deverão ser previamente submetidas à chancela do Poder Legislativo. (BRASIL, Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer do Relator, Deputado Esperidião Amim, acerca da Proposta de Emenda Constitucional n.º 33/2011. <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>; coletado em 16.07.2012.

¹⁸ Conforme pontifica Gustavo Binbenojm, “(...) o desenvolvimento de uma hermenêutica especificamente constitucional, disposta a conter, em limites racionais, a discricionariedade judicial, também tem contribuído, a seu turno, para conferir maior consistência à atividade dos juízes constitucionais. O projeto de *juridicização* da realidade política não se esgota na promulgação de uma Constituição; é na prática diuturna das Cortes Constitucionais que ele se completa, contribuindo para a racionalização do debate político e para que algumas questões tradicionalmente resolvidas no campo das disputas de poder sejam tratadas, enfim, como questões de justiça.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 118/119)

¹⁹ Nessa busca, “É louvável o esforço das teorias contemporâneas sobre democracia e direitos fundamentais no sentido do balizamento de um âmbito próprio de atuação da jurisdição constitucional, que a torne compatível com o sistema de separação e harmonia entre poderes.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 118)

²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

O desvelar dessa questão é de fundamental importância para o presente estudo na medida em que a ruptura da imutabilidade operada pela coisa julgada em razão de decisões tomadas no âmbito da jurisdição constitucional somente se torna um foco de problemas se a entendermos legítima, ou melhor, se a visualizarmos como elemento fundamental do arranjo democrático estabelecido em nossa Constituição.

Com esse mister, no primeiro capítulo, após situar a “crítica democrática” ao controle de constitucionalidade, abordam-se as teorias Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, pretendendo colher delas elementos que permitam não só compatibilizar, mas, como acima dito, tornar o controle de constitucionalidade um mecanismo de aprimoramento da democracia e do direito.

No segundo capítulo trataremos da coisa julgada, procurando demonstrar que, por ocupar lugar de peça chave no direito, a mesma se apresenta como verdadeira nota distintiva do discurso jurídico. Ressalte-se, contudo, que a abordagem será dirigida ao estudo da coisa julgada voltada a regulamentar as chamadas “relações jurídicas continuativas”, isto é, da imutabilidade que agasalha as decisões judiciais que introduzem normas inclinadas a serem aplicadas após a sua prolação, portanto normas abstratas.

No terceiro capítulo versaremos sobre os principais aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro, abordando criticamente, em seu bojo, a proposta de “hibridação” dos modelos de controle de constitucionalidade, tentando demonstrar como essa proposta, aplicada aodadamente, além de antidemocrática, pode levar ao agravamento da crise que permeia a relação em judiciário e legislativo.

No quarto e último capítulo analisaremos a compatibilidade do Parecer PFGN/CRJ/Nº 492/2011 com as premissas teóricas cunhadas ao longo do trabalho, objetivando identificar quais os reflexos das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada que se lhes apresente dissonantes. Por fim, buscaremos confirmar ou infirmar a hipótese que orienta a investigação, qual seja, a de que apenas decisões tomadas em controle abstrato/concentrado, por introduzirem no sistema

normas abstrata e gerais, se mostram aptas a suplantar o regramento estipulado em sentença tr nsita, desde que, outrossim, se mostrem incompatíveis com esta (sentença) quando cotejadas dentro de um mesmo cenário discursivo, para tanto se exigindo, pois, a instaurao de um novo diálogo processual.

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

1.1. *Situando o problema:*

Em regra, o embate entre democracia e o controle judicial dos atos legislativos gira em torno da legitimidade do órgão jurisdicional em dizer sobre a validade dos atos promanados pela maioria.

A rejeição ao desempenho, pelo Estado-juiz, do controle de constitucionalidade das leis descansa na premissa de que, salvante os casos em que há um hiato comunicativo²¹, as escolhas do legislativo são concordes à vontade do povo, não se afigurando democrático, ao Tribunal Constitucional, constrangê-la.

Todavia, percebera Sieyès, já no século XIX, que a “vontade comum real”, entendida como aquela que, soberanamente, dizendo sobre “quais são os bens públicos e os meios para obtê-los em favor de todos”, dá origem à nação, não necessariamente se identifica com a “vontade comum representativa”, exercida por um poder delegado²².

Disso resultava que “1º Esta vontade não é completa nem limitada no corpo dos representantes, senão que é uma porção da grande vontade comum racional. 2º Os

²¹ Cuja frequência, em nosso entendimento, é um dos principais motivos para o resgate da noção de “liberdade dos antigos”, segundo a qual o indivíduo é considerado livre quando compartilha do poder exercido numa pátria. Não se cogita o retorno à democracia direta, o que seria inviável nas sociedades contemporâneas, notabilizadas pela diversidade, mas apenas destacar que, paulatinamente, o grau de liberdade dos indivíduos vem sendo medido segundo a consideração que recebe no processo de construção do direito, e não em razão do grau de ingerência do Estado em sua órbita de interesses, tábua de medição da liberdade para os modernos (CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. In.: *Filosofia Política*. Trad. de Loura Silveira. Promoção Conjunta do curso de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Departamento de Filosofia da Universidade de Campinas, L&PM, s.d. p.16 *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 29).

²² “Num primeiro momento, indivíduos isolados resolvem se reunir em associação, dando origem ao poder, mas ainda não formam uma nação, porque os interesses em jogo são individuais (“vontade individual”). Num segundo momento, os associados concordam sobre quais são os bens públicos e os meios de obtê-los em favor de todos, dando origem à nação, por meio de uma ‘vontade comum’. Num último momento, institui-se um ‘governo exercido por procuração’, transferindo-se o poder criado naquele primeiro momento para uma ‘vontade comum representativa’. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84)

delegados não a exercem, em nenhum caso, como um direito próprio, senão como o direito de outros. A vontade comum não é assim mais do que um mandato.”²³

Constatada a possibilidade de descolamento da “vontade comum representativa” da “vontade comum real”, Sieyès defendia a predileção daquela, plantando as bases da hoje famigerada teoria da supremacia da constituição.

Ademais, segundo Sieyès, para fazer valer a preponderância da constituição em relação aos atos oriundos da “vontade comum representativa”, tornava-se necessária a estruturação de “um depositário conservador del acta constitucional bajo el nombre de Tribunal Constitucional.”^{24 25}

Diante da necessidade de estruturação de um órgão que possa controlar os atos irresponsáveis dos exercentes da “vontade comum representativa”, isto é, aqueles que extrapolem do estabelecido na constituição, chega-se à seguinte questão: a quem delegar este poder?

Por um conceito rousseauiano de democracia, poderíamos dizer que, ao cassar as escolhas do legislativo, o judiciário constrangeria o povo ao ponto de negar-lhe sua própria liberdade, porquanto o impediria de se submeter às regras que autonomamente se comprometeram a obedecer²⁶.

²³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituição Burguesa: Qu'est-ce que l'he Tier État?* 1ª ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988, p. 114/116 *apud* JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84

²⁴ SIEYÈS, Emmanuel. Opinion de Sieyès sobre las atribuciones y organización del tribunal constitucional. Punciado em la Convención nacional el 18 de Thermidor, año III de la República. In.: *De la revolucioón*. Estúdio preliminar, traducción y notas de Ramon Maiz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, s.d. p. 290 *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 40.

²⁵ Paulo Otero não adere a essa ideia. Em seu *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, o jurista português assenta que da inconstitucionalidade não se deduz, automaticamente, a existência de mecanismos de controle. Em suma, a inconstitucionalidade é ponto de partida para o controle, mas com ele não se confunde: “Note-se, todavia, que a existência de uma relação de conformidade determinante de uma qualificação de validade ou invalidade dos actos pode não significar a existência de mecanismos institucionais de fiscalização. (...) podemos afirmar que a actual fase do Estado Constitucional submete toda a actividade do poder público ao princípio da constitucionalidade, ainda que isso não implique sempre, tal como no século passado, a existência de mecanismos de controle e declaração da invalidade de todos os actos do poder público.” (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 26 e 28/29)

²⁶ Para que os interesses particulares não redundassem num estado de insuperável conflito, Rosseau propôs um modelo de sociedade que garantia, ao mesmo tempo, liberdade e segurança; por seu contrato

Em senda paralela, segundo Carl Schmitt, “Uma expansão ilimitada da justiça não transformaria o Estado em jurisdição, mas sim, inversamente, os tribunais em instâncias políticas. Isso não juridicizaria a política, mas sim politizaria a justiça. Justiça constitucional seria então uma contradição em si mesma.”²⁷

Sem prejuízo dessa discussão, verifica-se que a resposta à questão antes colocada – a quem deve incumbir o controle de constitucionalidade de leis –, é dada, usualmente, por intermédio de duas sendas de argumentos.

A primeira delas é a que, valendo-se de uma justificativa fundada num sistema dinâmico de normas, conforme noção proposta por Kelsen²⁸, extrai a legitimidade do Tribunal Constitucional (ou qualquer órgão investido para o desempenho do mister) tão apenas de sua designação pelo poder constituinte.

Tanto legislativo quanto judiciário, por serem poderes constituídos, não podem contrariar a vontade do poder constituinte, da qual retiram sua legitimidade. Desse modo, por também ser um poder constituído e por ter sido investido pelo poder constituinte no mister de sindicarem a compatibilidade dos atos promanados pelo legislador ordinário com a “vontade real”, plasmada pelo legislador soberano no texto constitucional, impossível cogitar qualquer déficit de democracia no fato de o controle de constitucionalidade ser exercido por um tribunal.

Nesse diapasão, lembra Samuel Freeman que, em uma democracia constitucional,

social, almejava “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente.” (ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 9, disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>; coletado em 04.08.2012)

²⁷ SCHMITT, Carl. Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung. In: SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1958, Berlin, Duncker & Humblot, p.58 *apud* BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.75)

²⁸ “O tipo dinâmico [de sistema] é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 219).

(...) toda a autoridade política deriva dos cidadãos soberanos que, concebidos como iguais, exercem seu poder constituinte de criar e de definir a autoridade política ordinária. O poder constituinte é poder do povo, constituído como corpo político, de determinar a forma da constituição política. Exercendo seu poder constituinte, o povo cria certas instituições e nelas investe os poderes ordinários do Estado. Essas instituições operam como agentes do povo, e a elas se atribui o dever de fazer, aplicar a administrar leis. A autoridade legislativa é, assim, um dos poderes ordinários de governo que têm por fonte o poder constituinte do povo. Enquanto tal, está sujeita a quaisquer restrições que a ela tenha sido determinada pelo povo soberano.²⁹

Nota-se que essa proposta parte da premissa, radicada no pensamento de Sieyès, segundo a qual a vontade do povo pode ser compartimentada. Esse fracionamento, que permite a compreensão dos conceitos de “poder constituinte”, soberano, e “poder constituído”, limitado, é ponto de partida para o constitucionalismo moderno e, pois, para a escorreita conformação do conceito de democracia constitucional, com o qual teremos que trabalhar.

Fato é que, no Brasil, o controle de constitucionalidade foi expressamente previsto na Constituição de 1891, que estipulou a sindicabilidade incidental das leis, ao passo que o controle concentrado somente foi introduzido com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26.11.1965, à Constituição de 1946, passando a inconstitucionalidade a ser aferível também por via de ação propriamente dita, redundando num modelo misto.³⁰

A segunda justificativa antes aludida leva em conta razões de política do direito, fundando-se na ideia de que, descansando no texto constitucional as *condições de associação*, sem as quais a identidade de uma determinada comunidade restaria embotada, é então curial que aquele que exerça o controle de constitucionalidade das leis permaneça infenso às pressões exercidas por maiorias de ocasião.

Se o constitucionalismo é uma teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser restringidos para a proteção de direitos individuais, e então quando o tema

²⁹ FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *Lua Nova* [online]. 1994, n.32, pp. 181-199. ISSN 0102-6445, p. 186/187.

³⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131 e ss.

for o controle de constitucionalidade das leis “não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria.”³¹

O controle de constitucionalidade, nessa perspectiva, é uma ferramenta essencial à verdadeira democracia, voltada a assegurar a todos os membros de uma comunidade um tratamento com igual consideração e respeito.

Corroborando essa ideia, Cornelia Schneider, valendo-se da teoria de Dworkin, sedimenta que a

Democracia tem sido constantemente mal entendida e mal interpretada. Em sua forma simplista, tem sido tomada com sendo ‘governo pelo povo’. Devemos ter cuidado, todavia, para não igualar esse sentido com majoritarismo. Democracia não significa apenas a regra da maioria, mas sim seu exercício legítimo. Isto realça que a vontade da maioria pode ficar sujeita a constrições de algum tipo de estrutura constitucional que não pode ser modificada. O argumento no sentido de que o constitucionalismo subverte a democracia ao impor limites ao direito democrático da maioria de aprovar as leis que quiser, portanto, é baseado num falso entendimento do que a democracia significa, e precisa ser rejeitado. O objetivo fundamental da democracia genuína não é submeter a aprovação de leis a determinados requisitos procedimentais, mas sim ‘tratar todos os membros da comunidades, enquanto indivíduos, com igual consideração e respeito’³².

A democracia, portanto, não se limita a fixar uma regra de marcação – majoritarismo - para a tomada de decisões políticas, antes também consiste na estipulação das “condições de *background*”³³, ou condições de associação. Sem tais

³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 223.

³² Tradução livre do seguinte excerto em inglês: “Democracy has often been misunderstood and misinterpreted. In its simplest form, it is taken to be ‘government by the people’. One must be careful, though, not to equate this with majoritarianism. Democracy does not mean mere majority rule, but legitimate majority rule. This entails that the will of the majority must be subject to the constraints of some kind of constitutional structure which cannot be changed. The argument that constitutionalism subverts democracy through limiting the democratic right of the majority to pass the laws it wants is thus based on a false understanding of what democracy means, and must be rejected. The most fundamental aim of genuine democracy is not to pass laws in accordance with certain procedural requirements, but to treat ‘all members of the community, as individuals, with equal concern and respect’. (SCHNEIDER, Cornelia. *The Constitutional Protection of Rights in Dworkin’s and Habermas’ Theories of Democracy*. Disponível em <http://homepages.uwp.edu/takata/dearhabermas/habermas002.pdf>; coletado em 17.08.2012, p. 3)

³³ “O que vejo como problemático com respeito à concepção procedimental da democracia é que ela dirige nossa atenção a somente um aspecto das sociedades democráticas, excluindo outros traços igualmente importantes. Dessa forma, essa concepção nos leva a ignorar as condições de *background* dos regimes democráticos estáveis, assim como as exigências dos ideais que fundamentam nosso compromisso com formas democráticas. **Democracia não é simplesmente majoritarismo**. Os processos decisórios democráticos, não importa quão essenciais sejam, não são mais do que parte do que está envolvido em uma constituição e uma sociedade serem democráticas.” (FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *Lua Nova* [online]. 1994, n.32, pp. 181-199. ISSN 0102-6445, p. 184) (g.n.)

condições, os regimes democráticos não se diferenciariam de um regime tirânico, mercê ditados pela vontade da maioria³⁴.

Ademais, por ser uma teoria que busca garantir a proteção dos direitos individuais diante de um governo cujas ações são ditadas majoritariamente³⁵, do constitucionalismo decorre a possibilidade de, às vezes, se tornar necessário que as Cortes Constitucionais contrariem ações da maioria que se mostrem prejudiciais às condições de associação. Assim agindo, atuará de forma contramajoritária, porém democraticamente.

Inserir-se nesse modo de justificar a legitimidade do judiciário para revisão das decisões legislativas, outrossim, a compreensão de que os tribunais são instâncias que operam segundo uma lógica distinta da que vigora no âmbito do parlamento, sendo politicamente louvável imbuí-los desse mister.

Por essa linha de pensamento, sustenta-se que a escolha dos tribunais para a realização do controle de constitucionalidade também se justifica em razão de neles ter de se empregar *argumentos de princípio*, entendidos como razões aptas a justificar a existência de direitos; enquanto isso, nas discussões travadas no legislativo, fecundam *argumentos de política*, consistentes em razões para a tomada de decisões voltadas o atendimento dos objetivos da comunidade como um todo³⁶.

³⁴ Fazendo um contraponto, Conrado Hübner Mendes, valendo-se da doutrina de Jeremy Waldron, consigna que os opositores da revisão judicial não se apóiam unicamente na visão de democracia enquanto regra da maioria, desconsiderando, assim, qualquer preocupação com o conteúdo das decisões por ela tomadas. Segundo o autor, é possível “rejeitar a revisão judicial e fazer exigências substantivas à democracia. Não há nada de incoerente nisso. A revisão judicial não é nada mais do que um novo procedimento. Tampouco garante a substância da democracia. Entre dois simples procedimentos (se extraídos da revisão judicial seus vernizes idealistas), o mais adequado será aquele cujas premissas mais se justificam dentro de um ideal de igualdade política.” (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 117)

³⁵ Aqui, uma observação merece ser feita: atualmente vivemos numa sociedade tão plúrima que, em regra, a posição dominante em questões em que há um sincero desacordo moral não é lograda pela visão da maioria, senão pela junção do entendimento de grupos minoritários.

³⁶ Nas palavras do professor de Oxford, “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 129/130)

Enquanto *fórum do princípio*, aos tribunais deve ser conferida a função de dizer a validade das leis, e não ao parlamento, cujas decisões têm sua legitimidade aferida pelo critério da maioria, forma tacanha de se enxergar a democracia.

A par dos argumentos que sinalizam positivamente à revisão judicial de leis pelo judiciário, mesmo dentre defensores do *judicial review* - e com mais razão ainda para aqueles que o refutam -, há consenso acerca da imperiosidade de se traçar balizas para o desempenho dessa atividade, evitando, assim, que o controle seja reduzido a um modo pelo qual juízes substituem as convicções de moralidade política dos legisladores por suas próprias.

Com esse desiderato, faz-se pertinente (a) a definição do *objeto* sobre o qual a Corte Constitucional pode legitimamente se debruçar, sem que assim invada o campo político dentro do qual o legislador pode livremente se movimentar, e (b) a estipulação de um *método*, ou seja, do *modus operandi* que a Corte Constitucional deve adotar ao empreender o controle judicial das leis.

No que se refere ao primeiro ponto, discute-se quais seriam os temas que o Tribunal Constitucional, fazendo preponderar a sua visão acerca do sentido do texto constitucional em detrimento da compreensão traçada pelo legislativo, estaria autorizado a perflustrar.

O segundo ponto diz com a necessidade de se estabelecer rotinas que confirmem racionalidade ao discurso travado na Jurisdição Constitucional, arrefecendo o impacto de decisões que apresentem uma baixa carga de assentimento no meio social, sendo certo que, diante da faceta pluralista das sociedades contemporâneas, tais decisões invariavelmente exsurgirão.

Demais disso, uma discussão prévia acerca da forma como a corte constitucional deve se portar e a natureza dos argumentos de que pode lançar mão ao empreender o

controle de constitucionalidade a constrangeria a não incorrer no que em doutrina se convencionou chamar de “inautenticidade metodológica”³⁷.

Esse fenômeno evidencia que o normativismo jurídico, metodologia jurídica que prepondera em nossos tribunais, não satisfaz tais exigências.

Deveras, ao buscar um rigor científico ao extremo, o normativismo jurídico acaba incorrendo numa postura resignadamente pragmática, pois, em que pese sustentar um conteúdo volitivo e não só cognoscitivo na atividade jurisdicional, passa ao largo do debate afeto ao modo como se deve solucionar o problema detectado em seu diagnóstico: se a aplicação do direito é um ato de vontade, de que forma podemos racionalizá-lo?

Observa-se que o normativismo, objetivando não incorrer num sincretismo metodológico malquisto por seus adeptos, prega uma rigorosa diferenciação entre fato e norma, entre política e direito, de modo que à ciência jurídica somente interessasse o estudo das normas jurídicas.

Contudo, tem-se que a escolha do objeto do estudo é feita arbitrariamente, através do corte metodológico, pelo investigador, inexistindo qualquer máxima epistemológica que isole o direito de temas que, a nosso sentir, notadamente em matéria de controle de constitucionalidade, se lhe afiguram tão caros, como a política³⁸.

³⁷ “A noção de ‘inautenticidade metodológica’ traduz a ideia de que, na ausência de procedimentos regulares para as consequências sociais da decisão sejam levadas em conta no processo decisório, torna-se usual, na prática dos tribunais, que os métodos derivados do modelo do juspositivo acabem servindo apenas para justificar, de forma adaptada, decisões anteriormente tomadas com base em critérios extrajurídicos. A escolha da norma aplicável ao caso, juntamente com referências à doutrina e à jurisprudência, acabam servindo apenas para dar colorações de cientificidade à (*sic*) conclusões obtidas subjetiva e extrajudicialmente. Todavia, essas soluções nem sempre são bem sucedidas, principalmente quando a solução obtida no caso concreto está em frontal contradição com o texto legal. Além disso, essa ‘inautenticidade metodológica’ é posta às claras com a comprovação de que, com argumentos do mesmo tipo, pode-se chegar a soluções até mesmo frontalmente antagônicas.” Conquanto atinente a todo o direito positivo, “no âmbito da interpretação constitucional e, principalmente, do controle concentrado de constitucionalidade, a questão torna-se mais evidente, destacando-se o interesse público na discussão de critérios e procedimentos para que tenha lugar nas cortes constitucionais a realização da atividade criadora de normatividade.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68/69)

³⁸ “É interessante perceber que, antes do positivismo jurídico, o pensamento jurídico e o pensamento político sempre eram desenvolvidos conjuntamente. É o que se pode perceber na obra, por exemplo, de Hobbes, Montesquieu, Rousseau, entre outros. Com o advento do positivismo, em especial da Escola da

Para além, constatada a insuficiência da teoria que rechaça esse “sincretismo” para o enfrentamento de problemas que tocam o direito, então nos deparamos diante da seguinte aporia: manter nossa teoria “pura”, porém estéril, ou remodelá-la, buscando solucionar os problemas que se nos apresentam, abrindo mão de sua “pureza”? Assumimos os custos da segunda opção.

Noutra senda, interessante notar que essa opção jusfilosófica não se coaduna com a consagrada teoria política da separação de poderes³⁹, lançando dúvidas acerca da legitimidade da jurisdição constitucional.

Explica-se: ao dizer que o juiz atua não só cognoscitivamente, mas também volitivamente, o normativismo acabou sobrepujando a distinção clássica entre *razão* e *vontade*, predadores, na versão positivista clássica, das atividades desempenhadas, respectivamente, pelo judiciário e legislativo⁴⁰. Assim, para além de “porta-voz da lei”, o juiz assume o papel de protagonista da produção normativa, constituindo não só a norma jurídica *do* caso (concreta e individual), antes também a norma jurídica *para* o caso (abstrata e geral).

Disso resulta que, ao aplicarmos as premissas do normativismo jurídico à jurisdição constitucional, se abrem ensanchas àqueles que sustentam a impossibilidade

Exegese, separaram-se os campos de investigação do jurista e do filósofo político. As obras jurídicas passaram a ser, na maioria, comentários dos textos legais. Essa tendência, no entanto, parece estar se modificando. Com efeito, **pensadores como J. Habermas e R. Dworkin têm pautado sua construção teórica pela refundição da reflexão jurídica com a reflexão política** (ob. cit. p. 82) (g.n.)

³⁹ Registre-se que a dissonância entre as premissas metodológicas do *normativismo* e a noção de separação de poderes, na qual o desempenho de cada uma das funções estatais é conferido a Poderes distintos, não passou despercebida por Kelsen. Tal se pode deduzir da seguinte passagem da obra deste autor: “O conceito de separação de poderes designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada nos fatos. Como vimos, não há três mas duas funções básicas do estado: a criação e a aplicação do direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito (...) tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito. É impossível atribuir a criação de direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 385)

⁴⁰ E também a clássica distinção entre direito natural, fundado na razão (num período de luta de classes, o direito natural permitiu que direitos fossem sustentados contra os que detinham o monopólio da produção normativa, isto é, contra o poder do estado), e o direito positivo, supedaneado num ato de vontade estatal.

de, num regime democrático, o controle de constitucionalidade ser exercido pelo judiciário: como entender legítima a declaração de inconstitucionalidade de uma lei editada por um legislador eleito se o tribunal constitucional opera construtivamente, não se limitando, pois, a contrastar, mediante o uso da razão, a vontade delegada pelo povo, inculcada na lei objurgada, com aquela outra, expressão do poder constituinte soberano? Como entender legítima a declaração de constitucionalidade de uma lei se, para fazê-lo, o tribunal constitucional se apega a um sentido normativo que desborda do âmbito semântico do texto legislado; se ambos são atos de vontade (do legislativo e do judiciário), qual deve preponderar?

No modelo normativista kelseniano, de índole eminentemente formal, estando o tribunal constitucional investido, pela constituição, ou seja, pelo poder constituinte, da atribuição para dizer acerca da validade de leis, então sua vontade deve sobrepujar a vontade do legislativo.

Sob o prisma de uma teoria democrática inserida no paradigma liberal, em que liberdade e autonomia são faces de uma mesma moeda, isto é, em que a liberdade é vista como a capacidade de se submeter tão somente às regras autoimpostas, ainda que por intermédio de representantes, chega-se à conclusão de que a vontade do legislativo deve prevalecer à do judiciário, bem como, portanto, ao menos quando o tribunal operar construtivamente, que o controle de constitucionalidade carece de legitimidade.

Nada obstante carecer de uma teoria da decisão suficiente à superação da “crítica democrática” ao controle de constitucionalidade jurisdicional, não se pode negar que o normativismo jurídico, ao rechaçar a natureza mecânica da atividade jurisdicional, revolucionou o direito, escancarando uma contingência do fenômeno jurídico⁴¹: dada a

⁴¹ A grande contribuição dessa vertente de pensamento está em pensar o direito não só como um sistema estático, como um conjunto de normas dirigidas aos jurisdicionados, como também enquanto um sistema dinâmico de regras, pelo qual são fixados competências e procedimentos para a inserção / expulsão de normas no ordenamento, isto é, para alteração do mundo jurídico.

Sistema dinâmico, portanto, é aquele cujas normas apenas fornecem o fundamento de validade de suas pares, e não o conteúdo das mesmas: “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 219).

variedade do contexto linguístico⁴² em que cada operador, ao aplicar o direito, envia a conformação do sistema normativo, bem como em razão da plurissignificação que os signos que constituem os textos legislados podem apresentar⁴³, resulta possível, senão corriqueiro, o atingimento de resultados discrepantes ao cabo de processos de aplicação que caminham em paralelo.

Mas ao tão somente rechaçar a ideia de que a norma esteja “embutida” no texto, a proposta normativista fica a meio caminho. Dizer que a norma jurídica possa ser determinada discricionariamente pelo aplicador assalta contra funções precípuas do direito: tanto impede que ele se revista de previsibilidade, contrariando seu anseio por segurança, quanto permite que por ele seja legitimamente dado um tratamento aleatório a indivíduos que se encontrem numa mesma categoria, violando a noção de justiça (formal) enquanto igualdade de tratamento.

A posição adotada pelos normativistas pode ser entendida pelo fato de os mesmos partirem da premissa de que somente a observação poderia ser ditada e controlada pela razão, portanto passível de uma abordagem científica, olvidando que também o querer, o agir, pode ser submetido ao crivo da racionalidade humana. É o que faz a tópica ao resgatar a razão prática, reinserindo-a na metodologia jurídica.

Ressalte-se que a adoção da metodologia normativista no âmbito da jurisdição constitucional, ao dizer válido o emprego da vontade pelo judiciário em processo cujo ato culminante impacta no ordenamento como um todo, dá fôlego à crescente desconfiança com que o judiciário é visto pelo legislativo.

⁴² “O homem, como ser cultural, habita uma linguagem. (...) Não há que se falar em conhecimento apenas na experiência (percepção) ou tão-só na realidade (plano dos objetos). Faz-se necessária a interposição do plano lingüístico (dos enunciados), estruturando os universos dos termos-sujeitos e do objeto. (...) A percepção é uma das etapas do conhecimento genuinamente lingüística. Na medida em que o sujeito cognoscente vai apreendendo o ‘objeto’, adquire inevitavelmente linguagem. (...) a experiência, além de só se tornar possível por causa da linguagem, resta condicionada pela própria linguagem. A palavra não é só a materialização do pensamento, é o próprio pensamento” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 29).

⁴³ “O sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem que aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 389).

Daí a importância de se estabelecer uma *teoria da decisão*, notadamente no âmbito da jurisdição constitucional, que tanto oriente quanto legitime essa atividade.

Bem desenvolvida uma teoria desse naipe, e então, ao contrário de importar num empecilho, a jurisdição constitucional serviria para energizar o processo democrático, assumindo o papel de instrumento de aperfeiçoamento da ordem jurídica como um todo.

É nesse contexto que vêm à tona as obras de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

O primeiro, valendo-se dos princípios para dizer que a atividade jurisdicional não opera volitivamente, mas reconstrutivamente, logra superar a “crítica democrática”, deixando assente não só a legitimidade, senão a proeminência do Estado-juiz para o exercício do controle de constitucionalidade das leis.

O segundo acata a teoria elaborada pelo primeiro, aceitando a racionalidade prática como fator necessário à metodologia jurídica, mas, diante do pluralismo exibido pelas sociedades modernas, propõe que a racionalidade do discurso, ou melhor, que a “correção” da decisão não seja buscada na capacidade argumentativa e na sumidade moral do órgão julgador, mas sim no processo argumentativo. Deslocando a razão do indivíduo para o discurso, Habermas supera a ideia de racionalidade prática (centrada no sujeito) e introduz a ideia de razão comunicativa (focada na comunicação).

Vejamos, então, essas teorias.

1.2. A teoria de Ronald Dworkin:

Segundo Ronald Dworkin, uma teoria geral do direito deve conter uma parte normativa e outra conceitual.

Na parte que chama de normativa, Dworkin afirma existirem três teorias, quais sejam: a) a teoria da legislação – perspectiva do legislador; b) a teoria da decisão

judicial – perspectiva do juiz; e c) a teoria da observância da lei – perspectiva do cidadão comum.

Essas teorias, ao seu turno, são subdivididas no seguinte esquema:

- a) teoria da legislação: *a.1)* teoria da legitimidade – que versa sobre quem e em quais circunstâncias se autoriza a formulação das leis; *a.2)* teoria da justiça legislativa – que dispõe qual o tipo de leis que os indivíduos ou grupo habilitado pela teoria da legitimidade estão autorizados / obrigados a editar.
- b) teoria da decisão judicial: *b.1)* teoria da controvérsia – que traça os padrões que os juízes devem utilizar quando se deparam com os casos difíceis, caracterizados como situações em que nenhuma regra expressa ou precedente oriente a tomada de decisão em favor de uma ou outra parte⁴⁴; *b.2)* teoria da jurisdição – que explica o porquê e quando os juízes, e não outros grupos ou instituições, devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia.
- c) teoria da observância da lei: *c.1)* teoria do respeito à lei – que aborda a natureza e os limites do dever de obediência à lei pelo cidadão diante das diferentes circunstâncias em que ela se apresenta; *c.2)* teoria da execução da lei – que identifica os objetivos da aplicação e da punição e descreve como os representantes públicos devem reagir diante das diferentes categorias de infrações.

À presente abordagem interessa destacar algumas das ideias traçadas por Dworkin no campo específico de sua teoria da decisão judicial, por meio do qual, limitando o tipo de argumentos (argumentos de princípio), assentaremos a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade.

⁴⁴ Aduz Dworkin que “os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles criados por uma decisão ou prática expressa, isto é, que eles podem ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Introdução, p. XVI)

Ademais, valendo-se da ideia de que os juízes se submetem a uma doutrina da responsabilidade política detentora de uma consistência articulada forte⁴⁵, pretende-se identificar em que consiste a “força gravitacional” dos argumentos de princípio.

Essa força gravitacional, fundada na máxima de igual consideração e respeito que permeia toda a teoria do autor estudado, ao menos *prima facie*, por um lado corrobora, mas por outro infirma a hipótese encetada: corrobora se pensarmos que somente as decisões dotadas de efeito *erga omnes* são potencialmente aptas à superação de coisa julgada que recaia sobre decisão com efeitos *inter partes*; infirma se entendermos que toda e qualquer decisão do Supremo possui essa aptidão.

Resta-nos, portanto, saber em quê consiste a força gravitacional, se é aplicável ao nosso sistema, bem como em qual medida e situações.

Iniciando a análise da teoria da decisão judicial de Dworkin, campo que pretendemos ferir especificamente, forçoso ressaltar a advertência, feita pelo próprio autor estudado, no sentido de que a teoria geral do direito contempla assuntos que não raro escapam de todas as categorias acima indicadas, bem como outros que repercutem em mais de uma delas.

Ao aduzir essa observação, Dworkin desenvolve raciocínio que inaugura uma nova forma de justificar a legitimidade do judiciário para definir o sentido da constituição e, portanto, para enjeitar os atos da maioria, isto é, para controlar a constitucionalidade das leis. Em suas palavras⁴⁶:

⁴⁵ A consistência articulada, que carrega a necessidade tomada de posições coerentes, quando jungida ao emprego de argumentos de princípio resulta num regime qualificado de responsabilidade política, ao qual o judiciário se submete: “A doutrina [da responsabilidade política] requer, poderíamos dizer, uma consistência articulada. Tal exigência, contudo, é relativamente fraca quando se trata de políticas. As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. (...) No caso dos princípios, contudo, a doutrina insiste na aplicação da consistência distributiva a todos os casos, pois não admite a idéia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão. (...) Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 137/138).

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Introdução, p. IX/X.

A questão politicamente sensível do constitucionalismo, por exemplo, diz respeito à teoria da legitimidade. Por que os representantes eleitos da maioria não deveriam estar habilitados, em qualquer circunstância, a sancionar leis que lhes parecessem equânimes e eficientes?

Mas há uma questão conexa que também se constitui em problema para a parte conceitual de uma teoria do direito. Os princípios mais fundamentais da Constituição, que definem o modo de fazer leis e quem é competente para fazê-las, podem ser considerados como partes integrantes do direito? Essa questão conceitual remete, claramente, a outros problemas de legitimidade e jurisdição. Se os princípios políticos inscritos na constituição fazem parte do direito [resposta a uma questão conceitual], a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada [repercussão na teoria da jurisdição], pelo menos *prima facie*. Se estes princípios fazem parte do direito, apesar do fato de não serem produtos de decisão social ou política deliberada [contraponto ao positivismo], então o fato de que, neste caso, o direito possa ser *natural* é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria. Tanto a questão conceitual quanto as questões de jurisdição e legitimidade incidem de maneira óbvia sobre a teoria da observância da lei. Incidem, por exemplo, sobre a questão de se saber se um dissidente pode afirmar, de modo plausível ou mesmo coerente, que sua concepção a respeito do que determina a lei constitucional é superior à do poder legislativo e dos juízes.

Por essa passagem Dworkin deixa claro que, ao formular sua teoria, não foi tomado pelo medo do sincretismo entre política e direito que tanto marcara o pensamento normativista. Isso fica evidenciado, outrossim, quando Dworkin, para conferir aos juízes a prerrogativa de dizer o conteúdo da constituição, sustenta que o direito pode ser natural, isto é, que o direito de um indivíduo ou grupo pode ser anterior a práticas sociais ou decisões institucionais explícitas⁴⁷.

Nada obstante essa visão, o autor faz questão de enfatizar que sua teoria refuta a ideia de que os direitos seriam “entidades fantasmagóricas”, senão que os mesmos decorrem da razão humana⁴⁸:

Grande parte da oposição da teoria dominante aos direitos naturais é consequência de uma idéia patrocinada por Bentham: os direitos naturais não têm lugar em uma metafísica empírica digna de respeito. Os liberais desconfiam do luxo ontológico. Acreditam ser uma fraqueza fundamental das

⁴⁷ “O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas. (...) O positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade”. (Idem, *ibidem*, Introdução, p. XII e XIV)

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Introdução, p. XIV/XV.

várias formas de coletivismo o fato de que elas se apóiem em entidades fantasmagóricas como vontades coletivas ou espíritos nacionais e, por essa razão, eles são hostis a qualquer teoria do direito natural que pareça basear-se em entidades igualmente suspeitas. Mas **a ideia de direitos individuais que estes ensaios defendem não pressupõe nenhuma forma fantasmagórica. Na verdade, esta ideia não possui uma natureza metafísica distinta das ideias principais da própria teoria dominante. Ela é, de fato, parasitária da ideia dominante do utilitarismo: a ideia de um alvo coletivo da comunidade como um todo.**

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhe aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais os direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial. Portanto, a teoria defendida nestes ensaios distingue-se das teorias mais antigas que se apóiam em tal suposição. (grifo nosso)

A visão de Dworkin, portanto, é que assistirá direito a um indivíduo / grupo toda vez que o Estado, visando a um objetivo da coletividade como um todo, não dispuser de uma “justificativa suficiente” para impedir que aquele realize sua vontade, bem como quando, para atingir tal objetivo, tiver que lhe causar alguma perda ou dano.

Dessarte, Dworkin (*a*) inverte a lógica positivista do nascimento dos direitos, sustentando que os direitos não carecem de prévio reconhecimento estatal, antes existem senão quando o Estado dispuser de uma justificativa plausível para negá-los, bem como (*b*) rechaça a tese de que o atingimento do interesse da coletividade seria justificativa *de per se* para suprimir o direito de um indivíduo, deixando assente, pois, sua repulsa à visão utilitarista do direito.

Por conta de nosso ordenamento encontrar-se assentado na matriz romano-germânica, que indica a lei como ponto de partida da dinâmica jurídica (art. 5º, II, CRFB/88), acata-se com ressalvas a ideia de Dworkin no sentido de que direitos prescindem de uma prática social ou decisão institucional explícita que lhes sejam anteriores, de sorte a lhes servirem como justificação⁴⁹.

⁴⁹ Neste ponto interessa recorrer à seguinte observação de Habermas: “O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito e engatadas no código jurídico. Entretanto, por trás dessa uniformidade do código oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica por que, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, portanto considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzindo-os em argumentos jurídicos”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a*

Aos juízes não é dado atuar como um segundo legislador. Isto é, aos juízes, quando se depararem com um caso que não se enquadre facilmente em uma regra específica, não é dado julgar “exercendo seu discernimento pessoal”⁵⁰, tal como propugnavam os normativistas.

Em tais casos, valendo-se do que denomina de *consistência articulada*, espécie qualificada da *responsabilidade política*, e com auxílio do procedimento de interpretação (re)construtiva, Dworkin sustenta que os juízes podem chegar a uma decisão idealmente válida (racionalmente justificada), ao mesmo tempo satisfazendo o princípio da segurança jurídica e respeitando a separação de poderes. A suposta “indeterminação do direito”, pois, seria superável pela elaboração de uma teoria da decisão⁵¹.

Mas como identificar as justificativas suficientes para a superação dos direitos individuais? Como determinar a quem o direito assistirá nos *hard cases*⁵², isto é, qual a *única decisão correta* a ser tomada? E mais, como conferir legitimidade às decisões tomadas em tais situações?

Respondendo a estas perguntas, Dworkin aduz que, mesmo nos casos difíceis, aos juízes não é dado julgar com base numa compreensão própria, isto é, julgar com pautas num “poder discricionário”⁵³.

Por outro lado, o autor afasta a ideia de que, em tais situações, não haveria direito a ser reconhecido. Em sua teoria, como visto, os direitos podem ser anteriores ao agir expresso das instituições: o direito pode não ser uma teia inconsútil, mas seus

Validade, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 257)

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 28.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 261.

⁵² Aqueles em que o juiz se depara com uma situação que não se enquadra em qualquer norma expressa, nem tampouco encontra em algum precedente o fundamento para seu desate, bem verdade que esta última contingência se aperfeiçoa, tradicionalmente, ao sistema do *comom law*.

⁵³ Em sentido contrário: “Esses não são simples ‘casos difíceis’, casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente *incompleto*: não oferece *nenhuma* resposta aos problemas em pauta.” (HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pós-escrito, p. 326)

destinatários têm o direito de exigir que seus aplicadores o tratem como se assim o fosse.

No ensejo de desvendar tais direitos, o professor de Oxford concebe que os juízes devem utilizar *padrões* determinados, de sorte a conferir *previsibilidade e justiça* às decisões. Todavia, adverte o autor que referida tarefa não assume uma feição mecânica: o juiz não é uma máquina silogística, daí por que não serão poucas as oportunidades em que, enfrentando casos essencialmente iguais, julgadores sensatos lograrão conclusões distintas⁵⁴:

(...) essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homes de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo descreve as questões que juízes e juristas têm que enfrentar, mas não garante que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões.

Iniciando a tratativa dos padrões que os juízes devem adotar no desempenho de sua função, Dworkin faz uma diferenciação entre os *argumentos de princípio* e os *argumentos de política*⁵⁵. Essa diferenciação é imprescindível para compreender os limites do construtivismo judicial proposto pelo mesmo, bem como para compreender o modo pelo qual justifica a legitimidade do controle jurisdicional da constitucionalidade de leis.

Cediço que aos juízes não se autoriza julgar com base em norma eleita segundo sua vontade, pois se rejeita a discricionariedade dita legítima pelos normativistas na aporia de seu modelo. Os direitos prescindem de posições expressas, mas não devem ser criados pelos juízes. Como, então, “identificar” os direitos não expressamente explicitados? Como os juízes devem agir para reconhecer os direitos e não criá-los?

Dworkin inicia essa empresa destrinchando os tipos de justificativas (argumentos) empregados nos processos legislativo e judicial⁵⁶:

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 128.

⁵⁵ Idem, ibidem, p. 129/130.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 128/129.

As teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito costumeiro (common law) são quase sempre cegas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema.

Isso é muitíssimo conhecido, mas nessa história conhecida acha-se oculto um novo nível de subordinação que nem sempre é percebido. Quando os juízes criam leis, a expectativa habitual é a de que eles ajam não apenas como delegados do poder legislativo, mas como um poder legislativo segundo. Eles criam leis, em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar caso estivesse agindo por iniciativa própria. Este é um nível mais profundo de subordinação, pois coloca qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos difíceis na dependência de uma compreensão anterior do que os legisladores fazem o tempo todo. Essa subordinação mais profunda é, portanto, simultaneamente conceitual e política.

Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. **Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (policy), por outro.** (g.n.)

Essa noção é indispensável para que possamos distinguir a diferença entre a *força de promulgação*, consistente na autoridade específica de uma decisão, e a *força gravitacional*, entendida como a influência que sua justificação deve causar sobre outras (decisões), decorrente da lógica do direito de igual tratamento e consideração, máxima que permeia todo o pensamento do autor.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, demonstrando que esta fomenta ou protege um objetivo da comunidade como um todo. Ao justificar um subsídio concedido à indústria aeronáutica, apregoando que o benefício se volta a proteger a defesa nacional, por exemplo, o legislador se utiliza de um argumento de política.

Os argumentos de princípio, ao seu turno, justificam uma decisão política (ressalte-se que Dworkin afirma que a decisão judicial é uma decisão política, porém

fundada em princípios), demonstrando que esta garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Ao justificar uma lei que reprime o tratamento discriminante, pautando-se na justificativa de que as minorias têm direito à igualdade de consideração e respeito, emprega-se um argumento de princípio.

Transportando essa distinção para a teoria da decisão judicial, Dworkin aduz que, fossem os juízes legisladores segundos, então estariam autorizados a fundamentar suas decisões tanto em argumentos de política quanto em argumentos de princípios. Entretanto, as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, devem ser lastreadas em princípios, e não em políticas.

Observa Dworkin que o receio de que os juízes decidam as causas submetidas a seu exame com fundamentos que extrapolem a legislação radica em duas preocupações: *a primeira*, consistente na compreensão de que uma comunidade democrática deve ser dirigida pelos representantes escolhidos pela maioria, de modo que, não sendo os juízes eleitos, haveria um déficit de legitimidade em suas decisões (ponto de contato com teoria da legislação); *a segunda*, vertida na ideia de que ao julgar com base em uma norma por ele mesmo criada, o juiz acaba aplicando-a retroativamente, contrariando uma noção básica de direito, qual seja a sua previsibilidade (certeza do direito), indispensável para que os destinatários das normas possam respeitá-las (ponto de contato com a teoria da observância da lei).

Para refutar ambas as objeções, Dworkin recorre à diferenciação entre argumentos de princípio e de política; no que diz respeito à primeira preocupação, outrossim, deixa assente que o direito não deve ser visto “como um compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo”⁵⁷, sedimentando, assim, sua repulsa ao paradigma utilitarista.

Ademais, deve-se levar em conta que o conceito de democracia não se resume ao critério da maioria, antes carrega a ideia de que a vontade desta deve ser subjugada diante de direitos. Democracia, assim, é o exercício legítimo do poder político, no

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 134/135.

âmbito do qual todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito, máxima da moralidade política do autor, que orienta todo o seu pensamento.

Se assim o é, a atribuição dos tribunais para a escolha do melhor argumento de princípio, isto é, para o reconhecimento de direitos, para além de não ofender, reforça a democracia, pois “um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se (...) em uma melhor posição para avaliar o argumento [de princípio].”⁵⁸

No que diz respeito à segunda objeção, qual seja, a de que a atuação construtiva do direito pelo juiz geraria uma crise de segurança, do mesmo modo, Dworkin deixa assente que a mesma “não tem força alguma contra um argumento de princípio”, na medida em que, se o sentido da norma jurídica utilizada para acolher o pedido do autor foi fixado por um discurso balizado por princípios, “o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão.”⁵⁹

Em síntese ao que acima foi dito, tem-se que⁶⁰

Os princípios teriam a virtude de afastar aquelas duas objeções propostas pela teoria em exame contra a discricionariedade, porque, no primeiro caso, podem atender aos interesses em jogo, independentemente do contexto político de criação de uma lei, e, no segundo, porque os princípios são compartilhados tacitamente, e, portanto, seria injusto o condenado tomá-los como surpresa.

Sobre os princípios, é interessante a colocação de Luís Pietro Sanchis, para quem os mesmos cumpririam a tarefa de *conciliar* o sistema estático, segundo o qual a norma é desvelada pela interpretação, e o sistema dinâmico, no qual a interpretação serviria apenas para elencar as normas possíveis, ficando a escolha de uma delas ao alvedrio do aplicador.⁶¹

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 134.

⁵⁹ Idem, ibidem, p. 134/135.

