



**Antônio Augusto Bona Alves**

**Controle de Constitucionalidade e a Regra  
da Matriz de Incidência Tributária**

**O Posicionamento do STJ sobre os Efeitos da  
Inconstitucionalidade Declarada pelo STF e a  
(Im)Possibilidade de Reabertura do Prazo para  
Repetição do Indébito Tributário**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito  
parcial para a obtenção do grau de mestre pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito do  
Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Dr. Adrian Sgarbi

Rio de Janeiro  
Maio de 2014



**Antônio Augusto Bona Alves**

**Controle de Constitucionalidade e a  
Regra da Matriz de Incidência Tributária  
O Posicionamento do STJ sobre os Efeitos da  
Inconstitucionalidade Declarada pelo STF e a  
(Im)Possibilidade de Reabertura do Prazo para  
Repetição do Indébito Tributário.**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do grau de Mestre pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito do  
Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada  
pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof. Adrian Sgarbi**

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Alejandro Bugallo Alvarez**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Fábio Carvalho Leite**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Monica Herz**

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 08 de maio de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

### **Antônio Augusto Bona Alves**

Graduou-se em Direito no ano de 2007. Especializou-se em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários em 2009. É professor de Direito na FCB – Fundação Castelo Branco, UFES – Unidade Federal do Espírito Santo e no programa de Pós-Graduação da Estácio de Sá em Vitória-ES.

#### Ficha catalográfica

Alves, Antônio Augusto Bona.

Controle de Constitucionalidade e a Regra da Matriz de Incidência Tributária: O Posicionamento do STJ sobre os Efeitos da Inconstitucionalidade Declarada pelo STF e a (Im)Possibilidade de Reabertura do Prazo para Repetição do Indébito Tributário./ Antônio Augusto Bona ; orientador: Adrian Sgarbi. – 2014.

136 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2014.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Controle de Constitucionalidade. 3. Normas Jurídicas. 4. Regra Matriz de Incidência Tributária. 5. Linguagem do Direito; 6.Repetição de Indébito Tributário. I. Sgarbi, Adrian. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

## Agradecimentos

Ao professor Adrian Sgarbi pelas orientações, pelas valiosas lições e pelo enfrentamento contundente dos temas mais inquietantes de teoria geral do direito, sem os quais seria tortuosa a elucidação dos problemas apresentados na dissertação.

Aos professores Noel Struchiner e Fábio de Carvalho Leite pelas lições e orientações iniciais na condução do projeto de pesquisa que antecedeu o presente trabalho.

Ao amigo e sócio Sergio Monteiro Cupertino de Castro, por compartilhar comigo ideias e material para a confecção da dissertação.

Aos meus pais Florisvaldo Dutra Alves e Bernadeth Bona Dutra Alves, por todo o apoio e suporte nesta empreitada.

À minha esposa Carolina Souza Magalhães Schmid, cujo amor suavizou as angústias do caminho percorrido.

## Resumo

Alves, Antônio Augusto Bona. Sgarbi, Adrian. **Controle de Constitucionalidade e a Regra da Matriz de Incidência Tributária: O Posicionamento do STJ sobre os Efeitos da Inconstitucionalidade Declarada pelo STF e a (Im)Possibilidade de Reabertura do Prazo para Repetição do Indébito Tributário.** Rio de Janeiro, 2014. 136p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho de dissertação tem como objetivo a compreensão do Controle Abstrato e Concentrado de Constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal via ADI e ADC, sobre a Regra Matriz de Incidência Tributária, enquanto norma geral e abstrata, bem como os efeitos deste tipo de tutela constitucional sobre as relações jurídico-tributárias fundadas na norma tributária objeto de controle. Mais especificamente, tratar-se-á da influência das decisões de mérito que declaram a inconstitucionalidade da RMIT em sede de ADI e ADC, sobre a desconstituição dos respectivos créditos tributários via Ação de Repetição de Indébito Tributário. Para tanto faz-se necessária uma compreensão, sob o ponto de vista da teoria normativa, dos efeitos das normas de nulidade no tempo.

## Palavras-chave

Controle de Constitucionalidade; Normas Jurídicas; Regra Matriz de Incidência Tributária; Linguagem do Direito; Repetição de Indébito Tributário.

## Abstract

Alves, Antônio Augusto Bona. Sgarbi, Adrian (Advisor). **The Constitutionality Review of Tributary Matrix Rule Incidence: The STJ Understanding About the Effects of Unconstitutionality Declared by the Supreme Court and the (Im)Possibility to Reopening the Time for Recovery Tax Overpayment.** Rio de Janeiro, 2014. 136p. Msc. Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This dissertation aims at understanding the Abstract and Concentrate Constitutionality Review performed by the Supreme Court in DAU (Direct Action of Unconstitutionality) and DAC (Declaratory Action of Constitutionality) over the Matrix Rule Incidence (MRI), as a general e abstract legal norm, as well, this kind of Judicial Review effects over tax legal relationships founded by the norm under judicial control. Specifying, it'll deal the influences of unconstitutionality declaration decisions over the MRI in DAU and DAC, and how it reflects over the tax credits deconstitutions by the Restitution of Overpaid Tax action. For this purpose it is necessary to understand, supported by the norm theory, the effects of the rules of invalidity over the time.

## Keywords

Constitutionality Review; Legal Norms; Tributary Matrix Rule Incidence; Language of Legal Positivism System; Restitution of Overpaid Tax.

# Sumário

1. Introdução	9
2. Fontes do Sistema do Direito Positivo	16
2.1. Definição do Conceito de “Direito” sob a Ótica da Linguagem	16
2.1.1. Os Vícios na Formulação do Conceito de Direito sob a ótica da Linguagem – Vagueza, Ambiguidade e Carga Emotiva	18
2.1.2. Ciência do Direito e Direito Positivo – Distinções e Características	20
2.1.3. O Direito e a Teoria dos Atos de Fala	24
2.2. As Normas Jurídicas	27
2.2.1. Análise das Funções Prescritivas de Comportamento e de Estrutura das Normas Jurídicas	32
2.2.2. Análise dos Aspectos da Generalidade, Individualidade, Abstração e Concretude das Normas Jurídicas	40
2.3. A Definição de “Fonte” do Sistema do Direito Positivo	43
2.3.1. O Texto Normativo e as Estrutura dos Veículos Introdutores de Normas enquanto Fontes do Sistema do Direito Positivo	46
2.3.2. A Lei como Fonte do Direito	47
2.3.3. A Jurisprudência como Fonte do Direito	48
2.3.4. O Costume como Fonte do Direito	49
2.3.5. A Doutrina como Fonte do Direito	50
2.4. A Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT)	51
3. Instrumentos de Controle Judicial de Constitucionalidade das Normas Jurídicas	53
3.1. A Constituição Enquanto Conjunto de Normas Jurídicas Supremas no Plano Jurídico-Positivo	53
3.1.1. Sistema do Direito Positivo e Ordenamento Jurídico	59
3.1.2. Validade, Vigência, Eficácia e Aplicação	63
3.2. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade Concreto ou Abstrato, Difuso ou Concentrado	72

3.2.1. Controle Judicial de Constitucionalidade Concentrado ou Difuso	76
3.2.2. Controle Judicial de Constitucionalidade Concreto ou Abstrato	80
3.2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) – Controle de Constitucionalidade Concentrado e Abstrato exercido pelo STF	84
3.2.3.1. O Efeito Vinculante e a Eficácia Erga Omnes das Decisões em sede de ADI e ADC na Formação de Relações Jurídico-Tributárias	88
3.2.3.2. A Decisão Cautelar em ADI e ADC e seus efeitos sobre a Constituição das Relações Jurídico-Tributárias	92
3.2.3.3. Decisão de Mérito em ADI e ADC e seus efeitos sobre as Relações Jurídico-Tributárias	96
4. A Influência da Declaração Abstrata de Inconstitucionalidade da RMIT sobre as Normas Individuais e Concretas de Repetição do Indébito Tributário	104
4.1. As Normas de Repetição do Indébito Tributário	104
4.1.1. Pagamento Indevido – Evento e Fato Jurídico	109
4.1.2. As hipóteses de Responsabilidade, Substituição e Solidariedade na Repetição do Indébito Tributário – O Critério Subjetivo do Consequente da Regra Matriz de Repetição do Indébito	115
4.1.3. As Normas de Decadência e Prescrição sobre a Repetição do Indébito Tributário	118
4.2. As Decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o Termo Inicial da Contagem do Prazo Prescricional da Repetição de Indébito Tributário nos casos de RMIT Declarada Inconstitucional em ADI ou ADC	122
5. Conclusão	130
6. Referências Bibliográficas	134



## Lista de Tabelas

Quadro Comparativo – Direito Positivo – Ciência do Direito

23

## Introdução

Na dinâmica do sistema normativo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal possui a competência conferida pela Constituição Federal vigente para exercer, em última instância, o chamado controle de constitucionalidade das leis, o que possibilita a mutação da ordem jurídica consubstanciada na ruptura do elo de validade das normas infraconstitucionais que compõem o ordenamento jurídico.

Este controle de constitucionalidade, de acordo com as normas constitucionais que fundamentam seu exercício, pode se dar – basicamente, e sem a pretensão de esgotar essas possibilidades – de duas formas: 1º) na ordem individual e concreta, quando o controle decorre da prestação de tutela jurisdicional em resposta às ações judiciais que objetivam a solução de conflitos deduzidos em juízo entre sujeitos individualizados e sobre os bens da vida que envolvem a subsunção de fatos às normas constitucionais; e 2º) na ordem geral e abstrata, quando a “declaração de inconstitucionalidade” e a consequente retirada do texto normativo do ordenamento jurídico, são os únicos objetivos da prestação da tutela jurisdicional, de modo que a decisão tomada atinge a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição brasileira (o chamado efeito *erga omnes*). De acordo com constituição vigente, as vias processuais de controle de constitucionalidade geral e abstrato das normas jurídicas são: a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), a ADC (Ação Direta de Constitucionalidade) e a ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Nesse contexto, é possível que uma lei, num momento pretérito, tenha sido declarada constitucional como fundamentação de uma decisão judicial prolatada em sede de prestação de tutela jurisdicional difusa – distribuída aos juízes de primeira instância para a solução de um caso concreto de subsunção do fato à norma. Esse reconhecimento de constitucionalidade da lei poderá constituir uma norma individual e concreta que implicará na realização de uma obrigação jurídica.

É possível que essa mesma lei seja objeto de controle concentrado de constitucionalidade no plano geral e abstrato (via ADI, ADC ou ADPF) e seja declarada inconstitucional ou não recepcionada pela ordem constitucional vigente

gerando, portanto, uma nova norma geral e abstrata impeditiva de sua aplicação como fundamento de validade para a constituição de obrigações jurídicas no plano individual e concreto, dado o efeito *erga omnes* das decisões do STF nesse tipo de controle.

Em matéria tributária, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, que serve de suporte para a regra-matriz de incidência tributária, dá-se no plano individual e concreto – como fundamento da criação de obrigações jurídico-tributárias entre o Estado e o contribuinte –, via embargos à execução fiscal, ações anulatórias fiscais, ações de inexistência de relação jurídico-tributária, ações de repetição de indébito tributário, etc., todas com o objetivo de obter uma prestação jurisdicional que desconstitua a obrigação jurídico-tributária com base no vício do suporte que lhe confere validade, a lei inconstitucional. Como já percebido, nosso sistema de controle de constitucionalidade permite que essa mesma lei tributária passe pelo crivo do STF tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. Com efeito, a decisão tomada em sede de controle concentrado, via de regra, possui efeitos retroativos (*ex tunc*), retirando o texto normativo do ordenamento jurídico desde sua publicação, de modo a incidir sobre todas as relações jurídicas constituídas com base na lei inconstitucional. No entanto, da análise do disposto no art. 27 da lei 9.868/99 (que regulamente a ADI e a ADC) as decisões do STF em controle concentrado, podem ter seus efeitos modulados para *ex nunc* (proativos), de tal modo que o texto inconstitucional é retirado do ordenamento jurídico a partir da publicação da decisão ou de outra data estipulada pelo Supremo.

Dadas essas observações no âmbito da produção e do controle das normas jurídicas, surgem os conflitos entre as obrigações jurídico-tributárias constituídas por decisões ou sentenças no âmbito individual e concreto (como resultado da prestação de tutela jurisdicional, em especial, via ações de repetição de indébito tributário), e as decisões do STF tomadas em controle concreto de constitucionalidade no âmbito geral e abstrato.

O porvindo trabalho de dissertação, a título de corte metodológico, abordará a análise dos mecanismos de controle de constitucionalidade hábeis a promover a ruptura do elo de validade de uma determinada norma jurídica geral e abstrata de natureza tributária (a Regra Matriz de Incidência Tributária), bem como os efeitos jurídicos dessa ruptura nos casos pretéritos em que tal norma

geral serviu de fundamento de validade na constituição de normas individuais e concretas a exemplo do direito subjetivo à repetição do indébito tributário que consiste na restituição do tributo recolhido com fundamento em lei inconstitucional.

Nesta toada, adotando-se como marco referencial as teorias normativas apresentadas por Kelsen, Von Wright, Lourival Vilanova, dentre outros, o porvindouro trabalho passará pela análise das modalidades de controle de constitucionalidade, bem como os limites de incidência das decisões sobre as normas jurídicas tributárias, isto, levando-se em consideração os limites à mutabilidade do ordenamento jurídico no âmbito das decisões judiciais tomadas para a veiculação de obrigações jurídicas de caráter individual e concreto.

Para tanto, far-se-á necessária a abordagem de temas que auxiliam na compreensão das normas de criação de normas (normas de competência e normas de procedimento) bem como as suas influências na formação das normas de incidência tributária que tem como resultado a constituição de obrigações jurídico-tributárias.

Isto se justifica pois, as questões que orbitam em torno dos efeitos da retirada de uma norma, até então reconhecida como válida, do ordenamento jurídico mostram-se complexas e demandam uma prévia compreensão do sistema normativo.

A importância de tal compreensão consiste na ideia de que a individualização e concretização das normas jurídicas no processo de positivação é um pressuposto indispensável para que – sob uma perspectiva de linguagem jurídica – seja possível a efetivação do Direito. Noutro giro, a subsunção dos fatos sociais às normas gerais e abstratas é condição para que tais fatos sejam vertidos em linguagem jurídica servindo de antecedente normativo para a formação das normas individuais e concretas, e por consequência lógica, para a efetivação dessas normas.

O subsistema do Direito Tributário – cujo suporte físico legal encontra-se nos dispositivos constitucionais previstos no Capítulo I do Título VI da CRFB/88 (Do Sistema Tributário Nacional) – possui certas peculiaridades na enunciação das Normas de Direito Tributário<sup>1</sup> que resultarão, em seu consequente, no

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

surgimento de obrigações dos contribuintes perante o Estado (fisco) e de obrigações do Estado (fisco) perante os contribuintes.

Num *primeiro momento*, o porvindouro trabalho terá como objetivo mediato e necessário a apresentação de premissas que circundam sobre as fontes do direito. Um tema que, salvo algumas, porém relevantes, exceções, vem sendo tratado com certa superficialidade, limitando-se a identificação da lei (em seu sentido amplo), dos atos normativos secundários, da jurisprudência, do costume e da doutrina como fontes do direito. A abordagem deste tópico, destinado ao capítulo 2 da dissertação, tratará das fontes do direito passando por uma análise de suas estruturas e da dualidade que envolve a fonte como processo de produção de normas e enquanto objeto resultante deste processo, o texto normativo. Para tanto faz-se mister a fixação de premissas sobre a natureza das normas que definem os agentes competentes e os procedimentos competentes (normas de criação de normas) na veiculação das normas de conduta principalmente no que tange às normas de incidência tributária.

Serão utilizadas as referências teóricas dos estudos desenvolvidos por Hans Kelsen, Von Wright, John Langshaw Austin, Tárek Moussalem, Adrian Sgarbi, Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho, dentre outros doutrinadores, a respeito das normas jurídicas, dos atos de fala no direito e da função da linguagem jurídica na elucidação dos possíveis problemas de conflito normativo.

A partir de tais enunciados teóricos, o trabalho avançará para o seu terceiro objetivo que consiste na apresentação da Regra Matriz de Incidência Tributária<sup>2</sup> enquanto espécie do gênero Norma Jurídica. Espécie esta de natureza tributária, cuja estrutura de significação prevê em seu antecedente descritivo os critérios pertinentes para a identificação do fato jurídico tributário (subsunção do fato à norma), tais quais: **a)** o critério material (que prevê o núcleo/verbo da hipótese de incidência); **b)** o critério pessoal do antecedente (que determina o sujeito que pratica o verbo descrito no antecedente, já que tal verbo não pode ser impessoal ou de sujeito indeterminável); **c)** o critério espacial (que determina tácita ou expressamente o espaço territorial onde deve o correr o fato jurídico); e **d)** o critério temporal (que determina o lapso temporal da ocorrência do fato). Já o

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

consequente de tal espécie normativa serve de referência na identificação da obrigação jurídico tributária subjetiva, apresentando os critérios que permitem a identificação dos Sujeitos desta obrigação (Critério Pessoal do consequente) e os elementos que delimitam o objeto de tal obrigação (Critério Quantitativo – base de cálculo e alíquota do tributo).

Ainda no campo da descrição do sistema normativo, num *segundo momento* far-se-á a apresentação das vias de Controle de Constitucionalidade hábeis a promover a declaração de inconstitucionalidade dos textos normativos (o resultado das fontes do direito enquanto processo de criação de normas) e a consequente retirada de normas do ordenamento jurídico. Além da função prescritiva de regras de conduta humana, analisar-se-á a função normativa de exclusão de outra norma do ordenamento jurídico enquanto linguagem de sobrenível.

Também passará pelo crivo da dissertação os efeitos da perda de validade de uma norma jurídica por decorrência de outra que reconhece em seu antecedente a sua incompatibilidade material (limites substanciais) ou formal (as normas de criação e normas) com a Constituição vigente. Assim, debruçar-se-á sobre o controle abstrato de constitucionalidade a fim de se investigar a sua natureza enquanto espécie normativa geral e abstrata capaz de romper o elo de validade de normas jurídicas, também gerais e abstratas, como consequência da declaração da inconstitucionalidade de seu respectivo suporte físico, a lei infraconstitucional. Por sua vez, o controle concentrado de constitucionalidade será estudado em seu fundamento de validade nas normas constitucionais, aquelas que, como será visto, podem ser chamadas de *normas de criação de normas*.

Após a apresentação dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade abstrato, analisaremos o sistema de controle concreto de constitucionalidade enquanto fundamento da prestação de tutela jurisdicional nos conflitos deduzidos em juízo. Nesse ponto, far-se-á uma análise sobre os limites da declaração de inconstitucionalidade de um texto normativo como forma de solução de um caso concreto, bem como os efeitos da imutabilidade preclusiva das decisões judiciais tomadas para a solução de tais casos, apurando-se a possibilidade ou não da relativização desta imutabilidade.

Com base no entendimento formado a respeito dos meios de veiculação, revogação e ab-rogação das normas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro,

na conclusão sobre os critérios de mutabilidade ou imutabilidade das decisões em casos concretos pautadas na (in)constitucionalidade de um texto normativo, o trabalho possui como último objetivo apurar a influência dos efeitos do Controle de Constitucionalidade da Regra Matriz de Incidência Tributária, sobretudo em relação às normas individuais e concretas constituídas com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

Para tanto, apresentar-se-á uma análise casuística a fim de que seja apresentada a aplicação da teoria ao caso concreto, consubstanciado no problema que consiste na identificação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF na contagem do prazo prescricional de cinco anos para a propositura da ação de repetição de indébito tributário cujo objetivo é a restituição do tributo pago com base na lei tributária declarada inconstitucional. Observa-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão competente em conferir a uniformidade da interpretação da lei infraconstitucional, se divide em três posicionamentos sobre os critérios de identificação do *dies a quo* da contagem do prazo para a propositura da ação de repetição de indébito: 1º) o de que o prazo inicia-se a partir do trânsito em julgado da ADI que declara a inconstitucionalidade da lei tributária; 2º) o de que o prazo inicia-se da publicação da Resolução do Senado suspendendo os efeitos da lei declarada inconstitucional no caso de controle difuso realizado pelo STF em casos concretos (REsp nº. 534.986/SC e REsp nº 572.074/SC); e 3º) O de que o prazo inicia-se sempre a partir da extinção do débito tributário pelo pagamento ao teor do art. 168, I, c.c., art. 156, I do CTN, independentemente da declaração de inconstitucionalidade do STF seja em controle difuso ou em controle concentrado (REsp nº. 111.0578/SP). Cumpre ressaltar que a divergência de posicionamento ainda não foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a inadmissibilidade dos sucessivos Recursos Extraordinários sobre a matéria, sob o fundamento de que a questão atinge a Constituição apenas de maneira oblíqua e não fere frontalmente o texto constitucional.

Em suma, o trabalho se propõe a analisar os efeitos da Declaração Abstrata de Inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre as normas individuais e concretas de repetição do indébito tributário a partir do paradigma do positivismo jurídico conceitual, adotando-se como referencial as teorias normativas.

## Fontes do Sistema do Direito Positivo

Neste tópico serão estabelecidas as premissas que circundam sobre as fontes do direito. Um tema que, salvo algumas, porém relevantes, exceções, vem sendo tratado com certa superficialidade, limitando-se a identificação da lei (em seu sentido amplo), dos atos normativos secundários, da jurisprudência, do costume e da doutrina como fontes do direito, no entanto incorrendo na confusão processo-produto em relação a sua definição.

A abordagem deste tópico, tratará das fontes do direito passando por uma análise de suas estruturas e da dualidade que envolve a fonte como processo de produção de normas e enquanto objeto resultante deste processo, a norma jurídica. Para tanto faz-se mister a fixação de premissas sobre a natureza das normas que definem os agentes competentes e os procedimentos competentes (normas de criação de normas) na veiculação das normas de conduta.

### 2.1

#### Definição do Conceito de “Direito” sob a Ótica da Linguagem

Partindo da premissa de que estamos inseridos em um meio social em que a linguagem é um instrumento de condição imprescindível para as relações humanas<sup>3</sup>, é natural ao homem essa tendência de elaborar conceitos para que seja possível a distinção de peculiaridades a respeito de um objeto, dando-lhe significação e o discriminando com relação a outros signos.

Segundo a semiologia<sup>4</sup> – ciência geral dos signos, que estuda os fenômenos sociais e culturais como se fossem sistemas de signos – podemos levar em conta o signo como todo o objeto, forma ou fenômeno que representa algo

---

<sup>3</sup> O sujeito, é-o dentro de uma constelação de sujeitos, na comunidade intersubjetiva do discurso, participante e relações sociais que condicionam o conhecimento dos objetos (os contextos sociais limitam as possibilidades de acesso a certas classes de objetos, como anotara Max Scheler). VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. 3ª Ed. São Paulo: Neoeses, 2005, pág. 43.

<sup>4</sup> Aqui tratamos da semiologia, ou semiótica, estudada em um primeiro momento por Charles Sanders Peirce (PEIRCE, Sanders. Semiótica e filosofia. São Paulo: Cultrix, 1972), desenvolvida no campo dos signos linguísticos por Ferdinand Saussure (SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. 21ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2004) e Charles Williams Morris sob a análise de Adrian Sgarbi.



distinto de si mesmo, como, por exemplo, a cruz é significado do cristianismo. Assim, o **signo** é definido como uma entidade formada por meio da combinação de um conceito, denominado “significado”, e uma imagem acústica (o significante), de modo que tal imagem acústica, relacionada ao signo, não é a palavra falada, mas sim a impressão psíquica do signo.

Explica-nos Ferdinand Saussure (2004, pág. 80):

O signo lingüístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica. Esta não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão (*empreinte*) psíquica desse som, a representação que dele nos dá testemunho de nossos sentidos; tal imagem é sensorial e, se chegamos a chamá-la “material”, é somente neste sentido, e por oposição ao outro termo da associação, o conceito, geralmente mais abstrato.<sup>5</sup>

Por conseguinte, o signo pode ser encarado como o laço que une o significado (conceito) ao significante (imagem acústica como uma impressão psíquica).<sup>6</sup>

A análise de Adrian Sgarbi sobre a semiótica de Charles Williams Morris – que divide a semiótica em sintaxe, semântica e pragmática – nos ajuda a compreender a relação entre signo, significante e significado ao concluir que “*a compreensão elementar da semiose pode ser concebida como alguma coisa que explica outra mediante uma terceira.*”<sup>7</sup>

Com relação ao signo “Direito” é necessário dispensar o máximo de cuidado na delimitação de seu significado. Isto, pois a expressão “Direito” é utilizada de maneira corrente e trivial pela comunidade linguística alcançando sentidos diversos.

Assim, antes de enfrentar o questionamento sobre o que são as Fontes do Direito, mostra-se útil a adoção de um referencial na identificação do significado do Direito, no entanto, cumpre ressaltar, sem enveredar pela busca de sua essência ou natureza pela intuição intelectual da natureza intrínseca do fenômeno

<sup>5</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. 21ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2004, pág. 80.

<sup>6</sup> “*Propomo-nos a conservar o termo signo para designar o total, e a substituir conceito e imagem acústica respectivamente por significado e significante; estes dois termos têm a vantagem de assinalar a oposição que os separa, quer entre si, quer do total de que fazem parte. Quanto a signo, se nos contentarmos com ele, é porque não sabemos por que substituí-lo, visto não nos sugerir a língua usual nenhum outro.*” [SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. 21ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2004, pág. 80.]

<sup>7</sup> SGARB, Adrian. **Teoria do Direto - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 37

“Direito”, mas verificando-se os critérios vigentes na utilização de sua expressão pela ótica da linguagem afastando-se, sobremaneira, os vícios do seu uso ordinário e trivial.<sup>8</sup>

### 2.1.1

#### Os Vícios na Formulação do Conceito de Direito sob a ótica da Linguagem – Vagueza, Ambiguidade e Carga Emotiva

Tárek Moussallem<sup>9</sup> e Adrian Sgarbi<sup>10</sup>, com arrimo nas observações feitas pelo argentino Carlos Santiago Nino<sup>11</sup>, alertam a respeito da dificuldade de se definir o conceito de Direito tendo em vista a vagueza, a ambiguidade e a carga emotiva que orbitam tal expressão.

A **ambiguidade**, enquanto vício semântico de sinonímia accidental, no Direito apresenta-se em grau elevado, já que os diversos significados desta expressão são intrinsecamente relacionados entre si, o que acentua a possibilidade de ruído comunicacional. Essa observação torna-se perceptível ao considerarmos o conhecimento científico como um encadeamento de relações entre os elementos: sujeito, objeto, percepções e proposição. Através da interação desses elementos é que se chega ao conhecimento que poderá ser apresentado à comunidade científica conforme bem observa Lourival Vilanova<sup>12</sup>. Na construção do conhecimento jurídico, a palavra Direito, dentre suas múltiplas acepções, pode ser

<sup>8</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito** [Tradução: Elza Maria Gasparotto]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, págs. 11 a 17.

<sup>9</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 25 à 44.

<sup>10</sup> SGARB, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, págs. 8/9.