⁶⁰ Pela adoção dos princípios, assim, Dworkin supera as crises de legitimidade / democracia e de segurança ensejadas pelo paradigma normativista, que, como visto, sustenta que o sentido específico da norma somente seria definido, pelo juiz, no momento de aplicação do direito.

⁶¹ “la creciente presencia de principios puede entenderse como un cierto acercamiento del sistema dinámico al estático, como un intento de que toda norma o decisión jurídica resulte congruente con el conjunto de un ordenamiento que se considera dotado de sentido gracias precisamente a los principios.” (SANCHÍS. Luis Pietro. *Sobre principios e normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid:

Pelos princípios, assim, torna-se possível rechaçar a natureza discricionária do ato de aplicação do direito, bem como, por conseguinte, compatibilizá-lo com as noções de segurança jurídica (a norma não será criada no momento de sua aplicação, portanto, *ex post facto*), de autonomia pública (a norma terá sido criada ou consentida pelos destinatários) e separação de poderes (juízes reconhecem direitos, e não os criam)⁶².

Essa visão acaba por inserir o controle jurisdicional de constitucionalidade dentro do paradigma liberal, pois assim, ao controlar a constitucionalidade das leis, os juízes não se sobreporiam à vontade dos legisladores (e, portanto, dos representados).

Ressalte-se que a fixação da legitimidade do controle de constitucionalidade é condição do problema enfrentado no presente trabalho, visto que, se entendermos que a validade das leis não deveria ser sindicada por juízes, então o mesmo (possibilidade de existência de decisões dissonantes sobre a constitucionalidade de determinada norma) sequer exsurgiria.

Avançando, da teoria da decisão de Dworkin se pode extrair, outrossim, a submissão dos juízes à doutrina da responsabilidade política, segundo a qual eles somente devem tomar decisões que possam ser justificadas no âmbito de uma teoria mais ampla, apta a sustentar a conclusão atingida não só no caso enfrentado, como também decisões que, no futuro, estão dispostos a proferir: decisões, portanto, não são práticas isoladas, antes devem fazer parte de um conjunto.

Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 23 *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 219)

⁶² “(...) se o juiz possui o poder de decidir por sua própria vontade as questões que lhe são apresentadas, as noções de autonomia pública, segurança jurídica e separação de poderes ficam prejudicadas. De fato, o juiz estará legislando, se apropriando de uma função do legislador – o que cria problemas sérios de legitimação. Como antes buscamos esclarecer, a segurança jurídica é diretamente relacionada à irretroatividade das leis, de modo que as condutas somente podem ser reguladas pelas normas preexistentes a elas. Quando o juiz legisla no caso concreto está criando normas retroativas. Ademais, a vontade dos jurisdicionados não terá sido levada em conta no processo de produção normativa.” (Idem, *ibidem*, p. 223).

Dessarte, uma decisão não poderá ser considerada correta quando vista isoladamente, senão apenas quando inserida num contexto teórico que corrobore um conjunto de decisões. Nas palavras de Dworkin⁶³:

Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar. (...) Ela [doutrina] condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que sejam compatível com outras decisões igualmente consideradas certas.

Nesse item, Dworkin enfatiza que a doutrina da responsabilidade política aplicável aos juízes, porquanto habitantes do fórum do princípio, carece de uma consistência articulada forte, ao passo que a responsabilidade política do legislador é fraca, sendo este mais um motivo para delegar àqueles o controle de constitucionalidade de leis.

De maneira simplória, a doutrina da responsabilidade política pode ser vista como um dever de coerência: ambos, juízes e legisladores, devem ser coerentes em suas posições, porém àqueles se impõe uma coerência qualificada, porquanto se lhes impõe tomar decisões com base em argumentos de princípio.

Dworkin exemplifica dizendo que o poder legislativo pode conceder um benefício a um fabricante de aeronaves um dia, por entender que o mesmo ultrapassa um momento de dificuldade, porém mais à frente negar o mesmo benefício a outro fabricante. “No caso dos princípios, contudo, a doutrina insiste na aplicação da consistência distributiva a todos os casos, pois não admite a idéia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão.”⁶⁴

O legislador, portanto, não precisa demonstrar que sua posição é coerente com a de seus pares, nem tampouco com legislaturas passadas. “Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tentará, sempre, associar a

⁶³ DWORKIN, Ronald. *ob. cit.*, p. 137.

⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 138

justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado.”⁶⁵

As decisões judiciais, assim, podem ser comparadas com capítulos de uma história institucional concatenada, com cenas de um “romance em cadeia”⁶⁶. Isso confere às decisões judiciais uma força gravitacional⁶⁷, apta a balizar decisões futuras, bem como a obrigar os juízes a um ingente esforço argumentativo para inauguração de posturas discrepantes⁶⁸.

A força gravitacional, portanto, tem uma função prospectiva, e não retrospectiva⁶⁹.

Interessa observar que, conquanto pretendamos investigar quais os reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre sentenças já transitadas em julgado, abordagem que a princípio assume um viés retrospectivo, ao voltarmos nossa atenção sobre as sentenças que tratam de relações jurídicas continuativas, potentes a juridicizar eventos futuros, a investigação acaba se tornando prospectiva, conferindo pertinência ao estudo da “força gravitacional”.

O tratamento uniforme – equânime - a todos os que se encontrem numa mesma categoria, ponto de partida da noção de força gravitacional, é, por certo, o principal argumento dos que defendem o afastamento da coisa julgada diante da superveniência de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal contrário à decisão imutabilizada.

⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 175.

⁶⁶ “(...) Ao decidir um novo caso o juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, (...); é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem nas mãos e não partir em alguma nova direção. (...)” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Martins Fontes: São Paulo, 2005, 2ª ed., p. 238).

⁶⁷ “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 176)

⁶⁸ “Sem dúvida, qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado histórica, psicológica ou sociologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postiça. Se a justificação que Hércules concebe estabelece distinções que são arbitrárias, e se vale de princípios que não são convincentes, então ela não pode, de modo algum, contar como uma justificação.” (idem, *ibidem*, p. 186)

⁶⁹ “A força principal do argumento subjacente de equidade volta-se para o futuro, e não para o passado.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 184)

A força gravitacional sedimentada por Dworkin, portanto, ao menos em certa medida, vai ao encontro dessa corrente de pensamento. É preciso investigar, contudo, se é possível aplicarmos a ideia de força gravitacional em nosso sistema normativo, bem como, em caso positivo, se há e quais são as ressalvas que, para tanto, lhe devem ser impostas.

Retenha-se, contudo, que no presente trabalho o escopo dessa pergunta será afunilado, pois nos interessa unicamente desvelar se as decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como, em caso afirmativo, quais e em que condições, possuem o condão de afastar o esquema normativo firmado em sentença acobertada pela coisa julgada. Nossa hipótese, como dito, é que somente detêm essa aptidão as decisões, tomadas em controle concentrado, que apresentem o mesmo contexto discursivo da sentença cujos efeitos serão ilididos.

Sedimentados os elementos da teoria da decisão de Dworkin que repercutem sobre o objeto deste estudo, passa-se à crítica feita a ela por Habermas, mas não para desacreditá-la, senão para enriquecê-la.

Segundo Habermas, falta diálogo na teoria de Dworkin: ela é assaz monológica, por demasiado centralizada na figura de um juiz ideal, detentor de atributos sobre-humanos.

E ao depositar todos os encargos de seu discurso normativo sobre um juiz portador de predicados intangíveis, Dworkin abre ensanchas à crítica que afirma que sua teoria não logra superar, mas tão somente postergar a discricionariedade judicial nos casos em que o direito venha a se apresentar *incompleto*.

Essa a visão de Hart, sedimentada em seu pós-escrito ao seu livro *O conceito de direito*⁷⁰:

⁷⁰ HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pós-escrito, p. 354/355.

É verdade que, quando leis ou precedentes específicos se mostram imprecisos, ou quando o direito explícito silencia a respeito, os juízes não deixam de lado seus livros de direito e simplesmente começam a legislar, sem nenhuma orientação ulterior dada pelo direito. Ao decidirem tais casos, citam frequentemente algum princípio geral, ou algum objetivo ou propósito abrangente, que se possa considerar exemplificado ou suprido por um a resposta definida para o problema em questão. Isso constitui na verdade o próprio cerne da “interpretação construtiva”, que é um traço tão importante da teoria de Dworkin sobre a decisão judicial. Mas, embora esse procedimento possa certamente postergar, ele não elimina a oportunidade para a criação judicial do direito. Pois, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se princípios distintivos que autorizem analogias conflitantes, e o juiz é muitas vezes forçado a optar entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção do que é o melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe prescreva. A oportunidade para a criação judicial do direito seria não apenas adiada, mas também eliminada, somente se fosse sempre possível encontrar no direito existente, em todos esses casos, um conjunto único de princípios de ordem hierárquica superior que atribuísse pesos ou prioridades relativas a esses princípios conflitantes hierarquicamente subordinados.

Habermas leva essa crítica a sério, e entende que, de fato, ela poderia desconstruir o raciocínio de Dworkin: se o recurso aos princípios apenas atrasa a discricionariedade do juiz, e então os ganhos operados por sua teoria seriam insubsistentes, todo o esforço para legitimar a jurisdição constitucional e para conferir segurança ao discurso jurídico seria perdido.

Ademais, se a teoria de Dworkin não evita que juízes, nos casos difíceis, possam criar o direito, seria inconcebível cogitar da força gravitacional dos argumentos de princípio empregados em suas decisões, pois os mesmos, em situações de tal jaez, poderiam legitimamente divergir uns dos outros.

Para superar essa crítica, Habermas desloca a racionalidade do discurso normativo do sujeito (juiz) para o processo comunicativo, sustentando a necessidade de sua abertura, ou melhor, de sua democratização. Aliás, quando se toma em linha de consideração que as decisões proferidas no âmbito da jurisdição constitucional são dotadas de efeitos *erga omnes* e capazes de alterar a ordem jurídica em seu plano objetivo, torna-se evidente a premência dessa abertura.

Assimilando essa crítica à teoria da decisão judicial em Dworkin, conclui-se que a democratização do discurso jurisdicional, precipuamente no âmbito da jurisdição

constitucional, se presta à ampliação da possibilidade de a ele vir a ser carregado o melhor argumento de princípio.

Deveras, a abertura do debate não é só louvável, senão imprescindível à higidez da teoria do autor em estudo, máxime diante de seu caráter holístico, que parte da premissa que ao juiz é dado perلustrar todas as razões (argumentos de princípios) pertinentes ao caso submetido a sua análise, logrando, assim, *a única resposta correta*⁷¹
72.

A abertura do discurso é útil, outrossim, a permitir que os participantes se coloquem uns no lugar dos outros, de modo que, respeitada “a obrigação da busca cooperativa da verdade”⁷³, lhes seja possível assentir livremente com a conclusão atingida.

Ademais, caso tempos depois venha a se concluir que houve “erro” na escolha dos argumentos preponderantes na tomada de decisão, pelo menos este “equivoco” terá sido cometido com a permissão de uma ampla participação dos interessados no discurso (ainda que por intermédio de representantes), onde puderam lançar considerações, influenciando na conclusão a que todos ao final terão que assentir.

A compreensão de que o processo deve ser pautado num modelo cooperativo, ressalte-se, é ideia que vem ganhando espaço na doutrina nacional moderna. Esta a posição de Alvaro de Olivera⁷⁴:

⁷¹ A “única resposta correta” é um recurso que Dworkin emprega para o fim de reaproximar o direito da moral. De maneira simplificada, podemos dizer que Dworkin afirma que as respostas normativas do direito somente serão válidas se afinadas com a expectativa normativa proveniente do sistema moral: a correção da resposta dada pelo direito, pois, deve ser aferida por um esforço argumentativo que remonta ao domínio da moral.

⁷² Para tanto, como vimos, Dworkin lança mão da figura do juiz Hércules, que seria dotado de uma capacidade cognitiva sobre-humana e de sensibilidade moral irrepreensível, independentemente de tal ou qual concepção cultural. E é aqui, na sobrecarga do indivíduo, que reside a crítica de Habermas.

⁷³ “Quem deseja participar seriamente de uma prática de argumentação tem que admitir pressupostos pragmáticos que o constroem a assumir um papel ideal, ou seja, a interpretar e a avaliar todas as contribuições em todas as perspectivas, também na de cada um dos outros virtuais participantes. Com isso a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 287)

⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo* Disponível em:

Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. (...). Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.

Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. (g.n.)

A participação deve ser a mais ampla possível; essa abertura ideal, contudo, não deve descurar a necessidade de a decisão ser tomada em tempo adequado à finalidade de pacificação social, objetivo a que o direito também deve visar⁷⁵, para o qual a coisa julgada desempenha função decisiva.

Diante da necessidade de se achar a *única* decisão correta num discurso não ideal (na medida em que predisposto a se estabilizar, função que em nosso sistema é operada pela coisa julgada)⁷⁶, Habermas sustenta a necessidade de situarmos sua racionalidade não na ação do sujeito (razão prática), mas sim no processo comunicativo (razão comunicativa)⁷⁷, propugnando, assim, que o processo seja democratizado.

http://www.alvarodeoliveira.com.br/home/artigos_open.php?funcao=abrir&id_artigo=8; Acesso em 06 de junho de 2011, p. 05/06

⁷⁵ O direito, dentre outras funções, serve para solucionar os conflitos de interesse que o convívio em sociedade invariavelmente ocasiona. Existindo um ponto de tensão, então uma decisão precisa ser tomada para seu desate. A necessidade de fechamento temporal do discurso jurídico é intrínseca ao mesmo, como veremos no capítulo seguinte. A melhor decisão deve ser buscada, sim; nesse desiderato, todavia, deve-se conceber que o tempo da decisão é indissociável de sua própria pertinência.

⁷⁶ “Quando ela contém a decisão *do mérito* e assim projeta efeitos para fora do processo e sobre a vida das pessoas, já não se cuida apenas de preservá-la contra possíveis questionamentos no processo em que foi proferida, mas também de preservar os seus efeitos – de modo que o julgamento daquela pretensão, entre aquelas pessoas e por aquele fundamento fique perenemente imunizado e assim se implante uma situação de segurança quanto aos direitos, obrigações e deveres dos litigantes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo; Malheiros, 2005, p. 293/294)

⁷⁷ “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. (HABERMAS, Jürgen.

Dáí o motivo que nos leva ao estudo de sua obra. Por se debruçar sobre a teoria de Dworkin, Habermas enriquece algumas de suas ideias. Investigando sua doutrina, verificamos que, ao mudar o prisma pelo qual a racionalidade do discurso deve ser buscada, para além de ratificar a legitimidade da jurisdição constitucional sustentada por Dworkin, Habermas tanto enrobustece sua justificação quanto otimiza seus resultados.

1.3. A teoria de Dworkin à luz da crítica formulada por Jürgen Habermas:

O judiciário deve aplicar o direito; deve tornar efetivos direitos já reconhecidos na legislação. O juiz não cria o direito; ele o reconstrói.

A despeito dessa noção, Dworkin sustenta que direitos prescindem de uma manifestação institucional expressa: direitos são trunfos dos cidadãos contra decisões estatais que não desfrutem de uma justificativa suficiente ou para impedir que façam algo desejado ou para lhes causar uma perda ou dano⁷⁸.

À margem dessa ideia, mesmo as decisões expressas (promulgação de uma lei) exigem, em maior ou menor grau, uma atividade interpretativa do juiz antes que o mesmo possa aplicar a regra a um caso concreto, pois nem sempre a linguagem empregada na formulação do enunciado é unívoca. Entram em cena, aqui, as discussões conceituais do direito⁷⁹.

Nada obstante, certo é que mesmo nesses casos o juiz não está livre para carrear suas próprias convicções de fundo para resolver a causa. como, então, evitar que o

Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 20)

⁷⁸ Essa colocação deixa claro que o autor estudado enxerga o sistema jurídico como um instrumento de legitimação do uso da força pelo Estado. Às normas jurídicas, para exsurgirem legítimas, não basta que se originem num ato de ponência estatal, carecendo de uma argumentação que racionalmente justifique o corte na esfera de direitos do indivíduo. A teoria de Dworkin, como se vê, parte do paradigma liberal dos modernos, para os quais a liberdade seria inversamente proporcional ao grau de invasão do Estado em sua órbita de interesses.

⁷⁹ Dworkin dá o exemplo de uma regra de um torneio de xadrez que prescreva um dever ao árbitro de penalizar o enxadrista que irrite de maneira irrazoável o outro durante a partida. Fosse uma regra jurídica (espécie de direito institucional) e mesmo juristas sensatos divergiriam quanto à sua amplitude. No direito brasileiro, dentre inúmeros casos, podemos citar o conceito de justa causa para a prática extemporânea de um ato processual. Mesmo a lei traçando alguns elementos do conceito (§2º do art. 183 do CPC), ainda assim ocorre dissenso entre os especialistas.

mesmo assim proceda? Como se encontrar a “resposta correta” nos casos difíceis⁸⁰? Dworkin traça os padrões que, neste desiderato, o magistrado deve seguir.

De antemão podemos ressaltar que o problema encontrado na adoção dos parâmetros sugeridos por Dworkin é por ele mesmo dito no início de sua sistematização, abrindo ensanchas à “crítica habermasiana” que justifica o presente item. E aqui nos referimos ao trecho em que o autor sob estudo cogita da necessidade, para aplicação de sua teoria, de um “jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”⁸¹, a quem denomina de Hércules⁸².

Desse modo, partindo da premissa de que os métodos preconizados em sua teoria somente seriam palpáveis a um jurista sobre-humano, Dworkin acaba evidenciando que a implementação de suas ideias se afigura intangível.

Com isso a teoria de Dworkin, incapaz de transpor o campo ideal para servir à ordenação do mundo dos fatos, acaba perdendo seu sentido, radicando nesse ponto o cerne da crítica feita por Habermas.

Antes de ingressar na crítica feita por Habermas, interessa tecer algumas observações acerca do juiz sobre-humano idealizado por Dworkin, o juiz Hércules.

Hércules é um juiz com as seguintes características: *a)* ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos (supremacia legislativa); *b)* ele acredita que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional aplica-se ao caso em juízo (consistência articulada em sua visão retrospectiva e respeito à ordenação vertical).

⁸⁰ Aqueles em que não há nenhuma norma expressa que lhe dê solução nem tampouco nenhum precedente vinculativo que aponte o sentido a ser estipulado pelo intérprete.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 165.

⁸² “O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal” (*idem, ibidem*, p. 182).

Dentre os padrões a serem seguidos por Hércules, interessa a esse trabalho o modo como Hércules enfrenta os precedentes e a força que ele os confere quando julga um caso.

Ao contrário do que faz quando interpreta uma lei, na qual ele pode buscar argumentos de política ou de princípio que melhor justificam a linguagem utilizada pelo legislador, quando interpreta os precedentes Hércules deve atribuir à linguagem relevante apenas argumentos de princípio⁸³.

Para Hércules, além da força de promulgação⁸⁴ (a que as Leis estão adstritas), a decisão anterior (precedente) exerce uma força gravitacional sobre as decisões posteriores.

A força de promulgação fica adstrita aos termos canônicos / à formulação verbal contidos na lei / precedente. Dworkin dá o seguinte exemplo: se o governo instituir uma lei segundo a qual os fabricantes são responsáveis pelos danos decorrentes de defeitos em seus carros, não significará que os fabricantes de máquinas de lavar roupas também o serão pelos prejuízos por elas ocasionados⁸⁵. Se a intenção da lei foi exigir maior eficiência dos fabricantes de carros (argumento de política), de modo a torná-los mais competitivos no cenário internacional, por exemplo, o fabricante das máquinas, numa eventual ação contra ele movida, não deverá ser condenado ao ressarcimento dos prejuízos, ao menos não em razão da lei que trata da responsabilidade dos fabricantes de carros.

A força gravitacional, também atribuída ao precedente, por outro lado, extrapola os termos nele empregados; autoriza que a justificação utilizada num precedente sirva como lastro para uma decisão original posterior. Este lastro, segundo Dworkin, advém da compreensão de que a teoria da justiça toma o direito à igualdade como pedra

⁸³ *Idem, ibidem*, nota 24, p. 173.

⁸⁴ “*enactment force of precedent*” (*Idem, ibidem*, p. 174)

⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 179.

fundamental⁸⁶. É do direito a receber igual tratamento pelo governo que decorre a força gravitacional dos argumentos de princípios.

Dworkin descreve a força gravitacional da seguinte maneira⁸⁷:

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça da legislação. (...) A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa à linguagem do voto em que é formado. Se o governo de uma comunidade obrigou o fabricante de carros defeituosos a indenizar uma mulher que se feriu por causa desse defeito, então a esse fato histórico deve oferecer alguma razão para que este mesmo governo exija, de um empreiteiro que causou prejuízo econômico devido ao trabalho malfeito de seus empregados, que compense os danos decorrentes. Podemos testar o peso dessa razão não perguntando se a linguagem da decisão anterior, devidamente interpretada, exige que o empreiteiro pague indenizações [força de promulgação], mas perguntando se é justo que o governo, depois de intervir do modo como fez no primeiro caso, recuse sua ajuda no segundo.

A força gravitacional, pois, decorre da necessidade de o governo dar igual tratamento aos seus cidadãos quando em jogo os mesmos princípios, isto é, quando os direitos em disputa se apresentem essencialmente os mesmos. Daí porque a ela tem extensão adstrita aos argumentos de princípio levantados para justificar uma decisão política; quando escorada em metas coletivas, não há que se falar em iniquidade de tratamento e, pois, em desrespeito à força gravitacional.

Vistos os contornos que assume, no intuito de contextualizá-la (força gravitacional) com o presente trabalho, caberá, em momento oportuno, tratarmos das decisões que, em nosso ordenamento, assumem feição vinculante, isto é, decisões cuja normatividade não fica adstrita ao caso julgado, dele desbordando.

⁸⁶ A teoria de justiça de John Rawls, de quem Dworkin se diz devedor, é dita como uma teoria da justiça como equidade (*justice as fairness*); segundo Dworkin, a menos que exista uma justificativa relevante, as pessoas não podem ser colocadas, umas em relação às outras, em situação de desvantagem. Em sua introdução, Dworkin deixa assente essa diretriz quando diz que “nossas instituições sobre a justiça pressupõem não apenas que as pessoas têm direitos, mas que um desses direitos é fundamental e até axiomáticos. Esse direito, que é o mais fundamental de todos, é uma concepção nítida do direito à igualdade, que chamo de direito à igual consideração e respeito” (*Idem, ibidem*, Introdução, p. XVI)

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 176-177.

Segundo corrente doutrinária tradicional, assumem força vinculativa as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI; ADI por omissão; ADC; ADPF); e a decisão de inconstitucionalidade tomada pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso seguida ou de resolução do Senado (art. 52, X, da CRFB/88)⁸⁸ ou da edição de súmula vinculante (art. 103-A da CRFB/88).

Para além, segundo defendem alguns, e este será um dos pontos nevrálgicos do presente trabalho, também dispõem de efeitos vinculantes as decisões tomadas pelo órgão pleno do Excelso Pretório no julgamento das causas sob o regime da repercussão geral.

A par da discussão acerca da afinidade da proposta acima sumariamente enunciada com nossa dogmática constitucional, bem como da possibilidade de harmonização dos controles abstrato e concreto num só modelo, proposta aqui denominada de hibridação dos modelos de controle, certo é que as decisões que dispõem de aludido efeito vinculante têm a vantagem de uniformizar a aplicação do direito, garantindo assim, ao menos em certa medida⁸⁹, sua certeza, segurança e equidade⁹⁰.

⁸⁸ Há corrente doutrinária que entende que a resolução, na atual configuração de nossa ordem constitucional, somente se presta a dar publicidade ao ato. Encaminhado pelo Supremo ao Senado o pedido de suspensão da eficácia do ato e automaticamente esta cessa, prescindindo de sua publicação para tanto. (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004, p. 31). Essa ideia, que abriu ensanchas à teoria da hibridação dos modelos de controle, será tratada em tópico específico abaixo (*infra* 3.3.)

⁸⁹ Como adverte Habermas, “o elemento capaz de aumentar a segurança do direito e de atenuar as exigências ideais que cercam a teoria do direito é o mais propenso à formação de ideologias. Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas. (...) Paradigmas “fechados”, que se estabilizam através de monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias, expõem-se, além disso, a uma objeção metódica, que recoloca em cena o ceticismo jurídico realista: ao contrário da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações de caso coerentes permanecem, em princípio, indeterminados no interior de um paradigma jurídico *fixo*; pois elas concorrem com interpretações igualmente coerentes do mesmo caso em paradigmas jurídicos alternativos. Isso já é uma razão suficiente para que uma *compreensão procedimentalista do direito* delineie um nível no qual paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram *uns aos outros* e se *comprovem* na pluralidade de interpretações da situação. (HABERMAS, Jürgen. *ob. cit.*, p. 275-276)

⁹⁰ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes Vinculantes e Jurisprudência Dominante na Solução das Controvérsias*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 24 e ss.

Podemos dizer que, na visão de Dworkin, os argumentos de princípio utilizados nas decisões vinculantes (*binding precedent*) se revestiriam de uma força gravitacional absoluta; não somente serviriam de guia para o juiz (*persuasive precedent*), como também o compeliriam a recorrer ao mesmo caminho trilhado no precedente.

Essa circunstância, todavia, gera uma consequência não querida. As decisões acabam “engessando” o juiz, impedindo que o mesmo, diante de situações novas e lançando um novo olhar sobre o tema, cogite de argumentos que possam ter sido sonegados pela decisão vinculante ou mesmo não explorados em toda a sua completude.

Por esse modo, tais instrumentos acabam por obstaculizar a superação de uma decisão vinculante que eventualmente se apresente errática. Tal “efeito colateral” torna premente a necessidade de se qualificar / democratizar o debate travado no âmbito dos tribunais quando estes se propuserem a decidir de maneira vinculante alguma questão.

Essa democratização, além de permitir que o discurso atinja um nível ótimo de participação, auxiliando a Corte a vencer da melhor forma possível os padrões hercúleos identificados na teoria de Dworkin⁹¹, faz com que a responsabilidade de uma decisão ulteriormente “tornada” errática seja, em certa medida, repartida entre aqueles a quem fora autorizada a formulação de proposições no discurso. A decisão, uma vez adotada essa abertura, ganharia também em legitimidade. Não mais se trataria, então, de decisão correta, mas sim de decisão legítima.

Desta feita, para que a decisão tomada em sede de jurisdição constitucional, inclinada a afetar todos direta e indiscriminadamente, ganhe em legitimidade, imprescindível sua abertura à participação social, de modo a evitar que somente os juízos de poucos acerca de questões de filosofia política e moral⁹² sejam considerados ao seu ensejo.

⁹¹ Considerando que a formação da teoria constitucional, primeiro passo do juiz Hércules, “requer juízos sobre questões complexas de adequação institucional, bem como juízos sobre filosofia política e moral, (...) [consequentemente] os juízos de Hércules serão inevitavelmente diferentes daqueles emitidos por outros juízes.” (DWORKIN, Ronald. *ob. cit.* p. 183).

⁹² Cf. nota 50 supra.

A solução dada por Dworkin para diminuir essa variação de juízos é a seguinte: os juízes não devem aplicar seu próprio juízo sobre a moralidade institucional, nem tampouco o da comunidade. Hércules não deve submeter os casos difíceis à opinião popular. Ele deve extrair essa moralidade pela minuciosa análise da história institucional⁹³. Exemplificando: mesmo que um juiz tenha uma compreensão do conceito da dignidade humana que não o leve a entender como escorreito conferir às mulheres o direito de dispor livremente de seu próprio útero, caso outras decisões institucionais (leis e precedentes) apontem nesse sentido, ele deverá ver como constitucional uma lei que autoriza o aborto (retoma-se, então, o conceito de consistência articulada).

Todavia, uma vez que o revolvimento de toda a história institucional exige uma capacidade sobre-humana e a formulação de uma teoria constitucional carece de aspectos de filosofia política e moral próprios de cada indivíduo, inarredavelmente juízes sensatos e sinceros divergirão. Quando isto ocorrer, ao menos um deles, se não ambos, terá “errado” na identificação de direitos jurídicos, cometendo, pois, injustiça(s).

Nessa esteira, como não podemos esperar que os juízes detenham a capacidade e a virtude de magnitude comparada à força de Hércules, devemos exigir que eles abram o discurso jurídico nos *hard cases* enfrentados no âmbito da jurisdição constitucional.

Segundo Habermas, Dworkin considera o direito como o *medium* que garante a integridade da sociedade como um todo. Habermas elogia a proposta de Ronald Dworkin, dizendo-a interessante porque “projeta as suposições de racionalidade da prática de decisão judicial no nível de uma reconstrução racional do direito vigente”⁹⁴.

⁹³ “A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. (...) É perfeitamente verdadeiro que, em alguns casos, a decisão de Hércules a propósito do conteúdo dessa moralidade comunitária – e, portanto, sua decisão sobre os direitos jurídicos – seja passível de controvérsia”. (Idem, *ibidem*, p. 197/198).

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *ob. cit.* p. 245.

Utilizando-se da crítica levantada por F. Michelman, no sentido de que as exigências ideais de Dworkin impostavam uma conduta solipsista⁹⁵, Habermas parte em defesa de uma teoria intersubjetivista do discurso jurídico.

Sustenta Habermas que não é só a qualidade interna dos argumentos articulados no discurso tornam sua conclusão aceitável; para tanto, é necessário um alargamento do processo argumentativo, “destituindo” o juiz do papel de único responsável pela reconstrução do direito vigente (visão monológica) para delegar também aos demais atores processuais o desempenho dessa função.

Aplicando-se essa crítica ao âmbito da jurisdição constitucional, chega-se à conclusão que não se deve depositar no tribunal constitucional a esperança de que o mesmo exerça a função de “tutor” da sociedade. Longe disso,

Seu papel é o de ser uma instância de reflexão racional sobre a legitimidade das decisões da maioria e, no limite, sobre a legitimidade das suas próprias decisões. A maior contribuição de uma Corte Constitucional ao desenvolvimento civilizatório não está na verdade ou bondade intrínseca de seus julgados, mas na forma pela qual eles energizam o diálogo público e incrementam o seu grau de racionalidade.⁹⁶

Disso decorre a necessidade de se ancorar as exigências “feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos interpretes da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz [ou de um tribunal], que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.”⁹⁷

⁹⁵ “O que está faltando é diálogo. Hércules ... é um solitário. Ele é muito heróico. Suas construções narrativas são monológicas. Ele não conversa com ninguém senão através de livros. Ele não tem agendas. Ele não encontra com ninguém. Nada o abala. Nenhum interlocutor supera a *insularidade* de sua experiência e entendimento / ponto de vista. Hercules, contudo, é só um homem. Nenhum homem ou mulher poderia ser assim. Dworkin produziu uma apoteose do julgamento recursal sem atentar para o que parece ser a mais universal e fulminante característica institucional dos tribunais, sua pluralidade.” Tradução livre da seguinte passagem: “*What is lacking is dialogue. Hercules ... is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologous. He converses whit no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook. Hercules is just a man, after all. No one man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging whithout attention to what seems the most universal and striking institucional characteristic of appellate bench, its plurality*”. MICHELMAN, F. “The Supreme Court 1985 Term, Foreword: Traces of Self-Government”, in *Harvard Law Review*, 100, 1986, p. 76 *apud* idem, *ibidem*, p. 278/279.

⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 119.

⁹⁷ HÄBERLE. *Sociedade aberta dos intérpretes. Die Verfassung des Pluralismus*. Frankfurt a/M., 1980, 79-105 *apud* idem, *ibidem*, p. 278/279.

Essa perspectiva tem reverberado na doutrina processual pátria. Podemos citar como exemplo a obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Segundo preconiza esse autor,

colocar a jurisdição como centro da teoria do processo, sobre fundá-la em uma perspectiva um tanto quanto unilateral, ignora a dimensão essencialmente participativa que a democracia conquistou no direito contemporâneo.

Muito mais consentâneo ao nosso modelo cultural revela-se colocar o processo no centro da teoria do processo. Valoriza-se aí, em maior escala, o papel de todos que nele tomam parte, o modelo cooperativo de processo civil e o valor participação inerente à nossa democracia constitucional.⁹⁸

Em que pese a necessidade de seu alargamento, o discurso processual, como para servir à resolução do conflito de interesse deduzido em juízo, necessariamente deve acabar.

Idealmente, o fim do discurso se dá quando boas razões se adensam numa direção em um *quantum* suficiente a levar os participantes a assentir com essa conclusão. Ocorre que, ao se restringir o âmbito de participação, pode ocorrer de boas razões em sentido contrário às que se adensaram virem a ser sonegadas.

Como nenhum homem detém o nível de percepção, a virtude e a inteligência de Hércules, por certo que boas razões invariavelmente serão desconsideradas quando outras tantas se adensarem em número suficiente a convencer os participantes do discurso a assentir livremente com a conclusão por elas apontadas ou se posicionar de maneira definitiva, gerando uma fissura na teoria de Dworkin.

Para superação desse problema, Habermas sugere que a fresta de racionalidade entre a inesgotabilidade de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade da pretensão à única decisão correta, de outro, somente pode ser “fechada idealiter (idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade”⁹⁹.

José Pedro Luchi traduz a questão da seguinte maneira¹⁰⁰:

⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. ed. rev. atual. e aument. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *ob.cit.*, p. 283.

¹⁰⁰ LUCHI, José Pedro. *Consistência jurídica do ponto de vista do juiz. Um estudo em Dworkin*. inédito.

Direitos não são fatos do mundo, mas construções sociais e a correção da avaliação de direitos não se tem a partir de evidências ou intuições empíricas, mas somente através de uma fundação argumentativa. Um processo de argumentação não tem um fim “natural”, mas termina quando boas razões vão se adensando e indicando uma certa direção, num todo tão coerente quanto possível, de tal modo que os participantes possam dar sua livre adesão ou uma opinião final. Mesmo a teoria geral reconstruída por Hércules permanece então provisória e depende da coerência de razões num certo momento. Certamente se supõe que ela lidou com todas as razões e informações relevantes num momento específico.

Então uma “boa razão” só o é dentro de um processo de discussão, na medida em que é capaz de mover racionalmente os participantes à adesão. O aspecto lógico-dedutivo das razões deve ser complementado com seu valor pragmático. O espaço entre a possibilidade ilimitada de novas razões e a finitude do processo [somada à circunstância de nele se] ter que tomar uma decisão justa, é preenchido então idealmente pelo procedimento argumentativo de busca cooperativa da verdade e da correção.

As razões e informações que podem ser levadas a influir na decisão são ilimitadas, porém o discurso, no qual se pretende atingir uma única decisão correta, deve ser finito¹⁰¹.

Para solucionar o que a princípio se mostra um obstáculo inexpugnável, a saída é pluralizar o processo, primeiro, para permitir que todos os argumentos e informações relevantes para o tema que se apresentem disponíveis numa determinada época sejam levados ao conhecimento da Corte (intérprete formal da Constituição)¹⁰², segundo, para repartir a responsabilidade pela definição da norma jurídica a ser aplicada ao caso, desencorajando o exercício dessa atividade de maneira monológica pelo juiz.

Tratando-se de processos que culminam com a edição de decisões com conteúdo vinculante, eficácia *erga omnes* e, conforme será aferido ao longo do trabalho, com hipotético potencial para fazer cessar os efeitos de decisão anteriormente transitada em julgado, exsurge natural que tal providência – pluralização - se mostre ainda mais relevante.

¹⁰¹ Não se nega a possibilidade de reabertura do discurso jurídico (*decisões judiciais*). No direito brasileiro, podemos citar os seguintes “instrumentos de reabertura”, cada qual com seus requisitos próprios: a ação rescisória (art. 485 do CPC); a ação anulatória de ato judicial (art. 486 do CPC); a *actio querella nullitatis*; a proposta de revisão de enunciado de súmula vinculante (§2º do art. 103-A da CRFB/88); a revisão criminal; etc. Nada obstante, todos esses mecanismos pressupõem um fechamento anterior, corroborando a assertiva no sentido de que a finitude é característica inata ao discurso jurídico, necessária à sua função estabilizadora de expectativas.

¹⁰² “Tais condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força de motivação racional inerentes a eles” (HABERMAS, Jürgen. *ob.cit.*, p. 283.

Considerando que, diante de tais decisões, os órgãos jurisdicionais ficam impedidos de decidir de maneira contrária à orientação fixada, chega-se à conclusão que, quando em tela a mesma discussão, novas reflexões sobre o tema serão *prima facie* rejeitadas, obstando a saturação de questões que eventualmente possam demandar uma revisão.

Ademais, ao se entender que o advento de tais decisões tem o condão de prejudicar a manutenção dos efeitos de sentença transitada em julgado, resulta que os julgamentos em processos de tal jaez, caso não se confira oportunidade para que todos os argumentos possíveis sobre o *thema decidendum* venham à tona ou não se permita que os mesmos sejam devidamente debatidos, podem colocar em risco os ganhos de segurança obtidos pela coisa julgada.

Feitas estas considerações, chega o momento de tratarmos desse importante instituto de direito, observando-se, de antemão, que a abordagem será inclinada ao estudo da coisa julgada enquanto instituto capaz de definitivamente desenhar um esquema normativo aplicável a “fatos”¹⁰³ tendentes a se repetirem ao longo do tempo.

¹⁰³ Colocou-se o termo entre aspas pois sua aplicação escapa dos limites semânticos que lhe foram impostos ao longo do texto. “Fato”, aqui, deve ser entendido como um relato linguístico de um determinado evento, isto é, um acontecimento do mundo fenomênico. Impossível, assim, pensar em “fato” enquanto evento que sequer chegou a ocorrer.

2. COISA JULGADA

2.1. Coisa julgada e Estado de Direito

A coisa julgada é peça decisiva no atingimento de uma das funções precípua do Estado de Direito, qual seja a de estabilizar as expectativas normativas dos jurisdicionados¹⁰⁴. Dessa constatação decorre que, além de expressamente prevista no art. 5º, inciso XXXVI¹⁰⁵, a coisa julgada é ínsita ao Estado de Direito, assentando-se também no caput do art. 1º da CRFB/88.

O discurso jurídico, como todo e qualquer discurso, precisa ser encerrado, sob pena de aqueles que nele tomam parte caírem num turbilhão infundável de argumentos¹⁰⁶. Diferentemente do discurso ideal, àquele não se confere a liberdade de tempo e participação gozadas por este¹⁰⁷.

Para que haja um efetivo acesso à tutela jurisdicional, é necessário que o processo avance não só de maneira apta a resguardar o direito vindicado, mas também

¹⁰⁴ “O sistema jurídico diferencia-se funcionalmente dos demais subsistemas sociais exatamente por estar incumbido de garantir a manutenção de expectativas normativas, ainda que venham a ser frustradas em virtude da adoção de comportamentos divergentes daqueles normativamente previstos” (TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 42)

¹⁰⁵ “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁰⁶ “Argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 281).

¹⁰⁷ Retiramos de Alexy a noção de “discurso ideal”. No arrasto de sua doutrina, “Um discurso, sob cada aspecto, ideal é um discurso no qual a resposta a um problema prático é buscada sob condições de tempo e participação ilimitadas, e de total ausência de constrição, no intuito de se alcançar uma completa clareza lingüística e conceitual, de uma informação também completa, da plena capacidade e disponibilidade ao intercâmbio de papéis, e de uma total liberdade de prejuízos.” No original, livremente traduzido: “*Un discurso que sería, bajo cada aspecto, ideal, es un discurso en el cual la respuesta a un problema práctico es buscada bajo las condiciones de un tiempo y una participación ilimitadas, y de una total ausencia de constricción, en el curso de alcanzar una completa claridad lingüística y conceptual, de una información también completa, de la plena capacidad y disponibilidad al intercambio de roles, y de una total libertad de prejuicios.*” (ALEXY, Robert. *Justicia como corrección*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 166). Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15783>; Acessado em 26.11.2010.

para que o estado de dúvida que lhe é inerente seja fulminado em tempo razoável¹⁰⁸, evitando indevido alongamento de sua ínsita carga de sacrifícios¹⁰⁹.

Inviável, assim, esperar que o fechamento do discurso processual ocorra somente com o levantamento de todas as informações e após a adução de todos os argumentos incidentes sobre a questão tematizada. Propugnar o exaurimento argumentativo para a tomada de decisão acarretaria a esterilização do processo judicial, porquanto em qualquer debate “não há um fim ‘natural’ no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir *a fortiori* a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos.”¹¹⁰

Daí porque correto dizer que a conclusão de uma argumentação jurídica

contém alta dose de violência simbólica, uma vez que as condições ideais do discurso (não-contradição, coerência, clareza lingüística, ausência de constrição aos participantes, completa informação e liberdade de juízo) não se fazem presentes e o resultado pode ser assim considerado arbitrário.¹¹¹

É nesse contexto em que a coisa julgada se insere, dando sua imprescindível contribuição ao direito. É ela que cumpre o papel de impedir o revolvimento de conflitos já equacionados pelo Judiciário: a coisa julgada formal, marcando o término do diálogo processual, e a coisa julgada material, colorindo, dentre os esquemas normativos possíveis, a solução definida em juízo, tornando-a indene a ulteriores questionamentos.

¹⁰⁸ Direito este que se encontra expressamente previsto na CRFB/88, no inciso do art. 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Interessa-nos, no ponto, a ponderação de Flávio Cheim Jorge: “Se é certo que ao Estado incumbe solucionar os conflitos a ele levados, não é menos certo que a demora nessa solução é extremamente danosa. Quanto mais rápida for a entrega da tutela jurisdicional, com maior tranquilidade viverá a sociedade” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24)

¹⁰⁹ “Durante o litígio, dizíamos, reina a incerteza. Somente a sentença porá fim a ela. Se essa sentença declarar que o autor não tem razão, que a demanda é infundada, as coisas voltam a seu estado primitivo; mas o drama já estará consumado. O processo carrega consigo uma carga de sacrifícios (eu ousaria dizer de dor) que nenhuma sentença pode reparar.” (COUTURE, Eduardo J., *Introdução ao estudo do processo civil : discursos, ensaios e conferências*. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 21.)

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 282.

¹¹¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. *Comentários às súmulas vinculantes com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF*. Rio de Janeiro: 2012, p. 5.

Por esse ângulo, o instituto em análise se apresenta como corolário do princípio da segurança jurídica¹¹²: sem ele, a qualquer dos envolvidos no processo seria possível atestar qual dos anseios fora efetivamente tutelado pelo Estado-juiz; caso inexistisse essa “tranca”, uma vez encerrado o feito, a parte que vira frustrada sua pretensão invariavelmente instauraria nova contenda, e assim sucessivamente, num ciclo que ressentiria de fim.

A par de prestar homenagem à segurança jurídica, pode-se dizer, outrossim, que à própria tutela jurisdicional a coisa julgada avulta imprescindível. Por obstar que tanto o Judiciário quanto os demais Poderes estatais possam revolver as decisões já transitadas em julgado, é a coisa julgada que marca o encerramento do litígio. Por somente ser possível predicar a decisão judicial de indiscutível / estável em razão da coisa julgada, resulta que, sem ela, a tutela jurisdicional seria efêmera, incapaz de arrefecer a tensão gerada pelos conflitos de interesse que invariavelmente exsurtem no seio social.

Não é demasiado dizermos, pois, que

a própria atividade jurisdicional não poderia realizar seus precípuos objetivos se não chegasse um momento para além do qual o litígio não pudesse prosseguir. É imprescindível colocar-se um limite temporal absoluto, um ponto final inarredável à permissibilidade da discussão e das impugnações. Sem isso, a jurisdição resultaria inútil e não valeria senão como exercício acadêmico, já que permaneceria indefinidamente aberta a possibilidade de rediscutir-se o decidido, com as óbvias repercussões negativas sobre a estabilidade das relações jurídicas.¹¹³

¹¹² Anota Paulo de Barros Carvalho que o cânone da segurança jurídica 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 social 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.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág., 166.)

¹¹³ FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. “A coisa julgada nas ações de alimentos.” *RePro* 62. Abr.-jun./92, p. 10.

Em síntese ao acima despendido, tem-se que a coisa julgada “serve à realização do princípio da segurança jurídica, tutelando a ordem jurídica estatal e, ao mesmo tempo, a confiança dos cidadãos nas decisões judiciais.”¹¹⁴

Disso resulta que, “Sem a coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário. Não há, em outras palavras, Estado de Direito.”¹¹⁵

2.2. Conceito de coisa julgada

A sentença de mérito¹¹⁶ é o ato culminante do processo judicial. Nela o juiz não só põe termo ao processo, antes soluciona a crise de direito posta sob sua apreciação. Uma vez superado o caminho das instâncias, a sentença reveste-se da “autoridade da coisa julgada”.

Fincada na lição de Liebman¹¹⁷, espalhou-se na doutrina nacional¹¹⁸ a noção de que a coisa julgada não é um efeito da decisão, senão uma qualidade outorgada à

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

¹¹⁵ Idem, ibidem, p. 68.

¹¹⁶ Termo aqui empregado genericamente, alheio à taxonomia dos pronunciamentos judiciais. Não se descarta, pois, a possibilidade de uma decisão interlocutória, havendo cúmulo objetivo de ações, resolver, com pretensão de definitividade, parte do objeto litigioso.

¹¹⁷ Segundo Liebman, coube a Chiovenda a separação do conceito da coisa julgada de fenômenos afins, “isto é, em separar o seu conteúdo propriamente jurídico de suas justificações político-sociais; em distinguir, daí, a autoridade da coisa julgada da simples preclusão, que é a impossibilidade de se tornar a discutir no decurso do processo uma questão já decidida; em distinguir, conseqüentemente, a autoridade da coisa julgada (*substancial*) do fato processual da irrecorribilidade de uma sentença ou de um despacho interlocutório (*coisa julgada formal*); em limitar, por isso, a autoridade da coisa julgada à decisão que decide o *mérito* da ação, para declará-la procedente ou improcedente; em subtrair, por fim, toda a atividade puramente lógica desenvolvida pelo juiz no processo, do campo de ação da coisa julgada, religando esta última ao ato de vontade ditado na sentença pelo órgão judiciário e acentuado energeticamente a sua finalidade prática e o seu caráter publicístico.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6)

¹¹⁸ Em sentido contrário: Pontes de Miranda (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Atualização de Sérgio Bermudes. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. III, p. 157), Ovídio Baptista (SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 81 e *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v.1, p. 498) e Araken de Assis (ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 243). Em maior ou menor medida, todos estes autores compartilham da ideia defendida por Konrad Hellwig, segundo quem a autoridade recairia tão-somente sobre a declaração contida em toda e qualquer sentença. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ob.cit.*, p. 21)

solução dada ao objeto litigioso¹¹⁹, tornando-a imutável, isto é, insuscetível de rediscussão.

Nos dizeres do eminente processualista italiano, por coisa julgada entende-se

a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.¹²⁰

Essa proposição, contudo, não remanesceu infensa a críticas.

Da mesma forma como Liebman fizera com o pensamento de Chiovenda, Barbosa Moreira buscou aprimorar o conceito lançado pelo mestre italiano, aduzindo que

na realidade, os efeitos da sentença não se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial.¹²¹

Tem-se, portanto, que, enquanto ponto final da enunciação judicialmente levada a efeito, *a coisa julgada é a qualidade que recai sobre a norma jurídica veiculada pela decisão judicial de mérito definitiva - não mais sujeita a recurso -, tornando-a, pois, insuscetível de modificação.*

A sentença de mérito definitiva, por este prisma, é veículo introdutor de norma¹²², tal qual o lançamento, a constituição, o contrato, etc. Todavia, ela se

¹¹⁹ “O objeto do processo é conjunto do qual o objeto do processo é elemento: esse é uma parcela daquele. Enquanto o objeto do processo abrange a totalidade das questões postas sob apreciação judicial, o objeto litigioso do processo cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual. Enquanto o primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o segundo é o objeto da decisão final (ato final do procedimento)”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol.1, 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 295/296)

¹²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *ob. cit.*, p. 51.

¹²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada e declaração. *In: Temas de direito processual – Primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 88.

¹²² Em Direito, todas as normas vêm aos pares. A norma de ponência, exercício de uma competência segundo um dado procedimento estabelecidos pelo sistema, juridiciza a enunciação, cujas marcas

diferencia dos demais veículos pelo fato de que, por força da coisa julgada, salvante por intermédio de mecanismos excepcionais, quais sejam, a *querella nulitatis*, a ação rescisória e a revisão criminal, e desde que satisfeitos seus específicos requisitos, a norma que introduz no sistema não pode ser alterada.

No que diz respeito à norma jurídica introduzida pela sentença trânsita, por ora, deve-se ter em mente que ela pode assumir feições diversas. Como veremos no tópico seguinte, as decisões inclinadas a regrar eventos futuros veiculam comandos cujo antecedente não se identifica com o das normas editadas por sentenças que se limitam a tratar de um ou de alguns fatos já predeterminados.

2.3. Enunciado, interpretação, aplicação e norma jurídica legítima

A expressão “norma jurídica”, usada para nominar indistintamente todas as unidades do conjunto que conformam o direito positivo (prescrições jurídicas), provoca dúvidas semânticas.

O emprego dos termos “norma jurídica em sentido estrito” (entendida como proposições jurídicas tombadas sob um juízo hipotético condicional) e “norma jurídica em sentido amplo” (quanto tais proposições ainda não tiverem sido submetidas a tal formulação), conquanto permita uma superação de alguns problemas, acaba reclamando novos esforços de cunho analítico.

Usualmente, emprega-se a expressão “normas jurídicas em sentido amplo” para “aludir aos conteúdos significativos das frases do direito posto, vale dizer, aos

remanescem na enunciação-enunciada. O enunciado-enunciado, por sua vez, é o conteúdo do instrumento introdutor, ponto de partida da construção, pela interpretação, das normas jurídicas que a norma veiculadora pretendia colocar no sistema. Nas palavras de Gabriel Ivo: “O enunciado enunciado consiste no conteúdo veiculado por meio da enunciação. Está, ao lado da enunciação enunciada, registrado no documento normativo. Mas, é preciso ressaltar, com ela não se confunde. Enunciação-enunciada representa a positivação das normas de produção jurídica. O enunciado enunciado, não. Traduz a positivação das normas que regulam a matéria a ser propalada. Por meio do enunciado enunciado, após o processo de interpretação, constroem-se as demais normas que o instrumento introdutor pretendia introduzir no mundo jurídico” (IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 74)

enunciados prescritivos, não enquanto manifestações empíricas do ordenamento, mas como significações que seriam construídas pelo intérprete.”¹²³

A “norma jurídica em sentido estrito”, noutro passo, geralmente é dita como a “a composição articulada dessas significações, de tal sorte que produza mensagens com sentido deôntico-jurídico completo (...)”¹²⁴.

A elaboração das normas em sentido estrito se dá com o material semântico das normas em sentido amplo, isto é, das significações dos meros enunciados do ordenamento¹²⁵.

São os enunciados (texto da lei, por exemplo) que instauram o enlace comunicacional. Sem eles é impossível se galgar à instância das significações e, pois, das normas, que nada mais são do que uma articulação, na forma de um juízo lógico condicional, daquelas.

A norma jurídica, assim, é uma proposição (portanto significação, presente apenas no mundo das ideias), formulada sob uma estrutura sintática constante: um juízo hipotético-condicional, em que se associa uma consequência (tese) na qual se prescreve uma relação jurídica (S’ R S’’) à constituição linguística de um acontecimento (fato) cujas características essenciais, isto é, relevantes para o direito, encontram-se de antemão descritas no antecedente (hipótese).

Texto normativo e norma jurídica, portanto, não se confundem. Intermediando a relação entre o texto e a norma há o intérprete. Somente por meio da atividade de interpretação é que se torna possível alcançar a norma (significado) expressada no enunciado normativo (signo).

¹²³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 128

¹²⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 128.

¹²⁵ “Uma coisa são os *enunciados prescritivos*, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras as *normas jurídicas*, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 130)

Interpretar, assim, é conferir sentido a um determinado signo (enunciado). Em se tratando de interpretação jurídica, por signo deve-se considerar todo e qualquer produto de uma atividade de enunciação¹²⁶, por exemplo, o processo jurisdicional, cujo produto será a sentença (enunciado), a partir da qual será possível, pela interpretação, formular normas jurídicas.

Assim, tem-se que “O processo de produção do direito consiste na sua enunciação. O produto deste processo são os enunciados prescritivos. (...) A partir desses enunciados prescritivos construímos as normas jurídicas.”¹²⁷

A enunciação, portanto, consistente numa atividade, desempenhada por sujeito e procedimento previstos em direito, tendente a criar, modificar ou extinguir normas jurídicas, o que se dá pela colocação de novos enunciados no sistema.

Uma sentença, uma lei, a constituição, um contrato, etc., todos estes textos, vistos unicamente em seu plano da expressão, são exemplos típicos de produtos da atividade de enunciação jurídica.

Tratando especificamente da atividade de enunciação desempenhada pelo juiz, deve-se ter em mente que para além de meramente declarar ou atuar a vontade da lei, o juiz, com escopo de conferir uma solução justa ao caso concreto¹²⁸, empreende verdadeira reconstrução de todo sistema normativo.

¹²⁶ Lembra-nos Tárek Moyses Moussalem que “a toda produção normativa subjaz a atividade de enunciação.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 78)

¹²⁷ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 2.

¹²⁸ A justiça da solução deve ser aferida não sob um aspecto subjetivo, mas sim pela análise de sua coerência com o direito posto pelo Estado. Pertinente, aqui, lançar mão da advertência de Tárek Moyses Moussalem: “Como ser humano que é [o cientista dogmático], encontra-se necessariamente inserido no mundo cultural e, por consequência, imbuído de *valores*. Ocorre que o *valor jurídico* é posto pelo ordenamento e não pelo sujeito cognoscente. Por isso, como dogmático, não lhe cabe emitir juízos de como deve ser o *dever-ser*. A justiça *deve-ser* dentro do ordenamento jurídico. Não antes ou fora. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 35-36)

O juiz não é uma máquina silogística¹²⁹; para julgar e, portanto, definir a norma jurídica que irá dar cabo à controvérsia submetida à sua apreciação, deve interpretar todo o repertório do direito. Consoante lição de Lourival Vilanova,

a decisão judicial vai além de uma mera dedução silogística (segundo o modo da silogística clássica: premissa maior universal, premissa menor individual e conclusão individual, tendo em conta a redução individual à universal: o predicado é afirmado do sujeito, tomado em toda a sua extensão), porquanto a norma individual da sentença ultrapassa o âmbito da premissa maior, contendo *conotação referencial nova*. A proposição jurídica individual da sentença judicial não deriva dedutivamente da norma fundamental, nem das normas constitucionais ou das leis substantivas e processuais da legislação ordinária. E, todavia, na decisão normativa de um caso está potencialmente presente todo o sistema. O juiz é órgão em virtude de normas e decide segundo o Direito substantivo e o Direito adjetivo aplicáveis.¹³⁰

Nessa empresa, com o apoio das partes em contraditório, o juiz inicialmente trava contato com todo o acervo de enunciados prescritivos que conformam o direito positivo em seu plano da expressão; imitando-se na dimensão semântica dos mesmos, forma um plexo de proposições; articulando-as em estruturas condicionais, alça o plano das proposições normativas; sistematizando-as, ou seja, pondo-as de acordo com as interrelações de subordinação e coordenação, galga o plano da ordem totalmente considerada, quando somente então poderá “dizer que construiu o sentido da norma jurídica”¹³¹.

Refuta-se, aqui, o entendimento vigorante no positivismo clássico, segundo o qual, na sentença, o juiz apenas declara a norma, como se esta fosse imanente aos enunciados legais, e que àquele fosse possível, pela interpretação, desvendá-la.

Por outro lado, não se acata, outrossim, a ideia de que o juiz é detentor de um poder jurídico-político que o habilita a, discricionariamente, fixar o sentido normativo,

¹²⁹ Nem queremos que o sejam, pois, como advertira Calamandrei, “Nós não sabemos mais o que fazer dos juízes de Montesquieu, êtres inanimés, feitos de pura lógica. Queremos juízes com alma: juízes engagés, que saibam suportar com *vigilante empenho humano* o grande peso desta imane responsabilidade que é prover justiça.” (apud ZANETTI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 235)

¹³⁰ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 156/157.

¹³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86/87.

como se, dentro da moldura dos significados possíveis, ao mesmo fosse lícito tingir qualquer um deles.

No meio desses dos extremos, temos que, ao exercer a jurisdição, o juiz deve empreender a “*reconstrução da ordem jurídica* mediante o processo, tendo por matéria-prima as afirmações de seus participantes a respeito da situação litigiosa.”¹³²

Assim, a norma jurídica constituída pelo juiz no processo judicial não é dada pelo texto normativo, mas também não é proveniente de um ato de livre arbítrio: deveras, ela deve ser fruto de uma atividade, exercida de forma democrática e cooperativa, de contínua *reconstrução* do sentido dos enunciados.

Em síntese ao que até então foi dito no presente tópico, tem-se que

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. (...) Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.¹³³

Nessa perspectiva, tem-se que norma jurídica e, portanto, processo, enquanto objetos culturais, criados pelo homem para lhe servir, inexistem senão pela linguagem¹³⁴: “direito é linguagem, pois é a linguagem que constitui as normas jurídicas.”¹³⁵

As normas jurídicas, por seu turno, conforme já destacado ao final do tópico anterior, podem assumir feições diversas.

¹³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. ed. rev. atual. e aument. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

¹³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed., ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 30/33.

¹³⁴ Linguagem, anota-se, é “a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos cujo conjunto sistematizado é a língua” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo, 2008, p. 32).

¹³⁵ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 40.

Sob a perspectiva de seu conseqüente, a norma será geral quando prescrever uma relação jurídica em que não for possível determinar os sujeitos integrantes do enlace jurídico, e será individual, por outro lado, quando for possível identificar ao menos um deles.

No que diz respeito ao seu antecedente normativo, quando a norma descrever um fato conotado (hipótese de incidência), isto é, arrolar elementos de um acontecimento social ou natural de possível ocorrência no mundo fenomênico, então teremos uma norma abstrata; lado outro, quando relatar um fato denotado, portanto de um evento recortado pelo uso da linguagem no tempo e no espaço e subsumido a uma hipótese de incidência (fato jurídico), teremos uma norma concreta.

Dessarte, a hipótese descreve propriedades que, uma vez identificadas num evento do mundo fenomênico, permitirão sua inserção no jurídico, quando então o mesmo deixará de pertencer ao mundo da vida para integrar uma norma jurídica concreta.

O fato jurídico, assim, não está contido na hipótese normativa (proposição anterior de uma norma abstrata), mas sim no antecedente de uma norma concreta, nascida da subsunção do conceito de um fato ao conceito de uma norma.

Desse modo, para atingir seu inteiro teor de juridicidade, a norma abstrata e geral reivindica a edição de sua correlata concreta e individual, visto que “Uma ordem jurídica não se realiza de modo efetivo, motivando alterações no terreno da realidade social, sem que os comandos gerais e abstratos ganhem concreção em normas individuais.”¹³⁶.

O fenômeno da incidência normativa opera com o relato de um fato social-natural que guarde consonância com as notas estabelecidas na norma abstrata e geral. O

¹³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo, 2008, p. 141.

“nascimento” do fato jurídico não se confunde com o momento da ocorrência do evento social ou natural a que se reporta.

Tanto a norma abstrata e geral quanto a concreta e individual pressupõem um ato ponente de norma, de um veículo introdutor de normas¹³⁷, que também é uma norma, sempre da categoria das concretas, pois decorrente do exercício de uma competência.¹³⁸

Disso resulta que as normas introduzidas ingressam no ordenamento por força da juridicidade da regra introdutora: aquelas constituem o objeto desta; é pelo veículo introdutor que o agente credenciado juridiciza o mundo-da-vida, tornando o não-jurídico em jurídico.

A apreensão do fato pelo direito se opera de um modo verbal: o fato jurídico somente existe no interior do sistema linguístico do direito positivo. A simples ocorrência do evento qualificado numa hipótese normativa (norma abstrata) como jurídico não é suficiente para seu ingresso no mundo deôntico. Sua descrição (fato puro) também não é suficiente para vertê-lo em fato jurídico. Para sua juridicização, mostra-se necessária a “a aplicação de outras normas que o insira (linguisticamente) no tópico de antecedente da norma concreta”.¹³⁹

Para a incidência das normas jurídicas, portanto, não basta a mera ocorrência do evento no mundo-da-vida: primeiro, afigura-se necessário verter o evento, pela linguagem, à condição de fato¹⁴⁰; somente depois, com emprego da técnica da subsunção¹⁴¹, será possível ao intérprete / aplicador submeter o fato à hipótese

¹³⁷ Há dois pontos que revelam a importância dos veículos introdutores de normas: a) são os instrumentos aptos a inserir regras jurídicas no sistema positivo; b) operam como referencial para desenhar a hierarquia dos elementos que o compõem (sistema positivo).

¹³⁸ “Significa dizer: unidade normativa alguma entra no ordenamento sem outra norma que a conduza. O preceito introduzido é a disciplina dos comportamentos inter-humanos pretendida pelo legislador, independente de ser abstrata ou concreta e geral ou individual, ao passo que a entidade introdutora é igualmente norma, porém concreta e geral.” (CARVALHO, Paulo de Barros. ob. cit., p. 143)

¹³⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 60.

¹⁴⁰ Consoante o magistério de Paulo César Conrado, não se deve visualizar os fatos como algo concreto, sensível, senão como um elemento linguístico apto a organizar uma situação existencial como realidade; daí poder-se dizer que o mundo real não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos uniforme num contexto existencial. (CONRADO, Paulo César. *Compensação tributária e processo*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 61).

¹⁴¹ “Subsunção é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele

normativa, momento em que então poderemos dizê-lo “jurídico”, isto é, gerador de efeitos jurídicos.

Fato jurídico, ao seu turno, é um elemento linguístico – fato – qualificado pelo direito, o que se dá pela sua subsunção¹⁴² a uma hipótese normativa.

Conclusivamente, pode-se dizer que “O fato se torna fato jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese. E o que determina quais propriedades entram, quais não entram, é o ato-de-valorização que preside à feitura da hipótese da norma.”¹⁴³

Mas a feitura da hipótese da norma não se restringe ao momento político, senão também se estende à instância jurídica: não é só o exercício da Legislação que determina seus contornos, uma vez que “a produção do direito não pode ser matéria exclusiva do legislador político, pois, neste caso, o Estado não estaria apoiado no direito legítimo, ou seja, não seria Estado de direito.”¹⁴⁴

A contribuição dada pela Jurisdição radica na circunstância de que, ao lado da constituição do fato jurídico no antecedente da norma concreta, isto é, da aplicação do direito, para sintonizá-la com a norma abstrata que lhe serve de fundamento, indissociavelmente se coloca o processo de interpretação, consistente na atividade de atribuição de sentido aos enunciados normativos com vistas ao delineamento desta última (norma abstrata)¹⁴⁵.

faz a lei. É fato imponível um fato concreto que configura a descrição hipotética contida na lei. É a realização da previsão legal. O fato imponível está para a hipótese legal assim como, logicamente, o objeto está para o conceito.” (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 2. ed., 3. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 69/70)

¹⁴² Não é a norma, senão o aplicador, valendo-se dela, que juridiciza o fato, constituindo-o no antecedente da norma concreta. A norma não incide, ela é incidida!

¹⁴³ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 85.

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume II, 2.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 243-244.

¹⁴⁵ O direito não é aquilo que os juízes dizem que é, “Mas é aquilo que os juízes [à luz do contexto fático e jurídico desenhado pelas postulações das partes] dizem que é com embasamento na norma abstrata que serviu de fundamento de validade para a norma concreta.” (SILVA, Renata Elaine. *Decisões em matéria tributária: jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76)

Como ressaltado por Kelsen,

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.¹⁴⁶

Ocorre que na compreensão do normativismo kelseniano a fixação do sentido normativo extrapolaria os lindes da ciência jurídica, assumindo um viés jurídico-político, e não jurídico-científico.

Segundo Kelsen, não seria possível conferir racionalidade à atribuição do sentido da norma, pois para tanto entrariam em cena critérios de fé¹⁴⁷:

(...) na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas da Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre sua validade e verificabilidade. (...) Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.

(...)

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse de seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege a interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única ‘acertada’, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito.¹⁴⁸

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 387.

¹⁴⁷ “Com o passar dos anos e a radicalização de sua concepção de não-valorização no direito, Kelsen acabou por assumir a atitude que encontramos neste ensaio sobre a justiça: todo juízo de valor é irracional porque baseado na fé e não na razão; nesta base, pois, é impossível indicar cientificamente – ou seja, racionalmente – um valor como preferível a outro; portanto, uma teoria científica da justiça deve limitar-se a enumerar os possíveis valores de justiça, sem apresentar um deles como preferível a outro.” (Mario G. Losano in KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, Introdução, p. XXVIII e XXIX.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 393 e 395/396.

Sem negar a importância da teoria formulada pelo jurista de Praga, reiterando o que anteriormente foi dito, atualmente a teoria pura “não tem condições de descrever de modo satisfatório (ou seja, conforme a realidade) o fenômeno jurídico da interpretação.”^{149 150}

Ainda que constatemos certa aleatoriedade no conteúdo das decisões judiciais, ou seja, das normas por elas introduzidas, não se pode entender subsistente uma teoria que professa a validade de uma atuação discricionária, por parte do juiz, na fixação do exato sentido da norma jurídica que serve de parâmetro da norma introduzida, desde que respeitados os limites da moldura firmada pela interpretação.

É para o fim de se conferir racionalidade e, pois, previsibilidade (e por que não dizer, então, justeza) ao discurso de aplicação do direito que, neste trabalho, recorreremos à teoria da decisão judicial de Dworkin incrementada pela teoria do discurso de Habermas, carreadora da noção de racionalidade pelo procedimento.

Com vistas a superar a indeterminação das decisões judiciais, utilizando como ponto de partida a proposta contida na teoria da decisão judicial de Dworkin no sentido de que, ao decidir, o juiz deve reconstruir racionalmente o direito vigente, Habermas formula um modelo que visa a implementar uma

ação condicionada pelo compromisso performativo de atingir o maior grau de justiça, ou seja, *durante o processo de formação da decisão é que se identificam os elementos para a composição da solução normativa, uma ação voltada para o entendimento que procura conciliar os direitos liberais, com a eticidade concreta de uma determinada comunidade e com a noção de justiça, aqui identificada, com a ‘pretensão de correção’.*¹⁵¹

Ao enfrentar esse tema¹⁵², Habermas, partindo da teoria estipulada por Dworkin¹⁵³, sugere que, a par da exigência de racionalidade dos argumentos lançados

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, Introdução, p. XXVIII e XXIX.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 327 e ss.

¹⁵¹ ZANETTI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 168/169.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 241-295.

¹⁵³ Conquanto a critique, Habermas elogia a proposta de Ronald Dworkin, dizendo-a interessante, porque “projeta as suposições de racionalidade da prática de decisão judicial no nível de uma reconstrução

no discurso, se afigura imprescindível a abertura do procedimento argumentativo, conferindo a todos os que nele (discurso) tomam parte, e não só ao juiz, o dever de, argumentativa e cooperativamente¹⁵⁴, buscar a “verdade”^{155 156}.

Ocorre que, salvante na obra de Dworkin¹⁵⁷, o juiz Hércules não existe. Por conta disso, não raras ocasiões ocorrerá de boas razões virem a ser desconsideradas quando outras tantas se adensarem em número suficiente a convencer os participantes a assentir com a conclusão atingida no discurso (no caso do discurso processual, da norma a ser introduzida) ou, ainda que divirjam, a se posicionarem de maneira definitiva quando o momento processual assim o exigir.

Transportando a preocupação acima para o objeto de nossa abordagem, pode-se dizer que, na fixação do sentido dos enunciados legais, isto é, na reconstrução da norma jurídica abstrata e, conseqüentemente, na definição da norma jurídica concreta aplicável à disputa de interesses travada no processo, é possível que, sonegadas boas razões, sejam formuladas propostas normativas “erráticas”.

O único modo para se conferir justiça, isto é, para se atingir o sentido “correto” da norma, é, primeiro, mudar o enfoque da “correção”, deslocando-a para a análise da racionalidade do procedimento, e, segundo, retirar essa tarefa do monopólio do órgão jurisdicional, fazendo com que também as partes compartilhem esse “ônus”¹⁵⁸.

racional do direito vigente” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 245)

¹⁵⁴ À crítica de que “As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo ‘introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso’, pode-se “objetar, com grande plausibilidade, que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 288)

¹⁵⁵ Sobre as concepções de verdade, conferir MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 36-40.

¹⁵⁶ E o viés dado à “verdade” nessa abordagem não remete à identidade entre os eventos e os fatos, mas sim sobre a correção na formulação da norma a ser aplicada e, portanto, da decisão a ser tomada.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 165 e ss.

¹⁵⁸ Sobre a divergência acerca da natureza dos atos postulatórios tendentes a influir na fixação do sentido da norma jurídica a ser aplicada à causa, conferir OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. ed. rev. atual. e aument. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225, nota 111.

Dessarte, para que a conclusão atingida, isto é, para que a norma jurídica introduzida ao término do processo seja *legítima* (e não propriamente “correta”), não basta que os argumentos apresentados se mostrem qualitativamente bons, pois sempre outros tantos poderão surgir, mas exige-se que em seu curso não se tenha observado qualquer estreitamento dos canais de argumentação.

No processo, juiz, autor e réu partem do mesmo ponto de início. Todos eles se deparam com os mesmos enunciados normativos (suporte físico). Cumpre àquele, ao fim, considerando séria e detidamente os argumentos lançados por estes, reconstruir, dentre as significações possíveis, de maneira cooperativa e fundamentada, à luz do contexto fático e jurídico pertinente à causa, a norma jurídica a ser legitimamente utilizada no desate da controvérsia.

Atento a essa nuance, alerta Carlos Henrique Soares que

“decisão legitimada” (sic) e não mais “decisão justa”, no Estado Democrático de Direito, não pode e não deve ter o juiz como centro da prestação da tutela jurisdicional, como querem os autores da escola instrumentalista do processo. O juiz é apenas mais um componente necessário à efetiva prestação jurisdicional, mas não o único, e não o principal. As partes, os membros do ministério público e os advogados são também responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional. Nota-se, por aí, que há um deslocamento do centro da prestação jurisdicional do juiz para o processo. A participação em simétrica paridade, garantindo o contraditório, a ampla defesa e a isonomia é que asseguram às partes, ao Ministério Público, aos advogados e ao juiz a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

(...)

O que garante a legitimidade da formação da decisão jurídica, além da observância do contraditório e da ampla defesa, é a consagração do princípio da fundamentação das decisões judiciais. Fundamentar significa indicar as razões jurídicas pelas quais uma decisão foi tomada em detrimento da outra.¹⁵⁹

A correção da norma introduzida pela sentença, assim, deixa de ser medida pelo respeito de seu conteúdo para com o da norma que lhe confere fundamento de validade, migrando para a análise do procedimento empregado ao ensejo de sua enunciação.

A única resposta “correta”, então, transforma-se na única resposta *legítima*, qual seja a obtida à luz dos fundamentos de fato e de direito alinhavados pelas partes no bojo

¹⁵⁹ SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 186.

de regular processo, no qual a elas se confere ampla possibilidade de participar e influir no conteúdo da norma a ser introduzida, que por sua vez deve ser promanada por um juiz livre de qualquer constrição que não o dever de acolher, de maneira sincera e transparente, o melhor argumento, a saber, aquele que melhor responda as objeções lançadas pelo envolvidos.

A utilização da teoria de Habermas, assim, torna indiferente o fato de julgadores sensatos, diante de casos essencialmente iguais, poderem chegar a conclusões díspares. Deslocando-se o critério para aferição da satisfatoriedade da decisão de seu conteúdo para o procedimento que a lastreou, poder-se-á dizê-la legítima independentemente da possibilidade de variação daquela (conteúdo).

A possibilidade de variações no conteúdo das decisões judiciais, ao contrário de desacreditar, deixa assente a indispensabilidade da coisa julgada para a utilidade do discurso jurídico, que, dentre outras, tem por finalidade estabilizar as expectativas normativas. Com vistas a mitigar o estado de incerteza advindo dessa plausível oscilação, decorrente, dentre outros fatores, da maleabilidade dos planos semântico e pragmático de sua linguagem, torna-se ainda premente valorizar a imutabilidade adquirida pela norma disposta ao final do discurso processual.

Passemos, então, à análise da norma jurídica introduzida na sentença que versar sobre as chamadas “relações jurídicas continuativas”.

De antemão, ressalte-se que a compreensão das características da norma jurídica introduzida, além de apresentar fundamental importância para entendermos o que notabiliza a sentença voltada a regulamentar as chamadas “relações jurídicas de trato continuado”, se nos afigura de suma importância para o fim de diferenciarmos a decisão proferida em sindicância abstrata da promanada em sede de controle concreto de constitucionalidade, bem como, por via de consequência, para distinguirmos os reflexos provenientes de cada qual delas.

2.4. Coisa julgada, relação jurídica continuativa e constitucionalidade

Nem sempre a sentença, ou melhor, a norma jurídica introduzida pela decisão judicial trãnsita, é dirigida a regular eventos passados, isto é, a juridicizar relatos de acontecimentos ocorridos antes da instauração do processo judicial.

Há casos em que o Autor ingressa em juízo objetivando que o Estado-juiz lhe certifique qual o regime jurídico aplicável a eventos futuros, isto é, cuja ocorrência tende a se repetir ao longo do tempo.

Ao liame jurídico instaurado no bojo do conseqüente normativo implicado pelo relato de tais eventos em linguagem competente convencionou-se chamar, em doutrina, de “relações jurídicas continuativas”.

Segundo Pontes de Miranda, relações jurídicas continuativas seriam aquelas disciplinadas por “regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualificativos.”¹⁶⁰

Predica-se de continuativa, portanto, a relação jurídica disposta no conseqüente de normas cujas hipóteses de incidência estipulam fatos de maneira conotativa, ou seja, arrolam propriedades de relatos de eventos que se encontram predispostos a se repetir¹⁶¹.

Seria mais adequado, contudo, o uso do termo em análise para definição do “fato” e não propriamente da norma ou da relação jurídica por ela prescrita.

Quanto à extensão subjetiva, em regra a norma jurídica firmada na sentença trãnsita atinge tão somente as partes do processo (art. 472, CPC).

¹⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. t. V, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 147.

¹⁶¹ Não se trata de uma atividade de futurologia, senão de um juízo fulcrado num exame de experiência: não há como negar a probabilidade de uma pessoa jurídica cuja empresa consista na compra e venda de mercadorias vir a, no desempenho de suas atividades, circular mercadorias, por exemplo.

E assim o é em respeito às garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, CRFB/88). Dessarte, pode-se dizer que referida limitação

é balizada pela confluência de uma série de garantias fundamentais: inafastabilidade da tutela jurisdicional, o devido processo legal, o contraditório, e a ampla defesa (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV). Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve a oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Estaria sendo vedado o acesso à justiça ao terceiro, caso se lhe estendesse a coisa julgada formada em processo alheio: ele estaria sendo proibido de pleitear tutela jurisdicional relativamente àquele objeto, sem que antes tivesse ido a juízo. Portanto, isso implicaria igualmente provação de bens sem o devido processo legal. Haveria uma frustração da garantia do contraditório: de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam do processo e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar¹⁶²

Excepcionalmente, contudo, há casos em que a extensão subjetiva da norma é ampliada, atingindo terceiros alheios à relação jurídica processual.

Pode ocorrer de a norma jurídica imutabilizada pela coisa julgada surtir efeitos *ultra partes*, ou seja, não só sobre as partes do processo, como também sobre determinados terceiros. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de substituição processual¹⁶³, de sucessão¹⁶⁴, de solidariedade entre credores e devedores (art. 274 do CC)¹⁶⁵, bem como, outrossim, quando a demanda envolver a discussão de direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, II, CDC)¹⁶⁶.

¹⁶² TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada) *in Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Junior e Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo, RT, 2004, p. 203.

¹⁶³ O que ocorre, por exemplo, com a alienação o objeto litigioso (art. 42, §3º, CPC) ou quando se trata de litisconsórcio facultativo unitário, mas o litisconsorte não é chamado a integrar a lide, em que pese tal hipótese seja objeto de grande discussão na doutrina. (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 2, p. 421)

¹⁶⁴ No caso de falecimento de uma das partes, os herdeiros, no limite de seu quinhão, terão de suportar os encargos que eventualmente advierem da norma produzida no processo.

¹⁶⁵ “Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.”

¹⁶⁶ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada [...] II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;”

Mesmo extrapolando a esfera de direitos das partes que atuaram no processo, em todas essas situações a norma jurídica introduzida será individual, pois será possível determinar o(s) sujeito(s) integrante(s) de ao menos um dos pólos da relação jurídica prescrita na norma jurídica introduzida.

Há, ainda, uma terceira hipótese: é possível que a norma jurídica editada produza efeitos sobre todos os jurisdicionados – *erga omnes*, caso em que sua coisa julgada será oponível indistintamente a todos os que se submetem a uma dada ordenação jurídica. A amplitude subjetiva da norma jurídica, contudo, será posta de lado no presente tópico e retornará ao centro de nossas atenções no tópico seguinte, quando tratarmos dos efeitos das decisões provenientes de cada uma das formas de controle de constitucionalidade.

Aqui, interessa-nos o antecedente da norma, notadamente da norma introduzida nas ações que versam acerca das indigitadas “relações jurídicas continuativas”.

Pois bem.

Quando a sentença se reportar unicamente a relatos de eventos passados, a norma por ela inserida será concreta: concreta porque descreverá em sua proposição-antecedente a existência de um *fato jurídico*¹⁶⁷.

Entretanto, quando o autor, sustentando a inconstitucionalidade da norma abstrata, ajuíza uma ação questionando seu vínculo com o Réu, pode pretender discutir não só relações decorrentes de fatos jurídicos alusivos a eventos passados, portanto retrospectivamente, mas também a própria possibilidade de constituição de tais fatos no futuro, ou seja, perspectivamente.

¹⁶⁷ Vimos que o fato jurídico nada mais é do que o relato de um evento (fato denotativo), firmado por uma autoridade competente, detentor de características relevantes para o direito, ou seja, que satisfaça as elementares do tipo normativo (fato conotativo) arroladas na hipótese de incidência de uma norma abstrata, passando, assim, pela “porta de entrada” do direito.

Tomemos por exemplo uma ação em que o Autor, sustentando a inconstitucionalidade de norma abstrata, pretende ver declarada a inexistência de relação jurídica, portanto a impossibilidade de constituição da norma concreta que a prescreve (relação) em seu consequente.

Ressalte-se que, mesmo que tal norma concreta ainda não tenha sido constituída e a obrigação, pois, inexista, ao Autor que demonstrar a possibilidade de ser sujeito ao cumprimento do dever prescrito no vínculo delineado no consequente de sua correlata norma abstrata (regra matriz de incidência tributária) assistirá interesse no ajuizamento da ação, porquanto aí já restará instalada a crise de certeza na aplicação do direito¹⁶⁸.

Nesse caso, a ação será voltada à obtenção de certeza jurídica quanto aos contornos de uma hipotética relação jurídica, podendo tal pretensão, inclusive, ser dirigida ao reconhecimento da impossibilidade de sua constituição.

Quando a demanda assumir essa paginação, a norma jurídica introduzida pela sentença terá aptidão de regular a conduta das partes enquanto persistirem os pressupostos fáticos e jurídicos levados em consideração no curso do processo, a teor do inciso I do art. 471 do CPC¹⁶⁹.

O que se quer dizer com isso é que a imutabilidade outorgada à norma jurídica disposta pela decisão judicial trânsita não servirá como bloqueio à mudança do vínculo mantido entre as partes caso sobrevenha alguma alteração no estado de fato ou de direito levado em conta no momento de seu proferimento: não há direito adquirido a um determinado regime.

Disso não decorre a conclusão de que as sentenças proferidas com vistas a certificar o regime jurídico aplicável a relatos de eventos futuros, quando transitadas em

¹⁶⁸ PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 133.

¹⁶⁹ Art. 475, CPC: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-s de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.”

julgado, são carecedoras da autoridade da coisa julgada material, isto é, da qualidade que torna imutável a norma jurídica por ela inserida no sistema.

Também para essas, “a coisa julgada se forma como para todas as outras sentenças e vale enquanto permaneçam inalteradas as condições da relação, só se tornando possível uma mudança quando e na medida em que variam as circunstâncias.”¹⁷⁰

Contextualizando o instituto em análise com o tema tratado no trabalho, interessa-nos dizer que, em matéria tributária, pretensões voltadas a discutir “relações jurídicas continuativas” não são incomuns, antes se apresentam corriqueiras.

Tal ocorre porque, diante do âmbito de suas competências, se afigura legítimo aos entes políticos instituírem tributos que, pela configuração de seu “fato gerador”¹⁷¹, são vocacionados a incidir sobre eventos recorrentes.

Ações de tal estirpe serão deduzidas, por exemplo, quando um contribuinte pretender ver certificada em juízo a não-incidência, ou a incidência segundo contornos distintos dos propostos pela entidade fazendária, de tributo que delineia hipótese dirigida a juridicizar atos que corriqueiramente pratica.

Diante de demandas como essas, nada obsta que o Judiciário profira decisão capaz de regular os eventos vindouros, conferindo certeza acerca de qual é o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico ao tema: assim agindo, o Estado-juiz dirá se há alguma norma capaz de juridicizar os fatos discutidos, portanto se existe norma (válida e vigente) que carrega hipótese capaz de servir como porta de entrada de tais fatos no

¹⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27.

¹⁷¹ Necessário dizer que a expressão “fato gerador” foi acima empregada por conta de corriqueira utilização. Em verdade, contudo, ela se reporta não a um “fato”, mas a um conceito (enunciado conotativo) que arrola as notas características de um evento de possível ocorrência, constituindo uma classe (forma-de-construção). Conforme vem sendo reiteradamente dito, somente quando vertido em linguagem competente, o evento assumirá a feição de “fato jurídico” (enunciado denotativo), que, em razão da imputação normativa (mostra-se equivocado predicar o fato de “gerador”, pois), dá azo à deflagração da relação jurídica (enunciado denotativo) prescrita no consequente normativo (enunciado conotativo).

mundo-do-direito, bem como, em caso positivo, quais os efeitos jurídicos que, uma vez juridicizados, deles irão decorrer.

Tratando da extensão da coisa julgada em matéria tributária, Rubens Gomes de Souza propôs a diferenciação entre as decisões que tratam de elementos permanentes e imutáveis e as que se pronunciam sobre elementos temporários ou mutáveis. Nas palavras do eminente tributarista^{172 173}:

(...) a solução exata estaria em distinguir, em cada caso julgado, entre as decisões que tenham pronunciado sobre os *elementos permanentes e imutáveis* da relação jurídica, como a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo, a sua incidência ou não-incidência na hipótese materialmente considerada, a existência ou inexistência de isenção legal ou contratual e o seu alcance, a vigência da lei tributária substantiva ou sua revogação, etc. – e as que se tenham pronunciado sobre elementos *temporários* ou *mutáveis* da relação jurídica, como a avaliação de bens, as condições personalíssimas do contribuinte em seus reflexos tributários, e outras da mesma natureza; **à coisa julgada das decisões do primeiro tipo há que atribuir uma eficácia permanente**; às segundas, uma eficácia circunscrita ao caso específico em que foram proferidas. (...) **quando a sentença, cuja coisa julgada se invoque, tenha decidido quanto a elementos permanentes, constantes e imutáveis da própria relação jurídica debatida, tais elementos não serão meras questões prejudiciais, ou simples antecedentes lógicos da decisão, mas constituirão a própria tese jurídica decidida, ou seja, representarão o próprio objeto da decisão.** (g.n.)

Dessarte, em se tratando de matéria tributária, a extensão da coisa julgada deve ser identificada com observância de quais as razões, isto é, quais elementos da relação jurídica foram atacados na decisão.

Nesse ínterim, necessário mencionarmos o enunciado da Súmula n.º 239 do Supremo Tribunal Federal, assim transcrito: "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores".

¹⁷² SOUSA. Rubens Gomes. Coisa julgada (dir. fiscal). In: SANTOS. J.M. de Carvalho. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editor Borsó, v. 9. *apud* VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 214.

¹⁷³ A proposta de Rubens Gomes de Souza deixa assente a imprescindibilidade de se perquirir a fundamentação da sentença para que se possa compreender sua parte dispositiva. Essa, também, a doutrina de José Rogério Cruz e Tucci. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131)

Ao contrário do que se pode concluir por sua leitura isolada, o entendimento firmado nos julgados que desaguarão na edição de aludido enunciado sumular não aponta no sentido de que a coisa julgada firmada em demandas que tratam de matéria tributária se afigura incapaz de regradar eventos futuros.

Com vistas à compreensão de seu exato sentido, interessa-nos transcrever o voto vencedor proferido pelo Ministro Castro Nunes nos autos dos Embargos no Agravo de Petição 11.227, um dos precedentes que sustentaram a edição de aludido verbete, pelo qual referido Ministro, em lição que se mantém atual, explicita como deve ser equacionada a controvérsia a respeito da coisa julgada em matéria tributária, a saber:

O que é possível dizer, sem sair, aliás, dos princípios que governam a coisa julgada, é que esta se terá de limitar aos termos da controvérsia. Se o objeto da questão é um dado lançamento que se houve por nulo em certo exercício, claro que a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. É a lição dos expositores acima citados. Do mesmo modo, para exemplificar com outra hipótese que não precludirá nova controvérsia: a prescrição do imposto referente a um dado exercício, que estará prescrito, e assim terá sido julgado, sem que, todavia, a administração fiscal fique impedida de lançar o mesmo em períodos subsequentes, que não estarão prescritos nem terão sido objeto do litígio anterior. Mas se os tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação da lei, ou de cláusula contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelos meios próprios, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança, que, admitida sob a razão especiosa de que a soma exigida é diversa, importaria praticamente em suprimir a garantia jurisdicional do contribuinte que teria tido, ganhando à demanda a que o arrastara o Fisco, uma verdadeira vitória de Pirro.¹⁷⁴

Em acréscimo a essas diretrizes, para que o comando judicial tenha aptidão de atingir eventos futuros, certificando o tratamento normativo que lhes deve ser conferido, é necessário que o veículo processual empregado se apresente adequado.

Por isso queremos dizer que, além da tese utilizada, a depender do meio processual, o comando judicial necessariamente ficará adstrito a uma norma específica, v.g. quando, reconhecendo a inconstitucionalidade do tributo, uma sentença julgar

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Embargos no Agravo de Instrumento ou de Petição n.º 11227, Tribunal Pleno, Rel. Min. Castro Nunes, J. 05/06/1944, DJ 10/2/45. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=543909>>; Coletado em 10.11.2012.

procedente pedido constitutivo-negativo articulado em embargos à execução fiscal ou em ação anulatória. Por se tratarem de ação com cunho defensivo, os embargos são limitados pela pretensão formulada na demanda executiva contra a qual são opostos, de modo que poderão versar, no máximo, acerca da validade da norma concreta e individual retratada no título de crédito que lastreia o executivo. Noutra banda, versando a ação anulatória acerca de uma norma concreta e individual específica, não poderão os efeitos de sua sentença impactar sobre outro comando, isto é, sobre o dever insculpido no conseqüente de outra norma concreta e individual.

Desse modo, versando sobre *os elementos permanentes e imutáveis* da relação jurídica, e a depender da extensão do pedido formulado¹⁷⁵, a norma jurídica introduzida pela decisão judicial irradiará efeitos não só sobre fatos passados, senão também servirá para regulamentar o regime jurídico de fatos que vierem a ser constituídos após o término do processo.

Assim se dará quando uma sentença reconhecer que um determinado acontecimento não apresenta as notas dispostas no arquétipo da hipótese de incidência de qualquer das normas que compõem o sistema normativo: sobrevindo um fato que apresente tais propriedades após a sentença, e o Réu não poderá pretender juridicizá-lo senão em violação à coisa julgada.

Com esteio na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁷⁶, tem-se que a norma jurídica transitada em julgado ao cabo dessas demandas define um “esquema de agir” entre as partes, nos casos de demandas de cunho tributário, entre Estado e contribuinte, de modo que, mantidas as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas cotejadas no pronunciamento judicial, esse esquema irá pautar, com efeitos *pro futuro*, a relação entre eles.

¹⁷⁵ “(...) a coisa julgada em matéria de tributos surte os seus efeitos e evidencia a sua autoridade, no tocante exclusivamente ao aspecto que foi objeto da lide solucionada em juízo, de modo que o pedido formulado pelo autor da demanda, ao circunscrever a *res in judicium deducta*, também delimita o alcance da coisa julgada material, ao transitar em julgado a sentença que o apreciou.” (PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 134)

¹⁷⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto). *Revista de Direito Tributário*, v. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 78.

Portanto, em ações dessa natureza, a norma introduzida constrangerá, para o futuro, a atividade de positivação (interpretação e aplicação), assegurando que a reconstrução do sentido normativo conclua de maneira idêntica ao que restou definido na sentença trânsita, ao menos no que diz respeito às partes contra as quais a coisa julgada é oponível.

Não é propriamente correto dizer que a norma jurídica introduzida por sentenças proferidas nos processos em que se discutem relações dessa natureza será abstrata, pois ela tomará em seu antecedente a (in)constitucionalidade como fato jurídico e prescreverá em seu conseqüente um dever de submissão, ao ensejo de eventuais positivações futuras, ao entendimento firmado no discurso processual, isto é, à *razão de decidir*¹⁷⁷ sobre a qual o comando se funda.

Nada obstante, em que pese seja da categoria das concretas, a norma jurídica inserida pela sentença que resolver demanda com tais contornos trará em seu conseqüente uma relação jurídica cujo objeto será o dever de interpretar / reconstruir a norma abstrata de tal ou qual maneira, ou até mesmo de dizê-la inexistente.

Trata-se, portanto, de uma norma concreta que ditará os rumos de futuras interpretações / aplicações, portanto que definirá o exato sentido da norma abstrata (ou mesmo sua inexistência, como dito) cujo afastamento se pretende ver reconhecido pelo Poder Judiciário.

Dessarte, caso aquele que se vê na contingência de se tornar sujeito passivo de uma relação jurídica tributária obtenha decisão assertando a insubsistência de sua *conditio per quam*¹⁷⁸, e se tal insubsistência decorre de um motivo que perdura ao longo

¹⁷⁷ Conforme observa Cruz e Tucci, “(...) todo *precedente judicial* é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a constrovérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. (...) A *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). Essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12 e 174)

¹⁷⁸ “Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém apenas a premissa maior, que é uma proposição do dever-ser, é *conditio per quam* relativamente à conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. Quer dizer: o fato da ordem do ser verificado (afirmado) na premissa menor não é o fundamento de

do tempo - sua inconstitucionalidade / dissonância com a norma que lhe confere fundamento, por exemplo -, então o Estado (que seria o sujeito ativo de aludida relação jurídica) não poderá pretender constituí-la no futuro, pelo que ficará impedido de enunciar a norma concreta e individual que, em seu conseqüente, prescreve aludida relação.

Assim, malgrado mantenha seu caráter concreto, porquanto constituidora de um fato jurídico, a norma jurídica a ser introduzida pela sentença em estudo versará sobre a atividade de definição de uma norma abstrata, projetando efeitos, mediamente, não sobre (relatos de) acontecimentos passados (fatos), mas sim sobre (relatos de) eventos futuros, pois o antecedente da norma que delineará não veiculará em seu antecedente um *fato jurídico*, senão os elementos conformadores de uma *hipótese de incidência*.

Dessa forma, quando reconhece a inconstitucionalidade da norma abstrata que serve de fundamento da norma concreta que veicula a obrigação de pagar o tributo, a decisão (norma jurídica introduzida) reporta-se a elementos permanentes e imutáveis da relação delineada no conseqüente daquela, formando um “esquema de agir” entre as partes do processo.

Esse “esquema” ditará o vínculo (ou até mesmo a impossibilidade de sua constituição) entre Estado e contribuinte, e, senão em contrariedade à imutabilidade que a acoberta, terá de ser cunhado de acordo com os parâmetros encontrados na norma inserida na sentença¹⁷⁹.

E é a imutabilidade das normas introduzidas por essas decisões a causa de um dos grandes problemas envolvendo a coisa julgada em matéria tributária, instaurado “quando, após o trânsito em julgado, sobrevier uma nova decisão do STF, em sentido

validade da norma afirmada na conclusão.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 219)

¹⁷⁹ Dessa sentença poderíamos construir as seguintes normas: dado que a norma geral e abstrata que preconiza o tributo é inconstitucional, deve-ser a inexistência de relação jurídica entre autor e réu; dado que inexiste relação jurídica entre autor e réu, deve ser a proibição de o Réu constituir a norma jurídica concreta e individual em face do Autor e, portanto, de lhe cobrar a prestação insculpida na relação jurídica disposta em seu conseqüente.

contrário, seja ela declarando a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei/ato normativo”¹⁸⁰.