<sup>11</sup> “A palavra ‘direito’ é ambígua e, como se não bastasse, possui a pior espécie de ambiguidade, que não é a mera sinonímia accidental (como a de ‘banco’), mas aquela constituída pelo fato de ter vários significados profundamente relacionados entre si. (...) Além disso, o termo direito é vago. Considerando o uso ordinário, não é possível enunciar as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra é empregada. (...) O último inconveniente que ‘direito’ apresenta na linguagem corrente é sua carga afetiva. As Palavras não servem apenas para se referir a coisas ou fatos e para designar propriedades, mas às vezes também são usadas para expressar ou provocar emoções. Há palavras que tem somente esta última função (como ‘ai’ e ‘viva!’); outras possuem tanto o significado descritivo quanto o afetivo (por exemplo, ‘democracia’ e ‘bastardo’); e outras, ainda, só têm significado cognoscitivo (como ‘triângulo’ e ‘lapiseira’). ‘Direito’ é uma palavra com significado afetivo favorável. Denominar com essa palavra uma organização social implica condecorá-la com um título honorífico e estimular as atitudes de adesão em torno dela.” [NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito** [Tradução: Elza Maria Gasparotto]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, págs. 14 à 16.]

<sup>12</sup> VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 3ª Ed. São Paulo: Neoeses, 2005, págs. 39 a 42.

utilizada para denominar cada um desses elementos, tanto o elemento objeto, quanto o sujeito, as percepções e as proposições. A gravidade maior do problema está no fato de a expressão “direito” poder ser utilizada tanto para a denominação do objeto do estudo (elemento objeto), quanto para o estudo do objeto (elemento proposição). No entanto, a classificação kelseniana na formulação da teoria pura do direito distingue a proposição normativa da norma jurídica.<sup>13</sup> Destarte, – a título de corte metodológico embasado na teoria de Kelsen – na formação do conhecimento jurídico, o elemento objeto é o Direito Positivo (conjunto de normas jurídicas válidas de acordo com suas fontes de criação), enquanto que o elemento proposição é a Ciência do Direito (proposição normativa).<sup>14</sup>

A expressão “Direito” também comporta certa dose de **vagueza** dada a imprecisão do seu uso ordinário pela comunidade linguística, por exemplo, sempre que se confunde “direito” com “justiça”. Assim, o uso impreciso da palavra “direito” remete a uma necessidade de definição do seu conceito do ponto de vista semântico, mesmo que para tanto seja necessário afastar certas conotações pragmáticas do seu uso cotidiano.

Dentre as diversas funções da linguagem<sup>15</sup>, podem ser destacadas a descritiva, a prescritiva, a operativa e a emotiva. Na **função descritiva**, o uso objetiva a transmissão do conhecimento, informação ou dados sobre um evento do mundo fenomênico, p. ex., “a falta de chuva no sertão nordestino deve-se à Serra da Borborema que impede a passagem das atmosferas úmidas que vêm do oceano”. A **função prescritiva**, é empregada como um comando no intuito de influenciar atos de conduta humana, p. ex. “não dirija sob efeito de álcool.”. A **função operativa**, é demonstrada quando o dizer é fazer, ou seja, quando o próprio ato de fala<sup>16</sup> encerra em si mesmo o seu objetivo, p. ex. o ato de celebração do casamento em que o padre profere os dizeres: “eu vos declaro marido e mulher.”. Por último, e o que mais nos interessa neste ponto, observa-se

---

<sup>13</sup> “É frequentemente ignorada a distinção entre a função da ciência jurídica e a função da autoridade jurídica, e, portanto, a distinção entre o produto de uma e de outra. Assim acontece no uso da linguagem em que o Direito e ciência jurídica aparecem como expressões sinônimas.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pag. 80.)

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pag. 80 e 81.

<sup>15</sup> SGARB, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, págs. 32-35.

<sup>16</sup> Este tema será abordado com maiores explicações adiante.

que a linguagem possui uma **função emotiva**, quando utilizada para expressar emoções, sentimentos ou estados de ânimo, como por exemplo, “viva!”, “bravíssimo!” ou “meu Deus!”. No entanto, algumas palavras ou expressões, além de cumprirem a função de informar, também são dotadas de **carga emotiva**.<sup>17</sup>

Nota-se, que no seu uso pela comunidade linguística, a expressão direito, em muitas das vezes, é empregada em certos contextos para exprimir sentimentos ou emoções. Isto ocorre, por exemplo, sempre que tal conceito é utilizado como substitutivo das expressões “justiça!” ou “correto!”, como na sentença “o Direito prevaleceu!”. Desta forma nos alerta Hans Kelsen ao apresentar o problema da tendência política de identificação do Direito e da Justiça na obra Teoria do Direito e do Estado:

Libertar o conceito de Direito da ideia de justiça é difícil porque ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico, assim como na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo. Se Direito e justiça são identificados, se apenas uma ordem justa é chamada de Direito, uma ordem social que é apresentada como Direito é – ao mesmo tempo – apresentada como justa, e isso significa justificá-la moralmente.<sup>18</sup>

Assim, para a formação de um conceito despido de vícios de linguagem é imprescindível o afastamento do seu uso na função emotiva, uma vez que tal função diminui sensivelmente a carga informativa que por sua vez é representada pela função descritiva da expressão “Direito”.

### 2.1.2

#### **Ciência do Direito e Direito Positivo – Distinções e Características**

Não é demais sopesar que, a título de corte metodológico, o Direito a que nos referimos no presente momento para a definição das “Fontes do Direito” é o Direito Positivo que não deve ser confundido com a Ciência do Direito.

Por Ciência do Direito temos todo o estudo dispensado às normas jurídicas, toda a forma de observação, interpretação, investigação e descrição

<sup>17</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 36.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**; [tradução João Baptista Machado]. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 8.

efetuada de acordo com determinada metodologia reconhecida no meio científico. Por ser Ciência, todos os esforços empreendidos na análise de seu objeto tem por finalidade a transmissão de conhecimento e informação, sendo assim, no campo semântico e pragmático, suas premissas são revestidas de uma função descritiva<sup>19</sup>, na medida que descreve normas jurídicas (metalinguagem).

A lógica utilizada pela Ciência do Direito para firmar suas premissas é a lógica apofântica (lógica clássica ou lógica alética). Sendo assim, seus enunciados não resultam em proposições válidas ou não válidas, como as do Direito Positivo, tratando-se, pois, de valências verdadeiras ou falsas<sup>20</sup>. Não podemos aferir se uma norma jurídica é verdadeira ou falsa, mas se é válida ou inválida dentro de um dado ordenamento jurídico, após analisarmos se o ato de sua criação está de acordo com as normas que lhe fundamentam. Contudo, é possível aferir a veracidade ou a falsidade da descrição do conteúdo ou da estrutura hipotético-condicional de uma dada norma jurídica.

Quanto à forma de linguagem, a Ciência do Direito, por se tratar de proposição descritiva que se debruça sobre o objeto, utiliza termos científicos. Ou seja, as proposições descritivas contidas no discurso do cientista do Direito devem estar em perfeita harmonia com o sistema da lógica apofântica.

Então o que afastaria a ambiguidade, a vagueza e a carga emotiva sobre o significado de direito (enquanto direito positivo)? Qual seria o objeto de estudo da Ciência do Direito? Quaisquer normas, independentemente de sua origem, devem ser objeto de análise da Ciência do Direito? Todas as regras obedecidas por uma determinada sociedade são normas jurídicas?

A resposta, ao menos a título de premissa fundamental, será encontrada no critério essencial sobre o qual, segundo Noel Strichiner<sup>21</sup>, concordam os filósofos que encampam a teoria do positivismo jurídico conceitual:

Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma

---

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 83.

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> Em seu artigo sobre as proposições fulcrais acerca do Direito ao analisar o positivismo como positivismo conceitual [STRUCHINER, Noel. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito* / Organizadores: Antonio Cavalcanti Maia, Carolina de Campos Melo, Gisele Citadino e Thamy Pogrebinski – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, Págs. 409/410.]

como jurídica e portanto como existente e válida deve-se investigar as suas fontes e não o seu mérito. (STRUCHINER, Noel. 2005).

Daí, podemos concluir – sem a pretensão de esgotar o tema e conforme já adiantado anteriormente – que o Direito Positivo é um conjunto de normas válidas em um lapso de tempo e espaço por terem sido veiculadas a um dado ordenamento jurídico em conformidade com suas fontes de criação.

A fim de se afastar de forma definitiva a confusão de ordem semântica entre Direito Positivo e Ciência do Direito, faz-se necessário, neste ponto, compreendermos a distinção entre a proposição normativa e a norma jurídica, nas palavras de Hans Kelsen:

Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que hão de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas ser distinguidas das normas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são – como, por vezes, identificado Direito com ciência jurídica, se afirma – instruções (ensinamentos).<sup>22</sup>

Dessa forma, por ser o Direito Positivo um conjunto de normas jurídicas válidas em um determinado lapso de tempo e espaço, cujo enunciado prescreve comportamentos de conduta humana, devemos concluir que na formação do conhecimento jurídico o elemento objeto é o Direito Positivo (normas jurídicas), enquanto que o elemento proposição é a Ciência do Direito (proposição normativa).

---

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pag. 80/81.

No campo semântico e pragmático, as proposições normativas do Direito Positivo – na medida em que ditam normas de comportamento da conduta humana – se revelam de maneira prescritiva e imperativa, ou seja, prescrevem sob uma perspectiva geral e abstrata as condutas que pautam as relações sociais dentro de um dado meio cultural (ou social). O Direito positivo, por consubstanciar-se em um complexo de normas que se relacionam entre si compondo um sistema autorreferente que preconiza um “*dever-ser*”, obedece à Lógica Deontica<sup>23</sup> e, por tal razão, as valências dispostas em seus enunciados podem ser consideradas válidas ou não válidas, enquanto na Ciência do Direito as premissas são tidas por verdadeiras ou falsas, conforme já visto.<sup>24</sup>

Por fim, tais considerações são necessárias a fim de se afastar confusões entre o jogo de linguagem da Ciência do Direito e o jogo de linguagem do Direito Positivo. Dessa forma, podemos esquematizar as conclusões oriundas da comparação acima no seguinte quadro demonstrativo:

<b>DIREITO POSITIVO</b>	<b>CIÊNCIA DO DIREITO</b>
(1) é posto em linguagem na sua função prescritiva (prescreve comportamentos);	(1) é vertida em linguagem na sua função descritiva (descreve normas jurídicas);
(2) seus enunciados são válidos ou não-válidos;	(2) seus enunciados são verdadeiros ou falsos;
(3) a lógica aplicável é a Lógica Deontica (lógica do dever-ser, lógica das normas);	(3) a lógica aplicada é a Alética ou Apofântica;
(4) linguagem técnica: é isento de contradição no plano sintático, mas passível de incoerência nos planos semântico e pragmático;	(4) linguagem científica: deve ser isento de contradição em todos os planos;
(5) é dotado de unidade.	(5) também é dotado de unidade.

<sup>23</sup> WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. Norma y Acción. Una Investigación Lógica. [Tradução: Pedro García Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, pág. 37.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 84.

### 2.1.3

#### O Direito e a Teoria dos Atos de Fala

Na apresentação das funções da linguagem, AUSTIN<sup>25</sup> faz uma distinção prévia entre a função descritiva e constitutiva da linguagem, estabelecendo uma classificação dos proferimentos em: constataativos e performativos. Os proferimentos constataativos (ou descritivos) de linguagem descrevem ou relatam a realidade ou parte dela (um objeto recortado metodologicamente) de modo que, tais proposições linguísticas, se submetem, segundo premissas pré-concebidas, às valências da verdade ou da falsidade. Ou seja, a descrição de um objeto é falsa ou verdadeira.

Já os proferimentos performativos (ou enunciados performativos) são atos de fala enquanto enunciados que interferem na (ou fazem parte da) realidade por configurarem, no todo ou em parte, uma ação humana cuja função é prescrever e ordenar condutas ou ainda constituir um estado de coisas, e por isso não se submetem às valências de verdadeiro ou falso. Tratam-se, pois, das funções dos verbos performativos (sugerir, jurar, certificar, prometer, garantir, etc.) que, quando pronunciados na primeira pessoa num dado contexto, configuram a realização do próprio ato denotativo do verbo.

Assim, pode-se observar na declaração de um matrimônio realizado por um juiz de paz, ou por uma autoridade eclesiástica, o ato de fala “Eu vos declaro marido e mulher!”; no sinal de trânsito que proíbe estacionar; no testamento pelo ato de fala “lego meus pertences ao meu irmão mais novo.”; etc.

A partir desta distinção, e na esteira das considerações dos tópicos anteriores, fica evidente a constatação da função performativa dos atos de fala na constituição do direito positivo, podendo-se concluir, portanto, que os objetos do direito positivo, tais quais as normas jurídicas, se fazem por “palavras” ou “atos de fala”. Assim, os atos de legislar (quando realizado pelo Poder Legislativo), de julgar (realizado pelo Poder Judiciário), de executar (pelo Poder Executivo), de firmar obrigações (por sujeitos capazes) e de extinguir obrigações, têm como resultado os textos normativos, a exemplo, respectivamente, das leis, das sentenças, dos lançamentos tributários, dos contratos, e dos recibos. Esses textos

---

<sup>25</sup> AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**. [Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho] Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, págs. 21 à 28.



servem de suporte físico para as normas jurídicas, de modo que, a rigor, o texto da lei serve como suporte físico de normas jurídicas gerais e abstratas, enquanto a sentença, o lançamento tributário, e o contrato servem como suportes físicos de normas individuais e concretas, conforme passaremos a sopesar pormenorizadamente nos tópicos adiante.

Neste ponto, é preciso observar os vários sentidos que o “fazer” ao “dizer algo” pode ter, tomando como referencial os atos de fala. Neste ínterim, AUSTIN apresenta as várias realizações performativas manifestadas por se dizer algo. Assim, temos o ato locucionário, o ato ilocucionário e o ato perlocucionário.

O ato locucionário é a locução ou o ato de fala em si, tal como realizado com determinado sentido e referência, ou seja, o “dizer algo”. Por exemplo: Semprônio, após expressar seu entusiasmo por exercícios físicos diz a Caio: “você deveria correr!”. Neste sentido, vejamos a explicação de AUSTIN:

Ao iniciarmos o programa de encontrar uma lista de verbos performativos explícitos, pareceu-nos que nem sempre seria fácil distinguir proferimentos performativos de proferimentos constatativos, e, portanto achamos conveniente recuar por um instante às questões fundamentais, ou seja, a considerar desde a base em quantos sentidos se pode entender que dizer algo é fazer algo, ou que ao dizer algo estamos fazendo algo, ou mesmo os casos em que por dizer algo fazemos algo. E começamos distinguindo todo um grupo de sentidos de “fazer algo” que dizer algo é, em sentido normal e completo, fazer algo – o que inclui o proferir certos ruídos, certas palavras em determinada construção, e com um certo “significado” no sentido filosófico favorito da palavra, isto é, com um sentido e uma referência determinados.

A esse ato de “dizer algo” nesta acepção normal e completa chamo de realização de um ato locucionário, e ao estudo dos proferimentos desse tipo e alcance chamo de estudo de locuções, ou de unidades completas do discurso.<sup>26</sup>

Já o ato ilocucionário é o ato de produção da força convencional, ou do ânimo que deriva do ato de fala. A constatação da força ilocucionária se dá por uma explicação através de um verbo performativo. Assim estabelece AUSTIN:

Podemos dizer que realizar um ato locucionário é, em geral, *eo ipso*, realizar um ato ilocucionário, como me proponho denominá-lo. Para determinar que este ato ilocucionário é realizado dessa forma temos que determinar de que maneira estamos usando a locução, ou seja:

- perguntando ou respondendo a uma pergunta,
- dando alguma informação, ou garantia ou advertência,

<sup>26</sup> AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**. [Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho] Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, pág. 85.

- anunciando um veredito ou uma intenção,
  - pronunciando uma sentença,
  - marcando um compromisso, fazendo um apelo ou uma crítica,
  - fazendo uma identificação ou descrição
- e muitos outros semelhantes.<sup>27</sup>

Na toada do exemplo acima, “Semprônio sugeriu a Caio que praticasse um esporte.”

Por fim, o ato perlocucionário é o ato que se manifesta como efeito no receptor de um ato de fala antecedente, ou seja, é a consequência de um ato de fala que se manifesta por outro ato de fala. Nos dizeres de AUSTIN:

Há um outro sentido (C) em que realizar um ato locucionário, e assim um ato ilocucionário, pode ser também realizar um outro tipo. Dizer algo frequentemente, ou até normalmente, produzirá certos efeitos ou consequências sobre os sentidos, pensamentos, ou ações dos ouvintes, ou de quem está falando, ou de outras pessoas. E isso pode ser feito com o propósito, intenção ou objetivo de produzir tais efeitos. Em tal caso podemos dizer, então, pensando nisso, que o falante realizou um ato que pode ser descrito fazendo-se referência, meramente oblíqua (C.a), ou mesmo sem fazer referência alguma (C.b) à realização do ato locucionário ou ilocucionário. Chamaremos a realização de um ato deste tipo de realização de um ato perlocucionário ou perlocução.<sup>28</sup>

Seguindo a exemplificação iniciada acima, temos com ato perlocucionário a adesão de Caio à sugestão de Semprônio: “Caio aderiu à sugestão ao inscreveu-se na equipe de maratona e pratica o esporte duas vezes por semana”. A adesão de Caio manifestada em sua inscrição e realização de exercícios é o ato perlocucionário.

No caso do direito positivo, enquanto sistema que se manifesta por meio da linguagem, percebemos que as normas jurídicas podem ser vistas como atos de fala de caráter deôntico, pois no plano do “dever-ser” prescrevem atos de conduta humana e constituem estados de coisas hábeis para o reconhecimento e incidência desses comandos prescritivos. Assim, também no direito os atos locucionários devem desencadear esses efeitos ilocucionários e perlocucionários. Outrossim, o ato locucionário é a prescrição de um comportamento (ato de conduta humana) ou a constituição de um estado de coisas (as competências, capacidades e condições institucionalmente reconhecidas, como veremos adiante). O ato ilocucionário se

<sup>27</sup> AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**. [Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho] Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, pág. 88.

<sup>28</sup> AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**. [Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho] Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, págs. 89 a 90.

consubstancia na ordem ou no comando, enquanto o ato perlocucionário será a manifestação da coerção, da imperatividade e da persuasão sofrida pelo destinatário da norma por meio do ato que atesta o cumprimento da ordem.

Analisar-se, sob a ótica dos atos de fala, o exemplo a seguir: A autoridade competente (Município de Vitória) promulga a lei de cobrança do IPTU da qual se extrai o seguinte ato de fala: “Se algum sujeito for proprietário de imóvel na zona urbana da cidade de Vitória, então deverá pagar IPTU.” Daí termos a seguinte esquematização dos atos de fala: a) “Se algum sujeito for proprietário de imóvel na zona urbana de Vitória, então deverá pagar IPTU” é o ato locucionário enquanto norma jurídica tributária. Seu suporte físico é a lei enquanto texto normativo, o meio pelo qual a autoridade expressa o ato de fala; b) “A autoridade competente ordena aos sujeitos proprietários de imóvel” é o ato ilocucionário, ou seja, a ordem normativa; por último, c) a coerção sobre o proprietário é o ato perlocucionário que pode se manifestar, por exemplo, por um recibo no carnê de IPTU que comprova a realização do pagamento do tributo.

Logo, o Direito opera-se sob atos de fala na medida em que tais atos podem ser encarados como fatos jurídicos, conforme analisaremos ao tratar das normas jurídicas.

## 2.2

### As Normas Jurídicas

Carlos Santiago Nino traz a observação sobre o a aparente “onipresença do direito” dada a multiplicidade de atos realizados cotidianamente pelos indivíduos que encontram correspondentes nas normas jurídicas. Apesar da impressão de estarmos agindo de maneira autônoma ou por livre arbítrio, a maioria das condutas humanas, nas sociedades contemporâneas, encontra uma correspondência nos elementos que compõem o Direito. Por exemplo: um indivíduo ao acordar de manhã e apertar o interruptor da luz e esta se acende, tal como previsto no contrato de fornecimento de energia elétrica; o motorista do ônibus que conduz o passageiro ao local de desembarque por conta do contrato tácito de prestação de serviço de transporte firmado no pagamento da passagem; etc. No entanto, outras condutas encontram correlação com regras ou normas de outras naturezas, por exemplo, a regra de costume que obriga os indivíduos a se

saudarem com “bom dia” ao entrar no trabalho pela manhã, as regras morais que obrigam um indivíduo a devolver ao seu dono uma carteira caída acidentalmente no chão, etc.

Com base nessas observações G. H. Von Wright apresenta diversos tipos de normas: as regras constitutivas, as regras técnicas, as prescrições, as normas ideais, os costumes e as normas morais.<sup>29</sup>

As normas jurídicas enquanto **regras constitutivas**, na visão de Von Wright, constituem relações, eventos ou fenômenos de maneira abstrata e regulamenta as condutas em torno de tais relações, eventos ou fenômenos. Noutro giro, regras que constituem uma atividade, de modo que qualquer ato contrário a tal regra, desnaturaliza a atividade como tal. A exemplo disso temos a definição dos jogos. Assim podemos compreender de acordo com as lições de Adrian Sgarbi:

Os atos de jogar, de falar, de raciocinar são atividades que têm em comum a dependência de regras que não se pode dizer possuem um sentido prescritivo, e tampouco são descritivas. Por essa razão, Von Wright afirma serem essas regras melhor entendidas quando se as qualifica de ‘regras que determinam uma atividade’. Voltando a atenção para as regras dos jogos, ele diz: ‘As regras do jogo determinam os esquemas e objetivos, e por isso o jogo é a atividade de jogá-lo. Assim é que podemos dizer que, do ponto de vista do jogo mesmo, as regras determinam quais são os movimentos corretos e, do ponto de vista da atividade de jogar, essas regras determinam quais são os movimentos permitidos’. Nesse sentido, diz-se serem as regras constitutivas aquelas regras formadoras de certa atividade e reguladoras da atividade por elas formada. Portanto, elas possuem uma dupla dimensão: elas formam e regulam o que formam. Sendo assim as regras cuja função é de nos permitir identificar o jogo de xadrez como ‘jogo de xadrez’ são as mesmas que regulam o xadrez.<sup>30</sup>

As **regras técnicas** são regras cuja conduta prescrita implica (e não “deve implicar”) numa certa consequência. Sendo assim, se pauta na lógica apofântica da ocorrência de fenômenos e não na lógica deôntica destinada às normas jurídicas. Por tal motivo as regras técnicas prescindem de sanção, ou de uma regra secundária para que se realize o seu consequente. Podem ser assim consideradas as regras de um manual técnico de funcionamento de um equipamento que

<sup>29</sup> Sob o aspecto das normas em geral, em seus diversos tipos, Von Wright utiliza regras e normas como termos sinônimos. Ver WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. Norma y Acción. Una Investigación Lógica. [Tradução: Pedro García Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, págs. 21 a 35.

<sup>30</sup> SGARB, Adrian. **Teoria do Direto - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 116.

enunciam regras de eventos físicos condicionantes para que dado equipamento funcione.<sup>31</sup>

As prescrições, ou **regras prescritivas**, são aquelas – aqui com amparo na teoria kelseniana<sup>32</sup> – cujo enunciado prescreve uma conduta imperativa que se sustenta pela autoridade (ou legitimidade) do agente locucionário competente sobre uma dada sociedade num dado lapso de tempo e espaço. O conteúdo da linguagem observado no ato locucionário das regras prescritivas impõem uma permissão, vedação ou autorização para a realização de um ato de conduta humana que, sob uma perspectiva interna, é complementada por uma segunda regra (ou norma), a regra de cumprimento das regras de comportamento, ou a regra sancionatória. Trata-se da norma sancionatória cujo objetivo é impor uma consequência negativa quando observado não cumprimento do consequente normativo da norma primária, ou seja, a norma prescreve que um castigo, uma pejoração ou uma restrição serão experimentos por aquele destinatário que descumprir a primeira regra prescritiva de conduta<sup>33</sup>.

Além dos três tipos normativos anteriores, Von Wright identifica outros três sentidos para as normas jurídicas, tidos, como observa Adrian Sgarbi, como secundários, são eles: 4) as normas ideais; 5) as normas pautadas nos costumes; e 6) as normas morais.

As **normas ideais**, segundo Von Wright – que mais se assemelham a sua concepção de regras –, são aquelas que estabelecem o alcance de uma finalidade

<sup>31</sup> Como bem observa Adrian Sgarbi, “as ‘regras técnicas’ não estão destinadas a conformar a vontade do destinatário, senão para indicar que uma determinada atividade está condicionada a um determinado comportamento. Portanto, as regras técnicas não estabelecem um ‘dever’ (ou como se costuma dizer: um ‘dever-ser’), mas um ‘ter que’. Por esse motivo a regra técnica também é formulada de modo hipotético: no antecedente encontramos o plano condicional com menção ao comportamento que o destinatário precisa realizar se quiser obter o efeito pretendido. Característica das regras técnicas é a ausência de sanção (seja ela positiva ou negativa), caso não seja observada; a sua consequência é, apenas a frustração do pretendido, pois este não se mantém ou não se realiza.” SGARB, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 117.

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 5-11.

<sup>33</sup> “Entende Von Wright que as prescrições se caracterizam por dois elementos que as distinguem das demais normas: primeiro, emanam de uma vontade de um ‘emissor normativo’, a autoridade normativa, ou, simplesmente ‘autoridade’. Em segundo lugar, elas se destinam às pessoas de um grupo social que ele intitula de ‘sujeitos normativos’. Conforme Von Wright, para se conhecer a vontade do emissor, os sujeitos devem observar o ato indicativo da vontade da autoridade, a promulgação. Além disso, pontua ser comum incrementar o comando agregando-lhe uma sanção, uma necessária ameaça de castigo. É essa sanção que exercerá o fato psicológico necessário para a obediência.” SGARB, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 117.

ligada à algo relacionado a uma virtude ou bondade humana, mas sem conferir de forma explícita um “manual de conduta” que dispõe sobre os requisitos para se alcançar tal finalidade (a virtude ou a bondade almejada em certo seguimento). A exemplo disso, pode subsumir-se a essa concepção de norma o ideal de uma determinada classe de sujeitos, levando-se em consideração, não as características de todo e qualquer sujeito dessa classe, mas sim as do sujeito virtuoso em relação à tal classe.

Las reglas ideales están en estrecha conexión con el concepto de bondad. Las propiedades que un artesano, un administrador o un juez o tienen que poseer son características, no de cada artesano, administrador o juez, sino de un buen artesano, administrador o juez. La persona que tiene las propiedades de un buen lo-que-sea en un grado supremo le llamamos frecuentemente un lo-que-sea ideal. Lo mismo puede decirse de los relojes, coches y otras cosas que sirven para diversos propósitos humanos.

Las características que las reglas ideales exigen estén presentes en los buenos miembros de una clase o tipo de seres humanos pueden ser denominadas las virtudes características de los hombres de esa clase o tipo. En un sentido extenso de la palabra 'virtud', que corresponde aproximadamente al griego 'arete', las propiedades características de los buenos instrumentos se llaman frecuentemente virtudes también.<sup>34</sup>

Já os **costumes** são regras de reconhecimento, social ou comunitário, cuja enunciação se dá, pragmaticamente, pela observância de hábitos e comportamentos reproduzidos reiteradamente por membros de certa comunidade diante de situações análogas, como, por exemplo, a forma de velar e sepultar os mortos, o modo de saudação entre as pessoas, etc. Von Wright atenta para o caráter do anonimato do que poderíamos chamar de “autoridade competente” que enuncia tais regras, diante da indeterminação dos agentes que deram início ao costume que ganha aprovação e reconhecimento num dado meio social. A força imperativa dos costumes está, segundo Wright, na pressão normativa<sup>35</sup> sobre os membros de uma mesma comunidade de observarem o hábito. A não observância de um costume conta como ponto negativo na manutenção de relações sociais e aí está a sanção aplicada a àquele que deixa de cumpri-lo.

<sup>34</sup> WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. Norma y Acción. Una Investigación Lógica. [Tradução: Pedro Garcia Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, pág. 33.

<sup>35</sup> WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. Norma y Acción. Una Investigación Lógica. [Tradução: Pedro Garcia Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, pág. 28.

Destarte, sem qualquer intenção de aprofundar a discussão, as **normas morais** possuem carga axiológica (valorativa) que orientam o processo de escolha, de maneira geral, do bom ao invés do ruim, do bem ao invés do mal, do justo ao invés do injusto.

No que tange a percepção das normas morais, Wright as classifica em três subespécies: 1) as normas morais teológicas<sup>36</sup>, que emanam de uma autoridade divina e, por isso, muito se assemelham às regras prescritivas. Isto a exemplo do mandamento previsto no velho testamento de “amar a deus sobre todas as coisas”; 2) as normas teleológicas<sup>37</sup> que, no processo de escolha, orientam o alcance de uma finalidade de alta carga valorativa por meio de regras de conduta – “‘caminho’ ou ‘curso’”<sup>38</sup> –, no entanto, não tão precisas já que podem variar de acordo com as circunstâncias dos eventos fenomenológico, políticos ou sociológicos; e 3) as normas morais deontológicas<sup>39</sup>, enquanto deveres e obrigações imperativas sob o prisma do agir corretamente.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> *Algunos piensan que las normas morales son los mandamientos de Dios a los hombres. La ley moral es la ley de Dios. Tener esta opinión de la moralidad equivale a considerar las normas morales como prescripciones. Estas prescripciones, sin embargo, no son sólo de un género muy especial; quizá tengan incluso que ser consideradas como prescripciones en un sentido especial del término. Esto es así debido a la peculiar naturaleza de la autoridad (sobrenatural) de que dimanar.* (WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. *Norma y Acción. Una Investigación Lógica*. [Tradução: Pedro Garcia Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, pág. 31)

<sup>37</sup> *La principal alternativa, en la historia de la ética, a considerar que la moralidad es la ley divina es una visión teleológica de la misma. Según la primera consideración, las normas morales son una especie de prescripción – o prescripciones en algún sentido especial del término –, Según la segunda, las normas morales son una especie de normas o directrices técnicas para el logro de ciertos fines. Pero ¿qué fin?, o ¿qué fines? ¿La felicidad del individuo?, o ¿el bienestar de la comunidad? Eudemonismo y utilitarismo son variantes de una ética teleológica. Podría parecer que los fines, con relación a los cuales ciertas formas de conducta son moralmente obligatorias o permisibles, no pueden especificarse independientemente de las consideraciones del bien y del mal. Esto es igualmente cierto de la felicidad y del bienestar como últimos fines propuestos a la acción moral.* (WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. *Norma y Acción. Una Investigación Lógica*. [Tradução: Pedro Garcia Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, pág. 31-32).

<sup>38</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direto - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, (pág. 119).

<sup>39</sup> WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. *Norma y Acción. Una Investigación Lógica*. [Tradução: Pedro Garcia Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, pág. 32.

<sup>40</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direto - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, (pág. 119).

### 2.2.1

#### **Análise das Funções Prescritivas de Comportamento e de Estrutura das Normas Jurídicas**

Neste ponto cumpre-se demonstrar a ligação entre as **normas jurídicas de comportamento** e **normas de estrutura**, de acordo com as teorias de Von Wright e Kelsen, com o auxílio das lições e considerações de Adrian Sgarbi, Tárek Moussalem e Lourial Villanova, num primeiro momento estabelecendo uma distinção entre o mundo do ser (mundo da física) e do dever ser (mundo jurídico), noutro momento analisando a função prescritiva de tais espécies de normas.

No “mundo do ser”, representado na realidade empírica, as variáveis fenomenológicas se mostram como procedimentos que transformam matérias, e tais fenômenos ocupam o papel do elemento objeto das ciências naturais (história, física, química, biologia, etc.), cujos métodos de percepção desencadeiam a formação de proposições que permitem o alcance do conhecimento científico. Certas condições de temperatura e pressão, por exemplo, transformam a água de seu estado sólido para o estado gasoso, configurando aquilo que percebemos pela linguagem da ciência como o fenômeno de sublimação. Havendo as condições ideais de temperatura e pressão, impulsionados ou não por um ato de vontade humana, o fenômeno da sublimação ocorrerá no mundo fenomênico.

O mundo jurídico – aqui encarado como conjunto de normas jurídicas reconhecíveis através de suas fontes institucionais de criação (as fontes do direito como será visto adiante) – possui como finalidade alterar algumas realidades ou fenômenos que dependem de atos de vontade humana através da linguagem prescritiva. A exemplo disso, podem ser observadas normas que impõem a obrigação de recolher tributo aos cofres públicos como consequência da propriedade sobre veículo automotor; a obrigação de pagar aluguel ao proprietário do imóvel como consequência da posse direta exercida com base na vontade expressa em contrato de locação; a imposição de pena restritiva de liberdade ao maior de 18 anos que comete o crime de roubo, etc.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Nesse sentido, vale trazer a colação as considerações de Kelsen ao afirmar que “*o dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da*



Essas espécies de normas, podem ser classificadas como **normas prescritivas de conduta**, ou normas prescritivas de comportamento pois, no processo de positivação estão mais próximas da alteração da realidade ao dispor sobre hipóteses factíveis que, uma vez percebidas pelos instrumentos de linguagem competentes, prescrevem a incidência do chamado consequente normativo. A estrutura hipotético condicional das normas prescritivas apresenta-se através da proposição implicacional que liga o enunciado antecedente condicional “se...” (denominado prótase) e o enunciado consequente “então...” (denominado apótase)<sup>42</sup>. O que pode ser representado na forma de “se X então P”; “se realizar a hipótese tributária, então deverá pagar tributo”; “se matar alguém, então deverá sofrer pena de reclusão”. Isto sem falar nas formas mais complexas de estruturação das normas.

Cada enunciado de **hipótese normativa** – que se projeta para o futuro e por isso a precisão utilização da expressão “hipótese” – enuncia uma série de critérios de identificação que, sob a condição lógica da intertemporalidade, a partir da sua vigência, passa a servir de referencial para identificação dos **eventos futuros** (ou fatos sociais que ocorrerão sob sua égide). Quando são encontrados os correspondentes hipotéticos dos eventos na norma, são chamados de **fatos jurídicos**. A descrição dos fatos jurídicos se reporta ao passado, enquanto as hipóteses se projetam para o futuro. Noutro giro, enquanto a norma veda o homicídio a partir de uma certa data (data de sua vigência), o assassinato que Tício cometera tirando a vida de Caio, após a data da vigência da referida norma –

---

*maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever-ser é ‘dirigido’ a um “ser”. A expressão: “um ser corresponde a um dever-ser” não é inteiramente correta, pois não é o ser que corresponde ao dever-ser, mas é aquele “algo”, que por um lado “é”, que corresponde àquele “algo”, que, por outro lado, “deve ser” e que, figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou como conteúdo do dever-ser. Também podemos exprimir isto por outras palavras dizendo que um determinado quid, especialmente uma determinada conduta, pode ter a qualidade de ser ou a qualidade de dever-ser. Nestas duas proposições: a porta será fechada e a porta deve ser fechada, o “fechar a porta” é, no primeiro caso, enunciado como algo que é e, no segundo caso, como algo que deve ser. A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que respeita à circunstância (modus) de que uma é e a outra deve ser. Portanto a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. Porém, a conduta estatuída na norma como devida (como devendo ser), e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondendo ou não correspondendo à norma (isto é, ao conteúdo da norma). A conduta devida e que constitui o conteúdo da norma não pode, no entanto, ser a conduta de fato correspondente à norma.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 6 a 7).*

<sup>42</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 120.

e quando percebido pelos meios de produção de provas – consubstancia-se em um **fato jurídico**. Neste ponto, cumpre trazer à baila as lições de Lourival Vilanova sobre a esquematização seletiva do “fático”:

Por outro lado, é exato afirmar que nem tudo da realidade física ou social entra no quadro esquemático da hipótese da proposição normativa, que a multiplicidade intensiva e extensiva do real requer a operação conceptual normativa, forçosamente simplificadora, inevitavelmente abstrata, pelo processo de esquematização ou tipificação do fático. A hipótese ou o pressuposto é a via aberta à entrada do fático no interior do universo-do-Direito. Fato da natureza ou fato de conduta entram se há pressupostos ou hipóteses que os recolham, e entram na medida em que o sistema o estabelece. O tipo, que está na hipótese, é o conjunto de fatos que satisfazem a predicação, isto é, a conotação seletivamente construída. Por isso, o fato jurídico pode ou não coincidir com o suporte fático total. Com frequência, não se superpõem.<sup>43</sup>

Os critérios da hipótese normativa são vertidos em linguagem descritiva e, através dos conectivos lógicos<sup>44</sup> (“e”, “ou”, “não”, “se... então”, “se e somente se”, “todos”, “alguns”, ou “nenhum”) permitem a subsunção e identificação dos fatos jurídicos. A relação entre os dois enunciados (o descritivo e o prescritivo) é embasada pela lógica deôntica, de cunho implicacional, uma vez que a ocorrência do fato disposto no enunciado descritivo (hipótese) deve implicar na ocorrência da conduta disposta no enunciado prescritivo (consequência). Isto permite a identificação e qualificação de atos de conduta humana cujo consequente, por finalidade, obriga, veda ou permite.

Com o alerta de Von Wright, a concepção das normas de maneira lógica é possível na medida em que os comandos normativos – que prescrevem como comportamento o que se “deve”, “pode” e “não pode” fazer –, possuem íntima ligação com os elementos de lógica modal: necessidade, possibilidade e impossibilidade. Já a análise dos elementos de hipóteses normativas – que possibilitam a subsunção dos fatos às normas – apresentam analogia com os elementos da chamada teoria da quantificação: “todos”, “alguns” e “nenhum”. Tanto a lógica modal, quanto a teoria da quantificação, compõem o ramo da

<sup>43</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 3ª Ed. São Paulo: Neoeses, 2005, pág. 202.

<sup>44</sup> ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; e GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, Proposición y Norma*. 6ª Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2002, pag. 47 a 67.

Lógica Proposicional, cujas técnicas servem para a formulação das chamadas “tabelas-verdades”.<sup>45</sup>

No entanto, a veiculação de normas de conduta no ordenamento jurídico – bem como a transformação de  **fatos**  em  **jurídicos**  na constituição de normas individuais e concretas conforme será visto adiante – prescinde da criação de “estados”, “competências”, “procedimentos”, “ficções jurídicas” ou “instituições”, ou seja, figuras de linguagem estabelecidas por outras normas que permitem o reconhecimento de validade de outras normas jurídicas, bem como a identificação dos fatos jurídicos que possam ser constituídos a partir das hipóteses normativas (a subsunção dos fatos às normas).

Noutro giro, é necessário que o Direito “crie” ou constitua suas próprias “ficções” e “realidades” por meio de outras normas, também previstas no ordenamento jurídico, para viabilizar a alteração das realidades que dependem da conduta humana. Esta função é preenchida pelas chamadas  **normas de estrutura**  ou  **normas de produção de normas (normas de competência e normas de procedimento)**  pois, quando veiculadas no ordenamento jurídico conferem a um determinado sujeito ou órgão a competência (ou um estado institucionalmente reconhecido) e um procedimento (ou uma forma concatenada de agir) que viabiliza a veiculação e a incidência das normas prescritivas de conduta de forma válida. Nesse sentido, podemos tomar as lições de Kelsen sobre a criação do direito segundo sua própria aplicação e observância:

Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somos reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida de conformidade com a determinação de uma outra norma e que, portanto, tem de ser pressuposta. Se falarmos não apenas da ordem jurídica, mas também de uma comunidade jurídica - por aquela constituída -, poderemos dizer: uma norma jurídica pertence a uma determinada ordem jurídica se foi criada por um órgão da respectiva comunidade e, portanto, por esta mesma comunidade. Mas o indivíduo que cria uma norma é - como já notamos - órgão da comunidade jurídica porque e na medida em que a sua função é regulada por uma norma da ordem jurídica que constitui a comunidade e, por tal motivo, pode ser atribuída à comunidade. A referência da função criadora do Direito à comunidade jurídica ou, mais corretamente, à unidade da ordem jurídica que constitui a comunidade jurídica, a operação mental pela qual atribuímos a função à comunidade, funda-se exclusivamente na norma jurídica que determina esta função. Assim como a comunidade jurídica apenas consiste na ordem jurídica, assim a proposição que

<sup>45</sup> WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. Norma y Acción. Una Investigación Lógica. [Tradução: Pedro Garcia Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, pág. 37 a 52.

afirma que uma norma pertence a uma ordem jurídica porque foi criada por um órgão da respectiva comunidade jurídica nada mais diz que a afirmação segundo a qual uma norma pertence a uma ordem jurídica porque foi criada de conformidade com a determinação de uma norma desta ordem jurídica e, em última linha, de conformidade com a determinação da norma fundamental desta ordem jurídica.<sup>46</sup>

Levando essas lições a fundo, nota-se que o papel das **normas de estrutura** é o de estabelecer critérios de identificação dos textos normativos – os documentos oficiais de veiculação de normas jurídicas – ao indicar quais são tais documentos (leis, decretos, etc.), os sujeitos (ou órgãos) autorizados a produzi-los, o procedimento necessário que antecede a sua produção, bem como os limites substanciais e a finalidade das suas respectivas normas. Assim observa Adrian Sgarbi ao afirmar que o preenchimento dos critérios de identificação nos revelam as respostas às perguntas: “*Quem pode produzir materiais jurídicos? (Quem é?) Que materiais jurídicos podem produzir? (Que é?) Como deve proceder para produzi-los (Como fazer?) Com que objetivo deve produzi-los? (Com que fim?)*”<sup>47</sup>

As **normas de competência**, nesse contexto, cumprem o papel de estabelecer os critérios de identificação dos sujeitos ou órgãos autorizados a produzir os textos normativos capazes de veicular normas jurídicas no ordenamento jurídico. SGARBI alerta ainda sobre a possibilidade de tal competência ser partilhada em relação a cada fase do processo de produção do texto normativo, havendo vários sujeitos (ou órgão) cada um responsável por atuar em momentos distintos (iniciativa, deliberação, discussão e veto/sanção). No que diz respeito à iniciativa, esta pode ser **privativa**, quando um único sujeito ou órgão está autorizado a exercê-la, ou **concorrente**, quando a atribuição em questão é autorizada a dois ou mais agentes.<sup>48</sup>

A exemplo das normas que possuem tal função, no ordenamento jurídico brasileiro temos a norma que constitui o estado de maioridade aos 18 anos como atribuição de capacidade para a realização válida de negócios jurídicos da vida

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 260.

<sup>47</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 171.

<sup>48</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 172.

civil<sup>49</sup> (normas de competência relacionadas à capacidade); a norma que constitui a competência dos parlamentares para conduzir os processos legislativos<sup>50</sup> (norma de competência legislativa), a norma que confere aos juízes a competência de processar e julgar as demandas judiciais de natureza civil prestando tutela jurisdicional<sup>51</sup> (normas de competência jurisdicional), a norma que estabelece ao STF a competência de processar e julgar as ações de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais,<sup>52</sup> etc.

As **normas de procedimento**<sup>53</sup>, por sua vez, veiculam os critérios de identificação: 1) das espécies de textos normativos (ou documentos oficiais) que podem ser produzidos pelos agentes competentes; 2) dos respectivos procedimentos que antecedem as suas criações (a regulamentação do modo como os textos são veiculados), bem como 3) dos limites materiais que devem ser observados nos comandos normativos resultantes das normas a serem criadas. A exemplo disso, sob a perspectiva da competência legislativa da União no ordenamento jurídico brasileiro, temos as normas que apresentam o rol das espécies de textos normativos no enunciado do art. 59 da CRFB/1988<sup>54</sup> (normas que apontam o objeto do exercício); as regras que regulam o rito dos processos legislativos que antecedem a produção, respectivamente, de cada espécie de texto normativo, tal como previsto do § 1º do art. 59 ao art. 69 da CRFB/1988 (dentre outros dispositivos constitucionais); e o limite material que impede o prosseguimento de qualquer processo legislativo cujo comando normativo de sua

<sup>49</sup> Código Civil – Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

<sup>50</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

<sup>51</sup> Lei nº. 5869/73 (Código de Processo Civil).

<sup>52</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

<sup>53</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direto - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, págs. 172 a 173.

<sup>54</sup> CRFB/1988 – Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

espécie seja tendente à abolição de uma das cláusulas pétreas, tal como previsto no § 4º do art. 60 da CRFB/1988<sup>55</sup>.

Ainda sob o prisma da substância dos comandos normativos emanados da norma objeto de criação, há a influência das normas de conteúdo programático (ou como denomina Adrian Sgarbi, regras de finalidade ou de fins) que impõem uma limitação material ao conteúdo das normas jurídicas, ou seja, limitam o que as normas criadas podem dizer, qual seja, a observância de uma finalidade prevista na norma hierarquicamente superior, a exemplo do art. 3º da CRFB/1988<sup>56</sup> além de alguns dispositivos constitucionais que enunciam os direitos e garantias fundamentais.

Destarte, não se pode olvidar da influência das **normas sobre a eliminação de normas** na atualização e alteração sistêmica do ordenamento jurídico. Tais normas tem como função fundamentar o ato de exclusão de outras normas jurídicas do sistema normativo, seja por ato de vontade discricionária do agente competente (sujeito ou órgão), seja pela obrigação imposta aos agentes competentes de, uma vez provocados, retirarem a norma do ordenamento jurídico quando observada a sua produção irregular. Este último exercício de competência tem por finalidade a preservação do ordenamento jurídico ou, a rigor, do modo de veiculação de normas juridicamente reconhecíveis.

A primeira função (a de revogar), é atribuída às chamadas **normas revogadoras**. No entanto, cumpre neste ponto afastar o vício de ambiguidade entorno do termo revogação dada a sua multivocidade para significar tanto um processo quanto o seu produto, uma enunciação revogadora ou um enunciado revogador. A revogação enquanto enunciado consiste numa norma **NR<sub>1</sub>** veiculada pelo agente que possui competência para introduzi-la, tal como conferida por uma outra norma (de estrutura) que a antecede no ordenamento jurídico, a **norma de competência NC<sub>1</sub>** que confere o poder de revogar ao agente **A<sub>1</sub>** (órgão ou sujeito). A enunciação da revogação é justamente o conjunto de atos procedimentais concatenados ou o processo **P<sub>1</sub>** exercido pelo agente competente **A<sub>1</sub>**, observando

<sup>55</sup> CRFB/1988 – Art. 60 (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>56</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

as **normas de procedimento**  $NP_1$  e  $NP_1''$  que regulamentam o tipo de texto normativo  $TN_1$  (objeto) capaz de dar suporte físico à  $NR_1$  (introduzindo-a no ordenamento jurídico) e o procedimento (rito) que antecede a sua confecção. O processo é o ato de revogar (enunciação  $P_1$ ). O produto é a norma revogadora (enunciado  $NR_1$ ) que, a partir do ato formal de publicação do texto normativo que lhe confere suporte físico  $TN_1$ , exclui uma norma de conduta  $N$  do ordenamento jurídico  $OJ$ .

A exemplo disso, no ordenamento jurídico brasileiro temos o disposto no art. 2º da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42) cominado com o texto normativo da Lei Complementar nº 95/98 que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, com fundamento de validade nos arts. 59 a 69 da Constituição Federal.

As **normas de nulidade** também fundamentam a exclusão de outras normas jurídicas, no entanto, conforme observado por Adrian Sgarbi, diferenciam-se das normas revogatórias em alguns aspectos. Enquanto as normas revogadoras possuem caráter intencional, – já que o agente competente por veiculá-las age de forma deliberada – as normas de nulidade, cujo consequente exclui outras normas, possuem como hipótese normativa a veiculação irregular da norma excluída. Ou seja, a norma de nulidade  $NN_1$  em seu antecedente descreve como fato jurídico um ato não intencional de produção normativa, tal qual, a não observância de uma norma de procedimento (enquanto norma de estrutura do ordenamento jurídico) na enunciação da norma eivada de nulidade  $N_1$ , e como consequente a exclusão da referida norma do sistema normativo. Ademais, o consequente normativo da norma de revogação é a exclusão de um ato regular (enunciação de uma norma com observância das normas de estrutura), enquanto o consequente normativo da norma de nulidade é a exclusão de um ato irregular (enunciação de uma norma sem observância das normas de estrutura). Levando-se em consideração a finalidade das normas de exclusão, a norma revogatória elimina a norma para modificar o ordenamento jurídico, enquanto a norma de nulidade elimina a norma irregularmente enunciada para preservar as normas de estrutura enquanto normas de reconhecimento do ordenamento jurídico.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, págs. 176 a 178.

No mesmo sentido observa Tárek Moysés Moussallem ao distinguir revogação de anulação:

A anulação é a forma de o direito positivo controlar o produto da enunciação. Como acima dito, o direito positivo não regula sua criação, mas, sim, controla a regularidade das normas produzidas. Tais atos de controle encontram-se esparsos pelo sistema normativo.

Por sua vez a revogação não visa ao controle da regularidade das normas produzidas, mas apenas a mudança de regulamentação de determinada conduta (mesmo que seja para o permitido negativamente), sem que ingresse no âmbito de a enunciação ter ocorrido conforme ou não as regras de produção normativa.<sup>58</sup>

Por fim, no ordenamento jurídico brasileiro outra distinção entre a nulidade e a revogação pode ser observada levando-se em consideração a (ir)retroatividade de seus efeitos no tempo. Isto é observado em relação a possibilidade da norma eliminada poder servir ou não de referencial de subsunção para regular fatos ocorridos antes de sua eliminação, conforme será visto de forma mais aprofundada adiante. Enquanto a eliminação pela revogação encontra limites constitucionais de irretroatividade das normas – a fim de se preservar a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito nos termos do art. 5º, inc. XXXVI<sup>59</sup> da CRFB/1988 – a eliminação pela norma anuladora, no controle abstrato e concentrado, pode ou não retroagir a depender da modulação dos efeitos em *ex tunc* (retroativos) ou *ex nunc* (irretroativos) nos termos da Lei nº. 9.868/99.

### 2.2.2

#### **Análise dos Aspectos da Generalidade, Individualidade, Abstração e Concretude das Normas Jurídicas**

Comumente é possível depararmo-nos com certos conceitos de Direito que apontam pela definição do ordenamento jurídico como um conjunto de normas de observância geral e a todos destinada. Entretanto, tal premissa é equivocada ou pelo menos não abrange todas as espécies de normas jurídicas contidas no

<sup>58</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2005, pág. 232.

<sup>59</sup> CRFB/1988 – Art. 5º. (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;



ordenamento jurídico já que, por meio de um processo de positivação conduzido por um agente competente é possível a efetivação de normas gerais e abstratas com a individualização dos sujeitos destinatários e identificação da conduta de maneira concreta. O resultado desse processo de positivação é, em certo grau, a constituição de uma relação jurídica formada por uma norma individual e concreta, conforme passaremos a analisar neste tópico.

Feitas as devidas considerações a respeito da estrutura hipotético-condicional das normas jurídicas, passemos à identificação de suas espécies a partir de quatro características identificadas nos elementos que compõem seus enunciados normativos: a **abstração** (norma abstrata) e a **concretude** (norma concreta), no que diz respeito às hipóteses ou ao conjunto de fatos jurídicos em seu antecedente, bem como às condutas impostas pelo consequente normativo; a **generalidade** (norma geral) e a **individualidade** (norma individual) no que tange a identificação dos sujeitos destinatários da norma.

Da combinação dessas características que tem por foco a identificação das hipóteses normativas e dos fatos jurídicos (normas abstratas ou concretas), bem como a identificação dos destinatários da norma (normas individuais ou gerais) é possível se extrair quatro espécies normativas distintas: **a)** as normas gerais e abstratas; **b)** as normas individuais e abstratas; **c)** as normas gerais e concretas; e **d)** as normas individuais e concretas.

A **norma abstrata** é aquela cujo antecedente normativo descreve uma hipótese que se projeta para o futuro. Hipótese através da qual extraímos os critérios de identificação do fato jurídico e não o fato jurídico propriamente dito.

Como o antecedente da norma abstrata é um enunciado conotacional, não podemos afirmar, com rigor linguístico, existir um fato jurídico. O antecedente da norma abstrata possui critério de identificação de um fato jurídico, não o fato propriamente dito.<sup>60</sup>

A exemplo disso temos a norma jurídica extraída a partir do inc. XXI do art. 37 da CRFB/1988 e do art. 89 da Lei nº. 8.666/93 que prevê a pena de detenção de 3 a 5 anos e multa para o agente público realizar contrato administrativo sem prévia licitação, fora das hipóteses previstas em lei. Nota-se

<sup>60</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, págs. 89.

que no presente exemplo a descrição do antecedente normativo não se reporta a um fato jurídico que ocorreu no passado, mas a uma hipótese que se projeta para o futuro de modo a fornecer critérios de identificação dos eventuais fatos jurídicos que terão como consequente as penalidades previstas.

A **norma concreta**, por sua vez possui um antecedente normativo que descreve o fato jurídico. Essa descrição através da linguagem competente tem o condão de transformar um evento do mundo fenomênico em um fato jurídico apto a ensejar, pelo fator implicacional deôntico, a constituição de um direito/dever subjetivo decorrente do consequente abstrato previsto na norma jurídica que serve de fundamento de subsunção (a norma geral aplicada para a formação da norma concreta). Neste sentido, vale trazer à colação as lições de Tárek Moussalem:

Fala-se em norma concreta quando a situação fáctica descrita na hipótese da norma abstrata (enunciado conotacional) ocorre na realidade empírica, adquirindo identidade linguística competente, ou seja, revestimento em linguagem hábil. Trata-se aqui de um enunciado denotativo, referente a um evento concretamente ocorrido e relatado em linguagem competente (fato) subsumido ao enunciado conotativo.<sup>61</sup>

A exemplo disso temos uma sentença que descreve em seu consequente o fato de no município de São José do Calçado ter sido realizado um contrato administrativo de prestação de serviço de transporte sem prévio processo licitatório. Como consequente concreto teremos a identificação da conduta, qual seja, a pena em concreto a ser aplicada como resultado do procedimento de dosimetria adotado pelo Juiz.

A **norma geral** é aquela cujo consequente se estende a todos aqueles que se submetem a um dado sistema jurídico normativo. Nesse caso, o sujeito que deverá realizar a conduta prescrita no consequente normativo é indeterminado, porém determinável a partir dos critérios de identificação da hipótese normativa<sup>62</sup>. No caso da norma que prevê a obrigatoriedade de licitação como pressuposto da realização do contrato com a administração pública se estende a todos aqueles que por ventura possam se encontrar na condição de agentes de um dos órgãos dos entes públicos que formam a República Federativa do Brasil e que, por ventura,

---

<sup>61</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, págs. 89.

<sup>62</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, págs. 89.

venham a realizar um contrato administrativo sem prévia licitação, com exceção dos casos admitidos em lei.

Será **individual** a **norma** jurídica que cumprir com a função de identificar em seu enunciado consequente a individualização do sujeito destinatário do comportamento almejado pela norma, a exemplo do prefeito do município de São José do Calçado que, no caso fictício em análise, realizou a contratação de serviços municipais de transporte sem prévia licitação durante sua gestão.

Das premissas até aqui aduzidas temos que as sentenças judiciais, os autos de infração, os lançamentos tributários são o suporte físico das normas individuais e concretas, assim como a constituição e a maioria das leis infraconstitucionais são o suporte físico das normas gerais e abstratas, tal como a regra-matriz de incidência tributária que veremos adiante.