O parecer que será objeto de investigação no último capítulo do presente trabalho trata exatamente dessas situações: uma decisão judicial transita em julgado reconhecendo a (in)constitucionalidade de um tributo; após, sobrevém decisão do Supremo Tribunal Federal dizendo em sentido contrário ao definido na decisão trãnsita: o que era (in)constitucional, para a sentença, é dito, em sentido inverso, (in)constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Defende-se no parecer que, tratando-se de decisão “objetiva e definitiva”, cessa-se, imediatamente, a força do comando judicial pretérito, passando o “esquema de agir” a ser regido segundo o que restou definido pelo STF.

Pretende-se, aqui, verificar se as premissas teóricas propostas em indigitada peça opinativa se coadunam ou não com o regramento dado por nosso ordenamento à coisa julgada que recai sobre as chamadas relações jurídicas continuativas, aos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e, sobretudo, ao enfeixamento de tais institutos.

Objetiva-se, outrossim, verificar se a proposta formulada no parecer, escorada numa tentativa de assimilação de uma teoria da decisão judicial típica do modelo da *common law*, portanto de instituto cunhado sob paradigma distinto de nossa tradição – na qual à lei é conferido o papel de referencial primário no raciocínio jurídico –, observa ou não as nuances dos institutos “importados”.

Feito isso, a partir de uma visão analítica das normas jurídicas e com o uso da teoria da decisão judicial de Dworkin e do modelo procedimental-deliberativo de Habermas, teorias estas que conformam o marco teórico empregado no trabalho, pretende-se conferir uma solução ao problema gerado pela coexistência de decisões contraditórias quando uma delas, já transitada em julgado, for vocacionada a produzir

¹⁸⁰ FISCHER, Octávio Campos. Coisa julgada em matéria tributária. in *Problemas de processo judicial tributário*. Coordenador: ROCHA, Valdir de Oliveira. São Paulo: Dialética, v. 5, 2002, p. 278/279.

efeitos para o futuro e a(s) outra(s) advier(em) do Supremo Tribunal Federal, quer no controle concentrado, quer no controle difuso.

Rumemos, então, à análise das características que notabilizam nosso sistema de controle de constitucionalidade.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A TENDÊNCIA DE HIBRIDAÇÃO

3.1. Noções propedêuticas

3.1.1. O controle enquanto desdobramento da natureza sistêmica do direito

Perlustrado o instituto da coisa julgada naquilo que se apresenta essencial à presente abordagem, cumpre-nos agora tratar dos aspectos essenciais do controle de constitucionalidade brasileiro, para, ao fim, cotejá-los com as colocações lançadas no parecer sob análise, permitindo-nos uma tomada de posição em face das conclusões nele atingidas.

Antes de traçar os aspectos do controle, contudo, necessário versar sobre o que vem a ser a inconstitucionalidade.

De saída, para tanto se mostra imprescindível mantermos em linha de conta que o direito é um sistema: sob essa perspectiva, valendo-se da metáfora de Bobbio, antes de olhar a árvore, deve-se priorizar o enfoque da “floresta”¹⁸¹.

Ao invés de árvores, a “floresta” do jurista é formada por normas jurídicas, as quais são jungidas por um referencial comum, a norma fundamental¹⁸².

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 37.

¹⁸² “O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 217).

“Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores até aquelas que se encontram mais acima, chega-se enfim a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Todo ordenamento possui uma *norma fundamental*. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; isto é, faz das normas esparsas e de variada proveniência um todo unitário, que se pode chamar, a justo título, de ‘ordenamento’. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico.” (BOBBIO, Norberto. *Ob. cit.*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 80/81)

É a norma fundamental, pois, que outorga unidade ao sistema; é a partir dela que se constrói a teoria do ordenamento jurídico enquanto uma estrutura escalonada, cuja noção é de suma importância para entendermos o que vem a ser o estado de inconstitucionalidade. Pois bem.

Se investigarmos qualquer norma jurídica, veremos que ela sempre terá sido posta no sistema por um veículo introdutor - outra norma -, que, por sua vez, estará lastreado numa regra de competência. Esta, ao seu turno, também terá sido posta por outro veículo, que, outrossim, se ancora em outra norma, e assim sucessivamente, até chegarmos à norma fundamental. A norma fundamental, contudo, não remete a qualquer outro elemento do sistema de direito: sua validade é pressuposta.

Valendo-se de um recurso epistemológico, visando a demarcar o início do escopo de sua investigação, a Dogmática Jurídica opera um corte metodológico, pressupondo a validade da Norma Hipotética Fundamental.

Desse modo, evita-se que o direito tenha que buscar seu fundamento de validade num elemento que lhe é estranho, extrajurídico, o que acabaria por corromper a uniformidade / pureza do objeto selecionado por este modo de *approach* (Positivismo), integrado tão-somente por normas jurídicas.¹⁸³

Nesse ponto, esclarece Lourival Vilanova que¹⁸⁴

(...) o sistema de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras (proposições) de formação e de transformação de suas proposições. As normas que estatuem como criar outras normas, isto é, as normas-de-normas, ou proposições-de-proposições, não são regras sintáticas fora do sistema. (...) a posição que uma norma ocupa na escala do sistema é relativa. Pode ser, a um tempo, uma sobrenorma e uma norma-objeto. Essa

¹⁸³ Não esqueçamos, contudo, da arguta crítica feita por Mário Losano: “se a norma fundamental *não* é uma norma jurídica positiva, é alguma coisa que o jurista aceita com base em sua avaliação de justiça ou de oportunidade, ou seja, com base numa escolha que, para Kelsen, é não científica porquanto irracional (ou melhor, subjetiva). Se, porém, a norma fundamental é um expediente gnoseológico para encerra em sistema unitário os vários níveis normativos, estamos diante de um elemento teórico (pertencente ao mundo da natureza, do ‘ser’) que condiciona a existência de uma norma (pertencente ao mundo do direito, do ‘dever-ser’): passagem que Hans Kelsen considera inconciliável com o pressuposto da pureza metodológica.” ((Mario G. Losano *in* KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, Introdução, p. XX).

¹⁸⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 154-155.

relatividade está expressa nos conceitos de criação e aplicação: criar uma norma N' é aplicar a norma N ; criar a norma N é aplicar a norma N' . A norma N' , que funciona como a última no regresso ascendente, é a norma fundamental, que não provém de outra norma, que é norma de construção sem ser aplicação.

Vista essa interrelação dos elementos (normas jurídicas) sob o aspecto unicamente formal, exsurge que, no plano sintático, o sistema de direito prima por uma irretorquível coerência. Sob os prismas semântico e pragmático, contudo, não raro são constatadas contradições.

Possível, portanto, que uma norma inserida segundo o procedimento constitucionalmente previsto e por autoridade competente veicule certo comando, enquanto outra (que pode ou não ser hierarquicamente superior), para o mesmo “fato”, tanto em razão do leque de significados atribuíveis aos signos que compõem seus enunciados-base (plano semântico) quanto por conta da práxis firmada entre seus utentes (plano pragmático), indique em sentido contrário.

Surge, nesse contexto, a ideia de antinomia, cujo conceito¹⁸⁵ pode ser definido como a incompatibilidade entre prescrições normativas pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade.

Estando as normas conflitantes no mesmo nível do escalonamento normativo, e então teremos a *revogação* da norma primitiva, preponderando a vindoura (*lex posterior derogat priori*)¹⁸⁶.

Noutra banda, caso as normas estejam dispostas em níveis distintos da cadeia de positivação, então surgirá um problema de hierarquia, que pode ser dividido em duas categorias, a saber, a ilegalidade e a inconstitucionalidade.

¹⁸⁵ Retiramos da doutrina de Norberto Bobbio as características empregadas na definição. Para o jusfilósofo italiano, conceitua-se “a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 80).

¹⁸⁶ “Existe uma regra geral no direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra. A regra contrária obstaria o progresso jurídico, a adaptação gradual do direito às exigências sociais.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 97).

Deveras, a inconstitucionalidade se apresenta como um tipo qualificado da ilegalidade, diferenciando-se pela circunstância de a contradição necessariamente envolver uma norma radicada na constituição.

Em doutrina, convencionou-se segmentar a inconstitucionalidade em duas categorias: formal ou material^{187 188}.

Será detentora de inconstitucionalidade formal a norma que provier de uma enunciação inadequada, seja em razão da incompetência da autoridade, seja por conta da inobservância do procedimento constitucionalmente estabelecido.

Dois exemplos servem para representar esse “tipo” de inconstitucionalidade: se a Constituição dispuser que determinada matéria deve ser regida por lei complementar, sua eventual disciplina por lei ordinária padecerá de inconstitucionalidade formal, porquanto inobservado o devido processo legislativo; lado outro, se a Constituição dispuser que a edição de leis que tratem de determinadas matérias (criação de cargos ou aumento de remuneração de servidores, por exemplo) é de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, será inconstitucional a lei que, versando sobre elas, tiver sido proposta por um membro do Congresso Nacional.

Materialmente inconstitucional, por outro lado, será a norma que, a despeito formalmente regular, apresentar conteúdo contrário a alguma norma constitucional. Um exemplo: será inconstitucional sob o prisma material a lei que, não estando albergada pelas exceções constitucionalmente previstas, estipular a instituição e cobrança de determinado tributo no mesmo exercício financeiro, pois assim restará violado o limite objetivo da anterioridade tributária, sediado no artigo 150, inciso III, *b*, da CRFB/88.

¹⁸⁷ Essa classificação é claramente inspirada na separação operada pela abordagem que separa o direito enquanto sistema dinâmico e enquanto sistema estático. Num sistema dinâmico a norma fundante apenas estabelece por quem e como devem ser postas as normas fundadas. Por outro lado, num sistema estático, não só o fundamento de validade mas também o conteúdo da norma fundada é obtido na norma fundante, como o particular do geral. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 220)

¹⁸⁸ Na tipologia da inconstitucionalidade, há outros critérios de classificação, quais sejam: em razão da causa do vício – por ação ou omissão; da ocasião do vício – originária ou superveniente; da extensão do vício – total ou parcial; e do momento lógico da configuração do vício – antecedente ou consequente. Todavia, a abordagem dessas classificações, para a finalidade do trabalho, não se mostra pertinente. Para o estudo do tema, conferir MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 139-145.

Eis, então, o estado de inconstitucionalidade, a mais grave das vicissitudes que uma norma pode vir a apresentar, ao menos sob o enfoque puramente jurídico-positivo, pois, se contrária à constituição, a norma acaba violando a ordem jurídica como um todo.

3.1.2. O caráter normativo dos mecanismos de controle

A Constituição de uma nação é a expressão jurídica máxima da soberania dos indivíduos que compõe uma dada comunidade, que por meio dela organizam o Estado. Pode-se dizer que, “enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura.”¹⁸⁹

Em regra, nas constituições são estabelecidos os âmbitos de competências e os procedimentos para edição dos atos normativos que, à luz dos direitos, deveres e garantias também cristalizados no texto constitucional, servirão de balizas às relações mantidas no bojo do ordenamento inaugurado no momento constituinte.

A supremacia da constituição decorre da posição que a mesma ocupa no escalonamento normativo do direito positivo: ela é o ponto de partida de todo e qualquer processo de positivação do direito, seja para edição de uma lei (que via de regra veicula uma norma abstrata e geral), seja para prolação de uma sentença (que usualmente introduz normas concretas e individuais). Como ressalta Paulo Otero, todo e qualquer ato jurídico deve se curvar ao “princípio da constitucionalidade”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1092.

¹⁹⁰ Em razão do princípio da constitucionalidade, todos os atos do poder público, neles incluídas as decisões judiciais, devem guardar sintonia com a Constituição, sob pena de inválidos. (OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex, 1993, *passim*).

Daí ser possível dizer, com escólio em José Afonso da Silva, que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”¹⁹¹.

Desse modo, com o intuito de assegurar a observância de sua supremacia, nossa Constituição prevê normas que conformam uma “mecânica voltada a policiar a ordem jurídica”¹⁹², isto é, que constituem mecanismos de controle de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade e o controle de constitucionalidade, portanto, são coisas distintas:

A inconstitucionalidade pode ocorrer de forma deliberada ou acidental, mas o controle somente pode ocorrer de forma deliberada, por provocação dos legitimados, podendo a primeira continuar existindo se não houver qualquer manifestação em contrário. Na inconstitucionalidade, viola-se o princípio da supremacia da constituição, que o controle visa a restabelecer¹⁹³.

Corroborando com essa linha de tirocínio, pontifica Clèmerson Merlin Clève que

supremacia constitucional é dependente, em princípio, da rigidez constitucional. Mas a rigidez não é capaz, por si só, de assegurar a supremacia da Constituição. (...) A supremacia constitucional (...) reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte.¹⁹⁴

É exatamente esse o papel desempenhado pelas normas que constituem os mecanismos de controle.

Os mecanismos de aferição e depuração da inconstitucionalidade, vale dizer, são elementos que integram o sistema de direito¹⁹⁵, isto é, são normas jurídicas.

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2004, p. 50.

¹⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 320.

¹⁹³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125.

¹⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32-33.

¹⁹⁵ Lembra-nos Tárek Moysallem que “(...) a interiorização dos elementos, provenientes de outros sistemas, é filtrada por regras endógenas do próprio direito. Da mesma forma, a expulsão de elementos internos ao sistema do direito positivo. A repulsa de elementos internos ao sistema somente é repelida de acordo com as regras do próprio sistema. Assim, determinado fato só é juridizado (ou é desjuridizado) pelas regras de formação e transformação do direito positivo, porquanto *tanto a*

São tais normas que, submetidas a um critério funcional - permitir a aferição e a eventual depuração, quando tal se fizer necessário, do estado de inconstitucionalidade -, se aglutinam para conformar o que denominamos de “mecanismos de controle de constitucionalidade”.

Em suma, enquanto a inconstitucionalidade é um estado de incompatibilidade entre uma norma e a Lei Fundamental, o controle é o meio disponibilizado pelo sistema para a correção desse conflito normativo. Pelo controle, o sistema permite seja mantida hígida a relação de proeminência entre as normas constitucionais e as normas de inferior hierarquia, viabilizando que a coerência sistêmica seja recobrada também nos planos semântico e pragmático, tão caros à segurança e à justiça¹⁹⁶.

A (in)constitucionalidade, assim, é o fato jurídico da norma de controle, que, uma vez constituída, deflagra seus particulares efeitos, a depender do conteúdo do pronunciamento, do procedimento empregado e dos argumentos e questões debatidas ao ensejo de sua aplicação.

Como será tratado em seguida, se a inconstitucionalidade servir de fato jurídico da norma que a enuncia num processo em que a incompatibilidade, tomada enquanto seu objeto central, é discutida em tese¹⁹⁷, e não à luz de uma dada situação de fato específica, portanto no âmbito do controle abstrato, então sua proposição-tese poderá

admissão de elementos exteriores quanto a exteriorização de elementos internos estão submetidas à purificação do próprio sistema” (MOUSSALLEM, Tárez Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 53).

¹⁹⁶ Na senda do escólio de Norberto Bobbio, “(...) quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a *exigência da certeza* (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a *exigência da justiça* (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento não consegue garantir nem certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 114) (g.n.)

¹⁹⁷ Em tese não equivale a dizer de maneira descontextualizada. A despeito de ficar alheio a uma disputa de interesses subjetivos, certo é que, ao exercer controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo o fará à luz de um certo contexto argumentativo, formado exatamente pelo cotejo da norma objeto coma as normas que vierem a ser cogitadas como parâmetro da ação direta.

prescrever ou a exclusão da(s) norma(s) inquinada(s) de inválida(s) do sistema¹⁹⁸ ou até mesmo dos enunciados-base que lhe servem de ponto de partida, o que ocorrerá caso nenhum sentido (norma) válido, isto é, concordante com a Constituição, possa a partir deles ser (re)constituído.

Lado outro, figurando o estado de inconstitucionalidade, incidentalmente apreciado, como fato jurídico de norma que o constitui em sede de controle concreto, portanto em defesa de posições subjetivas, sua certificação não acarretará a exclusão da norma inquinada com o vício máximo, senão apenas redundará na inapetência desta para o fim de regulamentar o conflito de interesses que levou os sujeitos ao processo.

3.2. Alguns aspectos do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

Tomando a competência para o exercício do controle de constitucionalidade como nota classificatória, diz que, no Brasil, atualmente, adota-se o modelo misto¹⁹⁹: há um órgão jurisdicional que centraliza a análise em abstrato da constitucionalidade das leis, mas também se outorga a todos os demais órgãos jurisdicionais o poder-dever de proclamar a inconstitucionalidade de normas que lhes venham à pauta no julgamento de casos concretos.

Originalmente, contudo, influenciado pelo sistema norte-americano, conforme destacou Ruy Barbosa²⁰⁰, nosso ordenamento somente previa o controle difuso. Para esse modelo, os atos judiciais proferidos no exercício do controle de constitucionalidade detêm natureza meramente declaratória e seus efeitos retroagem

¹⁹⁸ A proposição de não é de todo correta, pois se o STF modular os efeitos de sua decisão, conferindo eficácia “ex nunc” ao seu pronunciamento, a norma permanecerá válida e eficaz para a juridicização de fatos que a antecederem, mantendo sua relação de pertinência o sistema quando visto em retrospectiva. Sobre a diferenciação entre validade, vigência, eficácia, incidência e aplicação, ver MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 134 e ss.

¹⁹⁹ “Será misto o controle quando a competência para a proclamação de inconstitucionalidade pertencer a um órgão central, em regra por via de ação, e, simultaneamente, a todos os órgãos judiciários, por via de exceção. Esse é o caso brasileiro, desde 1965.” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137)

²⁰⁰ *Apud* JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131, nota 15.

(*teoria da nulidade*)²⁰¹. O ato normativo, uma vez declarado inconstitucional, deveria ser visto como “nulo, írrito, e, portanto, desprovido de força vinculativa”.²⁰²

Discorrendo sobre o sistema “norte-americano”, Mauro Cappelletti pontifica que, nesse sistema de referência, “(...) a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* (‘null and void’) e, por isso, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional*”.²⁰³

À noção acima vergastada contrapõe-se a *teoria da anulabilidade da norma inconstitucional*, formulada por Kelsen ao conceber a Constituição austríaca de 1920.

Para Kelsen, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade possui índole constitutiva negativa. Em suas palavras²⁰⁴:

Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando se afirma que a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo.

Sua teoria, idealizada para um modelo em que o controle seria exercível por um órgão central (concentrado), funda-se na compreensão de que todas as normas, quando colocadas por agente credenciado e segundo o procedimento previsto no sistema, são

²⁰¹ São três os dogmas em que esta teoria se apóia: “... o de que os actos inconstitucionaes do Congresso, ou do poder executivo, são nulos; o de que sua nullidade se autentica pelos tribunaes; o de que, pronunciada pelos tribunaes, a nullidade abrange toda a existência do acto, retroagindo ate à sua decretação, e obliterando-lhe todos os efeitos”. (*apud* JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137)

²⁰² BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 21.

²⁰³ CAPPELLETI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. reimpr. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1999, p. 115-116.

²⁰⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 306/307.

presumidamente válidas²⁰⁵, de sorte que esse status somente será ilidido após pronunciamento exarado por órgão competente, mediante procedimento previsto no ordenamento.

Feitas essas considerações, passemos à análise dos efeitos das decisões proferidas no modelo concentrado e difuso, buscando discerni-los.

3.2.1. Controle concentrado e abstrato

No controle de constitucionalidade abstrato analisa-se exclusivamente o direito objetivo.

Ao seu ensejo, o Supremo Tribunal Federal, único órgão jurisdicional habilitado para exercê-lo, desempenha o papel de guarda da Constituição, “expulsando” do sistema normas que com ela não se compaginam.

Em breve aparte, devemos dizer que a decretação da inconstitucionalidade não necessariamente importará a expulsão da norma do sistema.

Em passagem de sua obra *Controle de constitucionalidade da norma tributária*, Robson Maia Lins explica a questão da seguinte maneira:

(...) promulgado e publicado o texto normativo, adquire a RMIT [regra matriz de incidência tributária]²⁰⁶ introduzida validade, mas não vigência, por conta da imposição do princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, *b*) ou da *vacatio legis*. Mesmo sem vigência, a RMIT já pode ser atacada via controle concentrado perante o STF, sendo que a decisão da Egrégia Corte pela inconstitucionalidade ‘desliga’ a validade da RMIT, expulsando-a do sistema, sem sequer ter adquirido vigência.

²⁰⁵ O controle preventivo de constitucionalidade existente no sistema brasileiro, exercido pelo próprio Legislativo e pelo Executivo, enrobustece a presunção de constitucionalidade das leis, impondo ao intérprete uma inclinação no sentido “de sua constitucionalidade, somente se convencendo da arguição e decretando a inconstitucionalidade em caso de absoluta certeza teórica e prática do confronto, manifesta agressão ao texto máximo ou prova inequívoca dos males que a lei causa ao sistema, o que exige motivação rigorosa do ato judicial.” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141)

²⁰⁶ A regra matriz de incidência tributária, ou norma jurídica tributária em sentido estrito, é uma norma jurídica abstrata e geral, que descreve, em seu antecedente, eventos portadores de expressão econômica e prescreve, em seu conseqüente, uma relação jurídica que veicula uma relação jurídica em torno de uma determinada exação. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94.

Portanto, em pelo menos duas ocasiões a declaração de inconstitucionalidade retira a validade da RMIT [portanto expulsa a norma do sistema]: (a) quando a declaração de inconstitucionalidade retira todas as normas individuais e concretas do sistema e proíbe que outras sejam constituídas (adiante examinada); e (b) quando a declaração de inconstitucionalidade ocorre antes da entrada em vigor da RMIT.²⁰⁷

A par da possibilidade de a decretação da inconstitucionalidade poder ou não redundar na expulsão da norma objeto do controle do ordenamento jurídico, certo é que a propositura de ação que instaura o debate acerca de sua constitucionalidade em sede abstrata exprime “a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito objetivo”, com o fito único e exclusivo “de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes”.²⁰⁸

Nessa via, portanto, o fim colimado é a preservação das normas de assento constitucional, que gozam de supremacia perante aos demais elementos do direito objetivo.

As normas constitucionais são infringidas ou quando o veículo introdutor (enunciação-enunciada) transgredir o roteiro por aquelas traçado para a atividade de enunciação (inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica) ou quando o sentido do preceito introduzido (enunciado-enunciado) não se compaginar com o significado das disposições que lhe servem de fundamento de validade (inconstitucionalidade material ou nomoestática)²⁰⁹.

Segundo tranquilo entendimento da doutrina contemporânea, o controle de constitucionalidade efetivado em sede concentrada prescinde de atuação do Senado para adquirir foros de generalidade²¹⁰, isto é, para que a decisão vincule os demais órgãos do

²⁰⁷ LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição* – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 82-83.

²⁰⁸ *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 240.

²⁰⁹ Geovany Cardoso Jevaux propõe um critério diferente para esta classificação. Em seu entender, “Quando a ofensa infraconstitucional ocorre em relação a um preceito materialmente constitucional, fala-se que a inconstitucionalidade é material; quando se trata de preceito formalmente constitucional, fala-se que a inconstitucionalidade é formal.” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 134)

²¹⁰ Adotando tal orientação, desde 1977 o Supremo não mais científica o Senado acerca da pronúncia de inconstitucionalidade efetivada *in abstracto*. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 216)

Poder Judiciário e a Administração Pública, em todas as suas esferas, nos termos dos arts. 102, §2º, CRFB/88 e 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99.

Retenha-se que, por efeito

vinculante, se deve entender que a ninguém é dado desconhecer a pronúncia de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, com as suas iminentes consequências: 1) na ADin, a perda de validade e eficácia do preceito, com a consequente impossibilidade de se praticar atos ou estabelecer relações com base nele; 2) na ADC, o reforço de validade do preceito, com a certeza de sua constitucionalidade, de tal forma que não se possa pronunciar o contrário. Em suma, a vinculação significa proibir atos em sentido contrário.^{211 212}

Aqui chegamos num ponto fundamental da exposição.

Analisando o histórico de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que esta Corte encampa a ideia de que as ações de controle abstrato possuem causa de pedir aberta²¹³, de sorte a não vincular a análise da incompatibilidade aos parâmetros definidos por aquele que promove a ação objetiva.

Em suma, por conta da “causa de pedir aberta”, nenhum óbice haverá caso o Supremo Tribunal Federal entenda que a inconstitucionalidade da norma sindicada não decorre de contraste com o parâmetro de controle indicado pelo autor, e sim em razão de incompatibilidade com outra norma, ainda que radicada em enunciado constitucional distinto.

²¹¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 169.

²¹² Necessário dizer que, de acordo com o art. 24 da Lei 9.868/99, “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.” Esse “efeito culatra” não se estende às ADIs manejadas contra Lei estadual, porquanto estas não podem ser objeto de ADC. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 170/171)

²¹³ “É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na ação direta de inconstitucionalidade, seu julgamento independe da *causa petendi* formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual arguição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente ação.” (Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 1896 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 18.02.1999, DJ 28.05.1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347316>>; Coletado em 10.11.2011.

Cumpra-nos dizer que, ontologicamente, essa característica não diferencia o controle concentrado do realizado em sede difusa, uma vez que também nesta seara aos juízes afigura-se possível perquirir a compatibilidade da norma cotejada para além das causas de invalidade suscitadas pelas partes.

Quanto ao ponto, a diferença residirá na topologia da questão dentro do discurso processual. Explica-se: enquanto a *decretação* da inconstitucionalidade, no controle difuso, é causa de pedir, no abstrato, será pedido. A alegação que no controle difuso sustenta a causa de pedir, no controle concentrado será esteio do próprio pedido, ou seja, será a própria causa de pedir. Se no controle concentrado é possível ao Supremo Tribunal Federal investigar outras causas de pedir que não as cogitadas pelo Autor²¹⁴, não é menos certo que, no controle difuso, os juízes poderão se valer de argumentos outros que não os alinhavados pela parte interessada no afastamento da norma para o fim de acolher sua inconstitucionalidade, desde que, por óbvio, antes submeta os contornos dados por ele à questão ao contraditório.

Entretanto, não obstante entenda que, no controle concentrado, a causa de pedir seja aberta, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou no sentido de que, ao exercer essa via de controle, não se lhe é possível proceder a um controle do diploma normativo impugnado à luz de todas as normas constitucionais²¹⁵.

A exigência de que a petição inicial das ADIns contenha fundamentação que indique qual a norma constitucional violada deixa assente a aplicabilidade, ainda que de forma mitigada, do “princípio” de adstrição. Aliás, caso assim não fosse, bastaria ao Autor pedir a inconstitucionalidade, deixando a cargo do Supremo a tarefa de revolver todo o arcabouço normativo constitucional para o fim de dizer se a norma impugnada é ou não válida.

²¹⁴ Daí se dizer que as ações de controle possuem causa de pedir aberta.

²¹⁵ Essa noção ficou assente nos votos da maioria dos Ministros no julgamento da questão de ordem suscitada na ADI 2182/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 2182/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12.05.2010, DJe 09.09.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614087>>; Coletado em 10.11.2011.

Essas posições, que a princípio parecem contraditórias, podem ser conciliadas se entendermos que, conquanto ao Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de constitucionalidade, seja possível ir além do parâmetro eleito pelo autor da ação, o efeito vinculante de sua decisão deve ficar adstrito àquilo que foi objeto de sua investigação.

Duas falas, uma do Min. Marco Aurélio e outra do Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento antes aventado (QO na ADIn n.º 2182-6) corroboram esta solução.

Segundo o Min. Marco Aurélio, não se deve conferir

aos pronunciamentos, pela constitucionalidade / inconstitucionalidade de um certo diploma legal do Supremo Tribunal Federal, eficácia a ponto de admitir até mesmo o julgamento implícito. A preclusão maior ocorre no que houver abordagem da matéria no acórdão proferido.²¹⁶

Na vista do Min. Sepúlveda Pertence, o entendimento de que a aferição objetiva de constitucionalidade das leis é pautada por uma *causa petendi* aberta

não pode ser levado às últimas consequências, sob pena de – precisamente porque adotamos a ação direta de constitucionalidade quanto a ação declaratória de [in]constitucionalidade como ações dúplices – comprometer-se o Tribunal a um exame, que é impossível, em determinadas leis, e mais, impor, com efeito vinculante, um exame que, na realidade, não foi feito, ou não pode ser feito, em muitas circunstâncias.²¹⁷

Dessa forma, não obstante vigore no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que as ações de controle concentrado gozam de causa de pedir aberta, deve-se entender que o efeito vinculante de sua decisão fica circunscrito àquilo que fora analisado pela Corte Suprema, não impedindo que outro órgão jurisdicional, valendo-se de argumento sonogado no controle concentrado, afaste a aplicação da norma por vício de inconstitucionalidade.

²¹⁶ BRASIL. STF. ADI 2182/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 12.05.2010, DJe 09.09.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614087>>; Coletado em 10.11.2011, p. 22.

²¹⁷ Idem, ibidem, p. 74.

Que o Supremo detenha a última palavra em matéria constitucional²¹⁸, não há dúvida, mas que seja a última palavra, e não o último silêncio.

Entender que a decisão do Supremo impede a análise da constitucionalidade da norma pelos demais órgãos judiciais por todo e qualquer ângulo acabaria por colocar em risco a supremacia das normas constitucionais, porquanto, em boa medida, são eles que, de maneira pulverizada, controlam a compatibilidade dos atos normativos para com a Carta Maior. Encampando-se essa linha de pensamento, tais órgãos veriam sua competência esvaziada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais, naturalmente, não se logra discutir todos os aspectos que circundam as questões por ele apreciadas, haja vista que não se pode negar a possibilidade de um novo enfoque vir a ser aduzido, no que o controle difuso, por sua capilaridade, adquire extrema relevância.

Através de um exemplo podemos esclarecer melhor o que acima se propõe: tendo o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Constitucionalidade - ADC, julgado ser constitucional norma que, a despeito de veiculada em Lei ordinária, revogou isenção tributária concedida por Lei Complementar, nenhum órgão judicial poderá, lastreado neste fundamento²¹⁹, declarar inconstitucional a norma revogadora, para o fim de manter a vigência da norma isentiva. Com supedâneo em outro fundamento (p.ex. o desrespeito à anterioridade tributária), contudo, não penderá qualquer óbice à declaração de inconstitucionalidade e a consequente aplicação da regra de desoneração fiscal.

Em vista disso, torna-se premente pluralizar o processo, permitindo que o máximo de argumentos e informações relevantes para o tema sejam levados ao conhecimento da Corte (intérprete formal da Constituição), por exemplo com a permissão de ingresso de *amici curiae* e a realização de audiências públicas. Por tais medidas, permite-se ao Supremo Tribunal Federal conhecer do maior número de argumentos e visões possíveis sobre a questão discutida, tanto ampliando a legitimidade quanto o efeito vinculante de sua decisão, outorgando maior segurança jurídica ao tema.

²¹⁸ Nas palavras do Min. Paulo Brossard, lembrando lição de Rui Barbosa, ao Supremo outorga-se o “indesejável privilégio (...) de errar em último lugar” (HC 69284/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Brossard; J. 13.10.1992, DJ 27.11.1992)

²¹⁹ Bem como com base em qualquer dos fundamentos utilizados nos julgamentos que instauraram a controvérsia que ensejou o ajuizamento da ADC (cf. art. 14, III, Lei 9.868) e foram, portanto, contemplados pelo STF ao julgar constitucional o preceito.

Por efeito vinculante, pois, deve-se considerar a intangibilidade do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal sobre uma determinada questão constitucional. A essa orientação todos os órgãos da Administração e do Judiciário²²⁰ devem se curvar, ainda que entendam que, no quadro de argumentos cotejados pelo Excelso Pretório para decidir a questão, havia razões que impunham à Corte Suprema decidir em sentido contrário²²¹.

Essa perspectiva, aliás, coaduna-se com o entendimento no sentido de que o efeito vinculante abraça os fundamentos determinantes da decisão²²², ou seja, a razão de decidir empregada pelo Supremo Tribunal Federal nos processos de fiscalização normativa abstrata, não se restringindo, pois, à conclusão neles atingida.

Tratando desse ponto, mostra-se interessante a justificação da Proposta de Emenda Constitucional n.º 130 de 1992, de que resultou a Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993²²³, quando o senador Roberto Campos, manifestando-se acerca do conceito de efeito vinculante, assim se pronunciou:

(...) Além de conferir eficácia **erga omnes** às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de **efeito vinculante** em relação aos órgãos e agentes públicos.

²²⁰ Ressalte-se que, na ADPF, o efeito vinculante atinge também o Legislativo. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 169).

²²¹ Diante do mesmo cenário de argumentos, somente à Suprema Corte será possível decidir em sentido contrário, mas desde que “(...) o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança. (MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *In Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm; Acesso em: 10/12/2011.

²²² “Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da ‘transcendência dos motivos que embasaram a decisão’ proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria ‘ratio decidendi’, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, ‘in abstracto’, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.” (BRASIL, STF, Recl. n.º 2.986, Decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, J. 11.3.2005, DJU 18.3.2005. Disponível em: <[²²³ A EC n.º 3 de 1993, em verdade, foi efetivada pela PEC n.º 48 de 1991. Esta PEC, contudo, que originariamente se voltava a promover um ajuste fiscal, incorporou, com pequenas alterações, as mudanças veiculadas na PEC n.º 130 para os artigos 102 e 103, não acolhendo, ressalte-se, a proposta de exclusão do inciso X do art. 52 da CRFB.](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2986%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>”; Coletado em 10.11.2011.)</p>
</div>
<div data-bbox=)

Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou **motivos determinantes (tragende Gründe)**.

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada, quanto a força de lei (eficácia **erga omnes**) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o **efeito vinculante**, que deflui dos fundamentos determinantes (**tragende Gründe**) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (cf. Christian Pestalozza comentário ao § 31. I. da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão (**Bundesverfassungsgerichtsgesetz**) in 'Direito Processual Constitucional (**Verfassungspozessrecht**)'. 2ª edição. Verlag C. H. Beck, Munique. 1982. pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia, seja **inter partes** ou **erga omnes**) (...).²²⁴

Por fim, cumpre-nos falar sobre o aspecto que distingue os provimentos de *declaração* de constitucionalidade dos que decretam a inconstitucionalidade.

Qualitativamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhecer ser constitucional determinada norma não a modifica, pois ambas as proposições que a compõem (hipótese e consequência) mantêm-se inalteradas.

Nada obstante, ao dizer que determinada norma é constitucional, o Supremo insere outra norma no sistema, que poderíamos assim enunciar: “se for chamado a aferir a constitucionalidade da norma *x* à luz dos fundamentos *a, b, c, etc.* deve-ser obrigado a entendê-la válida e, portanto, a aplicá-la”.

Propriamente, portanto, a alteração do estado de direito não se irrompe dentro da norma jurídica impugnada, mas sim fora dela, criando-se uma norma de estrutura (norma-de-norma) que irá conferir certeza de sua constitucionalidade, obrigando todos a aplicá-la.

²²⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC N.º 130 de 1992, Coletado em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>>; Acesso em 27.02.2013, p. 20-21.

No provimento que *declara* a inconstitucionalidade, lado outro, o Supremo Tribunal Federal, por meio de outra norma, opera a expulsão²²⁵ da norma impugnada, sendo inegável, aqui, a natureza constitutivo-negativa de seu comando.

Abordando ambas as situações, pode-se dizer que:

O STF, ao constituir a inconstitucionalidade da RMIT, fá-lo enxertando no sistema jurídico positivo outra norma jurídica, mutilando, assim, total ou parcialmente, a vigência, a eficácia técnico-sintática e até a validade da norma inconstitucional. Por isso, o Judiciário é “legislador”, no sentido de órgão produtor de normas jurídicas; e mais, é legislador positivo, visto que, ao retirar ou mutilar algum(uns) dos critérios da RMIT, constituindo a inconstitucionalidade, o faz injetando no sistema norma jurídica. Este mesmo mecanismo de introdução de normas jurídicas no sistema ocorre quando há declarada a constitucionalidade, só que, frise-se, ao invés de declaração [de] inconstitucionalidade, há declaração de constitucionalidade. Enfim, é linguagem prescritiva agindo sobre outra linguagem; é norma desconstituindo norma. Essa é a dinâmica do sistema jurídico-positivo.²²⁶

Disso resulta que, de fato, a decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em controle concentrado inaugura um *novo estado de direito*: a) *declarada* constitucional a norma, ao sistema será agregado um novo elemento, a saber, a norma que, à luz de um dado contexto argumentativo, prescreve a obrigatoriedade (efeito vinculante) de se interpretar e aplicar, num determinado sentido, a norma cuja constitucionalidade fora certificada; b) *declarada* inconstitucional, por meio da inserção de outro, do sistema será extirpado um elemento, qual seja, a própria norma inquinada com o vício máximo.

Vejamos, agora, alguns aspectos do controle difuso e concreto de constitucionalidade.

²²⁵ Como já dito (cf. nota 207 acima), a *declaração* de inconstitucionalidade não necessariamente importará a expulsão da norma jurídica sindicada do sistema, uma vez que este deve ser observado em conjunto com o fator tempo. Para que essa proposição fosse de todo correta, seria necessário que o intervalo de validade da norma (IV) restasse completamente desvanecido. Como alerta Tárek Moysés Moussallem, “O início do IV de uma norma tem como marco referencial sua publicação no Diário Oficial. O final do IV dá-se pela revogação, assim como dá início a um novo sistema normativo. Muito embora a norma não pertença mais ao sistema posterior, matem intacta sua pertinência ao sistema anterior (...). Uma vez válida no sistema normativo SDP₁, a norma jamais deixará de pertencê-lo, mesmo no tempo do SDP₂ em que a este já não mais pertence. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 156)

²²⁶ LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição* – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38.

3.2.2. Controle difuso e concreto

Da Constituição da República brasileira extrai-se a possibilidade de o juiz singular, à vista de uma determinada situação concreta posta sob seu julgamento, deixar de aplicar norma que entenda incompatível com preceito constitucional²²⁷.

Aos Tribunais, na mesma medida, outorga-se esta capacidade, embora se exija que o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo se dê por meio de deliberação da maioria de seu plenário ou órgão especial (art. 97 da CRFB/88).

Os efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso restringem-se ao enlace jurídico instaurado entre os litigantes, nada afetando, portanto, a ordem jurídica objetiva.

Ademais, consoante pontifica Ada Pellegrini Grinover, “se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo *inter partes* – fora do processo no qual foi proferida”.²²⁸

Ao se dizer que o controle de constitucionalidade é exercido de maneira difusa, pretende-se passar a ideia de que a competência para o conhecimento da matéria (inconstitucionalidade) encontra-se pulverizada dentre os órgãos que integram o Poder Judiciário.

Por concreto veicula-se a compreensão de que a inconstitucionalidade será aferida a partir de uma determinada norma concreta, da qual a norma impingida como inválida será construída por um raciocínio indutivo.

²²⁷ Essa permissão é depreendida, indiretamente, da regra constitucional que enuncia a competência do Supremo para julgar, “mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”.

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. Revista de Processo, v. 90, p. 11-21, 1998, p. 11.

Essa é uma nota distintiva assaz importante: o raciocínio levado a efeito ao se aferir a constitucionalidade da norma que, no processo de positivação, antecede logicamente a norma concreta posta em discussão apresenta-se essencialmente distinto do despendido em sede objetiva.

E assim o é porque, nessa seara, o Supremo não precisa cogitar de situações em que a norma abstrata e geral poderia vir a ser aplicada, nem tão pouco, pois, de incompatibilidades que afloram unicamente quando em voga a norma concreta e individual daquela dessumida.

Daí se dizer que

a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.²²⁹

Entretanto, ao contrário do que possa parecer, a distinção do juízo realizado em sede abstrata e concreta não é meramente topográfica. Ainda que, ao cabo, a matéria discutida seja a mesma (constitucionalidade ou não de determinada norma), o modo de sua abordagem é distinto, com o que seu produto também o será.

Assim se propugna porque, olhando o texto normativo à luz de determinados fatos, somos levados a interpretá-lo de maneira outra da que faríamos caso deles (fatos) estivéssemos desapegados.

Em outros dizeres, a (re)construção do ordenamento jurídico para o fim de se determinar a norma jurídica aplicável ao caso concreto é feita diante de um dado quadro fático, colocando o juiz num sistema de referência distinto daquele em que o Supremo Tribunal Federal se encontra quando abstratamente encara a questão.

Nessa esteira, excetuada eventual edição de Resolução pelo Senado suspendendo a eficácia da norma arrostada, tem-se que a inconstitucionalidade pronunciada

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999, p. 370.

incidenter tantum se restringe àquela específica relação processual (portanto restrito às partes em contenda), não adquirindo, outrossim, o atributo da autoridade de coisa julgada material, vez que passível de discussão em processo distinto.

Disso resulta que, ainda que se trate de decisão do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de análise de um caso concreto, a *declaração* de (in)constitucionalidade de norma terá efeitos restrito às partes, salvo quando houver a edição de súmula vinculante ou uso, pelo Senado Federal, do expediente tratado no inciso X do art. 52 da CRFB/88.

Foi ao Senado²³⁰ que o constituinte conferiu competência para, uma vez comunicado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à não-aplicação de determinada norma em determinado caso concreto em razão de sua incompatibilidade com a Constituição, expandir os efeitos da decisão ao restante da coletividade, isto é, “para que a decisão emanada do controle difuso tenha efeitos *erga omnes*”²³¹.

Consoante ressaltado por Elsa Pepino,

Ao atribuir ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, o Constituinte nacional manteve o controle concreto e resolveu o problema da eficácia *erga omnes* das decisões de inconstitucionalidade que o caracteriza, substituindo a força vinculante das decisões judiciais (a força dos precedentes), própria dos sistemas da *Commow (sic) Law*, pela resolução suspensiva do Senado, ou seja, com a resolução, cessa a eficácia da norma tida como inconstitucional e, conseqüentemente, generalizam-se os efeitos da decisão judicial, de forma que todos que se encontrem na mesma situação possam dela se beneficiar. Assim, se preservou o princípio da separação dos poderes (então verdadeiro dogma), principal obstáculo para dotar as decisões do Supremo Tribunal Federal do caráter de generalidade, e se afastou da ordem jurídica a aplicação das normas portadoras do vício da inconstitucionalidade.²³²

No que diz respeito aos seus efeitos, tem-se que a edição da resolução senatorial não importa a invalidação da norma incidentalmente dita inconstitucional pelo

²³⁰ Lembremos aqui que a exclusão do inciso X do art. 52 da CRFB/88, contida na PEC 130 de 1991, não foi acatada pelo Congresso Nacional (cf. nota 223)

²³¹ STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 471.

²³² JEVEAUX, Geovany Cardoso; PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. *Comentários às súmulas vinculantes com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 218.

Supremo, senão apenas bloqueia sua vigência²³³, não impedindo, pois, que a mesma seja empregada para juridicização de fatos que antecederem referido pronunciamento (eficácia *ex nunc* da resolução)²³⁴.

A resolução do Senado, assim, é veículo introdutor de uma norma de estrutura²³⁵ que impede a juridicização de futuros eventos cujos relatos (fatos), a princípio, seriam subsumíveis ao conceito delineado no antecedente da norma objetada.

Não é esta, contudo, a visão de Paulo de Barros Carvalho, para quem a resolução senatorial não atinge a validade nem a vigência, mas seria portadora de uma espécie de efeito paralizante ou “tampão” da norma incidentalmente declarada inconstitucional, tornando-a tecnicamente ineficaz²³⁶.

De todo modo, o que se quer manter em registro é que a resolução do Senado da República acarreta

um estado de inércia na validade, enquanto perdurarem as causas da contradição constitucional. Assim, se o STF passar a entender a norma anteriormente inconstitucional como constitucional, acaso recepcionada por Emenda Constitucional ou constituição posterior, pode o Senado, em tese, revogar a resolução legislativa que a suspendera. Se se tratar de outro dispositivo posterior com o mesmo conteúdo, agora considerado constitucional, esse novo ato não guarda relação com o anterior e, portanto, não se aplica a suspensão, sendo impertinente a questão revogatória.²³⁷

²³³ “O conceito de vigência (...) nada mais é do que uma consequência da função criadora exercida pela linguagem normativa para determinar o tempo e o espaço em que uma norma jurídica (em sentido amplo) terá força para regulamentar condutas.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 143).

²³⁴ A despeito de defender que a resolução do Senado ataca a eficácia da norma declarada inconstitucional, quanto à limitação prospectiva de seus efeitos *ex nunc*, ver Elsa Maria Lopus Seco Ferreira Pepino (*idem, ibidem*, p. 235-238).

²³⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 47.

²³⁶ “No caso de declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, pelo controle difuso, suspende-se sua eficácia mediante resolução do Senado, até que seja ela revogada pelo órgão competente. Em outras palavras, significará: certa norma vigente na ordem jurídica nacional teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, que comunica sua decisão ao Senado da República. Este, pela figura legislativa da resolução, manda suspender a eficácia técnica daquela regra, que permanecer vigente sem poder atuar, continuando também válida, até que o órgão que a promulgou venha a expulsá-la do sistema. O expediente da resolução do Senado traz um obstáculo de ordem sintática que caracteriza ineficácia técnica.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*, 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65)

²³⁷ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 160.

Refuta-se, assim, o entendimento inaugurado por Lúcio Bittencourt e trilhado pelo Ministro Gilmar Mendes²³⁸, no sentido de que a resolução do Senado somente se presta a dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, advindo desta o mesmo efeito que o decorrente da decisão exarada na via direta: parece-nos incorreto outorgar ao Senado o papel de um órgão de imprensa.

Em razão de uma escolha do constituinte, ou seja, sob um viés puramente dogmático, impossível atingir outra conclusão a não ser a de que a decisão tomada pelo Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade obtém foros de generalidade somente com a edição da Resolução do Senado, de arte que, mesmo nos julgamentos engendrados sob a metodologia do art. 543-B do CPC, não há como emprestar eficácia *erga omnes* ao comando decisório.