### 2.3.

#### A Definição de “Fonte” do Sistema do Direito Positivo

A compreensão da teoria das fontes do direito passa, necessariamente pela identificação de uma definição de “fonte”. Isto pois, a existência de pelo menos duas concepções a respeito das “fontes do direito” – do ponto de vista formal que se reporta ao direito positivo, e do ponto de vista das ciências que estudam as relações jurídicas objeto do conteúdo da norma – torna necessária a delimitação sobre quais elementos são ou não fontes do direito.

Definir-se-á o significado de “fonte” como origem de alguma coisa, seu ponto de partida. Contudo, a própria expressão “fonte” possui uma origem vulgar, pois do latim *fonte*, significa derramar. Tal expressão também é utilizada para indicar a nascente da água. Entretanto, a noção figurativa da palavra fonte traduz a ideia daquilo que origina, produz ou causa algo. Na ciência do direito, a expressão fonte é empregada de maneira figurativa para determinar tudo aquilo que origina ou cria o direito<sup>63</sup>. Sendo assim, aqui trataremos as “fontes do direito” como tudo aquilo que cria, origina ou providencia as normas válidas em um determinado

---

<sup>63</sup> Como bem nos alerta Tárek Moysés Moussallem, “a palavra fonte é um símbolo pertencente à linguagem vulgar empregada figurativamente pela Ciência do Direito para designar a origem, a proveniência, o foco criador do ‘direito’” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 105)

espaço de tempo e espaço que se relacionam em forma de um sistema amparado por um princípio unificador.

Com efeito, a Ciência do Direito se diferencia das demais ciências que estudam o direito positivo, pois, conforme já exposto sua finalidade é nos levar a uma compreensão precisa a respeito do enunciado da norma positiva válida e vigente num dado lapso de tempo e espaço.

No estabelecimento do objeto do presente estudo teórico, foi adiantado que o estudo das fontes do direito se refere ao sistema do direito positivo. Isto, no intuito de afastar possíveis ambiguidades relativas à utilização do termo dado que outras ciências levam em consideração a origem do direito positivo sob a ótica da sociologia, da história, da psicologia, da política ou da antropologia. Neste contexto tais ciências referem-se, portanto, à Sociologia do Direito, à História do Direito, à Antropologia do Direito e à Psicologia do Direito, conforme nos alerta Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>64</sup>.

Assim, observamos que cada um desses ramos de ciência entende a origem do direito por perspectivas diferentes, de modo que a sociologia levará em consideração o comportamento da sociedade na compilação das leis, já a História observa a origem do direito partindo do prisma das conquistas de direitos levando em conta as dimensões de direitos conquistadas ao longo da história. Já a psicologia do direito levará em consideração elementos intrínsecos à pessoa do juiz e a sua percepção sobre justiça no momento da prolação da sentença na solução do litígio que lhe é apresentado<sup>65</sup>.

Contudo, o corte metodológico a ser feito neste ponto, para chegar-se a uma conclusão a respeito da validade das normas, visa direcionar as atenções deste tópico às fontes dogmáticas do direito, aquelas fontes que encontram guarida no próprio ordenamento jurídico sob uma perspectiva interna do sistema positivo. Noutro giro, a análise do ordenamento jurídico se faz sobre uma ótica

---

<sup>64</sup> Neste sentido nos alerta Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao partir da premissa de que “*Na verdade, a expressão fontes do direito é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por fonte quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação.*” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 225).

<sup>65</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, págs. 104 à 106.

intra-sistêmica, que visa analisar a relação interna das estruturas do direito positivo na criação das normas jurídicas.

Ainda assim, MOUSSALLEM nos alerta para o fato de que é possível perceber algumas diversidades e contradições nas doutrinas que tratam sobre as “fontes do direito”, mesmo tomando-se como referência a sua concepção dogmática na teoria do direito.

Isso é representado nas mais variadas acepções que a expressão figurativa “fontes do direito” experimenta: (1) o conjunto de fatores que influenciam a formulação normativa; (2) os métodos de criação do direito, como o costume e a legislação (no seu sentido mais amplo, abrangendo também a criação do direito por meio de atos judiciais e administrativos, e de transações jurídicas); (3) o fundamento de validade de uma norma jurídica pressuposto da hierarquia; (4) o órgão credenciado pelo ordenamento; (5) o procedimento (atos ou fatos) realizados pelo órgão competente para a produção de normas – procedimento normativo; (6) o resultado do procedimento – documento normativo.<sup>66</sup>

Ademais, é encontrada na doutrina<sup>67</sup> uma discussão sobre a classificação das fontes do direito em formais e materiais, sendo as fontes formais o conjunto de normas que regulamentam a produção normativa lhe servindo de fundamento de validade, enquanto as fontes materiais seriam os fatores exógenos ao sistema do direito positivo que influenciam os agentes competentes (legisladores, juízes, etc.) na criação do direito, tais quais, os costumes, a economia, a política, os fatos sociais, etc.<sup>68</sup>

Entretanto, essa classificação não escapa ao vício da ambiguidade sob o ponto de vista dogmático, já que possibilita uma confusão entre as fontes do direito positivo sob a ótica da Ciência do Direito e sob a ótica de outras ciências como a Sociologia do Direito, a História do Direito, a Antropologia do Direito e a Psicologia do Direito, como dito anteriormente.

Assim, tomando como referência a teoria normativa, parte-se do pressuposto de que a investigação das fontes do direito – sob a ótica da Ciência do Direito – deve se ocupar da análise dos fatos que criam ou fazem nascer as normas jurídicas na medida em que só são assim considerados por serem

<sup>66</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 120.

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 256.

<sup>68</sup> MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 50ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1999.

realizados como consequência de um comando normativo pré-existente emanado das normas de estrutura (normas de produção de normas). Com efeito, esta investigação envolve a análise: 1) das “normas de criação de normas” (normas de procedimento e normas de competência); 2) do “fato-agente competente” (a existência do agente destinatário da norma de competência); e 3) do “fato-procedimento” (o ato de conduta humana realizado pelo agente competente).<sup>69</sup>

Destarte, o resultado da interação desses elementos é o suporte físico da norma criada que permite a proposição da própria norma, conforme passaremos a sopesar na análise dos veículos introdutores de normas jurídicas.

### 2.3.1

#### **O Texto Normativo e as Estruturas dos Veículos Introdutores de Normas enquanto Fontes do Sistema do Direito Positivo**

Neste ponto, serão abordadas algumas considerações que circundam entorno das fontes do direito sob a ótica do uso da linguagem como pressuposto da análise das suas estruturas e da dualidade que envolve a fonte como processo de produção de normas distinguindo-a do resultado de sua criação.

O fato jurídico, para compor o enunciado da norma jurídica e vincular comportamento na formação do direito positivo de maneira válida, deve ser posto no ordenamento por meio do veículo introdutor pertinente, ou seja, deve passar pelas etapas de um processo legislativo (enunciação) pertinente, a exemplo das leis, e ser proposta pela autoridade competente, a exemplo dos parlamentares.

Na medida em que o fato integra o enunciado da norma (enunciado-enunciado) passa a ter relevância para o ordenamento jurídico e vincular comportamentos, pois no sistema positivo, para que a linguagem da realidade social tenha relevância para o ordenamento jurídico, deve ser transformada em linguagem jurídica compondo o enunciado da norma (caráter nomo empírico prescritivo do sistema positivo).

Assim, o fato jurídico contido no antecedente da norma (concreta e geral) não é propriamente uma fonte do direito, de modo que este é apenas uma norma

<sup>69</sup> MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, págs. 118 à 119.

jurídica que disciplina as relações sociais de modo geral e abstrato, ou seja, é um produto do caráter auto-referente do sistema do direito positivo.

Ao nos depararmos com certo diploma legal (neste caso nos referimos à lei em sentido amplo, o veículo introdutor como diploma legal), resta-nos identificar quais elementos revelam a enunciação ou procedimento pelo qual tramitou a norma jurídica.

Esses elementos que permitem a identificação da enunciação da norma são denominados enunciação-enunciada.

Desse modo, Tárek Moussallem faz a seguinte afirmativa:

Pela leitura das orações que compõem a enunciação-enunciada construímos uma norma jurídica já denominada veículo introdutor, que é resultado da aplicação da norma sobre produção jurídica. (2001, pág. 138)

É possível a identificação da enunciação-enunciada a partir da análise do preâmbulo – que prevê o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal – e da epígrafe – que informa a identificação numérica da norma jurídica, a denominação da espécie normativa e o ano em que a norma foi promulgada – contidos no diploma legal.

Sendo assim, através desses elementos é possível a verificação do processo legislativo pelo qual a norma jurídica tramitou e qual a autoridade competente teve a iniciativa para a promulgação da norma, além da norma de produção jurídica que confere validade ao fato jurídico disposto na norma em análise.

### **2.3.2**

#### **A Lei como Fonte do Direito**

A maior parte da doutrina considera a Lei como a principal e inquestionável fonte do direito. Entretanto, diante da ambiguidade da palavra Lei, que pode ser entendida tanto como diploma legal quanto como veículo introdutor das normas, e levando em consideração o estudo sobre a própria estrutura das normas, podemos concluir que mesmo as normas de produção jurídica isoladamente não são fontes do direito, apesar de conferir fundamento e validade aos enunciados prescritivos.

As normas de produção jurídica (ou como será visto adiante, as normas de estrutura), como um plexo de normas que prescrevem a criação de outras normas jurídicas e lhe conferem validade (que MOUSSALLEM<sup>70</sup> denomina fato-enunciação), por si só, não são fontes do direito, pois o que deve ser considerado, de veras, fonte do direito é a atividade humana amparada pelas normas de produção jurídica, pois a norma, sem a vontade humana, não cria norma.

Sendo assim, deve ser definido como fonte do direito, a enunciação ou procedimento de criação de normas como uma associação da vontade humana às normas de produção jurídica que lhe conferem validade. Deste modo, nos explica MOUSSALLEM:

O conceito de fundamento de validade não se confunde com o conceito de fonte do direito. O fato de uma norma N1 ser o fundamento de validade de uma norma N2 é completamente distinto da equivocada afirmação de N1 ser a fonte de N2. Entre as normas N1 e N2 surge a atividade humana (aplicação-atividade) que terá por resultado a produção de N2 (aplicação-produto). A atividade humana, ou procedimento, ou enunciação, é que chamamos de fonte do direito.<sup>71</sup>

### 2.3.3

#### A Jurisprudência como Fonte do Direito

A jurisprudência deve ser aqui conceituada como um conjunto de decisões uniformes, proferidas em primeira, em segunda ou em terceira instância.

Essas decisões reiteradas proferidas pelos órgãos julgadores são mormente utilizadas em casos análogos – quando o autor traz a colação um entendimento jurisprudencial em sua petição inicial, por exemplo – como uma citação a fim de convencer o juiz da causa, ou órgão colegiado, a aplicar o entendimento contido no enunciado da jurisprudência colacionada, ou seja, a jurisprudência tem por finalidade dar fundamento à uma decisão futura em casos semelhantes ou idênticos.

Entretanto, como vimos alhures, o fundamento de validade não deve ser confundido com a fonte do direito, de modo que, apesar de a jurisprudência servir como uma fonte psicológica do direito ao influenciar o julgador, não deve ser

<sup>70</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 138/142.

<sup>71</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 145.



considerada como fonte dogmática do direito, mesmo porque, com exceção do controle concentrado de constitucionalidade, não existe no ordenamento jurídico qualquer norma que disponha sobre a vinculação do entendimento jurisprudencial aos demais casos análogos. Nesse sentido, MOUSSALLEM lança a seguinte premissa:

Dentro do sistema adotado, a jurisprudência não nos parece ser uma fonte do direito, mas sim algo que seja o próprio direito.<sup>72</sup>

A sentença ou acórdão, que compõem a jurisprudência, têm por objetivo aplicar a norma jurídica de forma individual e concreta em um caso específico.

Sendo assim, a prestação jurisdicional que se manifesta no processo judicial conduzido pelo juiz é a fonte produtora do acórdão/sentença que ditam a norma jurídica no caso concreto.

Destarte, parece evidente que a fonte do direito aqui tratada é, na verdade, a enunciação exercida pelo juiz ao julgar o caso concreto e não o acórdão/sentença resultado da atividade jurisdicional.

#### 2.3.4

#### **O Costume como Fonte do Direito**

O costume, como um fato social, somente integra o sistema do direito positivo quando disposto no antecedente de uma norma jurídica.

Desse modo, o costume somente passa a compor o sistema do direito positivo quando autorizado por uma norma vigente, de modo que essa norma deve autorizar que um costume adote a característica de processo criador do direito positivo.

A partir dessa premissa MOUSSALLEM faz distinção entre costume jurídico e costume social.

Daí resulta a distinção entre o costume puramente social e o costume denominado jurídico. Este pertence ao mundo do ‘dever-ser’; aquele, ao mundo do ‘ser’.

---

<sup>72</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 149.

O costume puramente fático não cria norma jurídica. A crença contrária é infundada, porque de enunciados puramente fáticos não extraímos conclusões normativas.

O Costume só tem relevância para o direito positivo quando este fizer alusão àquele.<sup>73</sup>

### 2.3.5

#### A Doutrina como Fonte do Direito

Todo o conjunto de lições e ensinamentos que tem o objetivo de explicar, por meio da linguagem descritiva, o conteúdo do direito positivo e os mecanismos de interação das normas jurídicas de forma sistêmica é denominado doutrina.

Chama-se de doutrina o domínio das lições, ensinamentos descrições explicativas do direito posto, elaboradas pelos mestres, pelos doutores e pelos juristas especializados. Sua linguagem é eminentemente descritiva, reproduzindo, de forma elucidativa o conteúdo e os mecanismos de articulação próprios do direito positivo. Alude-se a uma doutrina científica sempre que o labor descritivo venha presidido por uma metodologia que a realidade do direito comporte, e vazado numa linguagem que se pretenda rigorosa, já que o discurso científico é artificialmente construído com a finalidade de relatar, com precisão, sua realidade-objeto.<sup>74</sup>

Nota-se, pelas palavras do prof. Paulo de Barros que, para ser considerada doutrina científica, essas lições e ensinamentos devem obedecer aos critérios metodológicos científicos, que MOUSSALLEM enumera como: “*precisão lingüística, método e corte metodológico*”<sup>75</sup>. Desse modo, somente quando obedecidos os requisitos metodológicos é que o conhecimento esposado é considerado científico e se diferencia do conhecimento vulgar. Assim nos ensina Maria Francisca Carneiro:

<sup>73</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 159/162.

<sup>74</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 54.

<sup>75</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, pág. 165.

Vimos que a nossa relação com o mundo é uma situação de conhecimentos; as experiências que haurimos da vida, em todos os níveis, proporcionam-nos saberes os mais diversos, que se convencionou chamar de ‘conhecimento vulgar’.

O conhecimento científico, por sua vez, pode advir do conhecimento comum, ou não; a sua característica reside, isto sim, no emprego de um método que lhe garanta validade e que possa referendar epistemologicamente.<sup>76</sup>

Desse modo, diante do caráter meramente descritivo da Doutrina Científica, esta não deve ser considerada como fonte do direito positivo, pois a relação entre Doutrina e Direito Positivo é a de que esta é uma metalinguagem em relação àquela, de modo que a linguagem da primeira não modifica o disposto na linguagem da segunda.

## 2.4

### A Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT)

A Regra Matriz de Incidência Tributária é uma espécie do gênero Norma Jurídica, espécie esta cuja estrutura de significação prevê em seu antecedente descritivo os critérios pertinentes para a identificação do fato jurídico tributário (subsunção), tais quais: **a)** o critério material (que prevê o núcleo/verbo da hipótese de incidência); **b)** o critério pessoal do antecedente (que determina o sujeito que pratica o verbo descrito no antecedente (já que tal verbo não pode ser impessoal ou de sujeito indeterminado); **c)** o critério espacial (que determina tácita ou expressamente o espaço territorial onde deve correr o fato jurídico); e **d)** o critério temporal (que determina o lapso temporal da ocorrência do fato).<sup>77</sup>

O conseqüente da Regra Matriz de Incidência Tributária faz nascer a obrigação jurídico-tributária, apresentando os critérios que permitem a identificação dos sujeitos desta obrigação (Critério Pessoal do conseqüente) e os elementos que delimitam o objeto de tal obrigação (Critério Quantitativo – base de cálculo e alíquota).<sup>78</sup>

<sup>76</sup> CARNEIRO, Maria Francisca. Pesquisa Jurídica. 2ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2002, págs. 49/50.

<sup>77</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 241 à 280.

<sup>78</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 280 à 341.

Assim, observamos que o antecedente descritor da Regra Matriz de incidência tributária tem a função de revelar a hipótese de incidência descrevendo os critérios de identificação do fato jurídico tributário. Entretanto, tal premissa deve ser considerada de tal forma somente em relação às normas gerais e abstratas que descrevem um fato de eventual e futura ocorrência ou que possivelmente tenha ocorrido no passado.

Neste ponto, insta-nos fazer uma breve observação com relação a adoção do “Critério Pessoal Antecedente”, conforme sugerido por Luiz Cezar Souza de Queiroz<sup>79</sup>, que, apesar de possuir pertinência, a sua adoção ou não na descrição da regra-matriz de incidência não é imprescindível, conforme passaremos a sopesar.

Ao dissecarmos a estrutura da norma tributária, no que tange a determinação do conteúdo da obrigação tributária, observa-se que a possibilidade de identificação do elemento pessoal também no antecedente da regra-matriz de incidência tributária é confirmada pela premissa de que o verbo/núcleo disposto no critério material previsto no antecedente da norma é sempre pessoal e descreve um fato de conduta humana, ou seja, acaba por revelar quem será o sujeito passivo a compor o consequente normativo.

No entanto, não deve ser considerada imprescindível a necessidade de o critério pessoal compor o antecedente da norma, pois a Regra Matriz de Incidência Tributária é uma estrutura normativa (hipotético-condicional) contínua, de modo que o antecedente da norma não existe sem o Consequente.

Por certo, conclui-se que uma vez observada a pessoalidade do verbo que compõe o critério material, não há como dissociar o Critério Material do Critério Pessoal, independentemente da posição ocupada por tais critérios na estrutura lógica da Regra Matriz de Incidência Tributária.

---

<sup>79</sup> QUEIROZ, Luis Cesar Souza de. Regra Matriz de Incidência Tributária *In Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho* / Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. – Rio de Janeiro: Forense, 2005, Págs. 242/245.

### 3

## **Instrumentos de Controle Judicial de Constitucionalidade das Normas Jurídicas**

Neste capítulo, passaremos a expor os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos exercido pelo poder judiciário. Mecanismos exercidos com fundamento nas normas de nulidade, cuja finalidade é preservar as normas de reconhecimento do ordenamento jurídico diante de sua modificação sistêmica. No entanto, antes faz-se mister a identificação do papel da Constituição no ordenamento jurídico, dada a sua finalidade de conferir validade às normas jurídicas hierarquicamente inferiores.

### 3.1

#### **A Constituição Enquanto Conjunto de Normas Jurídicas Supremas no Plano Jurídico-Positivo**

Partindo de uma análise lógico-sistemática e dogmática, seguindo as lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>80</sup>, a validade deve ser entendida como um elemento de ligação que confere existência a um determinado objeto em relação a um outro objeto (este outro objeto pode ser considerado como um sujeito ou numa relação entre objeto e sujeito ou entre sujeitos), sendo perfeitamente inteligível a premissa de que um objeto real “A” só existirá com relação ao objeto “B” se possuir validade com relação à “B”.

No plano da linguagem, e do ponto de vista da pertinencialidade, a validade pode ser considerada como uma “qualidade” ou condição que torna um objeto existente em relação a um determinado contexto em que se encontre, ou a outro objeto. Sendo assim, ao se aferir a validade de um objeto deve ser questionado: “validade com relação a que?”

Como bem observado por Tárek Moysés Moussallem<sup>81</sup>, a validade das normas jurídicas, do ponto de vista dogmático, não poderia estar relacionada com

---

<sup>80</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006, págs. 118 à 119.

<sup>81</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, págs. 197 à 203.

a observância obrigatória de seu enunciado nas relações sociais e na aplicação desse enunciado pelo poder judiciário. A norma jurídica não pode ser considerada válida no momento de sua aceitação pela sociedade nas relações fáticas e/ou aplicada pelo poder judiciário como meio de solução dos conflitos deduzidos em juízo. Isto pois, tal premissa contraria a lógica do sistema jurídico, já que se a qualidade da validade de uma norma só se revelar diante da verificação fática do enunciado nela contido, não será possível aferir sua validade no momento de sua promulgação e publicação, ou seja, no momento que antecede a sua aplicação pelo Estado Juiz, ou quando ainda não tenha ocorrido nenhuma situação fática que exija a incidência de seu enunciado prescritivo.

Ao analisarmos as proposições apresentadas por Kelsen verificamos que os critérios que conferem validade ao enunciado de uma norma são enunciados por outra(s) norma(s). Em sua teoria, Kelsen adota a premissa de que as normas jurídicas encontram sua validade em normas de produção jurídica hierarquicamente superiores, as chamadas normas fundamentais. Vejamos:

Chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade de norma fundamental que constitui a ordem. Enquanto um enunciado de ‘ser’ é verdadeiro porque está de acordo com a realidade da experiência sensorial, um enunciado de ‘dever ser’ é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida. O fundamento de verdade de um enunciado de ‘ser’ é a sua conformidade à realidade de nossa experiência; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental. A procura do fundamento de validade de uma norma não é – como a procura da causa de um efeito – um *regressus ad infinitum*; ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo, ao passo que uma causa última ou primeira não tem lugar dentro de um sistema de realidade natural.<sup>82</sup>

Sendo assim, uma norma é válida em relação a outras normas que a pressupõem e a antecedem hierarquicamente no ordenamento jurídico, de modo

---

<sup>82</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**; [tradução: Luiz Carlos Borges]. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 163.

que a verificação de validade de uma norma passa pela identificação da sua relação de subordinação em relação a outras normas.

Partindo de tais premissas, e considerando o seu fundamento de validade em determinadas normas jurídicas pressupostas e hierarquicamente superiores vertidas de conteúdo hipotético-condicional distintos, como já visto, são classificadas da seguinte forma: 1º) **normas que estabelecem competência** ao definirem o(s) sujeito(s) competente para conduzir o processo de sua formação e introdução no ordenamento jurídico, a exemplo disso, os membros do congresso nacional; 2º) **normas que estabelecem procedimento**, ou seja, aquelas que determinam o rito do processo legislativo a ser percorrido para que um enunciado prescritivo se torne norma jurídica; e 3º) **normas que delimitam a matéria** que poderá ser veiculada no conteúdo hipotético-condicional do enunciado normativo, como por exemplo uma norma constitucional que veda a restrição à direitos e garantias fundamentais, ou as normas constitucionais que impõem limitações ao poder do Estado de tributar.

Assim, pode-se concluir que as normas postas (ou veiculadas) no ordenamento jurídico (a exemplo de uma norma qualquer de conduta), buscam seu fundamento de validade naquelas normas pressupostas (as de competência, de procedimento e de limitação material).

Veremos a seguir que Kelsen atribui à Constituição um posicionamento hierárquico privilegiado, dada a sua função de norma fundamental no plano jurídico-positivo que estabelece as regras de competências, procedimento e conteúdo material que um determinado enunciado prescritivo deve se submeter para pertencer a um ordenamento jurídico de forma válida.

A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não-estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis – v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou igualdade – se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis – chefe do Estado, ministros – ou existe a possibilidade de as atacar e anular.

Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam uma maioria qualificada ou um quórum mais amplo. Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.<sup>83</sup>

Assim, como já visto no tópico 2.2.1., Kelsen define a função da Constituição de veicular no ordenamento jurídico “normas de produção de normas”, no entanto, aqui às encara como normas pressupostas que encontram-se numa posição hierarquicamente privilegiada e são hábeis a conferir, em último nível de digressão do escalonamento normativo, o fundamento de validade das normas postas, as chamadas normas infraconstitucionais.

Podemos ilustrar a aplicação desta teoria expondo de maneira exemplificativa uma digressão na busca do fundamento de validade de uma norma individual e concreta em outra norma pressuposta e a busca do fundamento dessa norma pressuposta em outra norma que a antecede hierarquicamente. Kelsen nos explica que para “*a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de porque essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve.*”<sup>84</sup>

Ao definir os critérios de identificação das normas constitucionais dentro de um dado ordenamento jurídico, Kelsen se vale da distinção entre a Constituição material e a Constituição formal.

A Constituição material seria um conjunto de normas jurídicas positivadas e pressupostas a todas as outras, que dispõe em seu enunciado as regras de veiculação das normas posteriores para que sejam válidas e existentes no

---

<sup>83</sup> KELSSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 249.

<sup>84</sup> KELSSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**; [tradução: Luiz Carlos Borges]. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 169.



ordenamento jurídico (as fontes de criação do direito). Essa característica coloca as normas jurídicas materiais no mais alto nível do escalonamento normativo.<sup>85</sup>

A Constituição formal é definida por Kelsen como um documento solene que reúne tanto as normas materialmente constitucionais quanto outras normas de conteúdo diverso. Vejamos:

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, grosso modo, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos. A constituição, o documento solene chamado “constituição”, geralmente contém também outras normas, normas que não são parte da constituição material. Mas é a fim de salvaguardar as normas que determinam os órgãos e os procedimentos legislativos que se projeta um documento solene especial e se torna especialmente difícil a modificação das suas regras.<sup>86</sup>

Nesta toada, temos a Constituição como um conjunto de normas jurídicas de posição hierárquica privilegiada dentro do ordenamento jurídico que confere fundamento de validade para a produção de outras normas, ou seja, normas que consubstanciam-se no elemento normativo que fundamenta a fonte de todas as normas jurídicas posteriores.

Assim, do ponto de vista estático, afirmar que a incidência das normas de nulidade tem por objetivo a preservação das normas de reconhecimento de um ordenamento jurídico, também significa dizer que as normas de nulidade tem o condão de preservar a Constituição, pois é deste texto normativo que se extrai o último fundamento de validade no contexto intrassistêmico de mutação das normas. Portanto, uma norma é reconhecida como nula (ou é anulada) por ser uma norma, em último plano, inconstitucional.

Empregando uma análise semiótica ao conceito de Constituição a partir das lições de Ferdinand Saussure, como visto no tópico 2.1., é possível fazer uma analogia aos símbolos linguísticos a fim de identificarmos com precisão os elementos da Constituição sob a ótica da linguagem.

---

<sup>85</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**; [tradução: Luiz Carlos Borges]. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, págs. 182/183.

<sup>86</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**; [tradução: Luiz Carlos Borges]. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 183.

Nesta linha, o **suporte físico** da Constituição pode ser identificado nos textos normativos oficiais que o sujeito competente por exercer o poder constituinte originário convencionou chamar de “Constituição”. É tal suporte físico que atizará os sentidos do sujeito cognoscente, culminando na construção das proposições formadoras das estruturas normativas.

O significado da “Constituição” seria o conceito ou a impressão psíquica que primeiro se manifesta quando nos deparamos com o dado suporte físico. Ou seja, em contato com o suporte físico “texto constitucional” o sujeito atiza suas habilidades sensoriais e recorre às suas faculdades subjetivas para buscar o significado que irá compor a estrutura normativa com base no uso das expressões pela comunidade linguística.

Assim, a significação da “Constituição” é, de maneira geral, o conjunto de Normas Jurídicas Constitucionais compostas pelo juízo lógico deduzido a partir da integração dos vários significados constitucionais. Ou seja, são as normas jurídicas constitucionais que nos revelarão, no mínimo, as “normas de criação de normas” tidas como fundamento das fontes de validade do ordenamento jurídico, tal como já visto: 1º) **normas que estabelecem competência** ao definirem o(s) sujeito(s) competente para conduzir o processo de sua formação e introdução no ordenamento jurídico; 2º) **normas que estabelecem procedimento**, ou seja, aquelas que determinam o rito do processo legislativo a ser percorrido para que um enunciado prescritivo se torne norma jurídica; e 3º) **normas que delimitam a matéria** que poderá ser veiculada no conteúdo hipotético-condicional do enunciado normativo.