Noutra vertente de ideias, ademais de contrariar o texto constitucional, tem-se que tal compreensão baralha perigosamente as premissas adotadas pelas teorias (anulabilidade e nulidade do ato inconstitucional) que dão esteio a cada um dos modelos de controle: *do concentrado*, de que, uma vez inseridas por autoridade competente e segundo regular procedimento, todas as normas são presumidamente constitucionais e devem assim ser tratadas até que outra autoridade, também credenciada por normas superiores e segundo regular procedimento, enuncie em sentido contrário, quando somente então aquelas deixarão de pertencer ao sistema, isto é, serão consideradas inválidas, ou terão sua vigência comprometida (caso a decisão opere efeitos apenas prospectivamente); *do difuso*, na linha de que, quando considerar determinada lei inconstitucional, o tribunal somente terá competência para “rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto.”²³⁹

Ao se pretender mesclar de maneira açodada esquemas de pensamento que partem de pontos diametralmente opostos, invariavelmente logra-se corromper a higidez de ambos, pois acabam sendo inseridas no mesmo contexto proposicional ideias

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004, pp. 23/24.

²³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 303.

inconciliáveis. Ao menos que haja um debate profundo sobre a possibilidade de hibridação dos modelos de controle, devemos aplicá-los separadamente, respeitando as teorias que lastreiam cada um deles.

Isso não quer dizer que, tal como ocorre no Brasil, a convivência entre os modelos num mesmo sistema de direito seja impossível. A objeção dirige-se à aplicação retalhada dos modelos, criando-se estruturas enxertadas que carecem de um maior labor teórico, comprometendo a própria função das teorias, aqui entendida como um instrumento de classificação e previsão do “funcionamento” de seu objeto²⁴⁰, facilitando sua lida pelo ser cognoscente.

Para que fosse possível adotar o entendimento rechaçado, pois, seria imprescindível que se empreendesse uma profunda revisão em ambas as teorias (nulidade e anulabilidade da norma inconstitucional), buscando pinçar quais os elementos de cada uma delas que, num mesmo circuito de ideias, não conflitam entre si, debruçando-se cuidadosamente sobre a legitimação²⁴¹, o procedimento²⁴², as técnicas de decisão²⁴³ e os efeitos irradiados pelas mesmas, mormente no que atine aos prismas temporal e subjetivo.

Destarte, pouco importa se se trata do mesmo órgão jurisdicional e a questão analisada (constitucionalidade de norma) pareça ser a mesma²⁴⁴, a atuação do Supremo Tribunal Federal quando decide em sede abstrata, enquanto Tribunal Constitucional,

²⁴⁰ Tratando de todas as definições do conceito de “Teoria”, consultar ABBAGNAGO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 1122-1127.

²⁴¹ Veja que, no controle difuso, nenhum daqueles que são legitimados pelo texto constitucional a deflagrar o controle concentrado provoca o Supremo para a retirada da norma do ordenamento, não se devendo desconsiderar a importância deste primeiro filtro.

²⁴² Debruçando-se sobre a forma de escolha do(s) recurso(s) representativo da controvérsia, de sorte a permitir a seleção daquele(s) que contenha(a) o máximo de razões sobre a questão levada ao conhecimento da Corte; sobre a necessidade de ampliação do leque de *amici curiae*, bem como da retirada de qualquer constrição argumentativa que sobre eles recaia; sobre a necessidade, em última análise, de um amplo debate prévio à decisão, que, por assumir uma índole eminentemente política, exige sua democratização.

²⁴³ Por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, declaração de interpretação conforme à constituição, da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, da declaração de inconstitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade, etc.

²⁴⁴ Lembremos que, mudando o modo de aproximação, o objeto apreciado também pode mudar: uma mesa que, vista sob determinada distância, apresenta-se lisa, pode, quando vista noutro ângulo, apresentar uma superfície rugosa; uma norma que, vista sob um dado contexto fático, se apresenta inconstitucional, pode, numa abordagem desapegada dos elementos factuais, se mostrar compatível com a Constituição.

não se confunde com a função que desempenha ao decidir em via difusa, enquanto órgão jurisdicional que assegura a normatividade da Constituição sobre uma dada situação concreta.

Pelas decisões nesta senda exaradas o Supremo Tribunal Federal não altera o estado de direito²⁴⁵, ao menos não com a potência de fazer frente ao que restou decidido em decisão transitada em julgado.

3.3. A tendência de hibridação entre os modelos de controle – ainda a questão da alteração do “estado de direito”

Para o fim de inaugurar a reflexão acerca da proposta de hibridação dos modelos de controle de constitucionalidade no Brasil, entendemos que se mostra relevante tratarmos da discussão atinente à natureza das decisões que versam acerca da inconstitucionalidade, tema que há tempo ocupa a atenção de estudiosos do direito, porém sem que nele se tenha chegado a um consenso.

Em acirrada polêmica travada com Hans Kelsen, Carl Schmitt propugnava ser a jurisdição constitucional política. No seu entender, ao exercê-la, os tribunais se tornariam instâncias políticas: pelo controle haveria a judicialização da política.

Segundo essa vertente de ideias, a atividade judicial de defesa da Constituição não seria provida de índole jurisdicional, visto que o exercício da jurisdição pressuporia a existência de um caso concreto, *in verbis*:

²⁴⁵ Toda decisão judicial insere norma (ao menos no sentido amplo da expressão) no sistema, alterando-o, pois. Entretanto, essa alteração se dá de maneira subjetivamente limitada, tornando-se irrelevante para o direito objetivamente falando. Por outro lado, necessário dizer que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso inegavelmente têm o condão de persuadir juízes a decidirem num ou noutro sentido. Ademais, quando sedimentadas em determinado sentido, tais decisões pode se apresentar como *atos jurídicos* de algumas regras processuais, v.g. as que permitem o julgamento monocrático nos órgãos colegiados (art. 38 da Lei 8.038/90, arts. 544 e 557, ambos do CPC), e a que possibilita a não submissão da questão constitucional ao plenário dos tribunais (parágrafo único do art. 481 do CPC), em que pese a própria constitucionalidade desses comandos seja posta em xeque por autores de renomada, dentre eles Lenio Luis Streck (STRECK, Lenio Luis. *O fahrenheit sumular do brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>>, acesso em: 12.01.2013, p. 9)

a aplicação de uma regra ou outra é algo qualitativamente distinto da aplicação de uma regra a um caso concreto. Se é comprovada a existência de uma contradição entre a regra consubstanciada na legislação ordinária e a regra contida na Constituição, com a declaração de invalidade da primeira, não se pode dizer que realizamos uma aplicação da regra formulada na Constituição à regra legal, no mesmo sentido em que diríamos que existe aplicação judicial da regra ao caso concreto. Naquela, comparam-se regras a umas com as outras, e quando são encontradas colisões e contradições, que são possíveis por causas muito distintas, uma das regras elimina a outra. Nesta, quando a regra é aplicada judicialmente a um caso concreto determinado, se subsume um caso concreto a uma regra. O caso da colisão de regras revela, por conseguinte, que a decisão que a resolve não deflui do exercício de jurisdição, em face da inexistência de subsunção processual e concreta.²⁴⁶

O critério utilizado por essa corrente para dizer se uma atividade é ou não jurisdicional, assim, reside em observar se em tal atividade há ou não a aplicação de uma regra a um caso concreto.

Partindo da premissa de que, ao dizer que uma determinada norma não se compatibiliza com a constituição, o tribunal não aplica a norma-parâmetro, os adeptos dessa vertente de pensamento sustentam que o desempenho do controle de constitucionalidade não se reveste de cunho jurisdicional, mas sim legislativo. E por dizerem legislativo o ato de controle de constitucionalidade, esses autores professam a ideia de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade adquire foros de revogação.

No Brasil, encontramos na obra de Hugo de Brito Machado e na de Sylvio Motta e William Douglas entendimento que perfilha essa orientação. Colhe-se da doutrina do primeiro a seguinte ideia:

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei, ou outro ato normativo, pode dar-se em ação declaratória de controle de constitucionalidade, vale dizer, em ação direta de inconstitucionalidade, que a rigor não constituem ações no sentido técnico processual. (...) essa decisão tem efeito normativo. Ela retira da ordem jurídica uma norma, e repõe em seu lugar a norma anterior, que havia sido afastada pela norma declarada inconstitucional. Tem, assim, essa decisão, efeito que se opera no plano da normatividade. No plano das prescrições jurídicas gerais e abstratas. Não se situa no plano da concreção, como as decisões de caráter jurisdicional, que resolvem conflitos instaurados no plano da concreção do Direito. (...) Em outras palavras, a

²⁴⁶ SCHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 84-86 *apud* MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 136.

atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a conformidade da lei com a Constituição, na via do controle concentrado, não é de natureza jurisdicional. Nada tem com a concreção da norma. Não pode ser tida como atividade jurisdicional, eis que esta pressupõe um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do Direito.”²⁴⁷

Na mesma senda de entendimento, propõem os últimos autores antes mencionados que, ao exercer o controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal atua

como verdadeiro legislador atípico negativo. Legislador em virtude da própria natureza do controle abstrato. Atípico porque sua função típica é judicante. Negativo um vez que a decisão que julga procedente o pedido em uma ação direta de inconstitucionalidade provoca efeitos revogativos no objeto da ação.²⁴⁸

Capitaneada por Hans Kelsen, em sentido oposto encontra-se a doutrina segundo a qual a atividade de defesa da Constituição é, sim, detentora de índole jurisdicional.

Para essa corrente, o controle de constitucionalidade não deixa de ser uma atividade jurisdicional, ainda que exercido de maneira abstrata e a despeito de assumir “um caráter político em uma medida muito maior do que a função exercida ordinariamente pelos juízes e tribunais”²⁴⁹.

Essa asserção talvez possa ser entendida quando lembramos que, para Kelsen, a atividade de fixação do sentido normativo não detém uma feição jurídico-científica, mas sim jurídico-política: como o controle de constitucionalidade consiste em contrastar, no mínimo, duas proposições normativas, poderíamos dizer que, em Kelsen, o controle teria dois momentos jurídico-políticos; o primeiro, quando da fixação do sentido da norma-parâmetro, o segundo, quando da estipulação do conteúdo da norma-objeto.

Partindo de uma ideia consentânea com a doutrina de Kelsen, qual seja, de que a atividade de interpretação carrega consigo “além de conhecimento, um ato de vontade

²⁴⁷ MACHADO, Hugo de Brito. “Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal.” In *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 57, São Paulo: Dialética, junho de 2000, p. 74.

²⁴⁸ MOTTA, Sylvio; e DOUGLAS, William. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2000, p. 368.

²⁴⁹ MORAES, Guilherme Peña de. *ob. cit.*, p. 136.

por parte do intérprete”²⁵⁰, Luis Roberto Barroso curiosamente se afasta da postura adotada por esse autor, dizendo político o exercício da jurisdição constitucional.

Conquanto assim se posicione, Barroso faz questão de enfatizar que

O reconhecimento desse caráter político da jurisdição constitucional impõe redobrada cautela para que ela não se partidarize ou se desvirtue em instrumento de disputa pelo poder. Isto seria a sua ruína. Embora já não sejam cultivados o mito da objetividade plena ou a ficção da neutralidade do intérprete, o Judiciário deve ser um foro imparcial, onde impere o respeito ao fato e ao valor do pluralismo. Um espaço no qual reine a *razão pública*. (...) Vive-se a era da *democracia deliberativa*, em que o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de ideias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas política. Embora as decisões do Supremo Tribunal, como de qualquer corte constitucional, sejam finais, elas não cabem em si mesmas: são influenciadas pela realidade subjacente e, ao mesmo tempo, exercem sobre ela um poder de conformação. A legitimidade de uma decisão judicial, como a do poder em geral, situa-se na confluência entre o consentimento e o respeito.²⁵¹

O raciocínio despendido pelo autor em exame acerca do assunto vai ao encontro da teoria firmada por Habermas, pois deixa evidente que, precipuamente no exercício da jurisdição constitucional, a aferição da “correção” - *rectius*, legitimidade - da decisão perpassa pela refundição entre o direito e a moral²⁵²: a validade do primeiro, transformada em legitimidade, já não mais se contenta com a faticidade da coação estatal, antes também exige a adesão da comunidade a que se destina, disso decorrendo a exigência de que a busca pela razão não seja centrada no indivíduo, senão nas condições do discurso.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

²⁵¹ Idem, *ibidem*, pp. 83-84.

²⁵² Destaque-se, contudo, que essa refundição não acarreta o esgotamento do direito na moral. Como destaca Habermas, “Enquanto for mantida a *diferença das linguagens*, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa a moralização do direito. (...) O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito e engatadas no código jurídico. Entretanto, por trás dessa uniformidade do código oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica por que, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, portanto considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzindo-os em argumentos jurídicos.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 256-257)

A par de concordarmos com boa parte delas, entendemos ser pertinente tecer algumas considerações acerca das propostas firmadas na doutrina do autor antes citado.

Quanto ao ponto de partida de seu raciocínio, observamos que, por conta da mudança operada pela tópica²⁵³, a introdução da razão prática, quer isso dizer o uso da razão para a ação e não apenas para a observação no discurso jurídico, tornou irrelevante, para o fim de classificá-lo, a existência, em seu bojo, de um ato de vontade: a existência de um ato de vontade (aqui entendido não como um ato arbitrário, mas sim como uma ação pautada na razão) não tem o condão de desnaturar as decisões jurídicas, transformando-as em atos de política, tal como defendido por Kelsen.

Quanto à conclusão, é inegável que à jurisdição constitucional assiste uma função política. Nada obstante, também se mostra indubitosa a possibilidade de enxergá-la por meio de uma pauta jurídica.

A qualidade dos argumentos que nela devem ser empregados – segundo qualificação de Dworkin, *argumentos de princípios*, voltados a obter a adesão daqueles a quem o discurso se dirige acerca da existência de um direito -, o grau de responsabilidade que, em razão do “princípio da integridade”²⁵⁴, se exige daqueles que nela tomam parte - intitulada por Dworkin de *consistência articulada*, que impõe um grau coerência com o histórico institucional não encontrado no discurso político, voltado para a definição de meios para o atingimento de metas coletivas - e a capacidade de influir sobre decisões que o órgão que a desempenha se encontra predisposto a ulteriormente tomar – chamada por Dworkin de *força gravitacional*,

²⁵³ “A proposta da tópica é justamente incluir no âmbito da teoria do direito uma teoria da decisão judicial, que tome por base como efetivamente se constrói o raciocínio judiciário. (...) a tópica considera possível, ao contrário do que ocorria no normativismo de Kelsen e Hart, ao menos uma versão mais modesta de racionalidade, bem sintetizada na expressão ‘lógica do razoável’. A tópica rejeita o ceticismo absoluto do normativismo kelseniano, resgatando a possibilidade da razão prática (razão voltada para a ação) no âmbito da metodologia jurídica. (...) Para a tópica, é através de argumentos razoáveis que a decisão logra obter a adesão da comunidade a qual se dirige. Há, na tópica, uma grande fé no poder de persuasão dos melhores argumentos. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 138-140)

²⁵⁴ “O princípio da ‘integridade’ caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 267)

desdobramento externo e prospectivo da exigência de consistência articulada -, delineiam a pauta que orienta a jurisdição constitucional, denotando, sob o prisma do método²⁵⁵ que nela deve ser empregado, sua raiz jurisdicional.

Para além, como anota Angelina Mariz de Oliveira,

(...) o conceito de ação não está na Constituição Federal, está pressuposto em normas, jurisprudência e estudos doutrinários anteriores a ela, que obrigatoriamente devem ser utilizados, conforme determinado pela norma fundamental. Em decorrência de um consenso social, o conhecimento humano anterior à positivação de uma constituição deve ser utilizado em sua elaboração e aplicação.

Assim, quando o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade é qualificado pela Constituição de 1988 como ação, está submetido ao regime e à disciplina jurídica desse instituto jurídico.²⁵⁶

Assim, se considerarmos que seu procedimento e efeitos são regrados por normas jurídicas, bem como que seu exercício foi entregue a um órgão que deve operar sob o código jurídico e não político, então concluímos que a decisão acerca da constitucionalidade de leis é jurisdicional.

Por outro lado, se considerarmos que a política é o sistema dirigido a firmar decisões que vinculam toda a coletividade²⁵⁷, percebemos que, detentoras de efeito vinculativo e geral, as decisões provenientes da jurisdição constitucional dispõem de uma forte conotação política, tal como antes foi dito, assemelhando-se com os atos legislativos, pois “Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então a doutrina vai identificá-lo como lei material.”²⁵⁸

²⁵⁵ O que não impede que o método jurídico seja corrompido e usado para justificar decisões tomadas com base em argumentos de política, no que o órgão incorreria numa “inautenticidade metodológica” (cf. nota 37 *supra*)

²⁵⁶ OLIVEIRA, Angelina Mariz de. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 34.

²⁵⁷ “(...) o sistema político constitui um dos subsistemas funcionais da sociedade, que opera desde o seu respectivo ponto de vista com a função de *tomar decisões que vinculem a coletividade*. (...). O direito é o subsistema social que se diferencia com a função de generalizar expectativas normativas de forma congruente na sociedade. Ou seja, cabe ao direito garantir a manutenção de expectativas normativas, ainda que estas venham a ser frustradas pela adoção de comportamentos divergentes.” (VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 58-61).

²⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 190.

É em razão dessa circunstância que podemos dizer que a alteração do direito objetivo exige que o veículo introdutor (norma concreta e geral)²⁵⁹ tenha em seu antecedente um fato jurídico que, antes de ser interiorizado / juridicizado, pertença à política: é nesse campo que se tomam decisões inclinadas a vincular toda a coletividade²⁶⁰.

Discorrendo sobre a diferenciação entre legislação e jurisdição, podemos dizer que

Com a primeira, que é a *legislação*, [o Estado] estabelece norma que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros *tipos*, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões.

Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na *jurisdição*, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.²⁶¹

A inauguração / modificação do direito em seu plano objetivo, ou seja, a inserção de enunciados-enunciados que servem de ponto de partida para *reconstrução*, pela interpretação, das normas abstratas e gerais, é tarefa tipicamente exercida pelo Legislador, que por excelência é um órgão político²⁶².

²⁵⁹ “(...) concreta, porque indicativa do exercício de dada competência normativa realizada no plano do acontecimento; geral, porque determina a todos a obrigatoriedade de reconhecer o conteúdo veiculado pela lei como pertinente *a priori* ao sistema jurídico, como produto da condita legítima da autoridade em exercer a permissão de criar uma norma. É esta norma geral e concreta que Paulo de Barros Carvalho denomina *fonte formal* ou *veículo introdutor* de normas jurídicas” (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.50)

²⁶⁰ “Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.” (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1449-1450)

²⁶¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38.

²⁶² “No quadro de divisão de funções entre os Poderes da República, tocam ao Legislativo as tarefas precípua de legislar e de fiscalizar. (...) A edição de atos normativos primários [isto é, que alteram a ordem jurídica em sua perspectiva objetiva], que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Poder Legislativo.” (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *ob. cit.*, p. 911 e 933).

A jurisdição constitucional, pois, dispõe de uma “dimensão política”.

Por conta dessa “dimensão”, ao dizermos que qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, seja porque provém de seu órgão pleno, seja porque oriunda de um procedimento qualificado (repercussão geral), possui o condão de alterar objetivamente a ordem jurídica, acabamos criando uma coincidência entre jurisdição e legislação que, não tendo sido constitucionalmente estipulada, deságua num cenário propício à instauração de uma concorrência entre os Poderes Judiciário e Legislativo na busca por uma posição de proeminência no desempenho das atribuições Estado.

Nesse cenário, a “tendência de hibridação” dos modelos de controle, ao menos como vem sendo proposta no Parecer que será objeto de nossa análise, acaba transparecendo se tratar de uma investida do Poder Judiciário em direção à referida posição de proeminência.

No outro lado dessa disputa, vê-se uma clara reação do Congresso Nacional quando analisamos a Proposta de Emenda n.º 33/2011, por meio da qual, em suma, se propõe: *a*) a ampliação do quórum necessário para a declaração de inconstitucionalidade e aprovação de súmulas vinculantes; *b*) o condicionamento da eficácia de todas as súmulas vinculantes e das decisões do Supremo Tribunal Federal que declarem a inconstitucionalidade de emenda constitucional à sua prévia deliberação.

Nesse contexto, necessário rememorarmos, com recurso à doutrina de Andre Ramos Tavares, que a introdução do mecanismo da resolução senatorial no direito brasileiro consistiu numa

(...) solução engenhosa, encontrada para conferir efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo STF em um caso concreto, sem se instaurar qualquer atrito entre os Poderes, e sem se permitir a continuidade da existência de leis inconstitucionais dentro do sistema pátrio.²⁶³

²⁶³ TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do senado federal *in Revista dos Tribunais*: São Paulo. São Paulo, n.819, jan. 2004, p. 49.

Portanto, a forma como vem sendo proposta a tendência de hibridação, sem prévio e profundo debate não só na prática judiciária, como também no meio acadêmico e político, empurra essa disputa a um ponto perigoso, criando um estado de insegurança incompatível com o que a sociedade anseia possa o direito lhe oferecer²⁶⁴.

Não discordamos que a Constituição, como todo e qualquer texto, tenha ou não pretensões normativas, possa ter seu sentido alterado sem que seus enunciados sofram qualquer modificação. Essa é uma contingência inerente à oscilação que o campo semântico dos signos empregados no texto constitucional experimenta com o passar do tempo: a concepção que temos de “liberdade”, “igualdade”, “dignidade” invariavelmente irá variar ao longo da história, e também assim, por conseguinte, as normas que tomarem os significados desses signos como fatores determinantes de sua configuração.

A mutação constitucional, consistente na mudança da constituição sem alteração de seu texto, em verdade, não só é inevitável, como também querida:

É desejável por permitir que a constituição se atualize historicamente em relação aos pressupostos normativos das práticas sociais, que também estão em permanente mutação. É inevitável porque a definição do escopo das normas constitucionais não deflui de maneira imediata de seus dispositivos, já que estes possuem uma textura aberta, especialmente quando estão em pauta os importantes princípios antes mencionados.²⁶⁵

Entretanto, a despeito da possibilidade de a constituição vir a ser alterada sem a modificação de seu texto, a questão que vem à tona é se o Supremo Tribunal Federal, contrariando uma consolidada tradição, pode, com base nessa possibilidade - “mutação constitucional” -, dizer que do texto “suspender” se deve interpretar “publicar”.

Enfim, o que aqui se pretende investigar é se a tese de enfeixamento dos modelos de controle consiste ou não numa legítima mutação constitucional.

²⁶⁴ “A revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica.” (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *ob.cit.*, p. 435.

²⁶⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223-224.

Em resposta a essa indagação, valemo-nos das críticas feitas por Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Esses autores, tratando da já não tão nova perspectiva que se quer emprestar ao controle difuso, pela qual às suas decisões são outorgados os mesmos efeitos provenientes das decisões proferidas no controle concentrado, consignam que

Esta diferenciação [entre o controle difuso e o controle concentrado] possui outros desdobramentos possíveis no quadro do sistema constitucional. Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado poderá existir, neste controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo Tribunal estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui em última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação.

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade *é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. **Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.**

Se a Constituição – seja na sua versão original, seja naquela que decorreu das reformas realizadas pelo poder constituinte derivado – elabora tão preciosa diferenciação entre controle concentrado e controle difuso, não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática.

(...)

O que está em jogo na presente discussão é a própria sobrevivência do controle difuso e os efeitos que dele devem ser retirados. *Não por diletantismo acadêmico-intelectual, mas pela objetiva e singela razão de que a Constituição da República possui determinação expressa sobre o papel do Senado neste sentido e que não foi revogada*. Por isso cabe insistir nesse ponto, e não apenas em nome de uma suposta defesa da tradição pela tradição, *mas de todo um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira*; e da grave lesão que representa para o ‘modelo constitucional do processo’ e do sistema de garantias constitucionais

dos direitos fundamentais a atribuição de eficácia *erga omnes* de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de *recurso extraordinário*.

E isso envolve uma discussão paradigmática que está presente a todo momento nas presentes reflexões (afinal, o Estado Democrático de Direito é um paradigma constitucional e o que dele menos se pode dizer é que dá guarida a ativismos e decisionismos judiciais).

Parece que a diferença está na concepção do que seja vigência e eficácia (validade). *Decidir* – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – *que qualquer decisão do Supremo Tribunal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição*. Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, *uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula* (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em ‘equiparar’ o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar *em efeito vinculante*). E súmula não é igual a controle concentrado.

Assim, ‘se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos - dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, *porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco* (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades). (...)

Uma decisão de inconstitucionalidade – em sede de controle dito ‘objetivo’ (sic) - funciona como uma derrogação da lei feita pelo Poder Legislativo. O Supremo Tribunal Federal, ao declarar uma inconstitucionalidade no controle concentrado, supostamente funciona como ‘legislador negativo’ (sic). Por isso também são bem distintos os efeitos das decisões de inconstitucionalidade em países que possuem controle difuso ou controle misto (concentrado-difuso) e aqueles que possuem apenas o controle concentrado, bastando ver, para tanto, como funcionam os tribunais constitucionais europeus em comparação com os Estados Unidos (controle difuso *stricto sensu*) ou o Brasil (controle misto). (...) Em face disso é que, em sede de controle difuso, torna-se necessário um *plus* eficaz à decisão do Supremo Tribunal, introduzido em 1934, com o objetivo de conceder efeito *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade (hoje o art. 52,X). Observemos: tanto no controle concentrado como no difuso o Supremo Tribunal Federal decide através de *full bench*. A diferença é que, na primeira hipótese, o controle é ‘objetivo’ (é ‘em tese’, como diz a doutrina, embora saibamos que não há decisões *in abstracto*); no segundo caso, o julgamento representa uma questão prejudicial de um determinado “caso jurídico”. Mas, então, há que se perguntar: se em ambos os casos o julgamento é feito em *full bench* e o *quorum* é o mesmo (mínimo de seis votos), *o que realmente diferencia as decisões?* (...) *Mas, se são iguais, porque são diferentes?* Aí é que está o problema: as decisões exsurgentes do controle difuso não possuem autonomia, *pois dependem do ‘socorro’ do poder legislativo* para adquirir força vinculante *erga omnes*. É uma questão de cumprimento do princípio democrático e do princípio do devido processo legal. É nesse sentido que o Senado, integrante do Poder Legislativo, ao editar a resolução que suspende a execução da lei, atuará *não no plano da eficácia da lei* (essa é feita em controle concentrado pelo STF), mas, sim, *no plano da vigência da lei*. Daí que, no primeiro caso – controle concentrado – o efeito pode ser *ex tunc*; no segundo caso – controle difuso – o efeito somente poderá ser *ex tunc* para aquele caso concreto e *ex nunc* após o recebimento desse *plus* eficaz advindo de um órgão do Poder Legislativo.(...) Na verdade, o que faz a riqueza do sistema são essas possibilidades de divergir. Conseqüentemente, *não é qualquer decisão que pode ser vinculante*. E isso é absolutamente

relevante. Afinal, nosso sistema não é o da *common law*. Aliás, mesmo no sistema da *common law*, há que se levar em conta, como bem lembra Dworkin, a força gravitacional dos precedentes. *Uma decisão só pode ser considerada como sendo 'um precedente' retrospectivamente se for considerado o caso concreto objeto de apreciação aqui e agora. Caso contrário, adotaríamos a tese da aplicação mecânica dos precedentes, típica do positivismo exegético, enfim, do convencionalismo estrito*.

Deve, ainda, ser ressaltado que 'Se entendermos que uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso vale contra tudo e contra todos, além de ter efeito *ex tunc*, também teremos que entender que *uma decisão afirmando a constitucionalidade de uma lei deve ter igual efeito*. E teremos que suportar as conseqüências. E os efeitos colaterais. (...) Assim, por uma exigência de integridade no Direito (Dworkin), parece óbvio afirmar que a norma constitucional que estabelece a remessa ao Senado (art. 52, X) não poderia ser 'suspensa' em nome de argumentos políticos ou pragmáticos.

Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobretudo a força normativa da Constituição – mas também suportar as conseqüências, *uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição*. E, não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é.'

Colocados em tópicos, os fundamentos do raciocínio da doutrina acima transcrita podem ser assim articulados:

- a) no controle concentrado, as entidades constitucionalmente indicadas servem como primeiro filtro democrático para deflagração da discussão, ficando o Supremo Tribunal Federal como instância de reflexão definitiva acerca do tema; entretanto, no controle difuso, ao Supremo compete o papel de primeiro filtro, cabendo ao Senado a função de instância de reflexão definitiva, sendo esse, em que pese alguns sustentem ultrapassado, o procedimento desenhado pela Constituição para assegurar o amadurecimento democrático da questão nessa modalidade de controle;
- b) ao equipararmos os efeitos das decisões proferidas em controle concentrado e difuso, ferimos os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois nesse caso a esfera jurídica de terceiros que não tiveram assegurado o direito de participação na tomada de decisão será afetada;
- c) a garantia a tais princípios é reforçada quando se mantém em linha de conta que os efeitos da resolução senatorial somente podem operar

prospectivamente, não repercutindo sobre os atos de aplicação que subsumirem à norma abstrata cuja eficácia é suspensa fatos anteriores à decisão da Casa Alta do Congresso;

- d) tendo o constituinte formulado meticulosa diferenciação entre o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade, não faz sentido aplicar a este o regime definido para aquele, ao menos não sem que haja uma mudança no cenário normativo, feita por agentes credenciados no sistema: o Congresso Nacional;
- e) a preservação do modelo já sedimentado em nossa tradição não se dá pela defesa desta em razão de si mesma, senão em respeito a “*todo um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira*”, devendo aqui ser mencionado que a mudança de paradigmas interpretativos deve ser feita de maneira parcimoniosa, vez que carregada de inseguranças, o que não se compagina com um sistema – direito – que se volta a conferir segurança aos que dele se servem;
- f) em última análise, se vier a entender que qualquer de suas decisões detêm os mesmos efeitos das proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidirá de maneira contrária à Constituição;
- g) se os efeitos das decisões proferidas em tal ou qual modelo de controle forem equiparados, torna-se um sem-sentido a disposição constitucional que exige uma maioria qualificada (dois terços) para edição de súmulas vinculantes, pois uma decisão que, em controle difuso, não atingir esse quórum irradiará semelhantes efeitos dos promanados por elas, em que pese, para a aprovação das mesmas, sejam demandadas reiteradas decisões sobre o tema em igual sentido, seguidas de deliberação da maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal;²⁶⁶

²⁶⁶ Em sentido contrário, sustenta Marinoni a edição de súmula vinculante somente tem sentido quando a *ratio decidendi* dos precedentes do STF, que *de per se* seria detentora de eficácia vinculante, não for clara: “A *ratio decidendi* nem sempre é imediata e facilmente extraível de um precedente, e, em outras situações, pode exigir a consideração de várias decisões para poder ser precisada. Nessas hipóteses é

- h) ao exercer o controle “objetivo”, o Tribunal Constitucional supostamente opera como “legisladora negativo”, disso decorrendo a distinção dos efeitos provenientes das decisões de inconstitucionalidade proferidas em países cujo sistema é puramente difuso ou misto e naqueles em que existe apenas o controle concentrado, o que pode ser constatado pela comparação de como funcionam os tribunais constitucionais europeus com o dos Estados Unidos (controle difuso *stricto sensu*) ou com o do Brasil (controle misto). E é exatamente em razão dessa diferença que, no Brasil, em sede de controle difuso, se exige um “plus” eficaz à decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme a exigência radicada no art. 52, X, de nossa Constituição atual;
- i) a despeito de tanto no controle abstrato quanto no controle concreto a inconstitucionalidade somente poder ser decretada pela maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, as decisões provenientes de cada uma das espécies se diferem: a uma, visto que, na primeira hipótese, o controle é exercido em tese, ao passo que, na segunda, a compatibilidade da norma sindicada com a constituição é aferida enquanto questão prejudicial de um determinado “caso”²⁶⁷; e, a duas, por conta de as decisões provenientes do controle difuso, diante do princípio “democrático e do princípio do devido processo legal”, não possuem autonomia, dependendo “do ‘socorro’ do poder legislativo para adquirir força vinculante *erga omnes*.”

imprescindível uma decisão que, sobrepondo-se às decisões já tomadas a respeito do caso, individualize a *ratio decidendi*, até então obscura e indecifrável. Foi para tais situações que o constituinte derivado estabeleceu, no art. 103-A da CF, o procedimento para a criação de súmula com efeito vinculante. Quando a *ratio decidendi* ressaí de forma cristalina da decisão, a súmula é absolutamente desnecessária. Mas, quando existem decisões de natureza complexa e obscura, deve-se editar súmula para restar precisada a *ratio decidendi*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85).

²⁶⁷ E a interpretação de uma norma, melhor dizendo, a reconstrução do sentido de um determinado conjunto de enunciados para a formação da norma é atividade que, num determinado caso, restará diretamente influenciada pelas características da situação concreta enfrentada: “A postulada teoria do direito continua tendo como tarefa reconstruir racionalmente o direito vigente de tal modo que este permita uma decisão correta em cada nova situação de aplicação. Agora, porém, a teoria contém apenas tarefas para uma quantidade *flexível* de princípios e determinações de fins, a qual é inserida no respectivo discurso de aplicação segundo uma ordem transitiva e referida a um caso. As relações das normas válidas *modificam-se*, dependendo da constelação de características relevantes de um caso a ser decidido.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 272).

- j) à luz do que acima foi dito, conclui-se que, no direito brasileiro, não é qualquer decisão que assume eficácia vinculante. Ademais, mesmo no sistema da *commom law*, a eficácia vinculativa fica adstrita à força gravitacional dos precedentes, sendo certo que “*Uma decisão só pode ser considerada como sendo ‘um precedente’ retrospectivamente se for considerado o caso concreto objeto de apreciação aqui e agora. Caso contrário, adotaríamos a tese da aplicação mecânica dos precedentes, típica do positivismo exegético, enfim, do convencionalismo estrito*”.
- k) Caso digamos que uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso opera efeitos vinculantes, *erga omnes* e retroativos, devemos também entender que se essa decisão afirmar a constitucionalidade de uma lei ela se revestirá de similares efeitos; pela exigência de integridade no Direito, conforme doutrina de Dworkin, resulta óbvio afirmar que a norma insculpida no texto constitucional que exige a remessa ao Senado não pode ser ela mesma “suspensa” (não aplicada) com base em argumentos políticos ou pragmáticos;
- l) Não aplicar a norma veiculada no art. 52, X, da CRFB/88, por configurar precedente de flagrante descumprimento de norma constitucional, comprometendo sobretudo sua força normativa, acarreta uma quebra na integridade do Direito, “*uma vez que a integridade também supõe [notadamente] integridade da própria Constituição*”.

A posição que podemos dizer extremada da “hibridação”, que prega a superação de toda e qualquer distinção que havia entre os efeitos operados pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado e difuso, pois, acaba permitindo a ele extrapolar os poderes que lhe fora investidos

Ao contrário do que ocorre no controle concentrado, no controle difuso o Supremo Tribunal Federal ocupa o papel de órgão que encerra, após o percurso do caminho das instâncias, um primeiro reduto de reflexão acerca da constitucionalidade de

uma determinada norma, competindo ao Senado a segunda e decisiva palavra sobre a matéria: foi por meio desse procedimento que o constituinte pretendeu democratizar tal discussão quando o tema estiver sendo aventado em controle difuso.

Noutros termos, contrariando o procedimento estabelecido na Constituição para que ao Supremo Tribunal Federal se mostre válido tomar decisões vinculativas, a hibridação, tal como vem sendo proposta, acaba sendo antidemocrática²⁶⁸

Não é o órgão que o desempenha que deve ser visto como fator determinante para a aferição dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade, mas sim o respeito ao procedimento constitucionalmente estipulado.

Ademais, a par de olvidarem que o Supremo Tribunal Federal também integra um Poder constituído - aliás, constituído exatamente para salvaguardar as normas constitucionais -, aqueles que defendem que de suas decisões em controle concreto defluem os mesmos efeitos das que profere em controle abstrato incorrem na mesma falha cometida por Dworkin quando da elaboração de sua teoria da decisão, pois acabam situando o critério para análise da “correção” da conclusão obtida no discurso sobre elementos que dizem respeito ao indivíduo (no caso, o STF), e não ao processo de comunicação através do qual é conduzido²⁶⁹.

Outrossim, devemos guardar em linha de conta que nosso ordenamento, fundado na tradição romano-gerânica, tem na lei o ponto de partida do raciocínio normativo,

²⁶⁸ Como asserta Bobbio, a democracia deve ser entendida “(...) algo que se caracteriza através de uma série de regras ... que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões envolvendo a coletividade e que tipo de procedimentos devem ser aplicados.” (BOBBIO, Norberto. *The Future of Democracy*. Cambridge, 1987, p. 24 *apud* HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume II, 2.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 26)

²⁶⁹ “Vale reproduzir o argumento de Habermas: “Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. (...) é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção de das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorarem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’ (Habermas cita a obra homônima de Häberle), ao invés de apoiá-las no ideal de personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.” (HABERMAS, Jürgen. *ob cit*, p. 277-278).

devendo ser aplicado *cum grano salis* as propostas que acabam elevando os precedentes a verdadeiras fontes de direito:

A pretexto de solucionar os problemas de excesso de processos em tramitação nos tribunais, movidos por uma onda reformista a qual temos muito a elogiar, vislumbramos também algumas perplexidades, pois preferiu-se a via mais fácil, ao engendrar-se a ubiqüidade da insegurança, com a mistura de institutos típicos do *Common Law*, como o *stare decisis*, e aqueles do Estado de Direito fundado na legalidade e constitucionalidade. Esquecem-se, os arautos dessa inominável erronia, que nos países de *Common Law* a *practice* convive ao lado do *Rule of Law*, ao qual os critérios de precedentes não se aplicam. E como na maioria desses ordenamentos não há rigidez constitucional e sequer Constituição escrita, transpor para o direito brasileiro e seu peculiar Sistema Constitucional Tributário construções coerentes com o Estado de Direito do *Rule of Law*, para aplicação em matéria constitucional, é algo que não encontra qualquer cabimento. Esta crítica vale para muitas hipóteses de *súmulas vinculantes* que não se vejam amparadas em certo número de julgamentos de igual teor e quando todos os argumentos tenham sido esgotados pelas partes afetadas.

O avanço dos precedentes como fonte do direito é um fenômeno complexo e que tem recebido rápida difusão em muitos países. Entretanto, a notável importância da introdução dos precedentes como fontes do Direito Tributário requer igualmente cautelas, para evitar que o princípio de legalidade tributária seja mitigado pelo direito julgado nos tribunais. Os princípios democrático e republicano que definem as bases constitucionais das relações entre poderes e fontes do direito só podem ser efetivos onde prevaleça o impero da legalidade. De qualquer modo, a consolidação de jurisprudência e os precedentes, se bem empregados, podem ser meios fundamentais de segurança jurídica para a efetividade dos direitos e liberdades no Estado Democrático de Direito, pela conexão entre realidade, práxis jurídica e estabilidade de expectativas jurídicas na sociedade complexa.²⁷⁰

À luz dessa advertência, logra-se na obra de Samuel Meira Brasil Jr. uma boa proposta para o deslinde da questão ora em análise, que, poderíamos dizer, consiste em saber como e em qual medida se mostra possível visualizar no precedente uma fonte primária do direito quando se está lidando com um sistema de tradição romano-germânica²⁷¹.

²⁷⁰ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 357/358.

²⁷¹ “Dentre os muitos sistemas jurídicos encontrados no mundo, dois em especial merecem referência neste estudo, em razão das características de cada um sobre o valor e a força dos precedentes judiciais. São eles o sistema Romano-Germânico (chamado pelos povos de língua inglesa de *Civil Law*) e o sistema Anglo-americano (também chamados de *Common Law*). No *Civil Law*, a norma jurídica elaborada pelo legislador (lei) é considerada como fonte primária do direito. As decisões dos tribunais não têm a mesma hierarquia como fonte e, portanto, os juízes não estão vinculados aos precedentes judiciais. A referência à jurisprudência tradicionalmente sempre teve uma função secundária e somente na hipótese de lacuna ou omissão na lei. No *Common Law*, ao contrário, a fonte primária do direito advém dos precedentes judiciais, pois as decisões dos tribunais são vinculantes, isto é, são alçadas à condição de norma abstrata.” (BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes Vinculantes e Jurisprudência Dominante na Solução das Constrovsias*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 11).

Debruçando-se especificamente sobre o efeito vinculante que se pode extrair dos precedentes - ponto dentro da proposta de aproximação dos modelos de controle que repercute no objeto da presente investigação -, esse autor esclarece que em nosso ordenamento é possível organizar os precedentes numa escala de vinculatividade²⁷².

O primeiro patamar dessa escala é ocupado pelos *precedentes detentores de eficácia normativa plena*, quais sejam, aqueles que obrigam os demais tribunais e a Administração a se submeter à sua *ratio decidendi*, isto é, aos motivos determinantes para a tomada de decisão.

No Brasil, são detentores de eficácia normativa plena, assumindo, portanto, o papel de *fonte primária do direito*²⁷³ as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas no exercício do controle concentrado de constitucionalidade (cf. §2º do art. 102 da CRFB/88 e art. 28 da Lei 9.868/99), bem como aquelas que redundam na edição de súmula vinculante (cf. art. 103-A da CRFB/88).

No segundo patamar habitam os *precedentes detentores de eficácia normativa intermediária*, que “impõem um padrão de comportamento (no julgamento) para os tribunais e juízes, independentemente de exigir diretamente o resultado (não admite, por exemplo, a reclamação), sob pena de invalidar o julgamento (reformular ou anular).”²⁷⁴

Assim, em que pese não tenha que ser obrigatoriamente seguido, o entendimento firmado nesses julgados irradia efeitos para além do caso julgado, pelo que seria inapropriado outorgar ao mesmo uma eficácia meramente persuasiva.

²⁷² Apesar de a visão desse jurista se aproximar do entendimento dos autores mencionados na nota n.º 277 infra, em seu trabalho há uma proposta de escalonamento dos precedentes de acordo com o grau de sua força vinculante, o que não se enxerga na obra dos demais. (idem, ibidem, p. 90)

²⁷³ Na verdade, a decisão (norma) não é uma fonte do direito, senão produto (mediato, pois carecedora de interpretação) de uma fonte, qual seja, no caso, a enunciação (atividade) levada a cabo pelo Supremo (esta sim, enunciação, a fonte – cf. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, *passim*). Nesses casos resulta que, considerando ser a legislação a atividade do Estado pela qual são editadas as normas abstratas e gerais, o Supremo Tribunal Federal é alçado à condição de verdadeiro legislador; suas decisões, aqui, terão “força de lei”, alterando, pois, o “estado de direito”. (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeito vinculante das decisões judiciais *in Fundamentos do Processo Civil Moderno*, II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 1134)

²⁷⁴ BRASIL JR., Samuel Meira. *ob. cit.* p. 90.

Da eficácia normativa intermediária decorreria

(i) a desnecessidade de se observar o princípio constitucional da reserva do plenário na hipótese de a inconstitucionalidade já haver sido reconhecida pela jurisprudência do próprio tribunal ou do Supremo Tribunal Federal; (ii) a submissão do recurso ao órgão colegiado que o regimento indicar, com o escopo de *prevenir* ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (a prevenção da divergência ocorre pela vinculação); (iii) a dispensa do reexame necessário previsto no art. 475 do CPC quando a sentença reproduzir jurisprudência do plenário do STF; (iv) o julgamento monocrático pelo relator, com fundamento em jurisprudência do próprio tribunal ou de tribunal superior; (v) o não recebimento da apelação pelo juiz de 1º grau quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ e do STF; (vi) o provimento do recurso especial no agravo de instrumento; (vii) o julgamento de plano do conflito de competência, quando houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada; (viii) a instituição de súmula ou precedente para a uniformização da jurisprudência do tribunal; (ix) a admissibilidade de recurso extraordinário por repercussão geral, que se presume quando a decisão impugnada contrariar súmula ou jurisprudência dominante do tribunal; (x) a suspensão da admissibilidade de recurso especial, quando houver jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; (xi) a possibilidade de o juiz julgar improcedente o pedido (portanto, mérito) antes da citação do réu, na hipótese de sentenças repetitivas do próprio juízo – há, aqui, uma vinculação do julgador aos precedentes do próprio juízo; *etc.*²⁷⁵

A par dessa *eficácia normativa intermediária*, para o presente trabalho faz-se de rigor que mantenhamos em linha de conta que, nesses casos, “A eficácia vinculante não é plena, porque não vincula a administração pública, mas apenas os respectivos órgãos do Poder Judiciário.”²⁷⁶

Por derradeiro, no terceiro e último patamar encontram-se os *precedentes detentores de eficácia meramente persuasiva*, quais sejam aqueles que não vinculam sequer indiretamente, mas que podem exercer certa influência na formação do convencimento do julgador, seja pela qualidade do raciocínio empreendido quando de sua formação, seja pelo prestígio gozado por quem o formulou.

Desse modo, à luz de aludido escalonamento, ainda que se admita que não só às decisões em controle concentrado e às súmulas vinculantes se possa outorgar certo grau de eficácia normativa, certo é que, no direito brasileiro, apenas tais decisões gozam da

²⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 94-96.

²⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 96.

capacidade de obrigar a todos os demais aplicadores do direito a se curvarem à *ratio decidendi* empregada em seu bojo.

Em tempo, devemos registrar que a obrigatoriedade, ou a *força normativa plena*, das normas jurídicas inseridas no sistema por tais decisões não decorrerá diretamente delas, mas sim da norma, editada pelo legislador constituinte, que lhe outorga essa potência.

Quando se está trabalhando num sistema de tradição romano-germânica, por essa forma de abordagem logra-se arrefecer o debate em torno da (im)possibilidade de se alçar um precedente judicial à categoria de fonte primária do direito²⁷⁷, sendo esta outra constatação que também colhemos da pena do autor ora em estudo, *in verbis*:

Há um expressivo debate na doutrina sobre a utilização do precedente como *fonte do direito*. Muitos negam, entendendo que somente a lei pode ser fonte do direito, enquanto outros aceitam. Ocorre que o debate tradicional limita-se à utilização do precedente *persuasivo* como fonte. Na hipótese de precedente vinculante previsto em lei (ou na Constituição), então o debate perde sua intensidade pois a própria norma jurídica elege o precedente como fonte.²⁷⁸

Assim, sem desconhecer a posição acenada por autorizadas vozes²⁷⁹, as alterações experimentadas nos últimos tempos²⁸⁰, a despeito de aproximarem, não

²⁷⁷ Sobre a visualização dos precedentes como fonte do direito, conferir: ZACCARIA, Giuseppe *La jurisprudencia como fuente de derecho: una perspectiva hermenêutica*. Coletado em: <http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia32/Isono_325.pdf>; acesso em 26.02.2013.

²⁷⁸ BRASIL JR., *ob.cit.*, p. 24.

²⁷⁹ Além do autor Samuel Meira Brasil (BRASIL JR., *ob.cit.*, p. 267-276.), podemos citar a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1198 e ss.); Luiz Guilherme Marinone (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 462 e ss.); Luiz Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157). A meio caminho, parecer ser a doutrina de Teoria Albino Zavascki. Para esse autor, a despeito de, no âmbito do controle difuso, deterem força vinculante apenas para o caso decidido, em se tratando de decisões do Supremo Tribunal Federal, exsurge uma eficácia reflexa “com nítida tendência a generalizar os efeitos por ela produzidos;” (ZAVASCKI. Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 147).

²⁸⁰ Tratando do instituto da repercussão geral, essa também a impressão de Cândido Rangel Dinamarco, para quem dessa exigência não se pode extrair que “toda decisão que vier a ser tomada em recurso extraordinário vincule todos, com eficácia ou autoridade *erga omnes*, mas porque certamente exercerá influência em julgamentos futuros e poderá até abrir caminho para a edição de uma súmula vinculante.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *O processo civil na reforma constitucional do poder judiciário*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15273-15274-1-PB.pdf>; acesso em: 03.03.2013, p. 6-7.

acarretam uma total e irrestrita imbricação das modalidades de controle, como se tornassem idênticos os efeitos provenientes das decisões proferidas em controle concreto / difuso com os advindos de decisões exaradas no exercício do controle abstrato / concentrado.

Essas mudanças devem ser vistas como um esforço voltado a racionalizar (conferindo maior uniformidade, previsibilidade e celeridade) à prestação jurisdicional²⁸¹, sem que isso importe, todavia, a dissolução das diferenças que distinguem os efeitos provenientes de aludidos pronunciamentos.

Não defendemos, portanto, que se deva evitar

(...) de forma radical a aproximação com o direito anglo-saxônico e rejeitar por completo, o recurso à técnica da jurisprudência sumulada. Esse caminho hoje, numa justiça massificada como a nossa, é de fato irreversível, e tem virtudes inegáveis no plano da agilização e economia processuais. O que não se pode aceitar é a via da padronização da tutela jurisdicional pura e simples. Se os enunciados da lei não conseguem aplicação automática e indiscutível em todos os casos práticos submetidos à decisão judicial, por que isto aconteceria com os enunciados jurisprudenciais sumulados pelos tribunais superiores? Acaso os juízes teriam alcançado o milagre que os legisladores confessadamente se revelaram impotentes de conseguir? É óbvio que a simples literalidade de regras hipotéticas e generalizantes, sejam elas primárias como as do legislador ou derivadas como as dos tribunais, jamais será suficiente para proporcionar aos litigantes a justa composição dos conflitos prometida pelo Estado Democrático de Direito. Tanto quanto a tarefa de sumular os julgados, é da máxima relevância que todo e qualquer litígio encontre justa e adequada solução em juízo. Para tanto é indiscutível e imperiosa a necessidade de que a sentença seja sensível àquilo que dá individualidade à causa, e que, por isso venham a refletir nos seus fundamentos todos os dados e argumentos que os litigantes tenham trazido para o processo. Só assim, o pronunciamento jurisdicional responderá, com adequação e justiça, à demanda daqueles que esperam do Judiciário uma tutela, além de efetiva, justa. Não é pela padronização fria e estéril dos julgamentos que a tanto se chegará. Muito mais importante será, nesse rumo, a sentença bem e racionalmente fundamentada, à luz das peculiaridades do caso concreto, em contraditório, ainda quando se esteja a aplicar enunciados sumulares de precedentes judiciais.²⁸²

²⁸¹ Autorizando que a decisão do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, seja utilizada como fato jurídico processual, isto é, como um fato jurídico de uma norma pertinente à relação mantida entre Estado-juiz e partes.

²⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 3, São Paulo: Ed. RT, nov. 2010.

Dessarte, não se nega que estejamos vivenciando um momento de aproximação com o *commom law*. Entretanto, negamos a vertente de pensamento que professa que dessa aproximação decorre o abandono da forma como pensamos o direito. Segundo nossa tradição e em razão do que diz nossa Constituição, as decisões judiciais, em regra, não formulam normas jurídicas abstratas e gerais, antes as tomam como já existentes no sistema, assumindo o papel de veículos introdutórios que, a partir delas, pela técnica de subsunção, constituem normas concretas e individuais.

Firmada essa premissa, passa-se à análise dos fundamentos lançados no Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, após a qual tentaremos demonstrar quais e em que condições as decisões do Supremo Tribunal Federal se mostram aptas a afastar os efeitos da norma jurídica introduzida por sentença trãnsita que versar sobre “relação jurídica continuativa”, confirmando ou infirmando, assim, a hipótese que norteia o trabalho.

4. REFLEXOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRATO CONTINUADO ACOBERTADAS PELA COISA JULGADA - ANÁLISE CRÍTICA DO PARECER PGFN/CRJ/Nº 492/2011

4.1. Contextualizando a discussão

A discussão acerca da “coisa julgada inconstitucional” não é nova em nosso meio, já tendo recebido atenção não só da doutrina como também do próprio legislador, que, desde a Medida Provisória n.º 2.180²⁸³, tem voltado suas atenções para o assunto.

Aludida MP, em seus arts. 9º e 10, acrescentou, respectivamente, o §5º ao art. 884 da CLT²⁸⁴ e o parágrafo único ao art. 741 do CPC²⁸⁵, que preconizam a possibilidade de o executado, sustentando a inexigibilidade do título, se opor à execução quando a mesma estiver lastreada em sentença (norma concreta e individual) fundada numa norma abstrata e geral ulteriormente dita inconstitucional.

Ato subsequente, o legislador editou a Lei 11.232/05, que re-ratificou o texto do art. 741, parágrafo único (corrigindo uma falha da redação empregada na Medida Provisória) e inseriu semelhante previsão no §1º do art. 475-L, ambos do CPC, porém sem repetir o disposto no §5º do art. 884 da CLT.

Não obstante esse histórico, a discussão em torno da coisa julgada em matéria tributária ganhou novo fôlego, notadamente no que atine aos reflexos operados pelas decisões do Supremo Tribunal Federal nas sentenças trênsitas que disciplinam relação jurídica continuativa.

²⁸³ Por força do disposto no art. 2º da EC n.º 32 (“As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda constitucional continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”), a 35ª reedição da MP 2.180 manteve-se permanentemente em vigor, até que revogada, em parte, pela Lei 11.232/05.

²⁸⁴ “Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”

²⁸⁵ “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”

Quanto ao ponto, a matéria foi reavivada em 26 de maio de 2011, quando foi publicada no Diário Oficial da União despacho do Ministro da Fazenda aprovando o Parecer PGFN/CRJ nº 492²⁸⁶; referido parecer fixa as balizas que irão ditar a atuação dos Procuradores da Fazenda Nacional quando sobrevierem pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal conflitantes com decisões, já transitadas em julgado, disciplinadoras de relações jurídicas tributárias continuativas. Eis o teor de indigitado despacho:

Assunto: Relação Jurídica Tributária Continuativa. Modificação dos Suportes Fático ou Jurídico. Limites Objetivos da Coisa Julgada. Jurisprudência do Pleno do STF. Cessação Automática da Eficácia Vinculante da Decisão Tributária Transitada Em Julgado. Os precedentes objetivos e definitivos do STF constituem circunstância jurídica nova, apta a fazer cessar, prospectivamente, e de forma automática, a eficácia vinculante das anteriores decisões transitadas em julgado, relativas a relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, que lhes forem contrárias. Aprovo o PARECER PGFN/CRJ/Nº 492/2011, 30 de março de 2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que concluiu que: *i*) quando sobrevier precedente objetivo e definitivo do STF em sentido favorável ao Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, tido por inconstitucional em anterior decisão tributária transitada em julgado, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido; *ii*) quando sobrevier precedente objetivo e definitivo do STF em sentido favorável ao contribuinte-autor, este pode deixar de recolher o tributo, tido por constitucional em anterior decisão tributária transitada em julgado, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido. Publique-se o presente Despacho e o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 no Diário Oficial da União (DOU)²⁸⁷.

Trata-se, portanto, de tema com apelo não só na esfera acadêmica, senão também de importância prática irrefutável.

A partir das premissas teóricas antes investigadas, pretendemos agora verificar a consistência da posição adotada pela Procuradoria da Fazenda em aludido parecer, nomeadamente a de que, na ordem atual, as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade das leis, independentemente se exaradas em processo de controle concentrado, se proferidas em senda difusa, possuem o condão de irromper novo *estado de direito* e, portanto, a capacidade de obliterar os efeitos de

²⁸⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, 30 de março de 2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, publicado no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26.05.2011, edição n. 100, seção 1, p. 22-28.

²⁸⁷ Idem, ibidem. p. 22.

decisão judicial que desponte em sentido diverso, ainda que acobertada pelo manto da coisa julgada material.

Para tanto, iniciaremos por analisar as principais premissas e conclusões levadas a efeito em aludido parecer; em seguida, criticaremos, de maneira pontuada, os fundamentos que nele são elencados; ao final, com o auxílio do acervo teórico antes estudado e considerando as características que marcam nosso sistema, buscaremos confirmar ou infirmar a hipótese que traceja o assunto investigado.

Nesse intuito, levaremos em linha de conta a necessidade de se alcançar uma proposta conciliadora entre o sepultamento do diálogo processual que, em prol da estabilização das expectativas de comportamento / segurança jurídica, é operado pela coisa julgada e a reabertura discursiva que, em prol da igualdade de tratamento, somos inclinados a atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Vejamos, então, com base em quais fundamentos a Fazenda Nacional lastreia referido parecer.

4.2. Fundamentos do Parecer/CRJ/Nº 492/2011

Em análise do parecer em testilha, de largada, verifica-se que nele se afirma que o tema abordado diz com os “**reflexos gerados pela alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à coisa julgada em matéria tributária**”²⁸⁸.

Assim desenhada sua temática, enunciam seus autores que por ele se pretendeu responder às seguintes questões:

em que medida a eficácia da decisão transitada em julgado que se volta para uma relação jurídica tributária sucessiva, considerando-a existente ou inexistente, é impactada, em relação aos seus desdobramentos futuros, pela superveniência de jurisprudência do STF em sentido contrário ao sufragado pela referida decisão?²⁸⁹

²⁸⁸ Idem, ibidem. p. 23

²⁸⁹ Idem, ibidem. p. 23

Em senda de segundo registro preliminar, afirma-se no documento opinativo que, nele,

não se pretende tratar (...) da conhecida questão da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, [mas sim] apreciar o impacto que a nova jurisprudência do STF produz em relação aos **desdobramentos futuros** da coisa julgada que disciplina relação jurídica tributária de **trato continuado**”. [A] “relativização da coisa julgada inconstitucional”, [por outro lado,] (...) volta-se para o passado, permitindo a revisão dos **efeitos pretéritos** da decisão tributária transitada em julgado contrária à posterior jurisprudência do STF.²⁹⁰

Ora, ao dizer que a “relativização da coisa julgada” refere-se unicamente à revisão dos efeitos pretéritos da decisão, leva-se a crer que a imutabilidade operada pela coisa julgada (que a “relativização” visa a mitigar) não atinge os efeitos futuros que lhe são iminentes.

Ao fazer essa distinção, o parecer lança o que seria sua primeira premissa: a coisa julgada não tem o condão de imutabilizar o comando da decisão judicial trânsita para o futuro, mas somente para o passado²⁹¹.

Entretanto, de forma contraditória, no documento opinativo também se consigna que

a imutabilidade e a eficácia vinculante da decisão transitada em julgado apenas recairá sobre os desdobramentos futuros da declaração, nela contida, de existência ou inexistência da relação jurídica de direito material sucessiva deduzida em juízo, se e enquanto permanecerem inalterados os suportes fático e jurídico existentes ao tempo da sua prolação, ou seja, se e enquanto continuarem ocorrendo aqueles mesmos fatos e continuar a incidir (ou a não incidir) aquela mesma norma sob os quais o juízo de certeza se formou.²⁹²

Pondo de lado a alteração das circunstâncias fáticas, explicita-se no parecer que a abordagem fora direcionada a elucidar a seguinte questão: “quais são as alterações nas circunstâncias jurídicas existentes ao tempo da prolação da decisão tributária

²⁹⁰ Idem, ibidem, p. 23 e 27. Cf. também itens os 82/85, p. 27.

²⁹¹ Tal também se deduz da passagem em que é afirmado que a “relativização da coisa julgada inconstitucional” (...) volta-se para o passado, permitindo a revisão dos efeitos pretéritos da decisão tributária transitada em julgado contrária à posterior jurisprudência do STF.” (Idem, ibidem, p. 23)

²⁹² Idem, ibidem, p. 23

posteriormente transitada em julgado que são capazes de fazer cessar a sua eficácia vinculante?”²⁹³

Nesse ponto, sugere-se que por modificação das circunstâncias jurídicas deve-se entender aquela que altera o sistema jurídico vigente, o que ocorre: *a)* com a modificação da legislação tributária; *b)* com o advento de precedente objetivo e definitivo do STF em sentido diverso do sufragado na decisão transitada em julgado.

Para sustentar essa segunda *causa* de inovação da ordem jurídica, são invocados os seguintes argumentos: *a)* a Constituição Federal confere à Suprema Corte “o monopólio para proferir a última palavra no que pertine à análise da compatibilidade das leis em face da Constituição, bem como à interpretação do próprio texto constitucional.”²⁹⁴; *b)* em razão dessa função institucional que lhe é atribuída, o advento de alguns dos precedentes do STF “possui o condão de conferir à norma (constitucional ou legal) por eles apreciada um atributo novo: a condição de norma definitivamente interpretada ou analisada pelo órgão responsável por dar a palavra final sobre o tema”²⁹⁵; *c)* a Constituição, em última análise, é o que o STF diz que ela é.

Esclareça-se que, segundo consta do parecer, não são todos os precedentes do STF que apresentam a aptidão de inovar o sistema jurídico vigente, senão apenas as decisões que dispuserem de *objetividade* e *definitividade*. Por objetiva, diz-se a decisão que resolve determinada questão constitucional em tese, sem qualquer apego a dados subjetivos da demanda concreta; noutro passo, definitiva será a decisão “vencionada a representar a palavra final da Suprema Corte acerca da questão constitucional apreciada.”²⁹⁶.

Essas características seriam encontradas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal firmados

²⁹³ Idem, ibidem, p. 23

²⁹⁴ Idem, ibidem, p. 23

²⁹⁵ Idem, ibidem, p. 23-24.

²⁹⁶ Idem, ibidem, p. 24. Ressalte-se que tal classificação acaba excluindo as súmulas vinculantes, pois elas necessariamente decorrem de reiterados precedentes, portanto de casos decididos, nos quais os dados subjetivos são levados em linha de conta.

(i) em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis ou; (ii) em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, da Resolução de que trata o art. 52, inc. X da CF/88, desde que, nesse último caso, o precedente tenha resultado de julgamento realizado nos moldes previstos no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC).²⁹⁷

Com vistas a sustentar essa assertiva, recorre-se, nos itens 28 e 29 do documento em análise, à tendência de hibridação dos modelos de controle, acima tratada, ou, como dito no parecer, de “‘dessubjetivação’ do controle de constitucionalidade exercido na modalidade difusa, aproximando-o do exercício na modalidade concentrada”²⁹⁸

Essa “dessubjetivação”, acima chamada de hibridação dos modelos de controle, seria evidenciada:

i) pela existência de precedente do STF julgando ser manifestamente improcedente ADIN voltada a declarar inconstitucional preceito cuja constitucionalidade fora atestada em precedente julgamento de Recurso Extraordinário (ADIN n.º 4071);

ii) ante a aplicação, pelo STF, da técnica de modulação de efeitos (art. 27 da Lei n.º 9.868/99) a decisões proferidas em controle difuso (RE 197.917/SP e HC n.º 82.959), o que, supostamente, somente faz sentido quando se parte do entendimento de que essas decisões se estendem a todas as demandas em que se discuta a mesma questão jurídica;

iii) pela criação do instituto da repercussão geral, que exige, como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, que a questão nele debatida extrapole os interesses subjetivos da causa;

iv) ante a existência de decisão monocrática, da lavra do Min. Gilmar Mendes, acompanhada pelo Min. Eros Grau, acatando a utilização de reclamação para o fim de fazer prevalecer a autoridade da decisão proferida no HC n.º 82959/SP (em controle difuso, pois), embora independentemente da edição de Resolução pelo Senado Federal (art. 52, X, CRFB/88);

v) face à manifestação de alguns Ministros nas ADINs 3345 e 3365, capitaneados pelo Min. Gilmar Mendes, no sentido de “o atual sistema constitucional permite a atribuição de efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso”²⁹⁹

Diante dessas “evidências”, seria possível concluir que

²⁹⁷ Idem, ibidem, p. 24.

²⁹⁸ Idem, ibidem, p. 24.

²⁹⁹ Excerto do voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 3345/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.08.2005, DJe 19.08.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>; Coletado em 10.11.2011

as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, quando oriundas do seu órgão Plenário, independentemente de posterior edição de Resolução Senatorial, têm assumido um caráter objetivo, já que desprendido do caso concreto e de suas vicissitudes.³⁰⁰

Fixada o que seria a primeira característica necessária para que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha o condão de inaugurar novo estado de direito, a saber, a “objetividade”, avança-se sobre a outra, qual seja, a “definitividade”, por conta da qual supostamente decorreria a possibilidade de se conferir efeitos *erga omnes* também às decisões proferidas no modelo difuso.

Para o fim de se atingir tal conclusão, defende-se no parecer que, atualmente, por força da sistemática prevista no art. 543-B do CPC, mesmo quando tomadas em sede difusa, as decisões de recursos extraordinários apresentam uma “vocação de representarem a palavra final e definitiva da Suprema Corte acerca da questão constitucional neles apreciada.”³⁰¹

Todavia, depois de lançar essa assertiva, o parecer acaba deixando transparecer alguns pontos que denotam a fragilidade de seus fundamentos, a saber:

a) aludida “vocação” não obsta a alteração do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal caso “novos dados possam ser agregados à questão constitucional tratada no precedente de modo a demonstrar que a definição nele contida já não mais se apresenta como a melhor tecnicamente, ou, então, como a mais justa.”³⁰²;

b) os julgados do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, mesmo quando adotado o “procedimento especial e legitimador” do art. 543-B, não dispõe de força vinculante^{303 304}, ainda que possam, inegavelmente, ostentar uma “força persuasiva especial e diferenciada”;

³⁰⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. *ob. cit.* p. 24.

³⁰¹ *Idem*, *ibidem*, p. 24.

³⁰² *Idem*, *ibidem*, p. 24.

³⁰³ A constatação pode ser dessumida do próprio parecer, precisamente de seu item 41, *verbis*: “Entretanto (...), em que pesem todos os argumentos acima aventados, é certo que - especialmente à luz de uma interpretação literal da CF/88 e do CPC, bem como diante de dogmas tradicionais incorporados no

Entretanto, a despeito de admitir que os precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade carecem de efeito vinculante *erga omnes*, o parecer recobra a ideia de que os julgamentos proferidos sob a pauta do art. 543-B do CPC representam “a palavra final e definitiva da Suprema Corte”, o que lhes atribuiria

força para alterar/impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um relevante elemento novo, a saber, o juízo de certeza final acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma determinada lei, ou acerca da correta interpretação do texto constitucional.³⁰⁵

Valendo-se dessa canhestra colocação, conclui-se no parecer analisado que:

por serem objetivas e definitivas, possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, independentemente da época em que prolatados; (ii) quando posteriores a 3 de maio de 2007³⁰⁶, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) quando anteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do STF e sejam confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte.³⁰⁷

Desse modo,

sistema jurídico brasileiro e até o momento não integralmente superados -, ainda não é possível se afirmar, com os ares peremptórios que uma afirmação assume, que as decisões proferidas pela Suprema Corte, em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis, ainda que formadas nos moldes do art. 543-B do CPC, quando não seguidas por Resolução editada com fulcro no art. 52, inc. X da CF/88, ostentam eficácia vinculante *erga omnes*. O entendimento que ainda parece predominar, mormente em setores mais conservadores da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais, é o de que a extensão da eficácia vinculante ainda é fator de distinção entre as decisões proferidas pelo STF em controle difuso e concentrado de constitucionalidade, sendo certo, ademais, que o art. 543-B do CPC, apesar de conferir aos precedentes formados sob as suas vestes uma força persuasiva especial e diferenciada, não lhes imprimiu, propriamente, força vinculante *erga omnes*.” (Idem, *ibidem*, p. 25)

³⁰⁴ Para que se conceba força vinculativa (plena) às decisões tomadas em controle difuso, mister que resultem na edição de em súmula vinculante, senda em que o Supremo Tribunal Federal deve respeitar os requisitos constantes no art. 103-B da CRFB/88.

³⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 25.

³⁰⁶ Data da publicação no D.O.U. da Emenda Regimental n.º 21 ao RISTF, adequando-o às alterações empreendidas no CPC pela Lei n.º 11.418/2006. Sustentou-se o emprego dessa data porque o STF, resolvendo questão de ordem no julgamento do AI n.º 664.567/RS, assentou que o requisito da repercussão geral para a admissão de Recursos Extraordinários somente passou a ser exigível a partir de então.

³⁰⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. *ob. cit.* p. 25.

os precedentes objetivos e definitivos da Suprema Corte, advindos após a publicação deste Parecer, no sentido, por exemplo, da constitucionalidade de determinado tributo, fazem cessar, automaticamente, a eficácia das decisões tributárias transitadas em julgado que lhes forem contrárias, de modo que, assim que os respectivos acórdãos transitarem em julgado, o Fisco poderá voltar a cobrar os tributos relativos aos fatos geradores praticados pelos contribuintes-autores a partir de então. (g.n.)³⁰⁸

São esses, em suma, os fundamentos com base nos quais a Procuradoria da Fazenda Nacional vem sustentando a possibilidade de, nas três hipóteses acima definidas, *sponte própria*, ou seja, independentemente de novo pronunciamento jurisdicional, retomar a cobrança de tributos cuja incidência havia sido afastada por sentenças já transitadas em julgado.

Contudo, essa posição, além de desconsiderar as diferenças que marcam cada uma das espécies de controle, importa, sim, a relativização da coisa julgada, pois mitiga indevida e desmedidamente seu efeito silenciador sobre o discurso normativo.

4.3. Análise crítica dos fundamentos lançados no Parecer/CRJ/Nº 492/2011 quanto à superação da dicotomia controle abstrato / concreto

Antes de analisarmos se a hipótese que guiou o trabalho restou ou não confirmada, em acréscimo ao que foi dito no item 3.3. *supra*, mostra-se pertinente passarmos em visita, de maneira crítica, cada um dos argumentos apresentados no parecer para o fim de sustentar a “dessubjetivação” do controle de constitucionalidade difuso.

Segundo se depreende de uma leitura de indigitada peça opinativa, a superação das diferenças que marcam cada uma das espécies de controle – abstrato e concreto – pode ser depreendida:

a) À vista do julgamento de improcedência da ADI (n.º 4071) com base em prévia deliberação de constitucionalidade da norma em REs (ns. 377.457/PR e 381.964/MG):

³⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 27.

Ao contrário do que leva a crer o parecer analisado, perlustrando os votos proferidos em aludido julgamento, verifica-se que a deliberação teve como foco central não a tese de comunicação dos modelos de controle, mas sim os limites temporais da intervenção dos *amici curiae*.

A orientação de que as ADI's precedidas de prévio juízo de constitucionalidade da norma objetada em sede de controle concreto devem ser tidas como manifestamente inadmissíveis – circunstância que demonstraria a superação da dicotomia - foi cogitada tão somente, e ainda assim de forma assaz incipiente, nos votos do relator - pela rejeição da ADI - e do Min. Marco Aurélio - pela admissão -, dissidência que logrou a adesão dos Mins. Eros Grau e Carlos Britto.

Os demais Ministros, que encamparam o voto do relator, tomaram a deliberação anterior não como um verdadeiro óbice à ADI, como se o seu objeto tivesse sido exaurido pelo julgamento dos RE's, mas sim como um atalho de decisão: não houve, portanto, um juízo de admissibilidade negativo, senão um juízo de mérito pela improcedência do pedido, pois os Ministros entenderam que os motivos lançados na decisão do Recurso Extraordinário subsistiam e que eram aplicáveis à discussão travada na ADI.

O Ministro Marco Aurélio, contudo, defendendo o entendimento que se acredita escorreito, inaugurou a divergência consignando que os

precedentes versados a partir do julgamento de recursos extraordinários não obstaculizam ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderá levar em conta outros artigos da Constituição Federal, artigos da Constituição Federal não versados, inclusive, nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciarem os precedentes.³⁰⁹

Ademais, curial que se retenha que, não obstante a utilização dos fundamentos empregados no RE para rejeição da ADI – o que não equivale a dizer que o STF tenha entendido que a decisão do RE se equipara a uma decisão proferida em ADI -, o Relator

³⁰⁹ Idem, ibidem, p. 50.

deixou clara a possibilidade de, mesmo nestes casos, a jurisprudência do Tribunal vir a ser alterada na hipótese de sobrevirem “significativas alterações de ordem jurídica, social ou econômica.”³¹⁰

Ou seja, além de não ser tranquilo no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, porquanto expressamente rechaçado por alguns Ministros, mesmo para aqueles que trilharam o entendimento em análise, nessas situações é dado ao tribunal alterar seu posicionamento prévio.

Assim, ainda que o Supremo Tribunal Federal decida, no desempenho do controle na modalidade difusa, pela inconstitucionalidade de uma determinada norma, nenhum óbice haverá caso posteriormente venha a tomá-la por constitucional, seja num outro processo individual, seja em sede de controle abstrato.

Abordando a questão, realça Paulo Otero que,

Ainda que imodificável a decisão específica de um caso concreto, o Tribunal Constitucional não se encontra impedido de modificar a orientação anteriormente seguida na resolução de casos semelhantes. Por outras palavras, se o Tribunal Constitucional profere uma decisão individual inconstitucional (ou mesmo que seja constitucional), ele não se encontra vinculado num próximo processo sobre a mesma norma a tomar igual decisão. O Tribunal Constitucional pode bem modificar a sua orientação na apreciação de casos de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade da mesma norma.³¹¹

Essa a mesma orientação que se colhe da doutrina de Hans Brox e Brun-Otto Bryde, senão vejamos:

Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = *Verfassungsbeschwerde*) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto de controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 4071 AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, J. 22.04.2009, DJe 15.10.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>>; Coletado em 10.11.2011, p. 9.

³¹¹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 109.

substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração.

Se se considera que o Direito e a própria Constituição estão sujeitos a mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade da questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do Direito Constitucional, e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o momento da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções.

A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com base no argumento de que a lei pode ter-se tornado inconstitucional após a decisão da Corte. (...) Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das 'relações fáticas'. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional.³¹²

Entretanto, estivéssemos diante de uma decisão que decretasse a inconstitucionalidade de uma norma em sede abstrata, ao Supremo Tribunal Federal não seria possível revisitar seu entendimento, haja vista que, ao assim proceder, ele opera ou sua “expulsão”³¹³ do sistema ou o encerramento (ainda que para o futuro) de seu intervalo de vigência.

Ou seja, o STF não poderá ulteriormente vir a dizê-la constitucional não pela circunstância de que não lhe é dado alterar seu entendimento, mas sim em razão de a norma dita inconstitucionalidade em sede abstrata, após a decretação de sua incompatibilidade, ou deixar de pertencer ao sistema ou perder sua vigência. Desse modo, a não ser que se lhe confira uma competência legislativa, à Corte Constitucional³¹⁴ carecerá competência para reinserir / revigorar a norma antes dita inconstitucional.

³¹² *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1434-1435.

³¹³ Cf. notas n.º 207 e 225.

³¹⁴ “A função criadora de Direito dos tribunais é especialmente manifesta quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais

Dessarte,

se a declaração de inconstitucionalidade de uma norma com força obrigatória geral determina que a mesma desapareça do ordenamento jurídico e o Tribunal Constitucional, ao invés dos órgãos legislativos e administrativos, não é titular de qualquer poder dispositivo-conformador (...), apenas possuindo, em princípio, uma competência negativo-resolutiva, encontra-se excluída, conseqüentemente, qualquer possibilidade de fazer “renascer” ou reeditar, por iniciativa própria ou de terceiro, uma norma por si anteriormente objeto de cessação de vigência.³¹⁵

b) ante a aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, da técnica de modulação de efeitos em decisões proferidas em controle difuso:

Também nesse ponto o parecer sonega a real intenção da Suprema Corte ao aplicar uma técnica do controle abstrato (modulação dos efeitos) a uma decisão tomada à luz de um caso concreto.

Conquanto exaradas em controle incidental, nas decisões proferidas no RE 197.917/SP e HC n.º 82.959, o Supremo Tribunal Federal, antes de pretender conferir cunho objetivo ao *decisum*, estendendo-o *erga omnes*, por razões de segurança jurídica, visou apenas a evitar a retroação irrestrita do comando proferido na situação concreta analisada.

No caso de “Mira Estrela”³¹⁶, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, malgrado a norma investigada fosse inconstitucional, pois ampliava o número de vereadores da Câmara de referida municipalidade em descompasso com os parâmetros da Constituição, por uma questão de segurança jurídica, para que ulteriormente não

estão autorizados não apenas a aplicar Direito substantivo preexistente em suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo. Os tribunais são criadores de normas jurídicas gerais. Falamos aqui de normas gerais que se originam numa decisão isolada de um tribunal. Esse tipo de criação de Direito deve ser claramente distinguido da criação de normas gerais através da prática permanente dos tribunais, *i.e.*, através do costume”. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 216-217.

³¹⁵ OTERO, Paulo. *ob. cit.* Lisboa: Lex, 1993, p. 97.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 197.917/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 06.06.2002, DJ 07.05.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>; Coletado em 10.11.2011.

fosse questionada a validade das leis editadas com sua participação, se impunha preservar os mandatos e os atos praticados por aqueles que exerceram indevidamente a vereança.

Quanto à constitucionalidade da vedação à progressão do regime na lei dos crimes hediondos, por outro lado, a não concessão de efeitos *ex tunc* à declaração teve como mote deixar assente que não assistiria direito a qualquer tipo de indenização àqueles que, antes do julgamento, tiveram suas penas extintas sem que lhes fosse autorizada a progressão de regime. Tratava-se, portanto, de uma alerta, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal de antemão deixou assentado que não acataria pedidos de responsabilização do Estado por prisão excessiva³¹⁷.

Nitidamente preocupado em resguardar, no primeiro caso, a higidez dos atos legislativos praticados pelos vereadores, e, no segundo, em zelar pela administração da justiça e em preservar o erário, o Supremo Tribunal Federal, ao não retroagir os efeitos das normas jurídicas inseridas nos julgamentos em testilha, proferiu decisões que podemos dizer profiláticas: analisando-as, observa-se a clara intenção de evitar a deflagração de um sem-número de processos, seja pretendendo o afastamento dos efeitos de leis editadas pelos vereadores que posteriormente se viram indevidamente diplomados, seja postulando indenização em face do Estado pelo aprisionamento que ulteriormente se aferiu desmedido.

Por derradeiro, forçoso mencionar que, ao cabo do julgamento do habeas corpus em análise, diante da fala do Ministro Presidente no sentido de que, na oportunidade, não se estava “decidindo o caso concreto”, e sim “o regime de progressão ou não do sistema”, o Ministro Sepúlveda Pertence prontamente registrou a necessidade de se expedir comunicação ao Senado, na forma do artigo 52, X, da CRFB/88, observação contra a qual nenhum de seus pares se insurgiu.³¹⁸

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 82959/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006, DJ 01.09.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>; Coletado em 10.11.2011, p. 215.

³¹⁸ Idem, ibidem, p. 216. Ressalte-se, ademais, que o andamento processual, após o trânsito em julgado do acórdão, dá conta da expedição de ofício ao Senado com cópia do acórdão.

c) por conta da criação do instituto da repercussão geral:

Tal instituto consiste numa evolução da vetusta exigência de “relevância da questão”, introduzida pela Emenda Regimental de 12.6.1975 (art. 308, *caput*), e alterada pela Emenda Regimental de 4.12.1985 (art. 325, *caput*, inciso XI)³¹⁹ do Supremo Tribunal Federal, instituída com o fito senão de resolver, ao menos mitigar o problema de excesso de trabalho do Excelso Pretório.

Entretanto, sem prejuízo de o acesso à Corte Suprema exigir que a questão levada a seu conhecimento extrapole os interesses subjetivos da causa, evitando que o Tribunal Constitucional seja instado a decidir sobre “briga entre vizinhos”³²⁰, mencionado instituto não outorga força vinculante (*binding precedent*) às decisões exaradas em controle difuso, de sorte que estas não deixam de funcionar como argumento (forte) de persuasão dos demais órgãos judiciais (*persuasive precedent*), sem prejuízo de possibilidade de servirem para aplicação de normas processuais (“normatividade intermediária”)³²¹.

Deveras, a melhor interpretação que se pode fazer do instituto da “repercussão geral” consiste em identificá-lo como um

mecanismo duplo: 1) de ordem formal, enquanto pressuposto de admissibilidade dos *Rex*'s, já que somente são conhecidos quando presente a preliminar de repercussão geral; 2) de ordem material, porque o recurso conhecido e provido pelo STF estabelecerá uma decisão capaz de ser reproduzida nos casos múltiplos com idêntico fundamento (art. 328 do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 21/2007). Contudo, essa decisão não será propriamente vinculante dos tribunais inferiores, aos quais será dada oportunidade de declarar prejudicados os *Rex*'s até então suspensos ou até mesmo de se retratarem (§3º do art. 543-B do CPC). Caso contrário, ou seja, decidindo os tribunais inferiores pela manutenção de seu entendimento e uma vez admitido o *Rex* para julgamento, poderá este “cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (§4º do art. 543-B do CPC).³²²

³¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 618.

³²⁰ Por conta desse filtro, ainda que viole preceito constitucional, a revisão de decisões que resolverem conflitos de tal jaez deixou de ser atribuição do Supremo Tribunal Federal.

³²¹ Cf. nota 275 *supra*.

³²² JEVEAUX, Geovany Cardoso. PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. *Comentários às súmulas vinculantes com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF*. Rio de Janeiro: 2012, p. 10.

Salvante quando seguida de “súmula vinculante” ou de Resolução do Senado Federal, não há como a norma jurídica veiculada em julgamento do Supremo Tribunal Federal feito pela via difusa, ilidir, sequer em tese, os efeitos de norma jurídica, introduzida por sentença transitada em julgado, que aponte em sentido contrário.

A solução dessa falsa antinomia, pois, se dá no campo dos sujeitos destinatários de cada uma das normas. Prescrevendo relações jurídicas que enlaçam sujeitos distintos, torna-se impossível pensar que a norma introduzida pelo Supremo possui o condão de influir na relação jurídica prescrita no conseqüente da norma introduzida pela sentença trãnsita.

Problema haverá, contudo, quando ambas se dirigirem aos mesmos sujeitos. Aí sim, com o emprego das ideias de força gravitacional, encontrada na doutrina de Dworkin, incrementada pelo uso da razão comunicativa, na esteira da crítica feita por Habermas, veremos que será possível a superação dos efeitos prospectivos da sentença trãnsita, o que se dará à luz do “esquema de agir” firmado num novo discurso jurídico, no qual às partes se impõe assegurar o direito de influir de maneira efetiva em sua conclusão.

Retomaremos a questão no tópico no qual iremos aferir a correção da hipótese que norteia o trabalho, no sentido de que, por se tratarem de decisões que introduzem normas abstratas e gerais, apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade possuem o condão de suplantar o regramento proveniente de sentença tocante a “relação jurídica de trato sucessivo”.

d) em razão da existência de decisão monocrática, na Reclamação 4335/AC, acatando a utilização de reclamação para o fim de fazer prevalecer a autoridade de decisão proferida em controle difuso (HC n.º 82959/SP):

Prevista na alínea “l” do inciso I do art. 102 da CRFB/88³²³, a reclamação dirigida ao Supremo Tribunal Federal é servil ou à preservação de sua competência ou à garantia da autoridade de suas decisões.

Pondo de lado a celeuma acerca de sua natureza jurídica³²⁴, caso vislumbremos cabível o manejo de Reclamação por quem não foi parte no processo em que a constitucionalidade de determinada norma foi discutida incidentalmente, e então verdadeiramente haverá uma equiparação entre os efeitos provenientes das decisões proferidas em sede difusa com os provenientes de decisões exaradas ao ensejo do exercício do controle concentrado.

É que, para que a reclamação se mostre cabível, dever-se-á entender que a submissão ao sentido normativo atribuído pelo Supremo Tribunal Federal em sede preambular ao deslinde do caso concreto levado ao seu conhecimento pode, sim, ser imposta não só às partes do processo, como também, ao menos *in statu assertionis*, ao reclamado da medida proposta pelo terceiro, que a princípio não seria destinatário do comando veiculado ao cabo de referida relação jurídica processual.

Assim, se dissermos que ao terceiro assiste ação (norma jurídica secundária) para ver assegurada a adoção do sentido normativo firmado pelo STF, isso importa em dizermos que tal dever é veiculado na relação jurídica prescrita no consequente de uma

³²³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) l) a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”

³²⁴ “A **reclamação**, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê – **ação (Pontes de Miranda, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, ‘O Poder Judiciário e a Nova Constituição’, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, ‘O processo no Supremo Tribunal Federal’, vol. 1/280, incidente processual (Moniz de Aragão, ‘A Correição Parcial’, p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, ‘Manual de Direito Processual Civil’, vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) – configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Deferal (CF, art. 102, I, ‘l’), e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, ‘f’).” Excerto do voto do Min. Celso de Mello. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Rcl. 336/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.12.1990, DJe 15.03.1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86782>>; Coletado em 26.02.2013, p. 7-8.**

norma que recai não só sobre as partes do processo no qual foi produzida, antes sobre todos os que se submetem a uma dada ordem jurídica.

A asserção acima carece de explicação quanto ao que vem a ser a norma jurídica secundária.

Por norma jurídica secundária deve-se entender a norma que preconiza em seu antecedente o descumprimento do dever entabulado na relação jurídica disposta no conseqüente da norma primária, prescrevendo, em sua proposição-tese, outra relação jurídica, mantida com o Estado-juiz e vocacionada a assegurar o cumprimento daquele dever.

Eis como se manifesta a doutrina quanto ao tema:

O ser norma jurídica pressupõe bimenbridade constitutiva. É da licença científica que permite a cisão metodológica desta estrutura complexa, na série de normas que compõem o sistema do direito positivo. O primeiro membro, denominamos norma primária; o segundo, norma secundária. Ambas apresentam idêntica estrutura sintática, mas composição semântica distinta. A norma primária vincula deonticamente a ocorrência de dado fato a uma prescrição (relação jurídica); a norma secundária conecta-se sintaticamente à primeira, prescrevendo: se o fato de a não ocorrência da prescrição da norma primária se verificar, então deve ser uma relação jurídica que assegure o cumprimento daquela primeira, ou seja, dada a não observância de uma prescrição jurídica, deve ser a sanção.³²⁵

(...) tanto as perinormas (normas primárias) quanto as endonormas (normas secundárias) têm a mesma estrutura estática: hipótese ou suposto e conseqüência. Nas endonormas, o suposto é a descrição de um evento que, uma vez ocorrido concretamente, faz desencadear a conseqüência que lhe foi imputada. Nas perinormas, o suposto é justamente a previsão do não-cumprimento da prestação estipulada como conteúdo da conseqüência de alguma endonorma, enquanto sua conseqüência será o estabelecimento de relação jurídica de índole sancionatória. Disso resulta que estudar as hipóteses das perinormas nada mais é do que estudar as infrações, vale dizer, os comportamentos que não realizem as prestações (deveres jurídicos), fixados em regras endonormativas (ou secundárias de Kelsen), e para os quais a ordem jurídica imputa as chamadas sanções. Do mesmo modo, estudar a conseqüência das perinormas não significa mais que tratar das sanções jurídicas.³²⁶

³²⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

³²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 53.

Ou seja, se a reclamação é o veículo processual (sanção) por meio do qual ao reclamante se viabiliza a obtenção do respeito, pelo reclamado, à decisão do Supremo Tribunal Federal (prestação), e se alguém que não foi parte no processo que desaguou na produção da norma que veicula referida prestação pode se valer de tal veículo, disso resulta que a mesma não atinge apenas as partes (norma individual), senão também todos os indivíduos que se submetem à jurisdição do órgão produtor de referido comando (norma geral).

A adoção desse entendimento, ao contrário dos outros fundamentos lançados no parecer e que até aqui foram enfrentados, verdadeiramente importaria a superação da dicotomia existente entre os efeitos provenientes das decisões tomadas em cada uma das formas de controle.

Nada obstante, três ponderações aqui devem ser feitas.

Primeiro, deve-se destacar que, da mesma forma que dois Ministros manifestaram-se favoravelmente à admissibilidade da reclamação (Mins. Gilmar Mendes e Eros Grau), outros dois votaram contrariamente à mesma (Mins. Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa).³²⁷

Segundo, depois da paralisação do julgamento da Reclamação em análise pelo pedido de vistas do Ministro Ricardo Lewandowski, em diversas outras ocasiões, inclusive por meio de decisões monocráticas, os membros do STF têm reconhecido que

as reclamatórias somente podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, ou, então, nos processos de índole subjetiva, desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado. Já a hipótese de cabimento de reclamação a que alude o §3º do art. 103-A da Constituição Federal, essa pressupõe a existência de súmula vinculante, o que inexistente no caso dos autos. Nesse sentido é a jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal: Rcl 7.918, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl. 7.285, Rel. Min. Eros Grau; Rcl 7.610, Rel. Min. Cezar Peluso; Rcl 3.197, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 4.295, Rel. Min. Carlos Britto; Rcl 4.299, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 4.397, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.³²⁸

³²⁷ Após o voto-vista do Ministro Eros Grau, empatando o julgamento da questão, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos, situação que perdura até os dias hoje.

³²⁸ Excerto da decisão monocrática do Min. Ayres Britto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Rcl. 11.235/DF, J. 04.04.2011, DJe 12.04.2011. Disponível em:

Terceiro e mais importante, a Constituição não é o que o Supremo Tribunal Federal diz, de sorte que, ainda que em algum momento ele venha a reconhecer que a reclamação é franqueada a todos que tiverem contra si decisão que contrarie prestação contida em norma constituída pela Suprema Corte, independentemente se em processo com extensão subjetiva ilimitada (*erga omnes*) ou não, o alcance do instituto não será alterado senão após a saturação do tema nos demais espaços públicos, notadamente no meio acadêmico.

e) face à manifestação de alguns Ministros nas ADINs 3345 e 3365, no sentido de “o atual sistema constitucional permite a atribuição de efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso”:

Analisando esse ponto, verifica-se que, também aqui, o parecer fornece uma visão descontextualizada, delineando um cenário que não condiz com o que exsurge de uma análise criteriosa dos julgamentos mencionados.

Deveras, em consonância com o entendimento que professa na seara acadêmica, somente o Min. Gilmar Mendes defendeu, explicitamente, a eficácia vinculante e *erga omnes* da decisão tomada em sede de controle difuso independentemente da edição de Resolução pelo Senado Federal, nos moldes do inciso X do art. 52 da CRFB/88.

O Relator, Min. Celso de Mello, cujo voto conduziu a maioria³²⁹, manifestou-se sobre a questão nos seguintes termos:

Vê-se, pois, **na linha** do que destacou o eminente Ministro GILMAR MENDES, que **esta** Suprema Corte **deu efeito transcendente** aos próprios

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+11235%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/b3wjls9>>; Coletado em 26.02.2013.

³²⁹ Necessário dizer que o Min. Marco Aurélio restou vencido e o Min. Sepúlveda Pertence, conquanto tenha concluído no mesmo sentido do Relator, ou seja, pela improcedência das ADI's, deixou claro que não encampava a vertente doutrinária que chamou de “transcendentalismo radical”.

motivos determinantes **que deram suporte** ao julgamento plenário do RE 197.917/SP.

Esse aspecto **assume** relevo indiscutível, **pois permite examinar** a presente controvérsia constitucional **em face do denominado efeito transcendente** dos motivos determinantes **subjacentes** à decisão declaratória de inconstitucionalidade **proferida** no julgamento plenário do **RE 197.917/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **especialmente em decorrência** das intervenções dos eminentes Ministros NELSON JOBIM, GILMAR MENDES e SEPÚLVEDA PERTENCE.

Cabe referir, em particular, **neste ponto**, a intervenção do eminente Ministro GILMAR MENDES, **que ressaltou** a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, **do efeito vinculante emergente da própria “ratio decidendi” que motivou** o julgamento do precedente mencionado.

Essa visão do fenômeno **da transcendência** – que esta Corte admitiu na decisão proferida na Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **reflete a preocupação** que a doutrina **vem externando** a propósito dessa **específica** questão, **consistente no reconhecimento** de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, **mas refere-se**, também, **aos próprios fundamentos determinantes (“ratio decidendi”)** do julgado declaratório de inconstitucionalidade **emanado** do Supremo Tribunal Federal, **como resulta claro** do magistério da doutrina (...)

Cabe destacar e reconhecer, pois, **considerando-se** o contexto em questão, **que assume** papel **de essencial** importância a interpretação constitucional **derivada** das decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja função institucional**, de “*guarda da Constituição*” (CF, art. 102, “*caput*”), **confere-lhe o monopólio da última palavra** em tema **de exegese** das normas positivadas no texto da Lei Fundamental (...)³³⁰

Como prenunciado acima, deve-se contextualizar o voto para que se possa entender o que efetivamente foi decidido: não há texto sem contexto!

Nestas ADIs (ns. 3345 e 3365), discutia-se a constitucionalidade da Resolução n.º 21.702/2004 do TSE, na qual foram fixadas “Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município.”

Pois bem. Não obstante em aludidas ADI’s tenha sido cogitada a transcendência dos motivos determinantes, palmilhando detidamente o voto condutor, observa-se que, ao contrário do que fora propugnado no parecer sob análise, tal se dera precipuamente para o fim de assentar que o TSE, à luz dos fundamentos alinhavados em anterior decisão do STF (RE 197.917/SP)³³¹, nada mais fizera do que exercer seu mister, regulamentando a norma disposta no art. 29, IV, CRFB/88.