Diante do até aqui exposto, pode-se concluir que a identificação da validade de uma norma, com arrimo na Constituição e sob uma concepção dinâmica do direito, passa pela análise de sua enunciação (fonte do direito), ou seja, do fato jurídico de um agente que, por meio de um procedimento, produz o texto normativo de linguagem prescritiva que, enquanto suporte físico, insere a norma jurídica (o comando normativo) no ordenamento jurídico alterando-o. Desta forma, requer-se uma análise sobre **a)** a competência do agente (se quem introduziu a norma no ordenamento jurídico possui poderes constituídos por uma norma de competência pressuposta para a produção do texto normativo), **b)** a adequação do processo adotado (se o modo como a norma foi introduzida no ordenamento jurídico está de acordo com as normas de procedimento) e **c)** o

comando normativo em si (se o ato de fala da prescrição normativa extrapola ou não os limites materiais impostos pela norma pressuposta anterior).

Destarte, a não observância às normas hierarquicamente superiores que regulam a enunciação das normas jurídicas infraconstitucionais, compromete o reconhecimento do ordenamento jurídico e tem o condão de constituir um fato jurídico em especial, o da norma introduzida irregularmente ou de maneira inválida e, tal fato, importa ao Direito, na medida em que se subsume à uma hipótese normativa prevista no antecedente das chamadas **normas de nulidade**, devendo, portanto incidir o seu consequente prescritivo, tal qual, a expulsão ou a eliminação da norma irregular (ou nula) do ordenamento jurídico.

Sob outra ótica, as normas de nulidade – também enunciadas com fundamento no texto constitucional –, no processo de positivação, conferem fundamento de validade aos mecanismos de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, de tal modo a estabelecerem os agentes competentes por exercê-los, o processo de reconhecimento da nulidade, e os efeitos da retirada da norma nula do ordenamento jurídico sobre seus destinatários.

### 3.1.1

#### **Sistema do Direito Positivo e Ordenamento Jurídico**

Na tratativa das distinções entre Direito Positivo e Ciência do Direito (tópico 2.1.2.) foram tecidas algumas considerações que apontavam para a definição do Ordenamento Jurídico enquanto conjunto de normas jurídicas.

Diante desta perspectiva, deduz-se que a identificação da relação entre ordenamento jurídico e norma jurídica induz, primeiramente, uma distinção entre esses dois objetos e, secundamente, a uma ligação de dedutibilidade (ou pertinencialidade) que, como visto no tópico anterior, com base nas considerações de KELSEN, se subsume aos critérios de validade da norma jurídica em relação ao ordenamento jurídico, enquanto qualidade de existência de um elemento ao seu conjunto ou classe.

Conforme já se pode deduzir, as hipóteses de critérios de validade veiculadas pelas “normas de produção de normas” é que revelam o conteúdo da função proposicional que funciona como predicado correspondente do conjunto Ordenamento Jurídico. Assim, por exemplo, no Direito Positivo, temos a seguinte

função proposicional de identificação das normas que pertencem ao ordenamento jurídico: “X é veiculado por enunciação realizada com fundamento nas ‘normas de produção de normas’ pressupostas contidas no Ordenamento Jurídico  $OJ_1$ .” Aquela norma que pode ser colocada no lugar de “X” por preencher o predicado da função proposicional, pertence ao conjunto do ordenamento jurídico. Assim, a proposição “a norma  $N_1$  é veiculada por enunciação realizada com fundamento nas ‘normas de produção de normas’ pressupostas contidas no Ordenamento Jurídico  $OJ_1$ ” corresponde à expressão simbólica “ $N_1 \in OJ_1$ ” em que a norma  $N_1$  pertence ao Ordenamento Jurídico  $OJ_1$ .

Tais afirmativas encontram amparo na seguinte lição de Lourival Vilanova, ao iniciar suas considerações sobre o conceito de sistema em nível de objetos:

Com a particularidade: o Direito-objeto contém, como capa essencial constituinte sua, as proposições, que são entes lógicos, cujo veículo expressional adequado é a linguagem. Sendo linguagem proposicional, as partes se inter-relacionam na forma superior de sistema, que é, formalmente, um conjunto. Um conjunto cujos elementos são entes lógicos, com seu critério-de-pertinencialidade ao conjunto. Dissemos: o Direito mesmo, como ente, contém o logos como capa ontológica. Então, a forma-de-sistema reside no Direito-objeto, como reside na Ciência-do-Direito, portanto o logos proposicional (e suas formas argumentais ou inferenciais) está presente nos dois planos.<sup>87</sup>

No entanto, uma análise mais aprofundada das implicações dos critérios de pertinência e o fato de as mudanças no ordenamento jurídico afetarem seu conteúdo, mantendo, porém, sua identidade enquanto conjunto – conforme nos alerta SGARBI<sup>88</sup> –, exigem uma compreensão dos modelos de sistemas estáticos<sup>89</sup> e sistemas dinâmicos<sup>90</sup> propostos por KELSEN, o que vai além de uma concepção simplória de se considerar o Ordenamento Jurídico como um conjunto de normas jurídicas.

Numa ótica estática, o sistema normativo é encarado sob a perspectiva das funções proposicionais de pertinencialidade (ou dedutibilidade) levando-se em

<sup>87</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 3ª Ed. São Paulo: Neoeses, 2005, págs. 161/162.

<sup>88</sup> SGARBI, Adrian. *Teoria do Direto - Primeiras Lições*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 268.

<sup>89</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, págs. 121/212.

<sup>90</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, págs. 215/306.

consideração o enunciado enquanto norma jurídica pronta e já veiculada no ordenamento jurídico. Sob tal perspectiva faz-se necessária a identificação dos critérios de validade, vigência e eficácia da norma bem como da força deôntica de suas proposições normativas ao veicular a conduta humana num dado lapso temporal. Ao conjunto de normas jurídicas estaticamente consideradas denomina-se Sistema do Direito Positivo (SDP). Nesse sentido, podemos observar as lições de SGARBI:

Em um “sistema normativo estático”, a derivação normativa pode ser traduzida como uma sequência de deduções lógicas; por essas derivações dá-se a leitura de pertencimento de *N* a determinado conjunto em razão de seu conteúdo. Importa notar que sendo uma derivação por conteúdo, as normas derivadas já estariam “implicitamente” estabelecidas pela norma de origem uma vez que dela foram obtidas mediante uma “operação intelectual de inferências”.<sup>91</sup>

Já a ótica dinâmica, leva a compreensão sistêmica do direito positivo sob a perspectiva da mutabilidade do conjunto de normas autorizada por normas pressupostas, levando-se em conta, portanto, o ato de enunciação das normas jurídicas fundado nas normas de criação de normas. Assim, tal perspectiva requer a compreensão dos fenômenos normativos que circundam sobre a concepção da Constituição enquanto norma fundamental no sistema jurídico-positivo, da hierarquia normativa e das fontes do direito positivo. Assim leciona SGARBI:

Por outro lado, em um “sistema normativo dinâmico” a relação normativa pode ser traduzida como sucessivas autorizações, isto é, as normas são organizadas a partir de outras normas que conferem o poder de produção normativa a alguém, pois instituem “autoridades produtoras de normas”. Desta forma, uma norma será válida se e somente se for produzida pela autoridade competente para tanto atendendo aos procedimentos estabelecidos para o desempenho dessa atividade. E é exatamente em razão do uso dessas normas de competência que estes sistemas se modificam.<sup>92</sup>

A dinâmica na mutabilidade do conjunto é compreendida na análise do Ordenamento Jurídico, pois é este o conjunto de sistemas de direito positivo num dado lapso de tempo e espaço.

Neste sentido, conclui MOUSSALEM:

<sup>91</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 296.

<sup>92</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 296.

Emprega-se a expressão “sistema do direito positivo” para se referir ao conjunto de normas estaticamente consideradas. A voz “ordenamento jurídico” é usada no sentido dinâmico “de sequencia de conjuntos de normas” ou seja, “uma ordem jurídica é, de acordo com esta convenção, uma sequencia de sistemas normativos”.<sup>93</sup>

No entanto, insta sopesar que apesar de o Ordenamento Jurídico consistir num conjunto de subconjuntos enquanto Sistemas do Direito Positivo (SDP's), como nos alerta MOUSSALEM, existe um núcleo normativo presente em todos os SDP's que lhes conferem pertinencialidade a um mesmo Ordenamento Jurídico, tratam-se das normas de reconhecimento, a rigor previstas na Constituição Federal, que não podem ser alteradas pela mutação sistêmica, sob pena de dar início a um outro Ordenamento Jurídico (OJ<sub>2</sub>).

Nas palavras de MOUSSALEM, “o conjunto OJ é composto por vários subconjuntos denominados  $SDP_1$ ,  $SDP_2$ ,  $SDP_3$ ,  $SDP_n$ , sucessivos nos tempos  $t_1$ ,  $t_2$ ,  $t_3$ ,  $t_n$ , modificados por expansão, contração ou revisão de acordo com as regras constitutivas de introdução e de eliminação.”

Assim, os subconjuntos  $SDP_1$ ,  $SDP_2$ ,  $SDP_3$  e  $SDP_n$  possuem relação de pertinencialidade ( $\in$ ) em relação ao Ordenamento Jurídico OJ pois, entre si tais subconjuntos possuem relação de intersecção já que todos partilham de uma mesma identidade ao conter normas que permitem o reconhecimento do Ordenamento Jurídico (OJ). Assim, MOUSSALEM representa a relação entre Ordenamento Jurídico e Sistemas do Direito Positivo nas seguintes fórmulas:

Fórmula (a):  $(SDP_1 \cup SDP_2 \cup SDP_3 \cup SDP_n) \equiv OJ$ ;

Fórmula (b):  $(SDP_1 \subseteq OJ)$ ;  $(SDP_2 \subset OJ)$ ;  $(SDP_3 \subset OJ)$ ;  $(SDP_n \subset OJ)$ , em que cada SDP é sucessivo nos tempos  $t_1$ ,  $t_2$ ,  $t_3$ ,  $t_n$ .<sup>94</sup>

Cumpre ressaltar que, na primeira expressão da fórmula (b) o primeiro Sistema de Direito Positivo ( $SDP_1$ ) é subconjunto próprio do Ordenamento Jurídico, já que se trata do sistema originário. Todos os demais SDP's são subconjuntos que estão contidos em OJ.

<sup>93</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2005, pág. 129.

<sup>94</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2005, pág. 131.

Como se pode perceber até aqui, a dinâmica e a estática do direito positivo não são características que se repelem, pelo contrário, se complementam.

Tratadas das questões sobre as distinções entre Sistema do Direito Positivo e Ordenamento Jurídico, retornar-se-á à análise da relação de pertinencialidade das normas jurídicas aos seus respectivos sistemas normativos: a validade e suas distinções sobre os fenômenos da vigência e da eficácia.

### 3.1.2

#### **Validade, Vigência, Eficácia e Aplicação**

Tratar dos fenômenos da validade, da vigência, da eficácia e da aplicação da norma jurídica requer uma análise do lapso temporal num dado espaço em que seu comando normativo passa a estar inserido no ordenamento jurídico e possui força ou observância obrigatória em relação aos seus destinatários na regulação dos fatos sociais. Assim, tal abordagem requer a investigação sobre quando a norma passa a existir no ordenamento jurídico (validade), quando passa a dever ser obrigatória para regular as relações sociais (vigência), quando é aplicada (eficácia) e em quais situações protraí para que no presente seja aplicada sobre fatos ocorridos no passado.

Neste ínterim, passar-se-á a uma investigação de tais fenômenos pautados nos conceitos formulados por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, bem como sob a perspectiva da identificação dos intervalos temporais de sobreposição dos consequentes normativos, apresentados por Tárek Moysés Moussallem com arrimo nas lições de Rafael Hernandez Marin, BULYGIN e ALCHOURRÓN.

Como já adiantado, a validade da norma jurídica é a sua qualidade enquanto existente no ordenamento jurídico. Vejamos as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Validade é uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e consequente integração no sistema;<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 199.

Desta forma, como já visto anteriormente, o lapso temporal da validade inicia-se no momento em que o texto normativo que lhe dá suporte é percebido, ou seja, no momento de sua publicação no veículo de imprensa oficial. A exemplo disso, uma lei (enquanto texto normativo) **TN1**, que enuncia uma norma jurídica tributária **N1**, publicado no dia 15 de junho de 1991 passa a ser válida no Sistema do Direito Positivo **SDP1** e o seu lapso temporal de validade **t1** inicia-se a partir de sua publicação. Conforme observação de MOUSSALLEM, tal lapso temporal pode ser denominado Intervalo de Validez (**IV**).

Denomina-se ‘intervalo de validez’ (IV) o tempo máximo durante o qual a norma jurídica pertence a um sistema normativo determinado. Dito por outras palavras, intervalo de validez é o tempo em que uma norma pertence ao sistema normativo. 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 mantém intacta sua pertinência ao sistema anterior nos exatos termos da lição de ALCHOURRÓN e BULYGIN. 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.<sup>96</sup>

Enquanto a validade se refere à norma existente no sistema normativo, a **vigência** é a qualidade da norma jurídica apta a ser observada obrigatoriamente nas relações fáticas, ou seja, é a força imperativa obrigatória da norma para regular atos de conduta humana (norma apta a ser observada pelos seus destinatários). Assim conceitua FERRAZ JR.:

Vigência é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração.<sup>97</sup>

Neste ponto, cumpre a observação de que o direito regula não só a veiculação das normas mas também o momento a partir do qual seu comando normativo passa a ser de observância obrigatória aos seus destinatários, ou seja, regula o termo inicial e o termo final do lapso temporal sobre o qual os eventos do mundo fenomênico estão aptos a serem reconhecidos como fatos jurídicos com

<sup>96</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2001, pág. 156.

<sup>97</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 203.



correspondentes na hipótese da norma vigente, o que significa dizer que não necessariamente há uma coincidência entre o intervalo de tempo de validade (Intervalo de Validez) e o de vigência de uma mesma norma. Essa modulação do tempo de obrigatoriedade do comando normativo ocorre por incidência das cláusulas de vigências e, a depender da vontade do legislador (tomando por exemplo as leis), a norma pode iniciar sua vigência na data de sua publicação (no mesmo instante de sua validade) ou em data posterior, resultando no chamado período de *vacatio legis* entre a data de validade e a data de vigência.

De acordo com o sistema normativo brasileiro, o silêncio do legislador sobre o lapso temporal em que a norma entra em vigor, resulta numa veiculação tácita de 45 dias de período de *vacatio legis*<sup>98</sup>. No entanto, não custa salientar, o tempo de vigência pode ter início na data de publicação do texto normativo quando tal comando está expresso na cláusula de vigência pela expressão “esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Em relação às normas individuais e concretas veiculadas pelo exercício da prestação de tutela jurisdicional – a exemplo das normas constituídas a partir das decisões judiciais – podemos identificar o termo inicial da validade inicia-se com a publicação da sentença ou do acórdão no Diário da Justiça, ou com a ciência inequívoca das partes processuais por seus advogados, já a vigência da ordem judicial inicia-se a partir do seu trânsito em julgado: fenômeno que põe fim ao processo de enunciação da norma. A rigor, tal fenômeno possui caráter preclusivo pelo decurso do prazo recursal sem que haja o exercício do direito de recorrer por qualquer das partes interessadas (preclusão temporal) ou pela realização de ato incompatível com o interesse de recorrer (preclusão consumativa).

O lapso temporal em que a norma possui aptidão para regular a conduta humana é denominada Intervalo de Vigência (IVi):

... não há problemas em falar em intervalo de vigência (IVi) como lapso temporal em que a norma possui caráter de obrigatoriedade (normalmente adquirida após a

---

<sup>98</sup> Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. [BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 4 set. 1942. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2014.]

*vacatio legis*) até o momento em que mantém a dita obrigatoriedade para os casos ocorridos em seu IS (vigência para os fatos completados sob a sua égide).<sup>99</sup>

Outrossim, um fenômeno relevante a ser observado na mutação do sistema normativo – levando-se em consideração a imperatividade da norma no tempo – diz respeito ao efeito da perda de vigência de uma determinada norma geral, por meio das normas de eliminação de normas (normas revogadoras e normas anuladoras).

O ato de eliminação (revogação ou anulação) de uma norma geral, tem como consequência a perda de sua vigência sobre os fatos futuros, ceifando, não só a validade, mas também a obrigatoriedade e a força vinculante do comando normativo para os fatos a serem realizados dali em diante. Noutro giro, a partir da eliminação da norma geral, sua hipótese não mais pode servir como referencial de subsunção aos eventos ocorridos posteriormente.

No entanto, outra qualidade da norma no tempo definida por Tércio Sampaio Ferraz Jr. deve ser considerada nesse ponto: o vigor.

Vigor é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou de sua eficácia.<sup>100</sup>

Em alguns casos, mesmo perdendo sua força imperativa para servir de hipótese de subsunção para eventos futuros, uma norma geral eliminada mantém sua força vinculante para regular os eventos ocorridos sob sua égide no passado, ou, em outras palavras, no lapso temporal que representa seu Intervalo de Vigência (IVI), antes de sua eliminação. A análise do Intervalo de Vigência da norma geral e abstrata no passado nos permite a identificação de duas situações fáticas: 1) A primeira delas diz respeito à **aplicação da norma no passado**, ou seja, às normas individuais e concretas constituídas com base na aplicação da norma geral e abstrata como resultado de sua incidência. 2) A segunda situação fática é a **não aplicação da norma na época de sua vigência**, ou seja, a identificação, no presente, de eventos ocorridos no passado, no entanto sem que tais eventos tenham se constituídos em fatos jurídicos para a formação de uma

<sup>99</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2001, pág. 156.

<sup>100</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 203.

norma individual e concreta com referencial na norma geral e abstrata vigente naquela época.

A norma de eliminação põe termo final ao Intervalo de Validez (IV) e ao Intervalo de Vigência (IVi) da norma eliminada. Todavia, há que se observar que a revogação e a nulidade com efeito irretroativo (*ex nunc*)<sup>101</sup> – como será visto adiante – mantém incólume o vigor da norma, ou seja, sua força vinculante em relação aos eventos ocorridos no passado. Isto, a ponto de obrigar o reconhecimento de tais eventos como fatos jurídicos no presente, desde que não haja possibilidade de incidência das normas de prescrição e decadência. Tem-se, pois, a norma passada aplicada a um evento passado no tempo presente, momento de seu reconhecimento como fato jurídico. Sendo assim, a norma eliminada (pelos atos de revogação ou anulação com efeito irretroativo) mantém a norma em vigor no seu chamado Intervalo de Subsunção (IS).

O intervalo de subsunção (IS) tal como o ‘tempo interno’ de BULYGIN ‘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 um acontecimento  $F_1$  que ocorre durante o  $IS_1$  da norma  $N_1$  pertence ao  $IS_1$  dessa norma, ou em linguagem simbólica ( $F_1 \in S_1$ ).<sup>102</sup>

Além disso, outro intervalo de referência a ser considerado é o tempo previsto no consequente da norma para que um fato jurídico seja constituído, ou seja, o tempo em que um evento ocorrido no passado deve ser descrito (e ao mesmo tempo constituído) como fato jurídico no antecedente de uma norma individual e concreta, a fim de que seja criada a relação jurídica possibilitada pela norma geral e abstrata. A exemplo disso, como bem observado por MOUSSALLEM, temos o lapso temporal para o cumprimento do dever instrumental de entrega da declaração do Imposto de Renda. Vejamos:

<sup>101</sup> A modulação dos efeitos da anulação de uma norma jurídica será visto com maior detalhe no tópico sobre os efeitos *ex nunc* e *ex tunc* do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, com base no texto normativo da lei nº. 9.868/99 [BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2014.].

<sup>102</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2001, pág. 155.

RAFAEL HERNANDEZ MARÍN chama tempo do efeito (TE) ao ‘intervalo de referência da consequência desse enunciado, isto é, ao momento ou intervalo temporal ao qual se refere a consequência do enunciado’. Como exemplo, tem-se a regra do Imposto de Renda – Pessoa Física que determina o dever instrumental de entregar a declaração até dia 30 de abril.<sup>103</sup>

No presente exemplo, a declaração de imposto de renda (enquanto etapa do lançamento tributário) apresentada no dia 30 de abril do ano corrente (presente) constituirá a relação jurídica tributária como consequência do reconhecimento de um fato jurídico ocorrido no ano anterior (passado).

Com efeito, levando-se em consideração as premissas até aqui abalizadas, a retirada de uma norma do ordenamento jurídico – seja via norma revogadora (observando-se as limitações impostas pelas regras da irretroatividade e da vedação à repristinação da norma) ou via norma anuladora (observando-se, como veremos no controle abstrato de constitucionalidade, a modulação de efeitos *ex nunc*) – enseja na formação de um novo sistema do direito positivo e, portanto a limitação do Intervalo de Validez (IV) e do Intervalo de Vigência (IVi) da norma eliminada.

No entanto, como veremos adiante, a norma anuladora – que reconhece em seu antecedente um vício de inconstitucionalidade no controle concentrado e abstrato – pode ser produzida para surtir efeitos retroativos (*ex tunc*), e assim sendo, impede-se dali por diante o reconhecimento de eventos do passado como fatos jurídicos subsumidos na hipótese da norma anulada, bem como possibilita a desconstituição de fatos jurídicos constituídos sob a égide da norma anulada. Desta forma, a aplicação retroativa limita o Intervalo de Subsunção (IS) da norma anulada no passado. No entanto, adiante descreveremos as normas de prescrição e decadência, em especial àquelas que se aplicam às relações jurídico-tributárias, para melhor identificarmos os limites da retroatividade dos efeitos das normas anuladoras.

No que tange a qualidade da eficácia, FERRAZ JR. conclui pela sua sub divisão em eficácia social e eficácia técnica.

---

<sup>103</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2001, pág. 155.

Eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativa exigíveis para a sua aplicação (eficácia técnica).<sup>104</sup>

Para que uma norma tenha eficácia, segundo FERRAZ JR., faz-se mister que o evento social ocorrido no mundo fenomênico preencha requisitos técnico-normativos ou fáticos para que surtam os efeitos previstos no seu consequente. Esses requisitos, são classificados do ponto de vista semântico e sintático.

A **eficácia semântica** (ou eficácia social), consiste na inexistência, no plano da realidade social, de obstáculos de ordem material que impeçam a jurisdicização dos eventos sociais. Noutro giro, a norma válida e vigente será semanticamente ineficaz quando as condições fáticas impedem a configuração em linguagem jurídica da aplicação do consequente normativo, ou seja, a materialização fático-probatória da incidência normativa. A exemplo disso, pode-se imaginar uma norma que estipula como única forma de materialização da prestação de tutela jurisdicional o processo eletrônico cujo acesso se dá por um sistema digital que não suporta o fluxo da transmissão de dados das demandas judiciais.

A presença de requisitos fático torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Essa adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma/realidade normada). Efetividade ou eficácia social é uma forma de eficácia. Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas esse aparelho não existe no mercado nem há previsão para sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos existentes de fato, a ausência deles pode afetar não a validade da norma, mas a produção dos efeitos, conforme conhecida regra de calibração (*ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém é obrigado a coisas impossíveis).<sup>105</sup>

Com escopo na teoria dos atos de fala, quadra ressaltar que a aplicação da norma, enquanto ato perlocucionário, importa ao direito positivo quando manifesto via linguagem jurídica, ou seja, na prova de sua aplicação pela

<sup>104</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 199.

<sup>105</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 199.

materialização do ato perlocucionário, a exemplo do recibo da guia de recolhimento enquanto materialização do cumprimento da obrigação jurídico-tributária ao contribuinte, por consequência do ato de lançamento tributário (materialização do ato ilocucionário de coagir o contribuinte).

Já a **eficácia sintática** está relacionada à inexistência de obstáculos técnico-normativos (eficácia técnica). Assim, a ineficácia sintática – enquanto impossibilidade de jurisdicização (aplicação via transformação do evento em fato jurídico por meio da linguagem competente) – ocorrerá nos casos de: 1) ausência de norma posterior reguladora; ou 2) existência de norma posterior inibidora. No primeiro caso a ineficácia resulta do fato de uma norma  $N_1$  delegar à uma autoridade competência para regulamentar o exercício (ou modo de aplicação) de um direito subjetivo por outra norma de hierarquia equivalente ou inferior. Nesse caso a omissão da autoridade competente em veicular a norma posterior impediria a aplicação da norma  $N_1$ . Já no segundo caso, nota-se a existência de uma norma posterior que impede episodicamente a aplicação da norma anterior.

Uma norma também se diz eficaz quando estão presentes certos requisitos técnicos. A dogmática supõe, nesse caso, a necessidade de enlaces entre diversas normas, sem os quais a norma não pode produzir seus efeitos. Por exemplo, a norma prescreve que crimes hediondos serão inafiançáveis, mas transfere para outra norma a definição de hediondo. Enquanto esta não existir, a primeira não poderá produzir efeitos. Fala-se então de eficácia ou ineficácia técnica. A exigência desses enlaces nos permite dizer que a eficácia técnica tem uma relevância sintática (relação signo/signo, norma/norma).<sup>106</sup>

Do sistema normativo brasileiro vigente, cumpre trazer a lume as normas constitucionais de eficácia limitada, enquanto normas que prescrevem um direito subjetivo cujo modo de exercício depende de ato de enunciação do Poder Legislativo, ou seja, a veiculação de lei infraconstitucional que regula o exercício do direito constitucionalmente prescrito como condição de aplicação. Nota-se tal fenômeno nas normas constituídas a partir dos dispositivos constitucionais do art. 37, inc. VII<sup>107</sup> – que prescreve o direito de greve dos servidores públicos – e do

<sup>106</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 200.

<sup>107</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

art. 40, § 4º<sup>108</sup> – que prescreve o regime de aposentadoria diferenciado aos servidores públicos portadores de deficiência física ou que realizam funções perigosas ou insalubres.

Cumpra ressaltar, sem o intuito de aprofundar a questão, que a ineficácia técnica por omissão do agente competente, nesses casos, pode ser reconhecida como um fato jurídico de prestação de tutela jurisdicional via ação de mandado de injunção nos termos do art. 5º inc. LXXI da Constituição Federal<sup>109</sup>. Assim, quando reconhecida a omissão legislativa, esta é vertida em linguagem jurídica ao constituir-se como fato jurídico no antecedente da norma individual e concreta que, com suporte físico na decisão judicial prolatada no processo do mandado de injunção, prescreve de maneira individual e concreta o direito subjetivo (o modo de exercício de greve ou de submissão a regime diferenciado de aposentadoria aos servidores públicos que participam da lide processual a exemplo dos dispositivos citados anteriormente).

No entanto, uma observação é pertinente em relação às considerações apresentadas sobre a eficácia no processo de positivação. Como visto alhures, o direito se constitui por atos de fala (atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários). Desta forma, a relevância da eficácia técnica e social está no ato de aplicação da norma, enquanto ato perlocucionário vertido em linguagem jurídica. Neste diapasão, a aplicação em concreto (ato perlocucionário) das normas jurídicas (ato locucionário) dependem da incursão do ato ilocucionário no processo de positivação, que se manifesta através dos seus respectivos suportes físicos.

---

[BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2014.]

<sup>108</sup> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005). I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) [BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2014.]

<sup>109</sup> Art. 5º (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2014.]

A exemplo da relação jurídico tributária, a Regra Matriz de Incidência Tributária (norma geral e abstrata) é o ato locucionário que se constitui a partir do texto normativo tributário (a lei tributária). O Ente Político obriga o recolhimento do tributo pela norma individual e concreta enquanto ato ilocucionário que se materializa no lançamento tributário (suporte físico). O ato perlocucionário do contribuinte de recolhimento do valor do tributo aos cofres públicos se materializa através do recibo firmado na guia de pagamento.

Assim, o ato de aplicação que comprova a eficácia das normas se dá através da linguagem reconhecida pelo direito. Outrossim, a falta de condições de aplicação também devem se materializar via linguagem jurídica.

### 3.2

#### **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade Concreto ou Abstrato, Difuso ou Concentrado**

O controle de constitucionalidade, enquanto aferição dos critérios de enunciação das normas jurídicas pela produção dos textos normativos, a depender do momento de seu exercício, pode ser considerado como atribuição de agentes/órgãos pertencentes às três esferas de poder (legislativo, executivo e judiciário), já que a imperatividade das normas da Constituição se estende aos órgãos dos poderes do Estado e aos sujeitos jurisdicionados em geral (aos cidadãos e aos estrangeiros em território nacional).

A exemplo disso, no Ordenamento Jurídico Brasileiro temos o controle preventivo<sup>110</sup> realizado no deslinde do processo de enunciação dos textos

<sup>110</sup> Neste ponto tomamos as lições de Luis Roberto Barroso ao discorrer sobre o momento de realização do controle de constitucionalidade de forma que o “Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades. É, como visto, o modo típico de atuação do Conselho Constitucional francês, sendo também adotado em Portugal. No Brasil há, igualmente, oportunidade para o controle prévio, de natureza política, desempenhado:

(i) pelo Poder Legislativo, no âmbito das comissões de constituição e justiça, existentes nas casas legislativas em geral, que se manifestam, usualmente, no início do procedimento legislativo, acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação;

(ii) pelo Poder Executivo, que poderá apor seu veto ao projeto aprovado pela casa legislativa, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do ato objeto de deliberação, impedindo, assim, sua conversão em lei (como regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, com a anuência do Chefe do Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo).

Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, em sede judicial, que tem sido admitida no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de



normativos de Competência da União, exercido pelas Comissões de Constituição, Cidadania e Justiça, cujo parecer poderá acarretar na rejeição e no arquivamento de um processo legislativo que não observa as normas de produção normativa enunciadas na Constituição<sup>111</sup>. Outro exemplo de controle prévio é o veto jurídico exercido pelo Presidente da República uma vez observado algum vício de inconstitucionalidade no projeto de lei nos termos do § 1º do art. 66 da CRFB/1988.<sup>112</sup> No entanto, cumpre sopesar que, apesar da competência para apontar vícios de inconstitucionalidade no projeto de lei, neste último caso a decisão final sobre o acolhimento ou não do veto compete ao Congresso Nacional<sup>113</sup>.

As normas de estrutura que regulam o exercício do controle preventivo de constitucionalidade da enunciação normativa – aqui considerando o fato-enunciação realizado por um agente/órgão com competência – conferem à norma jurídica enunciada uma presunção de validade e tal fenômeno é observado na publicação do documento normativo no veículo oficial de imprensa, a exemplo das publicações no Diário Oficial da União e nos Diários Oficiais da Justiça, dentre outros meios oficiais de publicação dos atos estatais.

A possibilidade, conferida pela Constituição Federal, das normas jurídicas produzidas por decorrência do fato-enunciação serem ejetadas do Ordenamento Jurídico por ruptura dos seus elos de validade (uma vez não observadas, na enunciação, as normas de estrutura) lhes confere, logo após a sua produção, uma presunção relativa de constitucionalidade. Isto pois, um vício não intencional que

---

segurança, requeridos por “parla-mentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional.” [BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 79/80]

<sup>111</sup> CRFB/1988 – Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

<sup>112</sup> CRFB/1988 – Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

<sup>113</sup> CRFB/1988 – Art. 66 (...) § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) § 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

passa despercebido no momento de sua produção poderá ser reconhecido num momento posterior através dos meios de controle de Constitucionalidade, principalmente naqueles realizados como exercício de tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário<sup>114</sup>. Ou seja, a relatividade está no fato de uma norma jurídica constituída de maneira presumidamente válida no ordenamento jurídico poder ser desconstituída por uma linguagem de sobrenível, exercida pelos agentes ou órgãos competentes para a sua realização com fundamento nas normas de nulidade<sup>115</sup>.

Sendo assim, o presente estudo focar-se-á na análise do controle posterior de Constitucionalidade, ou seja, no Controle de Constitucionalidade das normas jurídicas já introduzidas no Ordenamento Jurídico pela produção de seu respectivo texto normativo, em especial o controle exercido pelo Poder Judiciário, diante das competências jurisdicionais atribuídas pela Constituição Federal.

Neste ponto, cumpre-se ressaltar que o controle de constitucionalidade realizado pelo poder judiciário é atribuição que decorre da prestação de tutela jurisdicional exercido de acordo com normas de competências (territorial, em razão da matéria, em razão do valor e da complexidade da causa, em razão da pessoa, em razão da prerrogativa de foro, etc.) atribuídas aos diversos órgãos jurisdicionais<sup>116</sup> tal como disposto nos dispositivos constitucionais do art. 92 ao art. 126 da CRFB/1988.

<sup>114</sup> Aqui cumpre ressaltar que a Constituição Federal possibilita também a realização do controle posterior repressivo sobre alguns textos normativos pelo poder Legislativo quando a exclusão do ato normativo se dá como consequente de incidência da norma prescrita a partir do art. 49, inc. V da CRFB/1988 que atribui ao Congresso Nacional a competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que ultrapassem os limites do poder regulamentar impostos pela Constituição (art. 84, inc. IV, CRFB/1988) ou pela delegação legislativa nos termos da resolução produzida pelo Congresso Nacional (limitação à Lei Delegada com fundamento no art. 68, § 2º, CRFB/1988).

<sup>115</sup> Neste sentido, podemos levar em consideração as observações de Paulo Gustavo Gonet Branco no sentido de que “*Não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade.*” [MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 196.

<sup>116</sup> Aqui nos referimos aos órgãos do poder judiciário conforme organização conferida a partir dos artigos 92 a 126 da CRFB/1988, tais quais: **1)** juízos de primeira instância (Juizados Especiais; Juízes Estaduais e do Distrito Federal; Juízes da Justiça Militar; Juízes Federais; Juízes do Trabalho; Juízes e Juntas Eleitorais; Auditorias Militares da União.) **2)** juízos de segunda instância (Colégios Recursais; Tribunais de Justiça Estaduais; Tribunais de Justiça Militar; Tribunais Regionais Federais; Tribunais Regionais do Trabalho; Tribunais Regionais Eleitorais) e **3)** juízos de terceira instância (Superior Tribunal de Justiça; Tribunal Superior do Trabalho; Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar e Supremo Tribunal Federal)

Nesta toada, são as considerações de Luís Roberto Barroso ao estabelecer o controle de constitucionalidade como espécie de prestação de tutela jurisdicional amparadas nas normas de competência, vejamos:

As locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional.<sup>117</sup>

Neste contexto, a Constituição confere ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão jurisdicional máximo, a atribuição de exercer em última análise o controle de constitucionalidade das normas enunciadas a partir dos textos normativos (leis, atos normativos e decisões judiciais).

Assim, conforme observa Paulo Gustavo Gonet Branco, Gilmar Ferreira Mendes<sup>118</sup> e Luís Roberto Barroso<sup>119</sup>, o controle de constitucionalidade das normas jurídicas, como arrimo nos dispositivos normativos da Constituição Federal, pode ser classificado como **concentrado** ou **difuso** (levando-se em consideração a competência originária do órgão com poderes para reconhecer em última análise o vício de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ou a competência pulverizada dos vários órgãos/juízos da estrutura do poder judiciário), **concreto** ou **abstrato** (levando-se em consideração o modo de controle, se por via incidental ou por via principal, bem como a incidência de efeito vinculante *erga omnes* ou *inter partes* da decisão proferida).

<sup>117</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 34.

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 2.096 à 2.103.

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 81 à 86.

### 3.2.1

#### Controle Judicial de Constitucionalidade Concentrado ou Difuso

Como visto, para fim de compreensão do exercício do processo de enunciação da retirada da norma jurídica inconstitucional, o controle de constitucionalidade judicial repressivo pode ser classificado como concentrado ou difuso a depender da competência originária do órgão jurisdicional hábil a realizar o reconhecimento da inconstitucionalidade.

O **controle difuso** de constitucionalidade é aquele exercido em processo provocado por ações judiciais que, com fundamento nas normas de competência jurisdicional, são (por “dever-ser”) propostas perante os diversos órgãos jurisdicionais alocados em posições hierárquicas inferiores em relação ao Supremo Tribunal Federal (enquanto Corte Constitucional) no deslinde concatenado dos processos judiciais, considerando-se a estrutura orgânica do poder judiciário. Noutro giro, o controle difuso de constitucionalidade é aquele realizado no antecedente das normas enunciadas a partir das decisões, sentenças e/ou acórdãos resultantes dos processos de tutela jurisdicional originados nos órgãos do poder judiciário de instâncias hierarquicamente inferiores ao STF. Neste diapasão, leciona Luís Roberto Barroso:

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.<sup>120</sup>

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao observarem a influência do modelo norte-americano, com origem em 1803 no caso *Marbury Vs. Madison*, descrevem este tipo de sistema da seguinte forma:

O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.

Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury*

---

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, págs. 81/82.

v. Madison, de 1803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma — reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa — vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.<sup>121</sup>

O chamado **controle concentrado** é o exercido nos processos judiciais movidos pelas ações de competência originária de um único órgão jurisdicional enquanto Corte Constitucional<sup>122</sup>. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal.

Assim, no controle concentrado as ações são propostas diretamente perante o STF de modo que a prestação de tutela jurisdicional não passa pelo exercício prévio da jurisdição de competência dos órgãos judiciais hierarquicamente inferiores ao Supremo. Noutro giro, neste tipo de processo de controle, o STF é o órgão que profere a primeira e única análise sobre os critérios de identificação da validade da norma jurídica, sem que haja uma atuação dos órgãos de primeira e/ou segunda instância alocados na estrutura orgânica do poder judiciário.<sup>123</sup>

A exemplo deste tipo de controle temos os processos movidos pelas seguintes medidas judiciais: a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (art. 102, I, 'a' da CRFB/1988); a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, inc. I, al. 'a' da CRFB/1988); a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, inc. III da CRFB/1988); a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º da CRFB/1988); a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º da CRFB/1988); além das demais ações e medidas judiciais de competência originária do STF elencadas no art. 102, inc. I da CRFB/1988.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 2.099.

<sup>122</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 82.

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 2.096.

<sup>124</sup> CRFB/1988 – Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade possui influências da Constituição Austríaca de 1920, cuja redação recebeu a colaboração de Hans Kelsen que, a pedido do governo austríaco, elaborou um projeto que abrangia um modelo de jurisdição constitucional com a concentração do exercício do controle de constitucionalidade sob a competência de um único órgão ou Corte Constitucional. Desta forma, vejamos sua descrição sobre tal sistema de controle:

A constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, assim-chamada Corte Constitucional [*Verfassungsgerichtshof*]. Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional. Nem sempre era necessário anular a lei inteira; caso a disposição inconstitucional pudesse ser separada do restante da lei, a corte podia anular apenas essa disposição. A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir. A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas *ex nunc*; não tinha – a não ser por uma exceção de que trataremos adiante – força retroativa. Esta dificilmente poderia ser justificada, não apenas pelas consequências críticas de qualquer efeito retroativo, mas especialmente pôquer a

---

Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999) j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado; 1988)

decisão dizia respeito a um ato do legislador, e o legislador também estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda que estivesse sujeito a um controle judicial. Enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo.<sup>125</sup>

No entanto, cumpre observar que, no sistema brasileiro, nem todo mecanismo de controle concentrado tem como consequente normativo por termo final à validade da norma jurídica geral e abstrata com imperatividade *erga omnes* – a obrigar os cidadãos de forma geral e vincular todos os órgãos do poder executivo e do judiciário. Isto a exemplo de algumas espécies de Habeas Corpus (art. 102, I, alíneas ‘d’ e ‘i’, CRFB/1988) e demais Ações de competência originária do STF por prerrogativa de foro, cujo objetivo é proferir tutela jurisdicional para solucionar lides entre partes processuais diante de um conflito deduzido em juízo (as ações previstas no art. 102, I, alíneas ‘b’, ‘c’, ‘e’, ‘f’, ‘g’, ‘j’, ‘l’, ‘n’, ‘o’, ‘p’, ‘q’, ‘r’, CRFB/1988). Destarte, tal consequente ocorre apenas em relação àqueles mecanismos **concentrados** que, como será visto adiante, são exercidos de forma **abstrata** por via principal e por isso possuem efeito vinculante *erga omnes*, a exemplo das ADI’s, da ADC e da ADPF.

Assim, saber se o consequente normativo de uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade retira ou não a norma do sistema do direito positivo – de modo a produzir efeitos *erga omnes* vinculando os cidadãos em geral, os órgãos do poder judiciário e os órgãos da administração pública – é questão que depende de uma análise sobre a forma de exercício de controle e seus efeitos, ou seja, se o controle concentrado é abstrato ou concreto, conforme será visto adiante.

É comum encontrar na doutrina constitucional, a exemplo de Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>126</sup> e Alexandre de Moraes<sup>127</sup>, uma abordagem sobre o tema que possibilita uma confusão entre o caráter concentrado e abstrato do controle de constitucionalidade, ao se tratar ambas as expressões como sinônimas. Entretanto, conforme será visto, tais características não são necessariamente atributos de um mesmo processo onde se exerce o controle de

<sup>125</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**; [tradução: Alexandre Krug]. São Paulo: Martins Fontes, 2003, págs. 304 à 305.

<sup>126</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, págs. 32 à 37.

<sup>127</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, págs. 605 à 606.

constitucionalidade. A confusão pode ocorrer por conta de uma abordagem restritiva dos mecanismos de controle concentrado, realizada apenas sobre as ações que reúnem essas duas características, tais como a ADI, a ADC e a ADPF (com a observação de que esta última, em alguns casos, se profere juízo sobre a recepção ou não da norma produzida anteriormente ao novo ordenamento jurídico).

Entretanto, como visto alhures, ao levar-se em consideração o critério da competência originária do órgão para estabelecermos a classificação proposta, percebe-se que nem todo mecanismo de controle de constitucionalidade exercido de forma concentrada sob a competência originária do STF (Corte Constitucional) possui efeitos abstratos e vinculantes a todos indistintamente (cidadãos e órgãos estatais). A exemplo disso, como já demonstrado, podem ser observados os acórdãos proferidos nas ações de competência originária do STF para tratar de uma outra espécie de tutela jurisdicional, aquela destinada a solucionar as lides processuais e que prescindem, por via incidental, do reconhecimento da (in)constitucionalidade das normas, tal como nas Ações Penais propostas perante o STF com fundamento na alínea ‘b’, inc. I do art. 102 da CRFB/1988.

### 3.2.2

#### **Controle Judicial de Constitucionalidade Concreto ou Abstrato**

Conforme já adiantado, a distinção do controle de constitucionalidade em concreto ou abstrato, requer uma análise sobre o modo como o controle é exercido, se por via incidental ou por via direta, bem como a incidência de efeito vinculante *erga omnes* ou *inter partes* da decisão proferida.

Como se pode concluir das premissas apresentadas no tópico 2.2.2., a formação das normas individuais e concretas é resultado do processo de positivação que pressupõe o reconhecimento de fatos jurídicos identificados com fundamento nas hipóteses das normas gerais e abstratas (subsunção do fato à norma), resultando na constituição do direito subjetivo reconhecido no conseqüente normativo da respectiva norma individual e concreta. Esse processo de positivação, quando exercido no deslinde de um processo judicial – cuja finalidade é a prestação de tutela jurisdicional – resulta na formação de uma espécie de texto normativo, em particular, que confere suporte físico à norma



individual e concreta produzida: a decisão judicial (aqui compreendidas as sentenças e os acórdãos). Eis aí o texto normativo produzido pelo Estado Juiz (agente competente), por decorrência de um processo judicial (processo competente), cuja finalidade de solucionar conflitos subjetivos deduzidos em juízo por uma demanda judicial, decorre do exercício do direito de ação previsto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal<sup>128</sup>.

Assim, o controle de constitucionalidade é **concreto** quando exercido pelo órgão jurisdicional por via incidental no fundamento da norma individual e concreta veiculada por sentença ou acórdão (decisões judiciais), naquelas ações em que a espécie de tutela jurisdicional prestada tem como finalidade a solução de um caso concreto deduzido em juízo ou, em outras palavras, a resolução do conflito havido entre sujeitos objetivamente determinados, neste contexto, encarados como partes processuais.

Desta forma, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade no controle concreto estará enunciada na fundamentação descrita no antecedente da norma individual e concreta veiculada por meio da decisão prolatada em processo judicial.

Nesse sentido, vejamos as considerações de Luís Roberto Barroso:

O controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios. Pressupõe, assim, a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. Se o juiz ou tribunal, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto.<sup>129</sup>

Não excede ressaltar que o tipo de jurisdição exercida no controle concentrado tem por finalidade solucionar um conflito intersubjetivo iniciado pelo exercício do direito de ação constitucionalmente garantido no art. 5º, inc. X da CRFB/1988. A respeito deste tipo de jurisdição trazemos à colação as

<sup>128</sup> CRFB/1988 – Art. 5º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 180.

considerações de Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

... a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (o devido processo legal).<sup>130</sup>

Sendo assim, a declaração de inconstitucionalidade da norma no controle concreto não possui o condão de romper o elo de validade da norma excluindo-a do sistema normativo, entretanto impede a sua aplicação apenas em relação às partes processuais envolvidas na demanda deduzida em juízo, ou seja, possui efeito *inter partes*. Nesse sentido observa Gilmar Ferreira Mendes:

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso do processo de sua competência. A decisão ‘que não é feito sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre a questão prévia indispensável ao julgamento do mérito’, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí, recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>131</sup>

Já o controle **abstrato** é exercido como prestação de jurisdição constitucional pela corte suprema, cujo objetivo não é o de por fim a um conflito intersubjetivo (caso concreto entre partes processuais) deduzido em juízo, mas analisar os critérios de validade da enunciação de certa norma jurídica com o objetivo de preservar as normas constitucionais de reconhecimento do ordenamento jurídico (normas de competência, normas de procedimento e normas de limite material).

Assim, quanto ao modo de exercício, o controle abstrato se dá pela via principal ou direta, já que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é o objetivo da prestação da jurisdição constitucional e não

<sup>130</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pág. 131.

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Celso Basto Editor, 1999, págs. 371/372.

o fundamento pressuposto do reconhecimento de um direito subjetivo deduzido em juízo. Vejamos as observações de Luís Roberto Barroso:

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido a seu caráter institucional — e não de defesa de interesses —, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição. Todavia, poderá servir, também, para a declaração pela corte constitucional da inconstitucionalidade de uma omissão, da inércia ilegítima na edição de norma reclamada pela Lei Maior.<sup>132</sup>

Outrossim, o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, neste caso, tem como objetivo aferir se a enunciação (processo legislativo) que produziu o texto normativo sob exame e o seu enunciado (comando normativo da norma jurídica), obedeceram ou não às normas de estrutura que lhe fundamentam, tal como previstas na Constituição Federal (normas de competência, normas de procedimento e normas de limitação material). Ou seja, se a norma foi veiculada de forma válida ou não, ou se é constitucional ou inconstitucional, por violar as normas de estrutura da Constituição Federal.

Sendo assim, o resultado da análise exercida pelo STF surte o chamado efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, vinculando todos os destinatários da norma jurídica, cidadãos, órgãos do poder judiciário e órgãos da administração pública direta ou indireta.

De acordo com as normas constituídas a partir da Constituição Federal de 1988, o controle abstrato de constitucionalidade consiste na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, ato normativo federal, estadual ou municipal e leis anteriores à CF/88, até então válidos no sistema do direito positivo, por veiculação dos seguintes instrumentos: 1) Ação Direta de

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 180.

Inconstitucionalidade (ADI propriamente dita, ADI interventiva e ADI por omissão); 2) Ação Direta de Constitucionalidade (ADC); e 3) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Superada a análise das características do controle jurisdicional de constitucionalidade, a partir desse ponto, a título de corte metodológico, o estudo fica limitado às Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade sobre a Regra Matriz de Incidência tributária. Ademais, o controle difuso e concreto de constitucionalidade importa ao presente trabalho quando possui como resultado decisão judicial (acórdão ou sentença) transitada em julgado veiculando norma individual e concreta contrária à decisão do STF prolatada em sede de controle concentrado e abstrato.

### 3.2.3

#### **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) – Controle de Constitucionalidade Concentrado e Abstrato exercido pelo STF**

Conforme pode-se concluir das lições até aqui apresentadas, a ADC e a ADI são ações que viabilizam o controle concentrado e o abstrato de constitucionalidade. O concentrado por serem ações proposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, dada a competência originária da corte constitucional, nos termos do art. 102, inc. I, 'a',<sup>133</sup> da CRFB/1988. O abstrato por tais ações objetivarem, em seus respectivos pedidos, a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade (nulidade) da lei ou do ato normativo. Aqui, cumpre-se destacar que a jurisdição da Corte Suprema em ADC tem por objeto norma veiculada a partir de leis ou atos normativos federais, enquanto a ADI possui um leque mais abrangente de objetos por poder versar sobre normas veiculadas por leis ou atos normativos federais e estaduais.

As normas de competência da ADI e da ADC constituem dois tipos de competência: a de iniciativa do processo de controle e a de exercício do processo de controle. A de iniciativa do processo de controle constitui a legitimidade ativa

---

<sup>133</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

para propositura das referidas ações previstas que, nos termos do art. 103 da CRFB/1988<sup>134</sup>, se estende: ao Presidente da República; à Mesa do Senado Federal; à Mesa da Câmara dos Deputados; à Mesa das Assembleias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; ao Governador de Estado ou do Distrito Federal; ao procurador-Geral da República; ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e às Confederações Sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Somente os agentes (órgãos ou autoridades) que se enquadram nessas nove categorias de legitimados podem propor ADI ou ADC.

A competência para exercício do controle de constitucionalidade, como já visto no dispositivo do art. 102, I, 'a' da CRFB/1988, constitui a função originária do STF para processar e julgar as ADI's e ADC's propostas pelos legitimados ativos.

As normas processuais que regulam a concatenação dos atos de enunciação da prestação da tutela constitucional são veiculadas pela Lei nº. 9868/99 que dispõe sobre o processo de julgamento da ADI e da ADC perante o Supremo Tribunal Federal.

Cumprе ressaltar, a partir do dispositivo do art. 24 da referida lei, o chamado efeito dúplice das decisões prolatadas nas ações sob exame, veja-se:

Art. 24. 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.

Como visto, tal dispositivo trata da possibilidade de propositura de ambas ações de controle abstrato versarem sobre o mesmo objeto, uma mesma norma jurídica extraída de um mesmo texto normativo. Neste caso, evitando-se decisões contraditórias, a procedência da ADC vincula a improcedência da ADI, e vice versa, tal como a procedência da ADI vincula a improcedência da ADC, e vice versa.

---

<sup>134</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Neste ponto, cumpre-se a exposição das técnicas de declaração de inconstitucionalidade exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base nas considerações tecidas alhures sobre a distinção entre norma jurídica e texto normativo.

De acordo com a sistemática do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, a ADI ou a ADC perante o Supremo poderão ter as seguintes consequências: **1º)** Declaração de Inconstitucionalidade com redução de texto normativo; **2º)** Declaração de Constitucionalidade das significações normativas construídas a partir do texto normativo; **3º)** Declaração de Inconstitucionalidade de significação(ões) normativa(s) sem redução de texto normativo (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto); e **4º)** Declaração de Constitucionalidade de uma das possíveis significações construídas a partir do texto normativo (interpretação conforme a constituição).

Na primeira consequência há declaração de inconstitucionalidade do texto legal (suporte físico) que embasa a construção de significação(ões) normativa(s) inconstitucional(is), ensejando a nulidade tanto da(s) significação(ões) normativa(s) quanto do texto normativo, objeto de interpretação, que é retirado do ordenamento jurídico. Neste caso o STF declara que todas as significações possíveis a partir do texto normativo são inconstitucionais, de forma que é necessária a retirada do suporte físico do ordenamento jurídico para que no sistema não haja normas infraconstitucionais conflitantes com as normas constitucionais.

No segundo caso, há declaração de constitucionalidade do texto legal (suporte físico) que embasa a construção de significação(ões) normativa(s) constitucional(is), não havendo a retirada do texto normativo do sistema positivo e nem das significações construídas a partir de tal suporte físico. Quadra destacar que, neste caso, a(s) significação(ões) declarada(s) constitucional(is) é(são) somente aquela(s) que constituiu(ram) o objeto do instrumento de controle de constitucionalidade (objeto da ADI ou ADC).

Na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (terceira consequência), o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma ou algumas das possíveis significações normativas construídas a partir de determinado texto legal (suporte físico) sem que tal dispositivo seja retirado do ordenamento jurídico. Desta forma, são retiradas do ordenamento jurídico as

significações normativas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes ao tratar da declaração de nulidade parcial sem redução de texto:

Também aqui se limita o Tribunal a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu programa normativo.

Em decisão mais moderna, adotou o Supremo Tribunal Federal, expressa e inequivocamente, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, tal como se pode depreender da seguinte passagem da ementa, concernente à ADI 319, formulada contra a Lei n. 8.039/90 (...)<sup>135</sup>

Na interpretação conforme a constituição há Declaração de Constitucionalidade de uma das possíveis significações construídas a partir de determinado texto normativo e discutidas durante o processo de controle constitucional. Neste caso é definida a significação constitucional construída a partir do texto normativo em questão, não havendo, portanto, qualquer redução de dispositivo legal. Insta trazer à colação as lições de Gilmar Ferreira Mendes sobre as distinções entre a declaração de interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade (ou nulidade) sem redução de texto:

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro).<sup>136</sup>

<sup>135</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 2.675 e 2.676.

<sup>136</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 2.170.

### 3.2.3.1

#### **O Efeito Vinculante e a Eficácia *Erga Omnes* das Decisões em sede de ADI e ADC na Formação de Relações Jurídico-Tributárias**

Como pode-se concluir até aqui, o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato via ADI e ADC é realizado com fundamento nas normas de revisão sistêmica (normas de estrutura) que regulam como (processo competente) e por quem (agente competente) as normas são eliminadas, de tal forma que o resultado do processo de jurisdição constitucional constitui outra norma, também de estrutura e também de revisão sistêmica.

De acordo com as lições apresentadas no tópico 2.2.2. a norma produzida por ADI e ADC, cujo suporte físico é o acórdão do STF, pode ser classificada como norma concreta e geral. Concreta em seu antecedente, pois se reporta ao passado para descrever um fato jurídico, tal qual, o processo de enunciação da norma (enunciação-anunciada) ter observado ou não as normas de estrutura pressupostas, ou seja, o fato da norma ter sido ou não produzida de acordo com seus critérios de validade extraídos, em última análise de digressão escalonada, da Constituição Federal. Se positivo a norma é constitucional, permanece ao sistema normativo e continua apta a surtir efeitos. Se negativo, a norma é declarada nula ou inconstitucional.

No seu consequente, a norma veiculada por ADI e ADC é abstrata pois, possui efeito vinculante de modo a ser obrigatoriamente aplicada a todos órgãos do poder judiciário e da administração pública direta ou indireta.

Sendo assim, do ponto de vista normativo, o efeito vinculante é justamente o comando do consequente que obriga ou veda de forma geral a utilização da norma sob controle como fundamento de incidência na constituição das normas individuais e concretas pelas autoridades competentes (Estado Juiz e órgãos da administração pública direta ou indireta) na formação das relações jurídicas.