³³⁰ Trecho do voto do Min. Celso de Mello. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 3345/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.08.2005, DJe 19.08.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>; Coletado em 10.11.2011, p. 65-67.

³³¹ Em que se discutiu a constitucionalidade de Lei municipal, não subsumível, portanto, ao modelo concentrado de controle.

Ao contrário do se que propugna na peça opinativa em análise, ao julgar referidas ADI's, o STF não dispôs que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade tomada no RE 197.917/SP deveriam ser estendidos a todos os preceitos normativos semelhantes ao versado em tal recurso. Em verdade, o que o STF fez em referido julgamento foi assentar que o autor do ato normativo impugnado (TSE), a par de ter regularmente exercido sua missão institucional, rendeu homenagem aos fundamentos que serviram de esteio àquela deliberação.

Por oportuno, retenha-se que à época em que o RE em testilha foi julgado ainda não havia sido implantado o mecanismo da sumulação vinculante, cuja existência, aliás, corrobora a falta de vinculatividade *erga omnes* dos precedentes proferidos sob a forma do art. 543-B do CPC³³².

À margem de tudo o que foi dito, recobrando a última colocação lançada no tópico anterior, na contramão da fala do Min. Celso de Mello na ADI 3345/DF, a Constituição não é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é.

O Supremo Tribunal Federal, como integrante de um Poder constituído, submete-se ao que Paulo Otero chama de “princípio da constitucionalidade”³³³.

Em razão do princípio da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional não pode mudar a constituição, não pode “inventar” o direito. Se o fizer, não exercerá legitimamente seu papel como poder jurisdicional, ao menos não enquanto estiver sob os auspícios do Estado Democrático de Direito³³⁴.

³³² Em sentido contrário, conferir MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 462 e ss..

³³³ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, *passim*.

³³⁴ Infelizes, portanto, as proposições dos Ministros Francisco Resek, quando do julgamento da ADC n.º 1, afirmando que o STF seria uma espécie de oráculo, que “diz o que é a Constituição”, e Eros Roberto Grau, ao proferir seu voto na Reclamação 4335-5/AC, no sentido de que “o discurso da doutrina [discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso [isto é, do STF]. Ele nos seguirá; não o inverso.” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>, acesso em 26.01.2013, pp. 21 e 25)

Disso decorre que todos os atos do Tribunal Constitucional devem ser compatíveis com os preceitos constitucionais: o constituinte não outorgou ao Judiciário, ainda que por intermédio de seu órgão de cúpula, poderes para alterar a Constituição, e sim para protegê-la de atos normativos que em face dela se afigurem desconformes!

Nas palavras do autor antes citado³³⁵:

Verificando-se que as decisões do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral são insuscetíveis de fiscalização da constitucionalidade e a sua invalidade não impede a obrigatoriedade das mesmas junto dos restantes tribunais, urge colocar a seguinte questão: será que isto significa que a Constituição possibilita, ainda que implicitamente, ao Tribunal Constitucional a derrogação da ordem constitucional resultante da Constituição formal?

Salvo melhor entendimento, pensamos que a decisão com força obrigatória geral inconstitucional não revoga, nem derroga, modifica ou suspende parcialmente a Constituição. Não parece válida qualquer ideia que configure esta situação como competência conferida pela Constituição ao Tribunal Constitucional para emanar dois tipos de decisões: por um lado, as decisões que são conformes com o padrão constitucionalmente definido e, por outro lado, decisões que sendo desconformes, nem por isso seriam inválidas, atendendo a que o Tribunal exerceria um poder directamente fundado na Constituição de dizer o direito, isto é, de dizer em definitivo qual é o sentido da Constituição, sem possibilidade de qualquer processo de sindicabilidade por parte de outra entidade.

Violaria a unidade sistemática e axiológica subjacente à ideia de Direito resultante da Constituição admitir que o Tribunal Constitucional se encontraria habilitado a proferir decisões desconformes com o padrão valorativo positivado na Constituição, assistindo-se a um verdadeiro fenómeno de derrogação constitucional indirecta ou mediatizada pela futura acção do Tribunal Constitucional.

Segundo pensamos, o acórdão inconstitucional do Tribunal Constitucional limita-se a vincular os restantes tribunais a recusar a aplicação da norma objecto de declaração de inconstitucionalidade. Não há, em princípio, qualquer fenómeno derogatório da Constituição.

Por isso mesmo, o caso julgado inconstitucional resultante de um acórdão com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional tem uma natureza predominantemente processual e não material. Em consequência, projecta seus efeitos, em princípio, apenas ao nível dos processos jurisdicionais de fiscalização da constitucionalidade, sem assumir relevância substantiva imediata em termos das soluções materiais resultantes da Constituição.

Dessa forma, ainda que o Supremo Tribunal Federal venha a dizer que suas decisões em controle difuso devem produzir efeitos vinculantes *erga omnes*, tal não terá o condão de alterar a ordem constitucional, conquanto possa a vir a produzir efeitos processuais, uma vez que, como órgão de cúpula, isto é, como detentor da última palavra, instado a se manifestar sobre decisões tomadas por tribunais que se neguem a

³³⁵ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, pp. 100/101.

adotar seu entendimento, a ele será dado cassar as manifestações contrárias, fazendo valer a sua posição.

Herbert Hart, tratando da definitividade das decisões dos tribunais superiores, em sentido parelho ao defendido por Paulo Otero, faz instigante analogia com os jogos³³⁶:

Nesse sentido, é verdade que, para os objetivos do jogo, “o placar é aquele que o marcador declara ser”. Mas é importante notar que a regra de contagem permanece a mesma, e é obrigação do marcador aplicá-la o melhor que possível. A frase “A contagem ou placar é aquilo que o marcador declara ser” seria falsa se significasse não haver regra para a contagem de pontos, exceto aquela que o marcador decidisse acatar a seu arbítrio. Na verdade, um jogo poderia ser disputado segundo uma regra desse tipo, e seria até certo ponto divertido jogá-lo exercesse sua discricionariedade de forma mais ou menos regular; mas seria um jogo diferente. Poderíamos chamar esse tipo de jogo de “jogo do arbítrio do marcador”.

(...)

É importante observar que, se o jogo fosse disputado “ao arbítrio do marcador, a relação entre as declarações oficiais e não-oficiais seria necessariamente diferente: as declarações dos jogadores não apenas *seriam* uma previsão da decisão do marcador, mas não *poderiam* também ser outra coisa. Pois, nesse caso, “o placar é aquele que o marcador diz que é” seria a própria *regra* de pontuação; não haveria a possibilidade de as declarações dos jogadores constituírem simples versões não-oficiais da atuação oficial do marcador. As decisões deste seriam então ao mesmo tempo finais e infalíveis – ou melhor, a pergunta se elas seriam falíveis ou infalíveis não teria sentido, pois não haveria nada que o marcador pudesse “acertar” ou “errar”. Mas, num jogo comum, “o placar é o que o marcador diz que é” não constitui a regra de pontuação: é uma regra que dispõe sobre a autoridade e o caráter definitivo de sua aplicação da regra de pontuação a casos particulares.

(...)

O fato de que aberrações oficiais isoladas ou excepcionais sejam toleradas não significa que o jogo de críquete ou basebol não esteja mais sendo jogado. Por outro lado, se estas aberrações forem freqüentes, ou se o marcador repudiar a regra de pontuação, haverá um momento em que ou os jogadores não mais aceitarão as decisões anômalas, ou, se o fizerem, o jogo terá mudado. Já não é críquete ou basebol, mas um “jogo ao arbítrio do marcador”

Desconstituídos os argumentos lançados no parecer analisado, concluímos que:

(a) apenas as decisões proferidas ao ensejo do exercício do controle abstrato / concentrado de constitucionalidade e as decisões proferidas no controle concreto / difuso seguidas da edição de súmula vinculante ou resolução senatorial, por serem

³³⁶ HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 184/187.

detentoras de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante³³⁷, obram alterar a ordem jurídica em seu plano objetivo, isto é, efetivamente alteram o “estado de direito”; (b) caso não seguidas ou da edição de resolução do senado ou de súmula vinculante, as decisões provenientes do controle difuso de constitucionalidade de normas, ainda que proferidas em processo submetido à metodologia da “repercussão geral”, por não irradiarem efeitos *erga omnes*, nem tampouco determinarem, de maneira vinculativa, que os demais intérpretes adiram à senda interpretativa trilhada pelo Supremo Tribunal Federal, não são causas aptas a alterar o direito objetivo, ou seja, o plano em que transitam as normas abstratas e gerais.

Uma vez firmadas essas conclusões, chega o momento de, a partir das premissas teóricas firmadas ao longo do trabalho, analisar quais são os casos e sob quais condições as decisões, melhor dizendo, as normas jurídicas introduzidas pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos, se mostram aptas a suplantar o regime jurídico firmado nas sentenças transitadas em julgado regulamentadores de “relação jurídica de trato continuado”.

4.4 Reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre “esquema normativo” firmado em sentença transitada em julgado

Motivada a resolver o problema consistente na incerteza acerca da repercussão dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre as sentenças que, dizendo a (in)constitucionalidade de determinado tributo (norma) e projetando efeitos para o futuro, determinam, afastam ou modificam sua aplicação, a presente pesquisa tomou como hipótese serem apenas os pronunciamentos proferidos em controle concentrado capazes de ilidir o regime jurídico firmado em tais decisões.

Para além, desconfiava-se que os efeitos da decisão transitada em julgado somente poderiam ser afastados caso sua fundamentação se apresentasse contraditória

³³⁷ Isto é, por inserirem normas que determinam que toda a coletividade, diante de uma determinada constelação de argumentos, deve ser constrangida a adotar o sentido normativo firmado na interpretação levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal.

com a motivação do julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, como antes dito, abstrato / concentrado.

Portanto, suspeitava-se que, para o afastamento dos efeitos de decisão imutabilizada pela coisa julgada reconhecedora da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de determinado tributo, não se mostraria suficiente a “declaração” do Supremo Tribunal Federal em sentido inverso, exigindo-se, outrossim, que os argumentos debatidos na decisão trânsita tivessem sido devidamente enfrentados e repelidos ao ensejo do julgamento realizado em sede abstrata / concentrada.

A questão que se põe em revisa, assim, pode ser formulada da seguinte maneira: uma sentença que, discorrendo sobre determinada *regra matriz de incidência tributária*³³⁸, afirma sua constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, e transita em julgado, pode ter seus efeitos ilididos caso o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, ou no controle difuso em outro processo, venha a se pronunciar em sentido oposto? Para além, sendo o pronunciamento do Supremo proferido em controle difuso, os efeitos da decisão trânsita são ilididos caso posteriormente haja a edição de súmula vinculante assertando em sentido contrário? Do mesmo modo, tratando-se de sentença que ratifica a constitucionalidade da norma jurídica tributária em sentido estrito (abstrata e geral), são seus efeitos sobrestados pela edição de resolução do Senado Federal retirando sua vigência (ou sua eficácia técnica, como prefere parcela da doutrina)?

Para facilitar a resposta a tais questionamentos, fracionamos a abordagem em seis situações³³⁹:

³³⁸ Que, como vimos, é uma norma abstrata e geral instituidora dos critérios necessários à constituição de um determinado tributo, este aqui entendido enquanto norma jurídica concreta e individual.

³³⁹ Como agudamente notado pelo Professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux no momento da defesa desta dissertação, as hipóteses traçadas teriam sua complexidade exponencialmente incrementada caso fossem levadas em linha de conta as decisões interpretativas que, cada vez mais, vêm sendo adotadas pelo Excelso Pretório, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (em que há a exclusão de uma ou mais opções interpretativas) e da declaração de constitucionalidade conforme a constituição (em razão da qual, dentro de uma determinada constelação normativa, o STF define como constitucionalmente tangível apenas uma das interpretações até então descortinadas). Por exigir uma avaliação detida e aprofundada dessas decisões, no presente trabalho optou-se por considerar, quando do delineamento das hipóteses, apenas as modalidades decisórias “tradicionais”, não se podendo questionar, todavia, a palpitância da abordagem antes aludida.

a) a primeira, quando a sentença assertar a constitucionalidade da norma e a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em controle difuso, vier a dizê-la inconstitucional;

b) a segunda, quando, configurada a hipótese acima cogitada, for editada resolução do Senado “suspendendo” a norma abstrata e geral dita constitucional na decisão transitada em julgado, ou quando sobrevier a publicação de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal assertando sua inconstitucionalidade³⁴⁰;

c) a terceira, quando a sentença assertar a inconstitucionalidade da norma e o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, vier a dizê-la constitucional.

d) a quarta, quando, configurada a hipótese acima cogitada, sobrevier súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal assertando a constitucionalidade da norma abstrata e geral utilizada como premissa maior da decisão transitada em julgado;

e) a quinta, quando a sentença assertar a constitucionalidade da norma e a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em controle concentrado, vier a dizê-la inconstitucional;

³⁴⁰ A despeito de suscitarmos essa hipótese, entendemos que as súmulas vinculantes não deveriam ser utilizadas para declarar uma norma constitucional ou inconstitucional, mas apenas para guiar a atividade de fixação de seu sentido normativo quando, na prática, aflorarem interpretações dissonantes. Tal se entende pois “As súmulas são decisões de caráter aditivo/manipulativo. Afinal, não existe – ou não deve existir – súmula que refira, por exemplo, que determinado dispositivo inconstitucional, pela simples razão de que, se tal dispositivo efetivamente fosse inconstitucional, teria sido assim declarado (ou isso ou teremos que aceitar certa esquizofrenia em nosso sistema jurídico). Essa afirmação exige um esclarecimento: em um sistema jurídico misto de controle de constitucionalidade, não se poderia admitir que uma súmula viesse a substituir o próprio controle de constitucionalidade. Se uma lei é, efetivamente, inconstitucional, qual a razão de se fazer uma súmula para ‘atestar’ essa relevantíssima circunstância? Despiciendo dizer que são coisas absolutamente diferentes a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e a elaboração de uma súmula. Afinal, enquanto no primeiro caso está-se diante da (in)validade de uma lei, no segundo está-se diante da institucionalização de determinada interpretação de uma lei. (...) admitir que uma súmula ‘torna vinculante’ a invalidade de uma lei é admitir o fracasso do sistema jurídico. Afinal, não esqueçamos que, mesmo se o dispositivo for anterior à Constituição, pode ser declarado inconstitucional (não válido) mediante a utilização adequada da ADPF. Então, para que serve uma súmula nessas circunstâncias?” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 391). A despeito desse entendimento, a análise da hipótese se faz pertinente quando consideramos que o Supremo Tribunal Federal já se utilizou desse expediente para dizer inconstitucionais dispositivos de lei (cf. S.V. n.º 8: “São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

f) a sexta, quando a sentença assertar a inconstitucionalidade da norma, e a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em controle concentrado, vier a dizê-la constitucional.

Antes de ingressarmos em cada uma dessas situações, interessa-nos rememorar o que foi dito acerca da decisão que julga uma relação jurídica continuativa: ao seu cabo, processos que versam sobre relações jurídicas de tal jaez produzem uma norma que diz *se e como* outras normas jurídicas devem ser constituídas.

Por conseguinte, mesmo nas decisões de improcedência de ações em que o autor pretende ver decretada incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada norma, não há como se sustentar que o resultado seja um “vácuo” normativo, como se tal demanda não deixasse nenhum resquício, nenhuma marca de sua existência no ordenamento, tornando inútil todo o esforço processual que a antecedeu.

Ao “declarar” constitucional uma norma abstrata e geral, julgando improcedente o pedido do autor que pretende evitar que o réu constitua, em seu desfavor, normas concretas e individuais que naquela encontram seu fundamento de validade imediato, ao contrário do que num primeiro momento possa parecer, o juiz insere, sim, um comando no sistema.

Como dissemos linhas acima, a sentença é, necessariamente, um veículo introdutor de norma; quando julga um processo, o juiz, fechando um discurso normativo, invariavelmente agrega ao sistema um elemento, uma nova norma: a dúvida é se essa norma produz efeito *intraprocessual* ou *extraprocessual*, *inter partes* ou *ultra partes* e *retrospectivamente* ou *prospectivamente*.

Quanto a esse último ponto, tratando-se de discussão envolvendo uma relação de trato continuado, essa norma se voltará a balizar ou bloquear processos de positivação (interpretação e aplicação) futuros: será norma que dirá, em perspectiva, sobre a feitura de outras normas.

Ressaltemos, contudo, consoante anteriormente mencionado, que a norma jurídica introduzida nesses casos não poderá ser dita propriamente como abstrata, pois ela tomará a (in)constitucionalidade em seu antecedente como fato jurídico, prescrevendo um dever de adoção, ao ensejo de positivamente venham a ser intentadas no futuro, do entendimento firmado no discurso processual.

Dessarte, ter-se-á uma sentença que ditará os rumos de futuras interpretações e aplicações da norma abstrata que toma por objeto, portanto que definirá, para as partes do processo, a compatibilidade do sentido desta com a Constituição, preconizando a imperiosidade de sua (não-)aplicação diante de um dado cenário de argumentos / circunstâncias, quais sejam aqueles levados em consideração ao ensejo da edição daquela (sentença).

Para as partes desse processo, portanto, o conteúdo da “moldura”, utilizando-se da metáfora formulada por Kelsen, terá de ser tingido de acordo com a norma introduzida na sentença, ainda que isso resulte numa “tela em branco”, o que ocorreria caso esta dissesse inconstitucional a norma sindicada.

Assim, a par de manter seu caráter concreto, porquanto constituidora de um fato jurídico – (in)compatibilidade com a constituição -, a sentença que assera a (in)constitucionalidade de uma determinada norma versará sobre a atividade de sua definição e aplicação.

Por conta disso, essa sentença projetará seus efeitos, mediatemente, não só sobre (relatos de) acontecimentos passados (fatos), mas sim também sobre (relatos de) eventos futuros: o antecedente da norma que delineará não carreará um *fato jurídico*, senão os elementos conformadores de uma *hipótese de incidência*.

A aplicação dessa norma concreta e individual, por conseguinte, conformará uma norma abstrata e individual³⁴¹, fixando, para as partes e diante de um determinado

³⁴¹ A norma abstrata e individual é aquela “(...) que toma o acontecimento descrito no antecedente como uma tipificação de um conjunto de fatos; e que, no quadro de seus destinatários, volta-se a certo indivíduo ou a grupo identificado de pessoas. Seria o caso, por exemplo, de uma consulta fiscal, em que o interessado questiona ao Fisco a possibilidade de determinada consulta para fins tributários. A resposta

cenário de argumentos, a higidez ou a obsolescência da norma abstrata e geral (regra matriz de incidência tributária) cuja constitucionalidade fora sindicada no processo.

Feitas essas considerações, passa-se à análise de cada uma das hipóteses acima esquadrinhadas.

Pois bem.

Na *primeira e terceira* situações, a resolução do problema perpassa pela análise dos limites subjetivos de cada uma das decisões, isto é, pela aferição dos indivíduos que serão atingidos pelas normas jurídicas introduzidas na sentença trãnsita e no acórdão do Supremo Tribunal Federal.

Por se tratarem de normas que veiculam em seus respectivos consequentes relações jurídicas mantidas entre indivíduos distintos (ao menos um deles), não haverá contradição nos comandos, pois não se constatará a existência de duas regras determinando ao mesmo sujeito a assunção de comportamentos conflitantes, ainda que tal situação redunde, no mundo dos fatos, em tratamentos dissonantes.

Mas disso não se segue que tais decisões importam em violação à isonomia, pois a divergência de regimes deve tomar como critério de discernimento o decaimento ou não no processo em que a questão de direito foi discutida:

(...) De fato, o tratamento privilegiado que a parte receberá decorre da situação jurídica diversa que ocupa, na medida em que propôs oportunamente ação judicial e diligenciou nos autos para promover sua defesa de forma eficaz. Esse é o critério eleito pela norma constitucional da coisa julgada para distinguir os destinatários entre si. Em consequência da situação diversa em que se encontra aquele que venceu a demanda judicial daqueles que a

trará à luz uma norma individual e abstrata: justapondo o antecedente hipotético (objeto da consulta), ao consequente individualizado, uma vez que já podem determinar os sujeitos e o objeto da relação veiculada pela consulta fiscal. (...) Outro tanto se dá com o regime especial. Há que se tomar nota que em determinados casos, por necessidade pragmática ou por objetivos sancionatórios, a autoridade administrativa, a requerimento do interessado ou de ofício, adota regime especial para o cumprimento das obrigações fiscais e o faz por intermédio de uma norma individual e abstrata. Em seu antecedente, prescreve qualquer tratamento diferenciado da regra geral, tal como a alteração das formas usuais de emissão de documentos fiscais, de escrituração, apuração e recolhimento dos tributos; e, em seu consequente, caracteriza os beneficiários do regime, formalizando o vínculo jurídico entre a autoridade administrativa e o sujeito de direito.” (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40-41)

perderam ou que nem a propuseram ou que vieram a ter suas decisões rescindidas, a norma lhes conferirá tratamento jurídico diferenciado. Esse tratamento é plenamente justificável do ponto de vista racional, visto que àqueles que venceram as ações (critério de discriminação escolhido) deve-se conferir o especial tratamento decorrente dos próprios termos da decisão transitada em julgado. Por fim, essa correlação lógica que existe entre o traço discriminatório escolhido e o tratamento diferencial conferido pela norma é totalmente compatível com os princípios constitucionais da segurança jurídica, moralidade e boa-fé, sendo também compatível, portanto, com o princípio da isonomia.³⁴²

Na verdade, haveria violação à isonomia caso a mesma regra, em que pese dirigida a ambos os sujeitos, fosse imposta a um deles, porém não ao outro.

De outra parte, não se pode dizer que em um dos processos a resposta “correta” foi atingida e no outro não, como forma de se autorizar a revisão da conclusão obtida neste: como vimos, ainda que processos que versem sobre a mesma questão de direito atinjam resultados divergentes, a *correção* da norma inserida no sistema não deve ser aferida com base na possibilidade de harmonização de seu conteúdo com a norma abstrata e geral colocada como cerne da discussão, haja vista a inesgotabilidade de argumentos que podem influir nessa análise³⁴³, mas sim de acordo com a racionalidade do discurso que lastreou a expedição daquela (norma inserida)³⁴⁴.

Assim, se às partes (Fazenda e contribuinte) foi conferida ampla possibilidade de participar e influir no conteúdo da norma introduzida em cada um dos processos, e esta proveio de um juiz que, atuando em cooperação com as partes, se encontrava livre de qualquer constrição senão a de se submeter ao melhor argumento, então ambas as decisões serão legítimas, de sorte que as normas por elas introduzidas, por não se mostrarem inconciliáveis, isto é, por não obrigarem os mesmos sujeitos em sentidos opostos, terão de coexistir.

³⁴² VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 166.

³⁴³ Conforme anota Alexy, “não existe nenhum procedimento que permita, com uma segurança intersubjetivamente necessária, chegar em cada caso a uma única resposta correta.” ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos e razão prática*. Disponível em <http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/sistema_jur_dico_principios_y_raz_n_practica.pdf>; Acesso em 19.02.2013, p. 13.

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 282-283.

Para além, a possibilidade de variações no conteúdo dos atos de interpretação/aplicação do direito deve ceder diante da necessidade de o direito servir à estabilização das expectativas de comportamento, o que torna imperiosa a manutenção de ambas as decisões, malgrado disso possa advir uma distinção no plano dos fatos.

O entendimento de que nas situações em análise a decisão do Supremo Tribunal Federal não tem o condão de modificar a decisão transitada em julgado parece ter guarida na doutrina de Humberto Ávila. Entretanto, para esse autor, em situações excepcionais, quais sejam naquelas em que a diferença entre os “esquemas de agir” venha a comprometer a liberdade de concorrência, será possível, por meio de ação própria, tanto ao fisco quanto ao contribuinte postular o afastamento dos efeitos futuros da decisão que se lhe apresenta desfavorável.³⁴⁵

Na visão desse autor, malgrado em regra deva prevalecer o regime jurídico disposto na sentença que transitou em julgado, quando em outro processo sobrevier decisão em sentido oposto que importar numa discrepância de tratamento que abale decisivamente o exercício de atividade econômica e a liberdade de concorrência, então deve ser viabilizado, por meio de ação própria, o afastamento dos efeitos futuros daquele pronunciamento. Em seus dizeres:

(...) o Poder Público não pode ingressar com uma ação com a finalidade de anular decisão já transitada em julgada (*sic*), apenas e tão-somente, porque o Poder Judiciário declarou posteriormente a constitucionalidade do tributo em controle difuso de constitucionalidade. Ele só pode ingressar com essa ação se, e somente se, comprovar, mediante provas pertinentes, que a permanência dos efeitos da decisão anterior provoca um estado de excessiva e irrazoável desigualdade. Sem isso, mantém-se a coisa julgada.

Isso significa que só haverá uma violação ao princípio da igualdade que justifique o bloqueio dos efeitos futuros de decisão judicial anterior se ela criar um efetivo, e não meramente alegado, estado posterior de desigualdade. Nesse caso, a decisão, pela modificação do seu fundamento fático ou normativo, perderia sua justificação. Isso seria uma espécie do fenômeno chamado de *antijuridicidade superveniente das normas jurídicas* (*Rechtswidrigkeitswerden Von Rechtsnormen*). O essencial, para esse trabalho, é que faz parte da própria igualdade a exigência de igualdade no tratamento, inclusive com consistência no tempo (*consistency over time*).

³⁴⁵ Essa posição fica a meio caminho das visões propostas por Helenilson Cunha Pontes (*Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 174-175 e 179-180) e Fernando Facury Scaff. (SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência *in Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Coordenador Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários: ICET, 2006, p. 122-127)

Essa possibilidade, aberta ao Poder Público, deve ser também aberta ao contribuinte. Isso porque pode ocorrer que haja uma decisão, já transitada em julgado, que, em vez de desonerar um contribuinte em prejuízo dos demais, onere um contribuinte em favor dos demais. Nessa hipótese, os mesmos argumentos usados em benefício do Poder Público devem prevalecer em favorecimento ao contribuinte: ele pode pretender anular a decisão transitada em julgado; mas, para isso, deverá provar que sua permanência provoca um estado de excessiva e irrazoável desigualdade.

O importante, das considerações anteriores, é que nem o Poder Público, nem o contribuinte, podem simplesmente afastar decisões transitadas em julgado relativamente aos seus efeitos passados. O que eles podem fazer é, relativamente ao futuro, afastar os efeitos supervenientes excessivos e irrazoáveis, desde que esse efeito adverso da decisão, relativamente aos princípios do livre exercício de atividade econômica e de livre concorrência, seja devidamente comprovado. A tentativa de afastar a coisa julgada, sem mais, é um atentado direto à garantia da coisa julgada e uma ofensa indireta aos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito.³⁴⁶

O raciocínio é sedutor: causa espécie situações de tal jaez, em que contribuintes que desempenham uma mesma atividade econômica se vêem submetidos a regimes de tributação distintos, ao ponto de inviabilizar a empresa de um deles.

Bem verdade que essas situações podem ser assemelhadas aos casos em que o Supremo Tribunal Federal insere no sistema norma abstrata e geral, pois também nelas se pode dizer que houve uma mudança no estado de direito.

Entretanto, ao contrário do que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal se pronuncia de maneira vinculante e com eficácia *erga omnes*, na hipótese em análise a mudança não decorrerá dos efeitos, sobre o estado de direito, da decisão que for proferida em sentido diverso da que anteriormente transitara em julgado, mas sim advirá de desdobramentos que, imediatamente, elas causarão em outro subsistema social (econômico), que, por sua vez, podem reverberar em outras normas jurídicas, por exemplo as que apontam no sentido de que ao Estado incumbe zelar pela liberdade de exercício de atividades econômicas.

Observe-se que, na situação sob cogito, a decisão em sentido diverso da que anteriormente transitou em julgado não necessariamente precisaria ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal, deslocando o debate para um ponto estranho aos limites do presente trabalho.

³⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126-127.

De toda sorte, ainda que se aceite que estas decisões, por via reflexa, possam modificar o estado de direito, viabilizando, assim, a mitigação dos efeitos futuros da sentença trânsito, vemos alguns problemas na solução sugerida pelo estudioso cuja obra foi lançada em destaque.

O primeiro reside no incremento da complexidade do direito, o que acarretará um déficit em sua eficiência: se os desdobramentos causados em outros subsistemas sociais puderem ser utilizados como fundamento válido para reabertura de discussões jurídicas, de tão demasiadamente complexos, tais discursos possivelmente se tornarão debates sem fim, de modo que restará seriamente comprometida uma das finalidades precípuas do direito. (cf. item 2.1. supra).

O segundo consiste na indefinição de qual decisão “conflitante”, nesses casos, deverá prevalecer, se a do contribuinte que se vê beneficiado pelo comando que afasta, sem limite de tempo para o futuro, a cobrança do tributo ou se a de seus concorrentes que se viram derrotados em demanda de igual natureza. Ora, ainda que sob o fundamento de que, ante o impacto na liberdade de atividade econômica, houve alteração do estado de fato e de direito, certo é que a definição de qual decisão deverá prevalecer carecerá de um novo debate acerca da compatibilidade entre a norma abstrata e geral que preconiza a tributação e a Constituição, pois somente assim será possível concluir se todos os contribuintes deverão ser desonerados (notadamente os que foram derrotados em suas ações) ou se todos deverão suportar o gravame (precipualemente o que se sagrou vencedor em sua demanda).

A melhor solução para esse impasse, a nosso sentir, não se dá pela aceitação da abertura de uma nova via individual, tal como sugere Humberto Ávila, mas sim perpassa pela difusão do uso dos mecanismos de controle em sede abstrata³⁴⁷, porquanto são eles os veículos que, irradiando efeitos *erga omnes* e vinculativos, se mostram adequados à obtenção da unidade de tratamento e, portanto, à superação dos problemas

³⁴⁷ Por exemplo, com a definitiva superação do vetusto entendimento no sentido de que leis revogadas não seriam passíveis de controle por meio das ações de controle abstrato.

que porventura advenham da diferenciação causada por decisões judiciais legítimas, porém dissonantes.

A *segunda* hipótese acima delineada consiste nos casos em que, havendo decisão transitada em julgado assertando a constitucionalidade da regra matriz de incidência tributária, o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, posteriormente a julga inconstitucional e, em seguida, ou o próprio Supremo publica uma súmula vinculante assertando a inconstitucionalidade da norma ou o Senado Federal edita a resolução de que trata o art. 52, X, da CRFB/88.

Havendo edição de resolução do Senado, assim como no caso em que o Supremo Tribunal Federal decreta sua inconstitucionalidade em sede abstrata (quinta situação), o desfecho do problema radica em observar a manutenção da validade e vigência da norma cuja validade fora sindicada.

Como vimos, antes de aplicar uma norma abstrata e geral (no caso, uma regra matriz de incidência tributária), constituindo uma correlata concreta e individual, o agente credenciado pelo sistema, deve percorrer todo o sistema do direito. Se a partir dessa norma abstrata e geral, galgando todo o escalonamento no qual o direito se estrutura, não lhe for possível alcançar a norma fundamental³⁴⁸, e então deverá dizê-la inválida (não pertencente ao sistema), rejeitando sua aplicação.

Ademais, além da relação de pertinência / compatibilidade com o sistema, antes de aplicar uma norma, o agente credenciado deve verificar se ela possui força para obrigar o cumprimento do dever disposto na relação jurídica prescrita em seu consequente normativo, isto é, se a mesma detém vigência³⁴⁹.

³⁴⁸ Lembremos que em Kelsen a norma fundamental encontra três acepções distintas: a) como recurso epistemológico utilizado para delimitação do objeto de investigação da ciência do direito, isto é, como uma norma cuja validade é pressuposta e, portanto, desprezada pela investigação feita pelo Direito; b) como norma fundante e fundada, isto é, que tanto confere quanto retira fundamento de validade de outras normas; e c) como norma fundante (constituição), que apenas confere fundamento de validade, não sua própria validade de qualquer outra. Aqui utilizamos norma fundamental nessa última acepção.

³⁴⁹ Isto é, se o consequente de seu veículo introdutor já e ainda possui força para regulamentar condutas, fazendo com que seus destinatários observem o(s) enunciado(s)-enunciado(s) pelo(s) qual(is) a norma abstrata e geral (regra matriz de incidência tributária) é veiculada. Ressalte-se que há autores que diferenciam vigência e vigor (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 202-203)

Na situação em exame, ao menos no que diz respeito aos fatos ocorridos após a edição de resolução pelo Senado da República, a regra matriz de incidência tributária não mais poderá ser utilizada como fundamento de validade para constituição de novas normas concretas e individuais que os tomem em seu antecedente, ainda que a constitucionalidade daquela (RMIT) tenha sido anteriormente reconhecida, pela via incidental, em outro processo.

Como vimos, a norma individual e concreta inserida pela sentença proferida em referido processo determina *se e como*, diante de um determinado contexto de argumentos e desde que mantido o estado de fato e de direito, a regra matriz de incidência tributária deve ser interpretada e aplicada.

Assim, ao dizer constitucional a regra matriz, a norma jurídica inserida pela decisão judicial trãnsita determina que, senão em violação à coisa julgada, eventuais normas concretas e individuais constituídas com supedâneo nela (RMIT) deverão ser consideradas válidas, desde que, por claro, veiculem, em seu consequente, uma relação jurídica entre as partes do processo, e, também, se esteja diante do mesmo contexto argumentativo que nele (processo) foi levado em consideração.

Por exemplo, se um contribuinte, sustentando a inconstitucionalidade formal da regra matriz de incidência tributária por conta de sua estipulação através de lei ordinária e não lei complementar, sair derrotado em ação na qual pretendia ver reconhecida a inexistência de relação jurídica com Estado, sobrevivendo executivo fiscal, em respeito ao silêncio operado pela coisa julgada, não poderá, com base em aludido vício, opor embargos.³⁵⁰

³⁵⁰ Como perspicazmente notado pelo Professor Doutor Samuel Meira Brasil quando da defesa desta dissertação, a proposta aqui formulada perpassa por uma visão ampliada dos limites objetivos da coisa julgada, cujo delineamento perpassaria não por uma leitura isolada do dispositivo sentencial, senão também, e precipuamente, por uma análise acurada do debate travado entre as partes e da fundamentação empreendida pelo julgador para a tomada de decisão, o que, aliás, encontra guarida no preceito insculpido no artigo 474 do Código de Processo Civil.

Entretanto, sobrevindo norma que marque o término de seu intervalo de vigência³⁵¹ dessa regra matriz de incidência tributária, quer seja em razão de sua revogação pelo ente político que a instituiu, quer seja por conta da edição de resolução do Senado da República na forma do inciso X do art. 52 da CRFB/88, a decisão judicial trânsita não terá o condão de mantê-la apta a servir de fundamento de validade de normas individuais e concretas juridicizadoras de fatos que se seguirem, sem prejuízo da subsunção de fatos pretéritos.

Assim, os efeitos da norma jurídica introduzida pela decisão transitada em julgado cessarão³⁵², para o futuro, porque a resolução do Senado operará uma modificação do estado de direito levado em conta no momento de sua produção, precisamente porque acarretará o término do intervalo de vigência da norma abstrata e geral cuja constitucionalidade, no processo, fora assertada.

Semelhantemente se dará na *quinta* hipótese conjecturada (decisão concreta e individual de constitucionalidade seguida de decisão abstrata e geral de inconstitucionalidade), porém com a diferença de que a decisão do Supremo Tribunal Federal poderá marcar não só o término do intervalo de vigência da norma, senão também seu intervalo de validez.

O intervalo de validez da norma também será afetado caso o Supremo venha a conferir eficácia *ex tunc* a sua decisão, hipótese em que a regra matriz de incidência

³⁵¹ O intervalo de vigência é “o lapso temporal em que a norma possui caráter de obrigatoriedade (normalmente adquirida após a *vacatio legis*) até o momento em que mantém a dita obrigatoriedade para os casos ocorridos em seu IS [intervalo de subsunção] (vigência para os fatos completados sob sua égide). Tal qual o IV [intervalo de validade], o IVi [intervalo de vigência] pode ter seu fim decretado pela revogação, não obstante mantenha a obrigatoriedade para os casos acontecidos durante seu IS.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 156). O intervalo de subsunção, por seu turno, “é o ‘intervalo de tempo durante o qual há de ter lugar um acontecimento para que este seja contemplado pela suposição do enunciado’. O intervalo de subsunção torna o momento do acontecimento previsto na hipótese normativa juridicamente relevante, de maneira que todo caso compreendido sob a hipótese normativa deve ser considerado ocorrido durante o intervalo de subsunção desse enunciado [norma].” (idem, *ibidem*, p. 155).

³⁵² Como precisamente notado pelo Professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux ao ensejo da arguição, quando lida isoladamente, a asserção em tela leva a crer que o fundamento de validade da sentença seja a lei, e não a constituição. Todavia, não há dúvidas que, como todo e qualquer ato jurídico, o fundamento de validade último da sentença radica na constituição. Há casos, ademais, em que a constituição é o fundamento direto da sentença, tal como ocorre quando, declarando sua inconstitucionalidade, o juiz afasta a aplicação de determinada lei; neste caso, não há dúvidas que o fundamento de validade da norma inserida pela sentença não está na lei incidentalmente controlada, senão na própria constituição.

tributária “declarada” inconstitucional sequer poderá servir de fundamento de validade de normas concretas e individuais que tomem, em seu antecedente, fatos anteriores à referido pronunciamento.

Em razão do objeto da investigação, essa diferenciação acaba se tornando irrelevante, haja vista que, aqui, nos ocupamos apenas em estudar *se e de que* forma as decisões do Supremo Tribunal Federal, numa visão prospectiva, repercutem sobre a norma jurídica introduzida em processos nos quais se discute uma “relação jurídica de trato continuado”.

O que nos interessa, aqui, é o fato de que, ao dizer inconstitucional determinada norma em controle abstrato e concentrado, o Supremo Tribunal Federal, de maneira semelhante ao que se dá quando o Senado edita a resolução regulada pelo inciso X do art. 52 da Constituição, altera o estado de direito, seja por interromper o intervalo de vigência, o que ocorre quando à “declaração” se empresta efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, seja por atingir o seu intervalo de validade, o se dá quando a “declaração” opera efeitos retroativos.³⁵³

Uma vez alterado o estado de direito, a sentença transitada em julgado que reconheceu válida a regra matriz de incidência tributária perde, para o futuro, a capacidade de impor sua aplicação, pois esta então carecerá, no mínimo, de vigência.

Retornando à segunda hipótese, mas agora tratando da situação em que há a superveniência de súmula vinculante, os efeitos futuros da decisão transitada em julgado também terão de ser afastados, porém por outro motivo, qual seja a necessidade de, havendo normas apontando em sentido diversos, desde que preservado o efeito silenciador da coisa julgada, se recobrar a igualdade geral da tributação.

Explica-se. Do mesmo modo que a sentença que versa sobre relação jurídica continuativa, a norma jurídica “cristalizada” nas súmulas vinculantes é uma norma de

³⁵³ Nesses casos, quando vista em tempo ulterior (t_{+1}) ao pronunciamento do Supremo, a norma terá de ser considerada como se nunca tivesse pertencido ao sistema, sem que isso importe a invalidação automática das normas anteriormente constituídas com base nela. Sua invalidade total, portanto, só será obtida caso todas essas normas, dela dependentes, sejam também extirpadas do sistema.

decisão extensível a outros casos, isto é, é uma norma que, diante de situações que se mostrem em essência idênticas à enfrentada no processo que culminou com sua produção³⁵⁴, determina os rumos de futuras atividades de interpretação/aplicação de uma determinada norma abstrata e geral.

Não se deve confundir o enunciado da súmula vinculante com a norma jurídica – fixadora de um determinado sentido normativo - que, a partir da análise das razões de decidir e das circunstâncias fáticas levadas em consideração nos julgados que culminaram em sua edição, pode ser constituída. A “súmula” institucionaliza a interpretação de uma dada norma.

Outrossim, também não se deve equiparar os enunciados das súmulas vinculantes a enunciados de lei, como se também aquelas tivessem a pretensão de instituir normas abstratas e gerais. Nesse sentido são as advertências feitas por de Lênio Streck:

(...) a afirmação de que a súmula é (também) um texto deve ser compreendida a partir de um olhar hermenêutico. Uma súmula é um texto que possui peculiaridades, até porque, se assim não fosse, não haveria diferença entre lei “abstrata” e súmula. A súmula – e por isso a responsabilidade político-hermenêutica aumenta consideravelmente em um país de sistema romano-germânico – é um texto que, na sua pré-compreensão, traz algo mais (ou extremamente diferenciado) que qualquer outro texto legal.

(...) mais do que pretende qualquer outro texto jurídico, [a súmula] traz um “em si” (um mínimo “é”) decorrente das inúmeras situações concretas que a ensinaram e que conformarão a compreensão do intérprete. Entretanto, o que poderia ser um argumento a favor da súmula acaba sendo o seu principal problema: a pré-compreensão decorrente da faticidade das singularidades das situações concretas *é eliminada pelo esquema sujeito-objeto a partir da hipostasiação de uma supernorma, que passa a “sobreviver” à revelia das próprias situações concretas que a ensinaram.*

(...)

É possível dizer que quem transforma as súmulas vinculantes em um “mal em si” são suas equivocadas compreensão e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da “questão de fato”. Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (...) serão um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma “exigência hermenêutica” que se traduz na frase de Gadamer: só podemos “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”.³⁵⁵

³⁵⁴ E no Brasil, em razão da exigência de reiteradas decisões no mesmo sentido, o processo de edição de uma súmula vinculante carece de outros vários.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *ob. cit.*, p. 393- 398.

As súmulas vinculantes, pois, dizem como “deve-ser” interpretada determinada norma abstrata e geral, mas fazem isso com lastro em precedentes, isto é, com base em decisões que, diante de um determinado contexto de fato e de direito, resolveram algum caso.

É necessário termos em linha de conta, outrossim, que o sentido da súmula não deve ser perquirido em seu enunciado, mas sim nos precedentes que lastrearam sua edição, também sendo imperioso que entre eles não haja confusão.

Isso porque um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal. Por ser *caso*, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as súmulas, sejam “comuns” ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas seja o fato de o texto ser diferente da norma. Na verdade, não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma. (...) se fosse para resumir o problema das súmulas em um frase, diria que “o ‘precedente’ não cabe na súmula.”³⁵⁶

Conclui-se, portanto, que

As súmulas são, na verdade, a fixação de determinado sentido interpretativo a dada norma, vinculado à hipótese fática que deu origem a esse sentido interpretativo.

Vincula-se não a atividade jurisdicional pela criação de uma norma, mas, a partir do estabelecimento de um sentido interpretativo, vinculam-se as decisões futuras a esse sentido. Apenas isso. Trata-se mais de problema de política judiciária do que do estabelecimento de normatização nova pelo Poder Judiciário.

A atribuição do efeito vinculante à súmula não muda a sua natureza de decisão jurisdicional consolidada a partir da repetição sistemática de entendimentos em um mesmo sentido.

Cria-se, no máximo, uma *norma de decisão*, específica para um caso concreto que, em razão da repetição de hipóteses idênticas, vincula a interpretação de casos futuros. Não se cria proposição hipotética, abstrata e geral, que não se confunde com obrigatoriedade de seguir determinado entendimento sobre o assunto. (g.n.)³⁵⁷

Na situação em análise (sentença diz ser a norma constitucional e a súmula asserta sua inconstitucionalidade), voltando-se tanto a súmula vinculante (com as ressalvas acima feitas) quanto a decisão transitada em julgado a inserir um comando

³⁵⁶ Idem, ibidem, p. 395- 398.

³⁵⁷ CÔRTEZ. Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 199-200.

balizador da atividade de atribuição de sentido e aplicação de outra norma (abstrata e geral), teremos o mesmo indivíduo (Estado), após a edição da súmula vinculante, a mercê de ordens contraditórias: a primeira (sentença), determinando que aplique a RMIT; a segunda (súmula vinculante), ordenando que não a aplique.

A solução dessa contradição, como antes dissemos, deve ser realizada por meio da conciliação do efeito silenciador da coisa julgada com a igualdade da tributação³⁵⁸.

Para tanto, devem ser preservadas as normas concretas e individuais já constituídas com base na orientação firmada na sentença trânsita, exigindo-se, contudo, que as enunciações futuras sejam realizadas segundo os ditames da súmula vinculante (mesmo que tocante a eventos pretéritos à sua edição), o que na situação em análise, em verdade, impedirá que tais enunciações sejam levadas a efeito, uma vez que, ordenada, pela S.V., o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a norma abstrata e geral não poderá ser considerada válida pelo aplicador nem tampouco, portanto, poderá servir de base para a produção da norma concreta e individual veiculadora da obrigação tributária.

Destaque-se que essa proposta não impõe a retroatividade do “comando” disposto na súmula vinculante (com as ressalvas que fizemos acima), uma vez que o mesmo se dirige exatamente a balizar *se e como* a enunciação de uma norma abstrata e geral deve ser empreendida.

Assim, não poderá o Estado, com base na norma disposta na sentença transitada em julgado, pretender tributar (leia-se: constituir normas concretas e individuais) fatos anteriores à edição da súmula, a não ser que também a enunciação lhe anteceda.

Nessa hipótese, não só o tempo *na* norma, que leva em conta o momento em que o fato colhido no antecedente da norma concreta ocorre, isto é, o momento do acontecimento alçado ao mundo jurídico, como também o tempo *da* norma, que leva em

³⁵⁸ Em última análise, nesse caso a súmula vinculante impedirá a aplicação da norma para juridicizar relatos tanto de eventos futuros (vigência) quanto de eventos passados (vigor).

conta o momento em que ela é constituída, ou seja, o momento da enunciação, terão que ser anteriores à publicação da súmula para se dizer válida a tributação³⁵⁹.

Diferentemente se dará quando, havendo decisão transitada em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade da RMIT, sobrevier súmula vinculante dizendo-a constitucional (*quarta hipótese*).

A diferença decorrerá basicamente de dois motivos: *primeiro*, não se deve confundir os efeitos provenientes da norma “contida” na súmula que afirma ser determinado comando constitucional, prescrevendo a obrigatoriedade de sua aplicação quando contra ele forem opostas determinadas objeções, e os desdobramentos advindos da norma enunciada por súmula que aponte em sentido contrário, isto é, que afirme ser tal comando inconstitucional, preconizando a impossibilidade de sua aplicação em razão de um ou alguns motivos)³⁶⁰; *segundo*, a garantia da coisa julgada, com o perdão do truísmo, é uma garantia, portanto um mecanismo destinado a servir o indivíduo em face do Estado, e não para proteger este de seus próprios erros, tal como a produção de uma norma incompatível com a Constituição³⁶¹.