Trazendo para o campo do Direito Tributário, no controle de constitucionalidade da Regra Matriz de Incidência Tributária, o efeito vinculante da decisão de mérito em ADI e ADC tem como consequente normativo a sua incidência ou não na formação de normas individuais e concretas veiculadas por atos privativos do fisco (via lançamento tributário e autos de infração) e a



prestação de tutela jurisdicional na formação das relações jurídico-tributárias (via decisão judicial nas ações de natureza tributária).

Assim, dada a hipótese de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da Regra Matriz de Incidência Tributária pelo STF em sede de ADI ou ADC, então, como consequente, “deve ser” a incidência ou não-incidência da Regra Matriz de Incidência Tributária como fundamento para a constituição de normas individuais e concretas pelo fisco (órgãos da administração pública direta) e pelo Estado Juiz (órgãos do poder judiciário).

Outrossim, não excede ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade da RMIT, em sede de ADI e ADC (ato locucionário), veicula uma vedação (ato ilocucionário) à administração pública, no exercício do ato de lançamento, e aos órgãos do poder judiciário, no exercício da tutela jurisdicional, de produzirem as normas individuais que delas derivam. Ou seja, fica proibida a constituição de relações jurídico-tributárias com fundamento de incidência na RMIT declarada inconstitucional.

Já o ato locucionário de declaração de constitucionalidade da RMIT tem como ato ilocucionário a obrigação imposta ao poder executivo (administração pública) e ao poder judiciário de constituir as normas individuais e concretas que veiculam as suas respectivas relações jurídico-tributárias. O ato perlocucionário de coação dos órgãos competentes encontra suporte físico nos lançamentos e decisões judiciais que cumprem a imposição imposta pelo STF em controle abstrato. Assim, com este tipo de tutela constitucional, a presunção relativa de constitucionalidade da norma tributária geral e abstrata, torna-se absoluta, não podendo mais o Estado deixar de aplicar o seu comando normativo.

Assim, a inobservância das vedações ou obrigações decorrentes do efeito vinculante das decisões em controle abstrato de constitucionalidade poderá implicar na incidência das chamadas normas sancionatórias ou normas de execução da obrigação primária, tais quais a sanção por descumprimento de dever funcional, ou a medida judicial de Reclamação proposta diretamente perante o STF, nos termos do art. 102, inc. I, al. ‘1’ da CRFB/1988<sup>137</sup>. Neste sentido vejamos as lições de Gilmar Ferreira Mendes:

---

<sup>137</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: 1) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Tal como observado, a reclamação destina-se (a) a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou (b) a garantir a autoridade de suas decisões.

A competência do Supremo Tribunal Federal está hoje fixada claramente no art. 102 da Constituição, desdobrando-se em competência originária e recursal. E esta, por sua vez, em ordinária e extraordinária.<sup>138</sup>

A rigor, as relações jurídico-tributárias representam a constituição de um elo de ligação entre sujeitos e objetos, como decorrência da aplicação da RMIT como consequência do reconhecimento de um fato jurídico, tal qual o fato gerador tributário (auferir renda, ser proprietário de veículo automotor, circular mercadoria, etc.). Assim, as relações jurídico-tributárias compreendem os seguintes elementos: 1) o sujeito passivo (contribuinte); 2) o sujeito ativo (ente estatal – União, Estado, Município ou DF); 3) a prestação pecuniária ou instrumental; 4) o direito subjetivo; e 5) o dever jurídico. O dever jurídico é o vínculo jurídico obrigacional do sujeito passivo em realizar a prestação pecuniária ou instrumental em favor do sujeito ativo. Já o direito subjetivo é o vínculo jurídico obrigacional do sujeito ativo de exigir do sujeito passivo o cumprimento da prestação pecuniária ou instrumental.

Dito isto, o efeito vinculante é a força ilocucionária da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade direcionada aos Poderes Executivo e Judiciário de aplicar a RMIT, quando declarada constitucional pelo STF, ou não aplicá-la quando declarada inconstitucional<sup>139</sup>.

Notoriamente, como observa Gilmar Ferreira Mendes, há uma distinção entre o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, no que diz respeito aos limites subjetivos da norma veiculada por ADI e ADC.

A eficácia *erga omnes* – ou eficácia contra todos nos termos da Lei nº. 9.868/99 – também diz respeito ao caráter da generalidade da norma produzida no controle de constitucionalidade exercido via ADI e ADC. Assim, trata-se do alcance subjetivo do consequente normativo veiculado no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, no entanto, direcionado aos administrados no que tange a formação da relação jurídico-tributária. Trata-se, pois, do direito subjetivo

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pag. 2.236

<sup>139</sup> LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, págs. 155 à 157.

do administrado (sujeitos que teriam capacidade e/ou sujeição tributária passiva) de não ter contra si a formação de uma relação jurídico-tributária em que figure como sujeito passivo, em resultado à aplicação da RMIT declarada inconstitucional. Por outro lado, em caso de declaração de constitucionalidade, trata-se do dever jurídico imputado ao administrado de suportar a obrigação tributária como sujeito passivo de relações jurídico-tributárias, com fundamento de validade na RMIT objeto de controle, realizando lançamento tributário (auto-lançamento), ou os deveres instrumentais que viabilizam a aplicação da norma (a exemplo das declarações ao fisco).

Tais considerações são formadas com escopo nas observações de Gilmar Ferreira Mendes sobre o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*. Veja-se:

A expressão efeito vinculante não era de uso comum entre nós. O Regimento Interno do STF, ao disciplinar a chamada representação interpretativa, introduzida pela EC n. 7/7725, estabeleceu que a decisão proferida na representação interpretativa seria dotada de efeito vinculante (art. 187 do RISTF26). Em 1992 o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas foi referido em Projeto de Emenda Constitucional apresentado pelo deputado Roberto Campos (PEC n. 130/92).

No aludido Projeto distinguia-se nitidamente a eficácia geral (*erga omnes*) do efeito vinculante.

Tal como assente em estudo que produzimos sobre este assunto, e que foi incorporado às justificações apresentadas no aludido Projeto, a eficácia “*erga omnes*” e o efeito vinculante deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos.

A EC n. 3, promulgada em 16-3-1993, que, no que diz respeito à ação declaratória de constitucionalidade, inspirou-se direta e imediatamente na Emenda Roberto Campos, consagra que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo” (art. 102, § 2º).

Embora o texto inicialmente aprovado revelasse algumas deficiências técnicas, não parecia subsistir dúvida de que também o legislador constituinte, tal como fizera a Emenda Roberto Campos, procurava distinguir a eficácia “*erga omnes*” (eficácia contra todos) do efeito vinculante, pelo menos no que concerne à ação declaratória de constitucionalidade. A Lei n. 9.868/99, por sua vez, em seu art. 28, parágrafo único, conferiu tratamento uniforme e coerente à matéria, prevendo que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito

vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.<sup>140</sup>

Assim, a distinção entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante é demonstrada uma vez que a força ilocucionária deste é direcionada aos órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (“a Corte Constitucional obriga os poderes judiciário e executivo”), enquanto a força ilocucionária daquela é direcionada aos administrados (a Corte Constitucional obriga os administrados).

### 3.2.3.2

#### **A Decisão Cautelar em ADI e ADC e seus efeitos sobre a Constituição das Relações Jurídico-Tributárias**

Como se pode notar a partir dos dispositivos dos arts. 10 ao 12 e art. 21 da Lei nº. 9.868/99, as decisões interlocutórias de natureza cautelar, prolatadas em sede de ADI e ADC, configuram medidas processuais de jurisdição constitucional na veiculação de outro tipo de norma, cujo consequente influi na aplicação das normas jurídicas extraídas da lei ou do ato normativo objeto de controle. Tais decisões que decorrem de uma análise apenas superficial e de cognição não exauriente, dada a sua produção sem o deslinde de todas as etapas processuais da jurisdição constitucional, mas, que são prolatadas uma vez preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* (enquanto plausibilidade dos fundamentos apresentados na Ação) e do *periculum in mora*, tal qual o agravamento da insegurança jurídica, dada a possibilidade de, por decisão final, serem reconhecidos em definitivo vícios de nulidade da Regra Matriz de Incidência Tributária, com consequências de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

No caso da ADC, a decisão cautelar, prolatada pelo STF nos termos do procedimento previsto no art. 21 e parágrafo único<sup>141</sup> do texto normativo

<sup>140</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pag. 2.219.

<sup>141</sup> Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

supracitado, veicula norma que, como antecedente, reconhece a possibilidade da norma sob controle poder ser declarada constitucional ou inconstitucional. Como consequente, a norma da cautelar prescreve a suspensão de todas as decisões judiciais que versam sobre a incidência da norma objeto de ADC na constituição de relações jurídicas, até o julgamento final da Ação, que deve ser realizada no prazo de 180 dias da publicação da decisão. Neste sentido é acertada a observação de Luís Roberto Barroso:

Após a introdução da ação declaratória de constitucionalidade, pela EC n. 3/93, o Supremo Tribunal Federal discutiu amplamente a possibilidade de deferimento de medida cautelar nessa espécie de ação. Por maioria, entendeu a Corte ser possível sua concessão, para o fim de sustar, até o julgamento definitivo da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha como pressuposto a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei sob exame. Não prevaleceu a orientação de se afirmar, liminarmente e com efeito vinculante, a constitucionalidade da norma impugnada, o que implicaria o dever de sua aplicação pelos juízes na apreciação dos casos concretos a eles submetidos, sob pena do cabimento de reclamação.

A Lei n. 9.868/99 cuidou especialmente da questão, prevendo a suspensão do julgamento de processos envolvendo a aplicação da norma impugnada e determinando que, concedida a cautelar, o julgamento da ação deverá se dar em até cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da medida. Confirma-se a dicção expressa do art. 21 e seu parágrafo único.<sup>142</sup>

Na mesma toada, veja-se a explicação de Gilmar Ferreira Mendes:

Considerando a natureza e o escopo da ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia erga omnes e o efeito vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece ter sido acertada a admissão por parte do legislador, de maneira explícita, da concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretendia eliminar.<sup>143</sup>

Já no caso da ADI em matéria tributária, a decisão cautelar proferida nos termos dos arts. 10 ao 12 da Lei n°. 9.868/99<sup>144</sup>, veicula norma inibidora e

<sup>142</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 328.

<sup>143</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 1.953.

<sup>144</sup> Lei n°. 9.868/99 – Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. § 2º A concessão da

suspensiva da aplicação da Regra Matriz de Incidência Tributária como fundamento da formação das respectivas relações jurídico-tributárias (os créditos tributários). Destarte, a norma cautelar prescreve a suspensão da eficácia técnico-sintática da aplicação da RMIT, para manter pertinência com as premissas estabelecidas no tópico 3.1.2.

A perda da eficácia técnico-sintática ocorre por consequência da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante da decisão cautelar, bem como pelo fato de a suspensão da força ilocucionária do seu comando normativo ser temporária e não definitiva, dado que, conforme veremos adiante, somente a posterior prolação da decisão de mérito tem como consequência a retirada da RMIT do Sistema do Direito Positivo, caso seja declarada sua inconstitucionalidade, pondo termo final ao lapso temporal referente ao seu intervalo de validade (IV) e ao seu intervalo de vigência (IVi).

Dado o efeito vinculante da decisão interlocutória, enquanto estiver vigente a norma cautelar, o Estado-Administração e o Estado-Juiz ficam episodicamente proibidos de constituir – respectivamente por lançamento tributário e por decisões judiciais – normas individuais e concretas que criam vínculos obrigacionais de natureza jurídico-tributária com fundamento na RMIT objeto da ADI. Da mesma forma, a eficácia *erga omnes* da norma cautelar importa no direito subjetivo de os administrados não se sujeitar passivamente às relações jurídico-tributárias cuja fundamentação se extrai da RMIT sob controle.

Neste ponto, veja-se as considerações de Gilmar Ferreira Mendes sobre os efeitos da decisão Cautelar em ADI:

No que se refere ao pedido de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, optou a Lei n. 9.868/99 por estabelecer que, salvo em caso de excepcional urgência, o Tribunal somente concederá a liminar, consistente na suspensão da vigência da norma impugnada, por decisão da maioria absoluta de seus membros, após a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10). Em caso de excepcional urgência poderá ser dispensada a audiência dos órgãos dos quais emanou o ato (art. 10, § 3º). A lei explicita (art. 11), ainda, que a decisão concessiva de cautelar terá eficácia *erga omnes*, devendo a sua parte dispositiva ser publicada em seção especial do Diário Oficial no prazo de dez dias, a contar do julgamento.<sup>145</sup>

---

medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

<sup>145</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, 1.927 à 1.928

Quadra observar que MENDES se refere à impossibilidade temporária de aplicação da norma objeto de ADI como suspensão de vigência. Entretanto, conforme dito anteriormente, dada a precariedade e a provisoriedade da norma cautelar em ADI proferida em juízo não exauriente de jurisdição constitucional, bem como a futura substituição da suspensão temporária de aplicação pela decisão de mérito, mantendo a coerência sobre a definição sobre os conceitos de validade, vigência e eficácia firmados no tópico 3.1.2. é preferível a lição de Robson Maia Lins no seguinte sentido:

Hipótese bem mais complexa em termos normativos ocorre quando a cautelar descreve no seu antecedente a inconstitucionalidade e prescreve no consequente a ineficácia técnico-sintática da RMIT. Com efeito, nessa hipótese, a Lei nº. 9.868/99 prevê a possibilidade de que a medida cautelar em ADIn e ADC suspenda a aplicação e a eficácia técnico-sintática da RMIT.<sup>146</sup>

LINS adverte que não se pode confundir o fundamento de reconhecimento de vício de inconstitucionalidade do antecedente da norma cautelar da ADI com o seu respectivo consequente. Apesar de no antecedente a decisão cautelar poder descrever algum vício de validade ou de vigência da norma, o consequente normativo será sempre aquele pertinente às normas inibidoras de aplicação, impedindo, portanto, episódica, cautelar e temporariamente a eficácia técnico-sintática da norma jurídica.

Nesse passo, é crível sustentar que a concessão de cautelar pela inconstitucionalidade nas ações de controle concentrado de constitucionalidade veicula norma que sempre suspende a eficácia técnico-sintática da RMIT. Esta proposição pode ser constatada na análise do enunciado-enunciado do texto normativo da decisão, precisamente no consequente da norma introduzida. Há sempre a prescrição de que a RMIT não deve ser aplicada.

Já os fundamentos do deferimento da suspensão da eficácia técnico-sintática, identificados no antecedente normativo, podem ser de diversas ordens: norma de duvidosa validade, norma que não teria sequer alcançado vigência ou até norma que não apresenta eficácia técnico-sintática (ou semântica). Esses fundamentos podem ser verificados também no enunciado-enunciado da norma introduzida, mas precisamente no seu antecedente. É neste membro da norma jurídica em que se relata em linguagem o seu defeito, exurgindo daí, por imposição da causalidade jurídica, a suspensão da eficácia técnico-sintática.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pág. 162.

<sup>147</sup> LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pág. 163/164.

Assim, por conclusão, tem-se a norma cautelar de ADI com a seguinte estrutura: Hipótese: Dado o aparente vício de validade, vigência ou eficácia da Regra Matriz de Incidência Tributária / Consequente: fica vedada a sua aplicação na formação de Relações Jurídico Tributárias até que advenha a decisão de mérito.

### 3.2.3.3

#### **Decisão de Mérito em ADI e ADC e seus efeitos sobre as Relações Jurídico-Tributárias**

A decisão definitiva de mérito em ADI e ADC sobre a RMIT resulta na produção de outra norma, veiculada via acórdão prolatado pelo STF. Tal norma, em seus antecedentes, declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da RMIT objeto de controle abstrato e concentrado. Já o consequente normativo, – tendo em vista o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* – prescreve a influência da decisão do Supremo sobre a possibilidade ou não da constituição de Relações jurídico-Tributárias por meio das normas individuais e concretas produzidas pelo Estado-Administração (a exemplo do lançamento) e pelo Estado-Juiz (a exemplo das decisões judiciais prolatadas nas ações judiciais sobre matéria tributária).<sup>148</sup> Com efeito, as decisões em sede de ADI e ADC influem na possibilidade ou não de constituição ou de desconstituição dos créditos tributários que extraem seu fundamento da RMIT objeto de controle, bem como, conforme será visto adiante, na possibilidade de repetição do indébito tributário em cumprimento de obrigação realizada com base em lei ou ato normativo inconstitucional.

Destarte, a partir do presente tópico, tratar-se-á da influência do controle de constitucionalidade da RMIT sobre os créditos tributários já constituídos sob sua égide e os que ainda não foram constituídos. Assim, será analisada a influência da decisão em ADI e ADC sobre a possibilidade de constituição, no presente, de créditos tributários com base em fatos geradores (eventos) ocorridos no passado sob a égide da RMIT objeto do controle, além da possibilidade de serem constituídos os créditos tributários, considerando o decurso do prazo prescricional e decadencial em matéria tributária.

---

<sup>148</sup> LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pág. 172.



Na declaração de constitucionalidade da RMIT, em ADI ou ADC, o acórdão prolatado pelo STF veicula norma de estrutura cujo consequente obriga os órgãos do poder judiciário e do poder executivo à aplicação da norma, isto dado o, já falado, efeito vinculante das decisões em sede de controle abstrato e concentrado. Outrossim, sobre o aspecto da eficácia contra todos (*erga omnes*), a declaração de constitucionalidade da RMIT obriga àqueles administrados que realizaram o fato gerador, nos termos dos critérios da Hipótese normativa, a suportarem o dever jurídico de sujeição passiva na constituição da relação jurídico-tributária, ou seja, os administrados devem, via normas individuais e concretas, a exemplo do auto-lançamento, cumprir com a obrigação tributária.

No entanto, a constituição do crédito tributário deve respeitar as regras de prescrição e decadência previstas no Código Tributário Nacional, de modo que a declaração de constitucionalidade não reabra a prazo para a constituição e cobrança judicial do crédito tributário.

Ainda sob o ponto de vista normativo, nota-se que a obrigatoriedade na aplicação da RMIT declarada constitucional pelo STF, encontra-se prescrita no consequente da norma de estrutura veiculada pelo acórdão. No entanto, o descumprimento desta norma de estrutura, enquanto norma primária, é fato jurídico que impõe a incidência das normas secundárias, tais quais: 1) a norma sancionatória de descumprimento de dever funcional (que poderá ser aplicada, por exemplo, ao fiscal da receita federal que deixar de aplicar a RMIT em questão arguindo a sua inconstitucionalidade); e 2) a norma de execução via medida de reclamação proposta diretamente perante o STF, que reformará a decisão proferida por aquele órgão do poder judiciário que deixar de aplicar a RMIT declarada constitucional.<sup>149</sup>

Por outro lado, o acórdão que declara a inconstitucionalidade da RMIT via ADI ou ADC, com efeito, veicula uma espécie de norma de eliminação de normas, a rigor, uma **norma de nulidade**. Tal norma, em seu antecedente, reconhece que a enunciação da RMIT não obedeceu às normas de criação de normas (normas de competência, normas de procedimento e/ou normas de limitação material) que retiram seu fundamento último da Constituição Federal.

---

<sup>149</sup> LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pág. 176.

Destarte, diante da força vinculante e da eficácia *erga omnes*, a declaração de inconstitucionalidade tem como consequente influir na aplicação da RMIT, vedando, sobremaneira, a constituição de créditos tributários com fundamento nos critérios de incidência da norma declarada inconstitucional a partir da publicação do acórdão em ADI ou ADC prolatado pelo STF. Ademais, a norma de nulidade impede, no presente, o reconhecimento de eventos do passado enquanto fatos geradores de tributo com fundamento na RMIT declarada inconstitucional. Noutro giro, impede a constituição de créditos sobre eventos ocorridos no passado, sob a égide da RMIT. Em relação aos créditos tributários já constituídos, há a possibilidade destes serem desconstituídos, a depender da modulação dos efeitos da decisão em ADI ou ADC, se *ex nunc* (efeito irretroativo) ou *ex tunc* (efeito retroativo). Neste ponto, cumpre trazer a colação o art. 27 da lei nº. 9868/99:

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

Nota-se que, via de regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade da RMIT em controle abstrato, possui efeito retroativo (*ex tunc*), ou seja, admite a desconstituição dos créditos tributários já constituídos e, consequentemente, a repetição do indébito tributário pago pelo contribuinte em cumprimento à obrigação imposta pelo vínculo da relação jurídico-tributária. No entanto, tal possibilidade fica prejudicada se, por decisão de 2/3 dos membros do STF, for atribuída à decisão efeito *ex nunc*.

Com base na teoria dos atos de fala (tópico 2.1.3.) e nas distinções sobre o caráter estático e dinâmico do direito, enquanto ordenamento jurídico e sistema do direito positivo (tópico 3.1.1.), nota-se que, ao declarar a inconstitucionalidade da RMIT, o STF, enquanto órgão competente para enunciar normas de nulidade, faz mais do que “declarar”. Na verdade, o Supremo, por meio do ato de fala exercido no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, constitui um novo estado de coisas, um novo sistema de direito positivo. Noutro giro, com a “declaração de inconstitucionalidade”, o Sistema do Direito Positivo anterior, **SDP<sub>1</sub>**, passa a dar lugar a outro Sistema de Direito Positivo, o **SDP<sub>2</sub>**, que não possui mais em seu conjunto de normas jurídicas a RMIT declarada

inconstitucional, mas, pertence ao mesmo Ordenamento Jurídico de **SDP<sub>1</sub>** por sofrer a influência das mesmas normas de reconhecimento.

Assim, pode-se concluir que a “declaração de inconstitucionalidade” da RMIT não tem o condão, a rigor, de retirar por completo a validade da norma jurídica tributária. Isto pois, apesar da possibilidade da norma de nulidade veiculada por acórdão do STF poder reconhecer, em seu antecedente, vícios de validade da RMIT, não se pode concluir que o seu respectivo consequente retira toda a sua validade (enquanto existência) do ordenamento jurídico. Não parece ser admissível, portanto, com base nas premissas teóricas até aqui aduzidas, a conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade retira a norma do ordenamento jurídico. A norma existiu, ou seja, existe no passado. Tanto é que, mesmo após declarada inconstitucional, permanecem constituídos os fatos jurídicos dela remanescentes por ato de subsunção, já que o resultado da ADI ou da ADC não incide automaticamente sobre tais fatos. Noutro giro, a declaração de inconstitucionalidade da RMIT não desconstitui automaticamente os créditos tributários constituídos com fundamento nos critérios da hipótese normativa e nem garante a restituição automática do tributo pago indevidamente. Além disso, mesmo diante da aplicação de efeitos retroativos da decisão de mérito, há a possibilidade de alguns desses fatos jurídicos não poderem mais ser desconstituídos pela sua consumação no tempo, dado o decurso do lapso temporal da prescrição ou da decadência.

No entanto, persiste o questionamento: e quanto à impossibilidade de constituição de novos créditos tributários com base na RMIT, impedindo a sua aplicação em relação aos eventos ocorridos após o trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade? Tal impedimento não configuraria ruptura do elo de validade, de vigência ou de eficácia? A resposta a tais questionamentos merece cuidado.

Com efeito, tomando as considerações feitas no tópico 3.1.2., a decisão em ADI ou ADC que declara a inconstitucionalidade da RMIT, põe termo final ao seu intervalo de validez (**IV**) e ao seu intervalo de vigência (**IVi**), inaugurando um novo sistema de direito positivo (**SDP<sub>2</sub>**) e impedindo, portanto, a aplicação da RMIT na constituição de novos créditos tributários. Apesar disso, a norma de nulidade produzida pelo STF não retira do passado o sistema de direito positivo anterior (**SDP<sub>1</sub>**) que contém a RMIT, só agora, declarada inconstitucional. Ou

seja, o Sistema do Direito Positivo anterior continua existindo no passado. Continuam a existir relações jurídico-tributárias (créditos tributários) constituídas por normas jurídicas individuais e concretas veiculadas com fundamento na RMIT declarada inconstitucional e retirada do Sistema normativo após a prolação do acórdão em ADI ou ADC.

A elucidação da questão requer uma análise de três situações observadas no tempo: 1) os eventos ocorridos a partir da declaração de inconstitucionalidade da RMIT; 2) os eventos ocorridos no passado, que não sofreram a aplicação da RMIT, mas, que deveriam ter sido subsumidos em fatos jurídicos por ocorrência no intervalo de subsunção (**IS**) da norma; e 3) os créditos tributários constituídos no passado sob a égide da RMIT, antes de sua declaração de inconstitucionalidade e, portanto, no seu intervalo de subsunção (**IS**).

As situações 1 e 2 referem-se a créditos não constituídos sobre eventos tributários (p. ex., uma sociedade empresária que produziu e vendeu certo bem, mas, sobre tal evento não foi realizado o respectivo lançamento do IPI). Tanto os eventos ocorridos antes (no intervalo de subsunção – **IS**), quanto os ocorridos após a declaração de inconstitucionalidade, não poderão ser vertidos em fatos jurídicos para formação dos créditos tributários com fundamento na RMIT declarada inconstitucional. Isto ocorre, sendo o efeito da decisão do Supremo *ex nunc* ou *ex tunc*.

Assim, se uma lei tributária **L<sub>A</sub>**, publicada em 15 de junho de 1995 é declarada inconstitucional pelo acórdão em ADI **A<sub>A</sub>**, transitado em julgado em 20 de novembro de 2003, tanto os eventos ocorridos antes, quanto os ocorridos após, 20 de novembro de 2003 não poderão ser vertidos em créditos tributários.

No entanto, na situação 2, em relação aos eventos tributários ocorridos antes da declaração de inconstitucionalidade – ou seja, no intervalo de subsunção (**IS**) –, a norma de nulidade atinge a eficácia sintática da RMIT declarada inconstitucional, pois impede, do momento da decisão de mérito do STF em diante, a aplicação da hipótese tributária sobre fatos ocorridos sob sua égide. Assim, a ADI e a ADC, nesse caso, impedem, da sua prolação em diante, a constituição de créditos tributários por normas individuais e concretas (lançamentos tributários ou decisões judiciais de controle concreto) com fundamento na RMIT quando esta ainda era válida e vigente (no respectivo intervalo de validade e intervalo de vigência). Desta forma, com base no exemplo

acima, sobre os eventos ocorridos antes de 20 de novembro de 2003 não podem ser constituídos créditos tributários com fundamento na RMIT da lei  $L_A$ . A RMIT perde eficácia sintática, pois a norma de nulidade do acórdão  $A_A$  impede a sua aplicação sobre eventos pretéritos.

Já em relação à situação 1 – eventos ocorridos após a declaração de inconstitucionalidade –, a RMIT perde validade e, logicamente, vigência, já que a decisão de mérito em ADI e ADC, neste caso, veicula norma de nulidade que põe termo final ao intervalo de validade (IV) e ao intervalo de vigência (IVi). Assim, para os eventos ocorridos após 20 de novembro 2003, as autoridades competentes não encontram mais no sistema a norma RMIT para fundamentar a constituição dos seus respectivos créditos tributários.

O problema maior ocorre em relação aos créditos tributários constituídos no passado sob a égide da RMIT declarada inconstitucional (situação 3). Como visto, via de regra as decisões em ADI e ADC possuem efeito retroativo (*ex tunc*). No entanto, por decisão de 2/3 dos ministros que compõem o STF, poderá ocorrer a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade para que a decisão em ADI ou ADC não retroaja para atingir fatos jurídicos já constituídos (efeito *ex nunc*).