³⁵⁹ No que diz respeito aos fatos pretéritos à decisão com eficácia geral, acreditamos ser este o regime que deve ser conferido à situação narrada na quinta hipótese, quando à declaração abstrata for conferida eficácia *ex tunc*. Assim, as normas concretas e individuais provenientes de enunciações realizadas antes da publicação do acórdão do STF deverão ser consideradas válidas, haja vista o comando contido na sentença, dela seguindo-se todos os jurídicos efeitos (inclusive com a possibilidade de inscrição do crédito em dívida ativa e manejo de execução fiscal). Por outro lado, sobrevindo a publicação do acórdão do STF, o Estado não mais poderá pretender juridicizar qualquer fato, ainda que anterior ao comando do Excelso Pretório. Como dissemos, o fator determinante, aqui, será o tempo *da* norma, e não o tempo *na* norma. Tal não se dá na hipótese de edição de resolução do Senado ou quando à declaração for emprezado efeito *ex nunc*. Nesses casos, a enunciação poderá ser posterior à decisão, exigindo-se tão somente que o “fato jurídico tributário” lhe seja anterior.

³⁶⁰ A despeito da “natureza dúplice” que vem sendo defendida na doutrina, devemos lembrar que a ADI e a ADC cumprem funções absolutamente distintas: enquanto a primeira serve para depurar o ordenamento de uma norma que se mostre desconforme com a Constituição, a segunda se presta a uniformizar o entendimento acerca da constitucionalidade de determinada norma, sanando controvérsia instaurada em torno de sua aplicação. Portanto, há uma clara diferença entre as hipóteses de cabimento e as funções cumpridas por cada uma dessas ações. Desse modo, “A improcedência de uma ação direta de inconstitucionalidade não pode ter o condão de ser equiparada a uma declaração de constitucionalidade feita nos moldes próprios que assume a ação declaratória, uma vez que, enquanto para a ADI não se exige a prova de controvérsia anterior, na ADC a exigência de comprovação da relevância dá a esta um feito bem diferenciado. Não fosse assim, bastaria que se propusesse uma ação direta de inconstitucionalidade, cujo elenco de legitimados é extenso, que, fadada (de antemão) ao insucesso, alcançaria o efeito inverso, isto é, de declaração de constitucionalidade, *mesmo sem a existência de qualquer controvérsia relevante*.” (STRECK, Lenio Luiz. *ob. cit.*, p. 376).

³⁶¹ Aqui não se pretende dizer que o Estado não possa, em toda e qualquer situação, recorrer à coisa julgada para o fim de evitar a reabertura de discussão que já recebeu desfecho em sede judicial, senão

Por conta desses fatores, ao contrário do que se passa nos demais hipóteses analisadas, na situação sob vislumbre, bem como no caso em que se segue declaração, no controle abstrato / concentrado, de constitucionalidade da RMIT (*sexta* hipótese), para que o efeito “bloqueador” da norma jurídica imutabilizada possa ser mitigado se faz imprescindível a produção de nova linguagem jurídica, isto é, a produção (enunciação) de um novo elemento de direito (norma jurídica).

No bojo dessa enunciação, ao Estado competirá a demonstração de que os fundamentos considerados na sentença trânsita para dizer a RMIT (norma abstrata e geral) incompatível com a Constituição foram debatidos e rechaçados pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que reste atestada a impossibilidade de convivência das decisões, senão em ruptura à ideia de integridade / coerência professada por Dworkin.

Com efeito, como a norma jurídica proveniente dessa decisão alberga e vincula todos os indivíduos submetidos a uma dada ordem jurídica, ela terá, sim, o condão de se sobrepor, para o futuro, à norma introduzida pela sentença que, declarando a inconstitucionalidade da RMIT inconstitucional, obsta a tributação³⁶², mas desde que estas (normas jurídicas), quando submetidas a um mesmo discurso normativo, se

apenas que a ele, enquanto seu autor, não se afigurara válido, escudado unicamente na preclusão máxima, pretender perpetuar, para o futuro, os efeitos promanados do ato inconstitucional.

³⁶² Em sentido contrário, utilizando-se da teoria dos sistemas de Luhman, sustenta Gustavo Sampaio Valverde que os efeitos da sentença trânsita devem necessariamente ser mantidos, uma vez que, em seu entendimento, nesse caso não haveria alteração do estado de direito. Segundo esse autor, “é possível caracterizar a declaração de inconstitucionalidade proferida em ação direta pelo Supremo Tribunal Federal como uma alteração do ‘estado de direito’ (...) porém o mesmo não ocorre com a declaração de constitucionalidade, seja ela proferida em sede de controle concentrado ou difuso. É que nessas hipóteses o ordenamento jurídico não é alterado. Os programas jurídicos vigentes à época em que a decisão transitada em julgado foi proferida continuam vigentes, sem qualquer alteração. Não há introdução de uma comunicação nova no sistema jurídico. Vale dizer, a lei sempre existiu e pôde ser aplicada, em face do princípio da presunção de validade dos atos legislativos. A declaração do Supremo Tribunal Federal apenas agrega certeza a essa situação. Porém não há, nesses casos, a alteração do ‘estado de direito’ a que se refere o artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo incabível a propositura de ação revisional.” (VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 234-235). Do mesmo modo se posta Luiz Eduardo de Castilho Giroto, para quem “a norma individual produzida no caso concreto, declarando a inconstitucionalidade da Lei e transitada em julgado não poderá, JAMAIS, considerados os fatores sistêmicos do ordenamento e a preponderância do vetor segurança jurídica nas relações tributária, sofrer ingerência de posterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, sendo certo que a coisa julgada deverá produzir normalmente seus efeitos para eventos futuros enquanto não houver modificação substancial na disciplina legal da obrigação tributária: leia-se, enquanto não houver alteração da base de cálculo em conjugação com o aspecto material da incidência tributária.” (GIROTTTO, Luiz Eduardo de Castilho. *Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 95)

mostrem inconciliáveis: como afirma uma parcela da doutrina, para tanto deve haver identidade entre o objeto das discussões que ensejaram a produção de cada um dessas normas, o que somente poderá ser aferido num novo processo.

Isso porque, ao se defender que a decisão que assera a constitucionalidade da RMIT - em controle abstrato ou mediante a edição de S.V. - é capaz de afastar automaticamente os efeitos da sentença trânsita, tanto se confere maior importância ao agente (STF) do que ao discurso, isto é, ao que efetivamente restou decidido, quanto se equipara a norma de decisão produzida pelo Supremo à legislação, como se à mesma fosse possível se desprender dos motivos que orbitavam sua enunciação.

Lembremos, ainda, que dizer que a Constituição é o que o Supremo diz que ela é, como apregoado por alguns de seus integrantes, não é de todo correto, a não ser que se pretenda remontar à ideia de que suas decisões são indisputáveis para o caso apreciado³⁶³.

A falibilidade inerente à atuação do marcador (Hart) e a possibilidade de as versões não-oficiais assumirem outra função que não apenas de mera previsão das decisões oficiais tanto reforça quanto possibilita a imperiosidade de abertura de canais comunicativos que permitam sua constante saturação.

Desse modo, o advento de decisões vinculativas e com eficácia *erga omnes* asserando a constitucionalidade da RMIT não importa em imediata cessação dos efeitos da norma jurídica imutabilizada pela coisa julgada, exigindo-se que a fundamentação trilhada em cada uma das decisões, quando colocadas num mesmo contexto discursivo, apresentem-se inconciliáveis.

Dessa maneira, ainda que, em controle concentrado ou mediante a edição de S.V., a constitucionalidade de determinada norma abstrata e geral venha a ser atestada, somente serão atingidas por tais deliberações as decisões que reconheceram sua

³⁶³ Segundo John Rawls, “a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da Constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria política ampla e estável, como ocorreu no caso do *New Deal*”. (Rawls, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 288)

inconstitucionalidade com base em argumento debatido e refutado pelo Supremo Tribunal Federal, mantendo-se incólumes, por conseguinte, as que estiverem fundadas na existência de contrariedade com paradigma constitucional distinto.³⁶⁴

Nesse sentido, Helenilson Cunha Pontes afirma ser necessária a existência de uma relação de identidade entre as decisões para que o pronunciamento do Supremo possa suprimir os efeitos da decisão individual:

Com efeito, a eficácia de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada individual requer a identidade entre a questão constitucional debatida na lide individual e aquela presente na decisão do Supremo Tribunal Federal. O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil tem causa de pedir aberta, de modo que o Supremo Tribunal Federal ao decidir não está vinculado aos fundamentos expostos na petição inicial da ação direta, operando-se dessa forma uma presunção *juris tantum* de apreciação de todos os aspectos relacionados à questão de constitucionalidade da norma jurídica impugnada.

No entanto, o efeito geral da decisão de constitucionalidade proferida em sede de controle concentrado está limitado aos fundamentos constantes do decisório. Neste sentido, a identidade entre a questão constitucional decidida pelo Supremo Tribunal, e constante dos fundamentos da decisão, e a questão constitucional constante do comando judicial individual transitado em julgado é indispensável para a eficácia daquela decisão da Corte Suprema sobre a decisão individual.

(...) a aplicação da decisão de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal, tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sobre decisões individuais já transitadas em julgado, exige a indispensável verificação da relação de identidade entre as questões constitucionais debatidas pelo Supremo Tribunal e aquelas decididas na lide individual.³⁶⁵

No mesmo sentido desponta a doutrina de Humberto Ávila, *in verbis*:

Examinando a problemática da coisa julgada tão somente sob o espectro daquilo que é essencial para o argumento aqui desenvolvido, é preciso verificar se o estado superveniente de desigualdade decorre de uma decisão com eficácia geral ou com eficácia particular. É que, tendo havido um pronunciamento com eficácia geral do Poder Judiciário, ela prevalece, a partir daquele momento, sobre a coisa julgada particular. É que, tendo havido pronunciamento com eficácia geral do Poder Judiciário, ela prevalece, a partir daquele momento, sobre a coisa julgada particular, cuja eficácia não prevalece sobre fatos futuros. Isso se deve, entre outros fundamentos, ao

³⁶⁴ Exemplificando: se o Supremo rejeitar uma ADI cuja causa de pedir consiste numa inconstitucionalidade formal, e neste julgamento, a despeito da possibilidade de variação do parâmetro (causa de pedir aberta), qualquer outro fundamento venha a ser agitado, nenhuma repercussão haverá sobre as sentenças que, transitadas em julgado, tenham reconhecido a inexistência de relação jurídica com base numa inconstitucionalidade: seus “esquemas de agir” permanecerão hígidos.

³⁶⁵ PONTES, Helenilson da Cunha. Coisa julgada tributária. *in Coisa julgada tributária*. Ives Gandra Martins, Marcelo Magalhães Peixoto, Andre Elali, coordenadores. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 200/202.

postulado da supremacia constitucional e, relativamente aos princípios constitucionais, ao da segurança jurídica. Havendo identidade de objeto entre aquilo que foi decidido pelo Poder Judiciário num caso particular já atingido pela coisa julgada e aquilo que foi objeto de pronunciamento numa decisão com eficácia geral, há dois elementos a serem considerados.

(...)

Do ponto de vista da igualdade geral da tributação (...) a coisa julgada não deverá prevalecer sobre fatos futuros àqueles versados na ação transitada em julgado. E isso porque a eficácia geral da decisão posterior irá proteger precisamente a igualdade geral da tributação por meio do afastamento de desigualdades específicas, pela existência de maiores razões para afastar a decisão individual para o futuro do que para mantê-la. A permanência ilimitada da desigualdade entre os contribuintes, em virtude de decisão judicial, afetaria de modo demasiado a igualdade da tributação, criando excessivas e irrazoáveis vantagens ou desvantagens em favor ou contra um ou mais contribuintes relativamente à maioria deles.³⁶⁶

Da exigência de identidade entre os objetos³⁶⁷ para que, com base no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, possam ser afastados os efeitos futuros das normas jurídicas introduzidas por sentenças transitadas em julgado que disseram inconstitucional a exaço decorre a imperiosidade de se promover a democratização do debate travado nos processos que resultam em decisões com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*: ao se ampliar o número de seus participantes, incrementa-se a probabilidade de novos argumentos virem à baila, conferindo não só maior legitimidade pela qualidade do discurso, como também maior espectro abrangência à decisão.

Assim, conquanto afigure-se potente a fazer cessar os efeitos da norma jurídica introduzida pela sentença trãnsita pretérita, a decisão tomada pelo Supremo em controle abstrato e a edição de sùmula vinculante assertando a constitucionalidade da RMIT não opera efeitos imediatos sobre aquela, não sendo legítmo à Administração retomar a cobrança do tributo tão logo publicado o acórdão no D.O.U.³⁶⁸.

³⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 124-125.

³⁶⁷ Entenda-se, da imperiosidade de as fundamentações empregadas na sentença e na decisão vinculativa dotada de eficácia *erga omnes* se mostrarem incoerentes.

³⁶⁸ Conforme defendido no parecer, com escora na doutrina de Teori Albino Zavascki (ZAVASCKY, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional e eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>; Coletado em 10.11.2011; e ZAVASCKY, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 90/101) e VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Coisa Julgada e Inconstitucionalidade: Alguns Reflexos em Matéria Tributária in Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Co-edição Dialética e ICET, São Paulo e Fortaleza, 2006, pp. 262/293. Em última análise, esta postura acaba por permitir ao vencido a possibilidade de, com supedâneo em deliberação própria, dizer-se “legitimamente” exonerado do comando judicial trãnsito, tornando inócua a função estabilizadora da coisa julgada e criando, assim, um estado de assaz incerteza jurídica.

Para que a função apaziguadora da coisa julgada não seja transformada em tábula rasa, somente o Judiciário poderá, confrontando as premissas de cada uma das decisões, dizer se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal teve ou não o condão de suprimir, para o futuro, a normatividade provinda da sentença trânsita.

Nesse intuito, caberá à Fazenda propor ação com vistas a constituir nova linguagem normativa, sacramentando seu direito de, em razão do julgamento do Tribunal Constitucional, voltar a exigir a exação³⁶⁹.

Reitera-se: não basta que o Supremo, com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, afirme que determinada RMIT é constitucional para que a Fazenda possa pretender o afastamento dos efeitos de decisão transitada em julgado apontando em sentido diverso; para tanto, exige-se que a fundamentação dessas decisões, isto é, as razões de decidir de cada uma delas, quando vistas em conjunto, se mostrem incoerentes, pondo em xeque a noção de direito enquanto integridade a que alude Dworkin.

Para além, mostrando-se inadequado deixar a aferição dessa incoerência a cargo de um juiz solipsista, na trilha da crítica firmada por Habermas à teoria da decisão de Dworkin, que espera que o juiz seja capaz de realizar o revolvimento de todo o histórico institucional para verificar se a decisão que irá tomar fere ou não o “princípio da integridade”, carece mais ainda de sentido pensar válida tal superação por empresa unilateral de uma das partes.

Desse modo, quando a decisão superveniente não comprometer a validade ou a vigência da norma abstrata e geral discutida na demanda anteriormente encerrada, somente por meio de um novo discurso, no qual aos interessados devem ser assegurados

³⁶⁹ No parecer, “curiosamente”, inverte-se essa lógica, dizendo que, retomada a cobrança, será facultado ao contribuinte “ajuizar a correspondente e adequada ação judicial a fim de impedir a exigência do referido tributo pelo Fisco (tutela preventiva), ou de afastar a exigência eventualmente já efetuada (tutela repressiva), o que poderá ser alcançado, inclusive, antecipadamente, mediante medida processual de urgência;” (BRASIL. Ministério da Fazenda. Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, 30 de março de 2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, publicado no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26.05.2011, edição n. 100, seção 1, p. 26)

todos os direitos processuais³⁷⁰, o “esquema de agir” nela definido poderá ser legitimamente afastado.

A paralisação, para o futuro, do “esquema normativo” firmado na sentença trântita, entretanto, ocorrerá independentemente de qualquer providência quando a regra matriz de incidência tributária discutida no processo individual perder sua validade ou sua vigência.

Nesses casos, a desnecessidade de produção de uma nova decisão judicial para a superação do “esquema de agir” se dará em razão de a regra matriz deixar ou de pertencer ao sistema ou de possuir força para obrigar o cumprimento do dever insculpido na relação jurídica esquadrihada em seu consequente, o que, num ou noutro caso, implica a impossibilidade de sua incidência, isto é, de sua aplicação pelo agente credenciado pelo sistema para operá-la.

Por conta disso, nos casos em que a sentença decreta a constitucionalidade da norma e posteriormente sobrevém ato normativo (oriundo da legislação ou jurisdição) retirando sua validade ou vigência, o “esquema normativo” firmado naquela definirá automaticamente, não podendo a Fazenda, com base nele, manter a cobrança do tributo.

Dessarte, caso a norma dita constitucional na sentença seja revogada ou “declarada” inconstitucional por decisão tomada pelo STF em controle concentrado, ou por decisões proferidas em controle difuso seguidas de resolução do Senado ou súmula vinculante, não haverá necessidade de o particular ajuizar qualquer demanda para se ver livre da tributação.

³⁷⁰ “Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos não relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 273-274).

Por outro lado, caso o STF decreta, por decisão com conteúdo vinculativo, a (in)constitucionalidade de “norma paralela”³⁷¹ à versada na sentença trânsita^{372 373}, será possível ao sucumbente – Fazenda ou particular –, escorando-se na teoria dos motivos determinantes, pretender se desvencilhar do “esquema normativo” por ela (sentença) constituído em seu desfavor, e para tanto deverá fazer uso da ação revisional³⁷⁴.

Nessas situações, assim como incumbe à Fazenda quando, diante de uma sentença que diz determinada norma inconstitucional, sobrevier decisão apontando em sentido contrário, da parte que sucumbira no feito trânsito será exigida a demonstração da impossibilidade de conciliação dos fundamentos (*ratio decidendi*) lançados ao ensejo da edição da norma imutabilizada pela coisa julgada com os alinhavados para sustentar a decisão detentora de eficácia vinculante.

Assim, também nessa hipótese – ulterior “declaração” de (in)constitucionalidade, por decisão detentora de eficácia vinculativa, de “norma paralela” à discutida no processo trânsito e em sentido contrário à conclusão nele obtida

³⁷¹ “A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada, quanto a força de lei (eficácia **erga omnes**) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o **efeito vinculante**, que deflui dos fundamentos determinantes (**tragende Gründe**) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (...).” BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC N.º 130 de 1992, Coletado em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>>; Acesso em 27.02.2013, p. 21.

³⁷² Situação que não foi incluída dentre as hipóteses acima arroladas em razão de não ter sido cogitada no Parecer PGFN 492/2011.

³⁷³ Conforme pelo Min. Marco Aurélio no julgamento do RE n.º 187.142, “O fato de a matéria ter chegado ao Supremo na via do extraordinário não descaracteriza o processo em si. O processo continua sendo objetivo, o controle continua concentrado e a nossa decisão, a teor do disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil, substitui aquela prolatada pelo Tribunal de Justiça com a extensão já anunciada por V. Exa., ou seja, nacional.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [STF]. RE 187.142/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, J. 13.08.1998, DJ 02.10.1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=229661>>; Coletado em 27.02.2013). Tratando-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão firmado no julgamento de ADIn manejada perante a Tribunal Estadual, pois, o controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal não deixa de ser abstrato, dele resultando, a inserção de uma norma abstrata (conteúdo vinculante) e geral (eficácia *erga omnes*). Disso resulta que se mostra possível a divergência quanto à constitucionalidade não só de “normas paralelas” estaduais, senão também municipais.

³⁷⁴ Conforme doutrina específica sobre a matéria, o ajuizamento da ação revisional “é possível, sem que se oponha o óbice da coisa julgada, apenas para se obter outro comando jurisdicional em face do novo panorama existente – ou seja, uma decisão que valerá a partir da mudança nos fatos ou na ordem jurídica”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91)

- a cessação do “esquema de agir” firmado na norma individual (sentença) não será automática, carecendo à parte interessada demonstrar, em juízo, a incoerência entre os discursos (fundamentos) que lastreiam os provimentos. Entretanto, inexistindo contradição entre eles, e então nenhuma voz poderá almejar romper o silêncio discursivo operado pela coisa julgada.

6. CONCLUSÕES

Texto e norma não se confundem. Entre um e outro há médium da interpretação, sendo aquele seu objeto e esta seu produto.

Ao contrário do que pregavam os autores da doutrina positivista clássica, atividade de interpretação não é um meio que permite a “descoberta” da norma, de modo que o resultado desse processo, em certa medida, é imprevisível, não sendo dado antes de sua conclusão.

Por não ser mecânica a atuação do direito, nele não há “uma única resposta correta”, ao menos não enquanto a imperiosidade de que, diante de um determinado discurso sobre normas, a todos seja dado atingir, por meio de um raciocínio lógico-formal, a mesma conclusão.

Entretanto, ainda que esse diagnóstico seja verdadeiro, considerando que do direito são indissociáveis as exigências de (a) certeza / previsibilidade, entendida como a necessidade de seus destinatários compreendam prévia e especificamente a repercussão jurídica de seus comportamentos; e de (b) justiça, tomada, formalmente, como o estabelecimento de um tratamento uniforme aos que se encontrem numa mesma categoria, mostra-se imprescindível buscar alternativas que permitam senão extinguir, ao menos minimizar tal “aleatoriedade” do raciocínio jurídico.

Diante do impasse gerado pela ilusão do positivismo clássico³⁷⁵ e pela resignação do normativismo³⁷⁶, surgiram teorias que, visando a superar, de um lado, a artificialidade daquele³⁷⁷ e, de outro, a discricionariedade deste³⁷⁸, reintroduzem a racionalidade prática (razão no agir) na metodologia jurídica, fugindo, assim, da rígida dicotomia, presente em ambas as abordagens, entre razão e vontade, observação e ação.

³⁷⁵ Para o qual a norma estaria contida no texto, de modo que ao intérprete, com o uso da razão, seria possível “descobri-la”.

³⁷⁶ Segundo o qual a escolha da norma seria uma atividade política (ato de vontade) do aplicador, fora das raízes, pois, da abordagem jurídica.

³⁷⁷ A qual, em última análise, desonera o aplicador de uma argumentação mais consistente, pois diz que sua atividade se restringe a desvelar uma norma pré-existente

³⁷⁸ Que diz válida uma atuação aleatória / irracional do aplicador.

Pós-positivistas, tais teorias demonstram a inadequação de se reduzir a análise do direito à faticidade da coação estatal, pois dele também se deve exigir a busca pela legitimidade decorrente da adesão da comunidade à qual se destina. O direito, assim, não deve ser considerado válido apenas porque foi criado por um determinado procedimento e se encontra aparelhado para recorrer ao uso da força estatal, mas também porque está afinado com o timbre da comunidade que o exerce.

Dworkin é um dos autores que trabalham sob esse paradigma, sendo dele a ideia de que em todos os casos, mesmo nos difíceis, ao juiz é possível apresentar uma “única resposta correta”. Como antes advertimos, tal asserção não deve ser compreendida como se através do emprego de alguma técnica fosse possível conferir univocidade aos textos de normativos, como se entre texto e norma existisse um liame que por meio dela pudesse ser percorrido.

Ao dizer que em todo caso há uma “única resposta correta”, o que Dworkin pretende é refundir o direito à moral, de modo a sedimentar a ideia de que as respostas normativas do direito somente devem ser consideradas válidas se alinhadas com as expectativas proveniente do sistema moral: a correção da resposta dada pelo direito, pois, deve ser aferida por um esforço argumentativo recursivo ao domínio da moral.

Portanto, não há na obra do autor, nem tampouco na doutrina de qualquer outro jurista, uma teoria que estipule um procedimento capaz de dizer, de maneira homogênea, o direito das partes: juízes honestos e sensatos invariavelmente divergem.

Buscando conferir *previsibilidade e justiça* às decisões, Dworkin afirma que o juiz deve adotar certos padrões, notadamente: a) deve empregar apenas de argumentos de princípio, a saber, razões aptas a sustentar uma decisão que garante o direito de um indivíduo ou de um grupo³⁷⁹; b) deve respeitar uma exigência de coerência em grau forte, de modo a permitir a inserção de sua decisão no âmbito de uma teoria maior, que

³⁷⁹ Lembremos que esse autor inverte a lógica positivista segundo a qual os direitos carecem de um reconhecimento estatal, de um ato de ponência prévio. Dworkin trabalha sob o paradigma liberal. Em sua visão, direitos são trunfos dos cidadãos contra decisões estatais que não desfrutam de uma justificativa suficiente a impedir que façam algo desejado ou a causar-lhes uma perda ou dano.

tanto corrobore decisões institucionais passadas (consistência articulada) quanto pavimente o caminho para a tomada de decisões no futuro (força gravitacional).

Ao decidir, o juiz deve reconstruir todo o direito vigente, dizendo-se correta sua decisão apenas quando a mesma se encaixar num sistema jurídico coerente, daí decorrendo a ideia de que ele deve se enxergar como um parceiro de um complexo empreendimento, um co-autor de um *romance em cadeia*.

Esse último padrão (observância a um grau de coerência forte) evidencia a diretriz que notabiliza toda a teoria do autor em estudo, a saber, a que o direito deve ser entendido enquanto um corpo íntegro de normas, cuja edição deve ser pautada pela imposição de se dispensar igual consideração e respeito a todos os integrantes da comunidade.

Na obra de Habermas, encontramos uma justificada crítica ao trabalho de Dworkin: tendo que lançar mão da figura do juiz Hércules, jurista de capacidade cognitiva, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a teoria da decisão judicial do Professor de Oxford peca por manter o sujeito como centro da racionalidade do discurso normativo. Ao conceber a introdução da razão prática na metodologia jurídica de maneira monológica, Dworkin apenas posterga a discricionariedade pregada pelos normativistas na aporia de seu modelo.

Deslocando o critério de aferição da racionalidade do discurso do sujeito para a comunicação, Habermas alivia a sobrecarga causada pela teoria solipsista de Dworkin, aprimorando-a, de um lado, e tornado-a praticável, de outro.

Segundo Habermas, o processo comunicativo expõe as pretensões normativas aos argumentos e contra-argumentos dos interessados, de modo que somente por essa depuração argumentativa que se pode dizer racional a conclusão obtida no discurso. Em outros dizeres, somente as proposições normativas submetidas ao debate que podem ser consideradas racionais; sua “veracidade” não pode ser buscada por um pretense liame entre ela e seu(s) enunciado(s)-base, senão através da obtenção do consenso da comunidade à qual se dirige.

O deslocamento operado pela teoria de Habermas decorre da possibilidade de boas razões serem desconsideradas quando outras tantas se adensarem em número suficiente ou no momento propício a, no caso do discurso processual, levar o juiz a proferir sua sentença.

A fresta de racionalidade entre a inesgotabilidade de argumentos, de um lado, e a irrenunciabilidade da busca à “única decisão correta” (pretensão de correção), de outro, é então fechada pela teoria desse autor idealmente por um procedimento argumentativo, no qual o juiz deve buscar a solução que melhor responda às objeções das partes, assegurando às mesmas que na tomada de decisão serão considerados apenas argumentos relevantes e não arbitrários.

As razões e informações que podem ser levadas a influir na conclusão de todo e qualquer discurso, pois, são ilimitadas, porém o discurso jurídico inevitavelmente deve ter um fim³⁸⁰, sob pena de se comprometer não só a segurança (estabilização das expectativas normativas), como também a própria garantia de acesso à justiça, enquanto a possibilidade de se obter uma decisão que diga, em definitivo, acerca da existência ou não de um direito.

O direito, portanto, pode ser visto como um corpo de linguagem limitado no tempo, e a coisa julgada desempenha papel crucial nessa limitação: a coisa julgada formal, marcando o término do diálogo processual, e a coisa julgada material, colorindo, dentre os esquemas normativos possíveis, a solução definida em juízo, tornando-a indene a ulteriores questionamentos.

Pela coisa julgada, pois, impede-se que a norma jurídica introduzida pela decisão seja alterada, tornando-a imutável, isto é, insuscetível de modificação.

Ocorre que da sentença podem ser produzidas normas voltadas a regulamentar tanto o passado quanto o futuro. Discutindo-se no processo uma relação (no mundo dos fatos) que tende a se repetir ao longo do tempo, a sentença (norma jurídica) não se

³⁸⁰ O discurso jurídico não é um discurso ideal (cf. nota 107 acima).

limitará à juridicização de fatos (relatos de eventos passados), como também estabelecerá um “esquema de agir”, regulamentando-a (relação) para o futuro.

Portanto, a norma inserida pela sentença que resolver demanda que apresente tais contornos trará em seu conseqüente uma relação jurídica entre as partes cujo objeto será o dever de, à luz da razão de decidir lançada em sua fundamentação, interpretar / reconstruir a norma abstrata discutida de tal ou qual maneira, ou até mesmo de dizê-la inexistente.

Trata-se, portanto, de uma norma concreta que ditará os rumos de futuras interpretações / aplicações, portanto que definirá o exato sentido da norma abstrata debatida no processo (ou mesmo sua inexistência, como dito).

É na imutabilidade dessa norma (que, como vimos, diz sobre a feitura de outras) que se origina o problema versado no presente trabalho, deflagrado quando, após sua edição (da norma), sobrevier decisão do Supremo Tribunal Federal apontando em sentido contrário.

Segundo o parecer que foi objeto de nossa crítica, sendo essa uma decisão “objetiva e definitiva”³⁸¹, a normatividade firmada no comando judicial trânsito deve cessar automaticamente, passando a relação entre as partes a ser regida pelo que restou definido no pronunciamento do STF.

Todavia, ao observarmos as características que marcam nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis, verificamos que o parecer analisado dá um passo extremado na direção da hibridação dos modelos, ilegítima e tendenciosamente sustentando que hoje não mais existe qualquer diferença entre as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede abstrata das proferidas no âmbito de casos concretos.

Essa posição, por contrariar o regramento disposto em nossa Constituição, redundará na possibilidade de o STF extrapolar os poderes que por ela lhe foram

³⁸¹ Cf. notas 296 e 297 supra.

investidos. Ao contrário do que ocorre no controle concentrado, no controle difuso o STF exerce o papel de órgão que encerra, percorrido o caminho das instâncias, uma primeira reflexão acerca da pertinência de se manter a vigência de uma determinada norma, competindo ao Senado Federal a palavra decisiva sobre a matéria.

Bem ou mal, foi por meio dessa distribuição de atribuições que o constituinte pretendeu democratizar a discussão quanto à constitucionalidade de uma norma quando o tema vier à tona em controle difuso, disso resultando que a proposta hibridação, ao menos tal como sugerida no parecer, afigura-se antidemocrática.

Ao dizerem que as decisões do STF em controle difuso e concentrado devem ser equiparadas por advirem do mesmo órgão, os que professam a tese de que o nosso sistema de controle passou por uma “mutação constitucional” incorrem no mesmo erro cometido por Dworkin na formulação de sua teoria da decisão, centrando a razão no indivíduo (no caso, o STF), e não no processo de comunicação através do qual a compatibilidade da norma com o sistema é aferida.

Ademais, a utilização dos precedentes do STF como “fonte primária do direito”, como se deles resultassem normas capazes de alterar o direito em sua perspectiva objetiva / “estado de direito”, não deve olvidar a tradição sobre a qual se funda o nosso sistema jurídico, segundo a qual é a lei (em sentido amplo) o ponto de partida de todo e qualquer esforço hermenêutico.

Dessarte, senão com a ruptura de nossa tradição, apenas quando a partir da própria lei (leia-se, Constituição) for possível dizer que determinada decisão judicial detém força vinculante e eficácia *erga omnes*, portando que detém a aptidão para conformar uma regra abstrata e geral, é que se poderá afirmá-la apta a irromper um novo estado de direito e, assim, a suplantar, para o futuro, os efeitos de “esquema de agir” firmado numa sentença trânsita.

Por esse ângulo, mostra-se inconcebível afirmar que as decisões do STF em controle difuso - ainda que proferidas sob a metodologia da repercussão geral - possuem

o condão de inaugurar uma nova ordem jurídica, senão quando seguidas da edição ou de resolução senatorial ou de súmula vinculante³⁸².

Interessante notar um paradoxo na proposta lançada no parecer PGFN/CRJ 492/2011. Em que pese recorra à aproximação do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao concentrado para sustentar que também as decisões proferidas no âmbito daquele irrompem um novo estado de direito, no parecer sustenta-se que apenas os pronunciamentos detentores do atributo da “objetividade”, isto é, alheios às nuances do caso concreto, deterão essa capacidade. Entretanto, como vimos na obra de Dworkin, no sistema difuso, a “força gravitacional” – desdobramento externo e prospectivo da doutrina da responsabilidade política em grau forte (consistência articulada) a que estão submetidos os juízes – que promana das decisões judiciais é indissociável das características do caso concreto analisado: afigura-se inconcebível dizer que é da assimilação desse modelo que decorre a possibilidade de uma “decisão objetiva”, portanto desapegada das nuances do caso concreto, alterar o direito em vigor.

Para além, mesmo quando apta a irromper um novo “estado de direito”, a superveniência de decisão do STF concluindo em sentido diverso da decisão transitada em julgado não resulta, ao menos não em todos os casos, na automática cessação dos efeitos da norma que por esta fora introduzida.

Como vimos, a superação dos efeitos futuros da sentença trânsita será “automática”, isto é, dispensará uma nova decisão, apenas quando o pronunciamento do STF prejudicar ou a validade ou a vigência da norma abstrata e geral que fora discutida no processo findo.

Assim o será porque, nesses casos, o objeto (norma abstrata e geral) da pauta de interpretação estipulada pela norma por aquela (sentença) introduzida, a partir de então, carecerá, no mínimo, de força (vigência) para compelir a observância do comando disposto no seu elemento prescriptor: se a norma abstrata e geral (cuja constitucionalidade foi incidentalmente discutida no processo trânsito) não mais

³⁸² Lembremos que, assim como não está no texto da lei, a norma também não está no enunciado da súmula: os precedentes não “cabem” no enunciado, muito menos a norma abstrata que a partir de seus fundamentos pode vir a ser constituída.

pertence ao sistema (perda de validade) ou não mais detém força para obrigar sua observância (perda de vigência), então a aplicação da norma concreta e individual (sentença) que baliza sobre sua feitura, isto é, que diz *se* e *como* a mesma deve ser (re)construída, perde seu sentido.

Desse modo, caso a norma discutida no processo mantenha sua validade e vigência³⁸³ após o pronunciamento do STF, o afastamento do “esquema de agir” veiculado na sentença ao seu final produzida exigirá a propositura de uma nova demanda, no bojo da qual o interessado terá de demonstrar a “identidade do objeto”, ou melhor, a incompatibilidade, quando postas num mesmo cenário discursivo, das razões que levaram a edição das normas então submetidas a contraste (sentença e pronunciamento do STF).

Por essa proposta, conciliam-se os ditames nosso modelo de controle de constitucionalidade e o fechamento discursivo operado pela coisa julgada com a exigência, colhida na obra de Dworkin, de integridade do direito (igual consideração e respeito), da qual é caudatária a força gravitacional dos precedentes vinculativos (*binding precedent*). Para além, por ela se observa a necessidade, ante a superação da filosofia do sujeito, de que a correção / validade das proposições normativas não mais seja centrada no indivíduo, antes seja aferida de maneira intersubjetiva.

Em senda derradeira, devemos dizer que o que motivou a pesquisa foi a incerteza quanto aos reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao ordenamento jurídico, precisamente, quanto à aptidão de tais decisões inaugurarem uma nova ordem jurídica, como se lei (normas abstratas e gerais) fossem.

Tentamos conferir uma abordagem diferente ao tema, recorrendo à teoria da decisão judicial encontrada na obra de Dworkin, com os ganhos obtidos pela crítica feita

³⁸³ O que ocorre quando a sentença diz que a norma é inconstitucional, mas o pronunciamento do STF asserta sua constitucionalidade, ou quando a sentença diz que a norma n_1 é constitucional, e o STF, num outro processo, asserta a inconstitucionalidade da “norma paralela” n_2 . Em ambos os casos, forçoso reiterar, a decisão do STF deverá dispor de eficácia *normativa plena* / vinculante (cujos fundamentos detêm potencial normatizador, de modo que a partir dos mesmos se possa constituir uma norma abstrata) e efeitos *erga omnes* (ou seja, cuja norma será destinada não só às partes, senão a todos os integrantes da comunidade a que o direito se dirige).

por Habermas. Assim o fizemos porque aquele autor trabalha sob a ótica de um sistema no qual os tribunais fazem o direito – *judge made law* -, isto é, no qual já se está acostumado a erigir a fundamentação das decisões judiciais ao patamar de regra abstrata e geral, inclinada, portanto, a servir de marco normativo não só do caso concreto analisado (“força de promulgação” / “*enactment force of precedent*”), senão também de outros que, exibindo as mesmas notas características, venham a ser levados à apreciação judicial (“força gravitacional”): a força gravitacional de um precedente é explicada por um apelo à equidade que está em tratar os *casos* semelhantes do mesmo modo, e não pela possibilidade de a partir desses casos se criarem teses aplicáveis a outras situações.

Para além, um dos motes do trabalho foi investigar a proposta de hibridação das formas de controle de constitucionalidade. Em sua versão radical, nela se afirma a total superação da dicotomia controle abstrato-concentrado / concreto-difuso.

O estudo dessa proposta se fez necessário porque sua adoção repercutiria direta e decisivamente na aferição da hipótese da pesquisa. Como dissemos no início do trabalho, fomos guiados pela desconfiança de que apenas as decisões tomadas pelo STF em controle abstrato se mostravam aptas a suplantar o esquema normativo firmado em sentença transitada em julgado e desde que aquelas se mostrassem incompatíveis com esta quando cotejadas num mesmo cenário discursivo, para tanto se exigindo, invariavelmente, a instauração de um novo diálogo processual.

Nossa hipótese, contudo, não restou confirmada em sua totalidade: utilizando a teoria da decisão judicial de Dworkin como principal referencial teórico, isto é, aplicando a visão de direito enquanto integridade / coerência no âmbito do discurso judicial, porém mantendo em linha de conta as características de nossa tradição jurídica e de nosso sistema de controle de constitucionalidade, concluímos que: primeiro, há decisões que, uma vez tomadas pelo STF, prejudicam o “esquema de agir” firmado na sentença independentemente de uma nova decisão judicial; segundo, há decisões do STF que, a despeito de tomadas em controle difuso, desde que seguidas da edição ou de resolução senatorial ou de súmula vinculante, podem, ao menos em tese, suplantar os efeitos futuros desta.

Diz-se em tese porque, em se tratando de decisão seguida de súmula vinculante que assera ou a constitucionalidade de norma antes afirmada inconstitucional ou a inconstitucionalidade de “norma paralela” à antes dita constitucional, a ruptura do “esquema de agir” firmado na sentença trânsita dependerá da demonstração, num novo processo, da incompatibilidade de suas razões de decidir com a *holding* dos precedentes que levaram a edição do enunciado sumular, confirmando a segunda parte da hipótese, mas não a primeira.

De mais a mais, observa-se que a proposta sugerida no parecer normativo analisado, por autorizar uma das partes a, unilateralmente, se desvencilhar do regime jurídico / “esquema de agir” firmado na sentença trânsita, corrompe o viés apaziguador da coisa julgada: por ela, como vimos, tranca-se a enunciação judicialmente levada a efeito, tornando seu produto (norma jurídica introduzida) intangível.

Quando esse produto diz *se e como* uma norma deve ser interpretada, somente quando esta (norma-objeto) for alterada ou aquele (norma introduzida) vier a ser ombreado por um comando concorrente que será possível cogitar o afastamento de aludido “esquema de agir”. Essa afastamento, salvo nas hipóteses acima tratadas, carecerá de um novo pronunciamento jurisdicional, sob pena de, deixando aos próprios destinatários do comando a aferição de sua subsistência, se inutilizar o que talvez seja a principal contribuição fornecida pela coisa julgada: estabilizar expectativas normativas em definitivo.

7. REFERÊNCIAS

ABBAGNAGO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Justicia como correccion*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 166. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15783>; Acessado em 26.11.2010.

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos e razão prática*. Disponível em <http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/sistema_jur_dico_principios_y_raz_n_practica.pdf>; Acesso em 19.02.2013.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. ed. rev. atual. e aument. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em:

http://www.alvarodeoliveira.com.br/home/artigos_open.php?funcao=abrir&id_artigo=8;

Acesso em 06 de junho de 2011.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed., ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n.º 130 de 1992, Coletado em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>>; Acesso em 27.02.2013.

_____. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer do Relator, Deputado Nelson Marchezan Junior, acerca da Proposta de Emenda Constitucional n.º 3/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>; Coletado em 16.07.2012.

_____. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer do Relator, Deputado Esperidião Amim, acerca da Proposta de Emenda Constitucional n.º 33/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>; Coletado em 16.07.2012.

_____. Ministério da Fazenda. Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, 30 de março de 2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, publicado no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26.05.2011, edição n. 100, seção 1, p. 22-28.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo. A Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Precedentes Vinculantes e Jurisprudência Dominante na Solução das Constrovérsias*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 1896 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 18.02.1999, DJ 28.05.1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347316>>; Coletado em 10.11.2011.

_____. ADI 2182/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12.05.2010, DJe 09.09.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614087>>; Coletado em 10.11.2011.

_____. ADI 3345/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.08.2005, DJe 19.08.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>; Coletado em 10.11.2011.

_____. ADI 4071 AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, J. 22.04.2009, DJe 15.10.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>>; Coletado em 10.11.2011.

_____. Decisão monocrática. Min. Ayres Britto. Rcl. 11.235/DF, J. 04.04.2011, DJe 12.04.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+11235%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/b3wjls9>>; Coletado em 26.02.2013.

_____. Embargos no Agravo de Instrumento ou de Petição n.º 11227, Tribunal Pleno, Rel. Min. Castro Nunes, J. 05/06/1944, DJ 10/2/45. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=543909>>; Coletado em 10.11.2012.

_____. HC 82959/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006, DJ 01.09.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>; Coletado em 10.11.2011.

_____. RE 187.142/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, J. 13.08.1998, DJ 02.10.1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=229661>>; Coletado em 27.02.2013

_____. RE 197.917/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 06.06.2002, DJ 07.05.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>; Coletado em 10.11.2011.

_____. Recl. 336/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.12.1990, DJ 15.03.1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86782>>; Coletado em 26.02.2013, p. 7-8.

_____. Recl. n.º 2.986, Decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, J. 11.3.2005, DJU 18.3.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2986%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>; Coletado em 10.11.2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958.

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. reimpr. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. *Teoria da norma tributária*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONRADO, Paulo César. *Compensação tributária e processo*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COUTURE, Eduardo J., *Introdução ao estudo do processo civil : discursos, ensaios e conferências*. Belo Horizonte: Líder, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol.1, 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2009.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Efeito vinculante das decisões judiciais in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000

_____. *O processo civil na reforma constitucional do poder judiciário*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15273-15274-1-PB.pdf>; acesso em: 03.03.2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Martins Fontes: São Paulo, 2005, 2ª ed. trad. e nota Luz Carlos Borges.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Justicia Constitucional Ante el Siglo XXI: La Progressiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-kelseniano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 64, México, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto). *Revista de Direito Tributário*, v. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Introdução ao estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FISCHER, Octávio Campos. Coisa julgada em matéria tributária. in *Problemas de processo judicial tributário*. Coordenador: ROCHA, Valdir de Oliveira. São Paulo: Dialética, v. 5, 2002.

FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *Lua Nova* [online]. 1994, n.32, pp. 181-199. ISSN 0102-6445. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n32/a10n32.pdf>; Coletado em: 08.08.2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. “A coisa julgada nas ações de alimentos.” *RePro* 62. Abr.-jun./92.

GIROTTI, Luiz Eduardo de Castilho. *Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária*. Curitiba: Juruá, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle da constitucionalidade*. *Revista de Processo*, v. 90, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume I, 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, volume II, 2.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____. PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. *Comentários às súmulas vinculantes com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição* – São Paulo: Quartier Latin.

LUCHI, José Pedro. *Consistência jurídica do ponto de vista do juiz. Um estudo em Dworkin*. inédito.

MACHADO, Hugo de Brito. “Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal.” *In Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 57, São Paulo: Dialética, junho de 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada : a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *in Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999.

Disponível

em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm; Coletado em: 10/12/2011.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Atualização de Sérgio Bermudes. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. III.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Atualização de Sérgio Bermudes. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. V.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada e declaração. *In: Temas de direito processual – Primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, n. 33, Porto Alegre: Síntese, 2005.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *In: Temas de direito processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Sylvio; e DOUGLAS, William. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2000.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. ed. rev. atual. e aument. São Paulo: Saraiva, 2010.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PONTES, Helenilson da Cunha. Coisa julgada tributária. in *Coisa julgada tributária*. Ives Gandra Martins, Marcelo Magalhães Peixoto, Andre Elali, coordenadores. São Paulo: MP Editora, 2005.

_____. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>; coletado em 04.08.2012.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Lançamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos Sobre a Arguição de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência in *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Coordenador Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários: ICET, 2006.

SCHNEIDER, Cornelia. *The Constitutional Protection of Rights in Dworkin's and Habermas' Theories of Democracy*. Disponível em <http://homepages.uwp.edu/takata/dearhabermas/habermas002.pdf>; coletado em 17.08.2012.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Delineamentos sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade de políticas públicas pela via processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental *in Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v.1.

SILVA, Renata Elaine. *Decisões em matéria tributária: jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade*. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luis. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição*

Constitucional. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>, acesso em 26.01.2013.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O fahrenheit sumular do brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>>. Acesso em: 12.01.2013.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada) *in Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Junior e Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo, RT, 2004.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do senado federal *in Revista dos Tribunais*: São Paulo. São Paulo, n.819, jan. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 3, São Paulo: Ed. RT, nov. 2010.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Coisa Julgada e Inconstitucionalidade: Alguns Reflexos em Matéria Tributária in Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Co-edição Dialética e ICET, São Paulo e Fortaleza, 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

ZANETTI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZACCARIA, Giuseppe *La jurisprudencia como fuente de derecho: una perspectiva hermenêutica*. Disponível em: http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia32/Isono_325.pdf; acesso em 26.02.2013.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional e eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>.>; coletado em 10.11.2011.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.