No caso de adoção de efeito *ex nunc* a decisão de inconstitucionalidade mantém incólume a validade, a vigência e a eficácia da RMIT no passado, impedindo a desconstituição dos créditos definitivamente constituídos até o trânsito em julgado da decisão em ADI e ADC. Assim, os termos finais do intervalo de validade (IV), do intervalo de vigência (IVi) e do intervalo de subsunção (IS) coincidem com a data do trânsito em julgado da ADI ou da ADC que declaram a inconstitucionalidade da RMIT. No entanto, a partir da decisão da Corte Constitucional, a norma declarada inconstitucional não existe no novo sistema de direito positivo para regular os fatos sociais ocorridos dali em diante. Ou seja, tomando como referencial o tempo da decisão, aquela RMIT do passado não é mais válida, nem vigente e nem deve ser eficaz em relação aos eventos tributários ocorridos dali em diante.

Com a manutenção do efeito *ex tunc*, a decisão de mérito viabiliza a anulação, ou desconstituição, das normas individuais e concretas produzidas no passado, sob a égide da norma geral e abstrata objeto de controle. Nesta toada, os créditos tributários constituídos no passado por atos de fala ilocucionários

(lançamentos tributários e decisões judiciais) podem ser desconstituídos por linguagem jurídica de sobre-nível (outros atos de fala), ou seja, pela veiculação de novas normas individuais e concretas cujo antecedente é a desconstituição dos créditos tributários e o consequente a respectiva restituição do valor do tributo ao contribuinte. No entanto, nem por isso pode-se afirmar que a decisão de mérito com efeito *ex tunc* tem o condão de retroagir no tempo até o termo inicial do intervalo de validade (IV) e de vigência (IVi) da norma declarada inconstitucional. A norma de nulidade produzida pelo STF não retira toda a validade da RMIT. Isto pois, nem todos os créditos constituídos com fundamento na RMIT declarada inconstitucional poderão ser desconstituídos. Há limites impostos à retroatividade pelo próprio sistema normativo: a observância das normas de prescrição e decadência do direito subjetivo do contribuinte de desconstituir o crédito e repetir o indébito tributário que derivam da RMIT inconstitucional. Com efeito, as normas de nulidade, veiculadas pelas decisões de mérito em ADI e ADC, possuem caráter geral e abstrato que, no processo de positivação, fundamentam as normas individuais e concretas de desconstituição de normas individuais e concretas pretéritas, aquelas constituídas com fundamento de validade na RMIT declarada inconstitucional.

Assim, a norma individual e concreta que constituiu o crédito tributário no intervalo de subsunção (IS) da RMIT inconstitucional mantém-se válida e vigente até que nova norma individual e concreta a desconstitua. Ou seja, até que o crédito tributário seja desconstituído, a norma individual e concreta que lhe constituiu mantém, no passado, a validade e a vigência da RMIT declarada inconstitucional.

Estas afirmativas encontram sustento no caráter constitutivo das decisões do STF em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, já que, independentemente da modulação dos efeitos da decisão de mérito (se *ex tunc* ou *ex nunc*), como já dito, constituem um novo estado legal, um novo sistema normativo.

No entanto, neste ponto é cabível outra indagação: até quando no passado a norma de nulidade veiculada por ADI ou ADC com efeito *ex tunc*, poderá retrair para desfazer os créditos tributários constituídos com fundamento na RMIT declarada inconstitucional?

A norma de nulidade somente retroage no tempo para fundamentar a desconstituição dos créditos tributários pagos pelo contribuinte e cujo direito

subjetivo de repetição do indébito tributário ainda não tenha se deteriorado pelo decurso do prazo prescricional ou decadencial de 5 (cinco) anos a contar do pagamento indevido (conforme será visto mais adiante de maneira mais aprofundada).

Assim, levando-se em consideração o exemplo acima, se a lei tributária **LA**, publicada em 15 de junho de 1995, com vigência a partir da data de publicação, é declarada inconstitucional pelo acórdão **AA** de 20 de novembro de 2003, os créditos tributários pagos com base na RMIT declarada inconstitucional só poderiam ser desconstituídos e restituídos ao contribuinte em relação aos pagamentos realizados a partir do dia 21 de novembro de 1999. Já os créditos constituídos e pagos entre o período de 15 de junho de 1995 e 20 de novembro de 1999 não poderão mais ser desconstituídos e restituídos ao contribuinte, pois, o decurso do prazo prescricional/decadencial da repetição de indébito tributário os tornaram imutáveis, mantendo, neste último período a validade, a vigência e a eficácia da RMIT declarada inconstitucional.

No entanto, deve-se levar em consideração que o passar do tempo leva em seu reboque o termo inicial do lapso temporal que encerra as possibilidades de desconstituição do crédito tributário. A distância temporal entre o tempo presente para desconstituir o crédito tributário e o pagamento do crédito não pode ser superior a 5 (cinco) anos.

Assim, com base em tais premissas, e tecendo uma análise mais apurada sobre a repetição do indébito tributário e seu prazo prescricional, o próximo capítulo destinar-se-á à análise do posicionamento dos tribunais superiores sobre a influência das decisões em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade da RMIT sobre o controle difuso e concreto da repetição do indébito tributário.

## **A Influência da Declaração Abstrata de Inconstitucionalidade da RMIT sobre as Normas Individuais e Concretas de Repetição do Indébito Tributário**

Conforme podemos deduzir da teoria kelseniana até o presente ponto, o sistema do direito positivo pode ser encarado como um conjunto tanto de normas individuais e concretas, quanto de normas gerais e abstratas que, de maneira imediata ou remota, retiram seu fundamento de validade da constituição. Destarte, como visto, o controle de constitucionalidade das normas jurídicas que compõem o direito positivo pode dar-se de forma concentrada e abstrata pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia vinculante e o efeito *erga omnes* acaba por influenciar na desconstituição de normas individuais e concretas estabelecidas entre o Estado e o contribuinte.

Assim, faz-se mister, neste capítulo, uma análise sobre as normas gerais e abstratas que regulam a desconstituição das relações jurídico-tributárias e a repetição do indébito tributário quando da declaração de inconstitucionalidade da RMIT que confere sustento a tais relações jurídicas objetivamente formalizadas pelo ato de lançamento que constitui o crédito tributário.

### **4.1**

#### **As Normas de Repetição do Indébito Tributário**

A multivocidade apresentada no estudo da repetição do indébito tributário é observada dadas as várias concepções no uso de sua expressão na comunidade linguística. Tais concepções podem ser observadas levando-se em consideração, no plano normativo, a repetição do indébito tributário enquanto norma geral e abstrata que, com suporte físico no Código Tributário Nacional, confere fundamento às normas individuais e concretas veiculadas como prestação de tutela jurisdicional por via difusa.

Por outro lado, a compreensão do tema perpassa pela análise de sua facticidade, na observação do pagamento indevido do tributo pelo contribuinte aos



cofres públicos, ou seja, o indébito tributário enquanto evento passível de ser considerado como fato jurídico no antecedente da norma individual e concreta produzida a partir da propositura da respectiva ação de repetição do indébito tributário. Sendo assim, neste ponto passar-se-á à compreensão: a) da norma geral e abstrata do indébito tributário; b) da norma individual e concreta do indébito tributário; e c) do indébito tributário enquanto fato jurídico subsumido à hipótese da norma geral e abstrata da repetição do indébito tributário.

Com efeito, os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária devem suportar a obrigação de recolher o tributo aos cofres públicos nos exatos termos de subsunção dos fatos geradores aos critérios hipotético-condicionais da RMIT. De tal modo, a inobservância às normas pressupostas que fundamentam a validade das normas individuais e concretas na digressão do processo de positivação da RMIT, configuram vício na formação da relação jurídico-tributária e, quando tal relação se perfectibiliza pelo ato perlocucionário materializado no pagamento do tributo, a norma de repetição do indébito, no plano individual e concreto, funciona como norma de nulidade daquela norma individual e concreta veiculadora do crédito tributário irregular.

Sendo assim, o instituto da repetição do indébito tem por finalidade restaurar o equilíbrio no sistema do direito positivo, por ocasião do pagamento indevido do tributo.

Sob a ótica do processo de positivação e da digressão escalonada das normas jurídicas, como observa Marcelo Fortes de Cerqueira<sup>150</sup> com fundamento nas lições de KELSEN, o reconhecimento do indébito tributário busca fundamentação imediata e remota de validade no Ordenamento Jurídico: a) fundamentação imediata em relação à norma infraconstitucional de repetição do indébito, extraída do art. 165 do CTN; e b) fundamentação remota na norma constitucional extraída do chamado princípio da legalidade tributária estrita, com fundamento no art. 150, inc. I da CRFB/1988. No entanto, tendo em vista o corte metodológico proposto no presente estudo, deste ponto partiremos da descrição da norma geral e abstrata da repetição do indébito para uma progressão do processo de positivação.

---

<sup>150</sup> CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. Extinção da Obrigação Tributária: Compensação e Repetição do Indébito. In **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho** / Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. – Rio de Janeiro: Forense, 2005. Págs. 242/245.

Como em toda norma jurídica, para extrairmos a significação dos antecedentes descritores e consequentes prescritores da norma geral e abstrata da repetição do indébito tributário, faz-se necessária uma análise perfunctória dos textos normativos que servem como suporte físico do seu processo de proposição normativa, ou seja, os dispositivos do Código Tributário Nacional sobre os quais é possível estabelecer os critérios da hipótese normativa na identificação dos fatos jurídicos. Assim, cumpre trazer à colação o art. 165 do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Conforme se depreende do dispositivo supracitado, pode-se observar que a norma geral e abstrata da repetição do indébito tributário – denominada por CERQUEIRA de Regra-Matriz de Repetição do Indébito –, em seu antecedente normativo, dispõe sobre critérios hipotéticos de identificação do pagamento indevido, ou seja do indébito tributário, fazendo menção à norma geral e abstrata que deu origem ao pagamento, tal qual a Regra Matriz de Incidência Tributária.

O enunciado no inciso I do dispositivo supracitado ao mencionar o pagamento indevido “*em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido*” permite a identificação de duas hipóteses de repetição do indébito: 1) aquela em que o vício do pagamento é conclusão lógica que decorre de uma irregularidade ou vício de nulidade observados na própria RMIT (a exemplo do vício de inconstitucionalidade da RMIT); e 2) aquela em que o vício do pagamento é conclusão do erro de subsunção do fato gerador à RMIT, na norma individual e concreta que constitui a relação jurídico tributária.

Como se pode concluir, na primeira hipótese normativa, o vício está na norma geral e abstrata, ou seja, na RMIT (a exemplo das que possuem suporte nas leis tributárias), enquanto que na segunda hipótese o vício está na norma

individual e concreta que constitui a relação jurídico-tributária (a exemplo dos lançamentos tributários).

Ainda cumpre ressaltar que, em relação ao inciso II do dispositivo *sub examen*, as hipóteses também se referem a erros de subsunção do fato gerador à RMIT na formação das normas individuais e concretas, no entanto, relacionadas ao consequente da RMIT em referência, por se referir a equívocos na identificação do sujeito passivo e de aplicação dos critérios quantitativos da obrigação tributária que resultem em um crédito indevido ou de valor superior ao devido. Já o inciso III se reporta às hipóteses de os vícios dos incisos I e II serem reconhecidos por decisão administrativa ou judicial sobre casos concretos.

Neste sentido podemos tomar as observações de CERQUEIRA sobre a hipótese normativa da Regra Matriz de Repetição do Indébito:

Assim, é o primado da estrita legalidade tributária o fundamento remoto de validade do direito à repetição do indébito. Já a regra-matriz da repetição, constituída a partir dos enunciados prescritivos constantes do art. 165 do CTN, é o fundamento imediato do direito à devolução das quantias indevidamente pagas.

A regra-matriz da repetição do indébito é a que demarca abstratamente no antecedente o evento do “pagamento indevido”, e define formalmente no consequente os termos e o objeto da relação jurídica efectual de devolução.

Numa análise mais afinada, o antecedente da regra-matriz da devolução contém alusão a critérios (material, espacial e temporal) que permitirão identificar o evento jurídico do pagamento “indevido”. Noutros termos, detém a descrição normativa do evento que, concretizado no suporte fático, é capaz de irromper a obrigação efectual de devolução do indébito, que se vai instaurar onde e quando ocorrer o pagamento “indevido”.<sup>151</sup>

Outrossim, observa-se ainda que, ao dispor sobre a identificação dos vícios na formação do crédito tributário, as hipóteses normativas da Regra Matriz de Repetição do Indébito fornecem critérios que fundamentam a nulidade da norma individual e concreta que constitui as relação jurídico-tributárias da qual deriva o referido crédito. Isto por possibilitar a mutilação de um dos fundamentos de validade do crédito tributário na digressão escalonada, com arrimo na teoria Kelseniana.

<sup>151</sup> CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. Extinção da Obrigação Tributária: Compensação e Repetição do Indébito. In **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho** / Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. – Rio de Janeiro: Forense, 2005, Pág. 382.

Ainda sobre a análise da Regra Matriz de Repetição do Indébito, o consequente normativo prescreve os critérios abstratos de identificação da obrigação do fisco (Estado-Administração) em relação ao administrado (contribuinte da primeira relação). Por tais critérios é possível a constituição, via norma individual e concreta, do direito subjetivo do contribuinte em exigir do Estado-Administração a obrigação de restituir o tributo indevido. Sendo assim, no consequente normativo se extraem os critérios quantitativos e subjetivos da Regra Matriz de Repetição do Indébito.

O consequente da regra-matriz da devolução do indébito é a peça do juízo normativo que estipula abstratamente a obrigação de devolução, em que se encontram prescritos direitos subjetivos e deveres jurídicos às pessoas relacionadas direta ou indiretamente ao evento do pagamento “indevido”. Têm-se, no consequente, critérios (pessoal e quantitativo) para identificação do vínculo jurídico que nasce, facultando-se saber quem é o contribuinte portador do direito subjetivo de exigir, do Estado-Administração, a devolução do indébito estritamente tributário e o montante que este deverá devolver ao sujeito passivo da obrigação tributária que recolheu indevidamente tributo.<sup>152</sup>

Assim, a Repetição de indébito pressupõe uma regra-matriz estruturada de forma normativa hipotético condicional em que o antecedente descreve a hipótese “pagamento indevido” e o consequente prescreve a obrigação de restituição do indébito. Desta forma, a restituição é o valor devido pelo sujeito passivo, no caso o fisco (Estado-Administração), previsto no consequente da norma geral e abstrata de repetição do indébito tributário.

Por fim, ainda sob a concepção normativa, o indébito tributário, para que resulte no surgimento da obrigação de restituição, necessita ser reconhecido por linguagem competente emanada da autoridade competente. Ou seja, há a necessidade da veiculação de uma norma individual e concreta que, com fundamento de validade na Regra Matriz de Repetição do Indébito, descreva em seu antecedente o “fato jurídico-pagamento indevido” e prescreva em seu consequente o valor a ser restituído bem como os sujeitos que assumem os polos passivo e ativo desta nova relação jurídica.

---

<sup>152</sup> CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. Extinção da Obrigação Tributária: Compensação e Repetição do Indébito. *In Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho* / Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. – Rio de Janeiro: Forense, 2005, Pág. 383.

Cumpra ressaltar que, conforme se pode extrair do até aqui exposto, o antecedente da norma individual e concreta não apenas descreve o fato pagamento indevido, mas, a partir do seu ato de fala, constitui um novo sistema normativo ao eliminar aquela outra norma individual e concreta que, com fundamento na RMIT, constituiu o crédito tributário objeto do “pagamento indevido”.

#### 4.1.1

#### **Pagamento Indevido – Evento e Fato Jurídico**

No que tange ao fato “recolhimento indevido do tributo”, a doutrina tributária apresenta certa divergência sobre a significação da expressão “indébito tributário” ou “tributo indevido”. Sobre tal divergência doutrinária, adotar-se-á como referencial os posicionamentos de Paulo de Barros Carvalho e de Alfredo Augusto Becker a respeito da natureza jurídica do valor recolhido indevidamente pelo contribuinte com a intenção de dar cumprimento à obrigação jurídico-tributária, qual seja, a quitação de um suposto débito tributário. Adiante, faz-se mister enfrentar os seguintes questionamentos: o valor indevidamente pago pelo contribuinte pode ser encarado como “tributo indevido”? Não seria uma incoerência chamar de “indevido” o tributo já que todo tributo deve ser devido?

No entendimento de Alfredo Augusto Becker o chamado “tributo indevido”, não passa de uma prestação pecuniária de fato. Isto, pois, segundo conclusões que se tira das considerações do autor, não se poderia classificar como tributo a prestação de uma quantia que não preenche os requisitos legais da RMIT.<sup>153</sup>

Entretanto, segundo Paulo de Barros Carvalho, o pagamento indevido realizado pelo contribuinte possui natureza de tributo indevido, já que o ato perlocucionário do pagamento – seja por decorrência de lançamento, auto-lançamento ou decisão judicial – é realizado por imposição de uma relação jurídico-tributária constituída por uma norma individual e concreta tributária. Mesmo diante de uma irregularidade, a norma individual e concreta, até o momento do seu reconhecimento, possui validade e, apesar de relativa, deve ser reconhecida como norma existente no sistema normativo. Veja-se:

---

<sup>153</sup> BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do direito Tributário. 4ª Ed. São Paulo: Neoeses, 2007, págs. 608 à 614.

A importância recolhida a título de tributo pode ser indevida, tanto por exceder ao montante da dívida real quanto por inexistir dever jurídico de índole tributária. Surge, então a controvertida figura do tributo indevido, que muitos entendem não ser verdadeiramente tributo, correspondendo antes a mera prestação de fato. Não pensamos assim. As quantias exigidas pelo Estado, no exercício de sua função impositiva ou espontaneamente pagas pelo administrado, na convicção de solver um débito fiscal, têm a fisionomia própria das entidades tributárias, encaixando-se bem na definição do art. 3º do Código Tributário Nacional. A contingência de virem a ser devolvidas pelo Poder Público não as descaracteriza como tributo e para isso é que existem os sucessivos controles de legalidade que a Administração exerce e dos quais também participa o sujeito passivo, tomando a iniciativa ao supor descabido o que lhe foi cobrado, ou postulando a devolução daquilo que pagara indebitamente.<sup>154</sup>

O posicionamento de Paulo de Barros Carvalho guarda maior coerência com as premissas teóricas sobre a identificação dos fatos jurídicos e eventos, tal como expostos nos capítulos anteriores.

Com base nas considerações apresentadas alhures sobre a validade das normas no tempo, verifica-se que a norma válida é aquela que guarda relação de existência num dado sistema do direito positivo. Assim, a norma individual e concreta que constitui o crédito tributário (seja via lançamento, auto-lançamento ou decisão judicial) constitui, sobremaneira, o tributo. Destarte, a relação jurídico-tributária que a pressupõe é presumidamente válida e possui natureza jurídica tributária, pois fundada na RMIT, mesmo diante da possibilidade de ser excluída por norma de nulidade futura pautada no reconhecimento de alguma irregularidade no processo de sua enunciação, dada a relatividade de sua constitucionalidade. Assim, até que seja desconstituído pela norma individual e concreta de repetição do indébito tributário, o crédito constituído e pago é tributo e permanece válido no sistema normativo sob a égide do qual foi criado.

Destarte, tal entendimento deve ser abalizado pelos requisitos formais (relativos ao processo de enunciação da norma) e materiais (relativos à pertinência semântica com relação à norma geral e abstrata) de validade da norma individual e concreta que constitui o tributo (aqui entendido como crédito tributário).

A norma individual e concreta do crédito tributário, quando ingressa no sistema, é considerada válida, pois, presume-se que na sua subsunção tenha obedecido a pertinência material e o procedimento competente por parte de

---

<sup>154</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, págs. 491 à 492.

autoridade também competente. Como a linguagem disposta na norma individual e concreta, mesmo quando não obedece aos critérios de validade, só pode ser desconstituída por uma linguagem de sobre-nível, sua validade permanece enquanto não for desconstituída por uma segunda norma: a norma individual e concreta da repetição do indébito tributário. Sendo assim, a primeira norma estabelece um “tributo” e a segunda (de sobre-nível), quando a desconstitui, estabelece um “indébito tributário”, ambos de natureza tributária.

Na sua facticidade, o pagamento indevido é o pressuposto para a repetição do indébito tributário, seja por erro de subsunção do fato à RMIT, seja, como será visto adiante, por decorrência dos efeitos de uma norma de nulidade sobre a RMIT que confere fundamento ao crédito tributário: a declaração de inconstitucionalidade da RMIT no plano abstrato. No entanto, é preciso identificar, no deslinde do processo de positivação da RMIT, quando o pagamento deixa de ser “devido” para se tornar “indevido” no sistema normativo. Isto requer uma distinção sobre a compreensão do indébito tributário enquanto “evento-pagamento indevido” e enquanto “fato jurídico-pagamento indevido”.

Pois bem, num primeiro momento, o pagamento realizado de acordo com a norma individual e concreta de constituição do crédito tributário é devido, pois, tal norma é válida – ainda que presumida e precariamente – por ter sido veiculada por agente competente (Estado-Administração via lançamento tributário ou Estado-Juiz via decisão judicial). Portanto, o ato de fala materializado no recibo do pagamento existe no sistema normativo, até então, como fato jurídico de pagamento devido do tributo.

O evento-pagamento indevido não passa de um acontecimento no mundo fenomênico e, portanto, por si só, não torna indevido o pagamento do tributo, mesmo que tal evento encontre correspondência nos critérios hipotéticos do antecedente da norma geral e abstrata da repetição do indébito tributário (aquela que se extrai do art. 165 do CTN). É, ainda, pagamento de tributo devido por ter sido realizado como prescreve a norma individual e concreta de constituição do crédito tributário, mesmo que de validade seja relativa.

Neste ínterim, abre-se um parêntese para se fazer a distinção entre o pagamento por lançamento realizado pelo fisco e os realizados espontaneamente pelo contribuinte, mas sujeitos à homologação do fisco.

A norma extraída a partir do inc. VII do art. 156 do CTN dispõe que o pagamento antecipado corroborado pela homologação do “lançamento” – para este caso preferimos o termo lançamento por homologação ou autoimposição com fulcro nas lições de CERQUEIRA que serão apresentadas adiante – feito pela autoridade competente, tem o condão de extinguir a relação jurídico tributária. Veja-se o disposto no referido inciso:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

Entretanto, há que se fazer uma observação: o ato do pagamento efetuado pelo contribuinte, isoladamente, não é modo de extinção do débito tributário como sugere o §1º do art. 150 do CTN. Ou seja, ainda não é pagamento devido. Vejamos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A análise sistemática e a compreensão lógica das expressões empregadas pelo legislador sugerem que a extinção de uma obrigação sujeita ao pagamento pela autoimposição (lançamento por homologação) somente se revela pelo decurso de um procedimento que se inicia com o pagamento antecipado do valor relativo ao tributo, juntamente com o fornecimento, por parte do sujeito passivo (contribuinte), de informações que permitam a identificação dos critérios da regra-matriz, encerrando-se pela homologação da autoridade competente (sujeito ativo), de modo que tal homologação pode ser expressa ou tácita (quando do decurso do prazo de 5 anos sem a ocorrência da homologação).



Sendo assim, o ato isolado do pagamento antecipado é condição suspensiva da exigibilidade do crédito tributário e não resolutive como sugere o § 1º do art. 150 do CTN.

Destas considerações podemos concluir com Marcelo Fortes de Cerqueira que o evento-pagamento indevido (ou fato jurídico pagamento devido), surge em momentos distintos a depender do tipo de lançamento que constitui o crédito tributário. No caso do lançamento iniciado por ato administrativo (lançamento), com fundamento no inc. I do art. 156 do CTN, o “evento-pagamento indevido” surge no pagamento. Já em relação ao pagamento antecipado, com fulcro no inc. IV, art. 156 do CTN, em lançamento realizado pelo contribuinte e sujeito à homologação (autoimposição), o “evento-pagamento indevido” surgiria com a sua homologação, expressa ou tácita, pelo fisco. Vejamos as considerações de CERQUEIRA:

...nos tributos subordinados ao ato administrativo de lançamento, a extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, I do CTN, opera-se no instante mesmo em que é realizado o pagamento, sem necessidade de qualquer homologação posterior. Neste caso, em sendo indevido o pagamento do contribuinte, ter-se-á imediatamente o nascimento da obrigação efectiva de devolução e o início do cômputo dos prazos de decadência e de prescrição para exercício do direito à repetição. Por sua vez, a teor do art. 156, VII do CTN, nos tributos sujeitos ao ato de auto-imposição tributária, o pagamento (bem como o lançamento) somente se completa com o *factum* da homologação expressa ou tácita do pagamento antecipado. O evento pagamento indevido e a obrigação efectiva de devolução do indébito, nestas situações, somente têm por concretizados quando do implemento da homologação expressa ou tácita do pagamento antecipado realizado pelo contribuinte. Logo, nos tributos sujeitos à auto-imposição, o termo inicial dos prazos de decadência e de prescrição do direito à repetição só ocorre com o advento da homologação tácita ou expressa do pagamento antecipado; no mesmo instante em que surge o evento do pagamento indevido, extingue-se a obrigação tributária infra-normativa, e nasce a obrigação efectiva de devolução do indébito.<sup>155</sup>

Adiante, haverá o “fato jurídico-pagamento indevido” num segundo momento, quando o evento é reconhecido no antecedente da norma individual e concreta da repetição do indébito tributário, cujo conseqüente é a desconstituição daquela norma individual e concreta que constituiu o crédito objeto de pagamento. Noutra giro, é com a veiculação da norma individual e concreta da repetição de indébito tributário que o fato jurídico-pagamento indevido passa a existir no

<sup>155</sup> CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de Uma Teoria**. Max Limonad: São Paulo, 2000, págs. 365 à 366.

sistema do direito positivo. Com isso, surge o dever jurídico do Estado-Administração de restituir o valor pago indevidamente a título de tributo.

Destarte, o pagamento indevido enquanto fato jurídico, neste caso, é consequência lógica do processo de positivação da norma geral e abstrata de repetição de indébito dada sua aplicação ao caso concreto.

Com efeito, assim como na constituição do crédito tributário, a sua desconstituição via norma individual e concreta de repetição do indébito pode encontrar suporte físico: 1) em decisão administrativa, quando a anulação do lançamento se dá pelo próprio Fisco; 2) em invalidação do lançamento, quando a iniciativa ocorre pelo próprio contribuinte e se sujeita à homologação do Fisco; e 3) por decisão judicial que julga procedente a ação de repetição de indébito tributário.

Neste sentido, cumpre colacionar as considerações de Paulo de Barros Carvalho:

Convém registrar, nesta oportunidade, que para o pagamento indevido assumir a feição de fato jurídico, deve ser relatado no antecedente de norma individual e concreta, vindo objetivado, no seu consequente, o liame que comporta o débito do Fisco. Três são as formas pelas quais a constituição do débito do Fisco pode ocorrer: (i) invalidação do lançamento; (ii) decisão administrativa; e (iii) decisão judicial. Ainda quando houver autorização em lei, o próprio contribuinte pode fazê-lo, ficando a constituição do débito do Erário, nesse caso, sujeita à fiscalização e ulterior homologação pela autoridade administrativa.<sup>156</sup>

Portanto, é com o reconhecimento do fato jurídico-pagamento indevido no antecedente normativo que surge o dever jurídico do Fisco de restituir o indébito tributário ao contribuinte. Se por decorrência do “fato pagamento” Fisco e contribuinte encontram-se, respectivamente, como sujeito ativo e sujeito passivo da relação jurídico-tributária, no reconhecimento do “fato pagamento indevido”, opera-se uma inversão dos polos na nova relação jurídica obrigacional: o Fisco figura no polo passivo e o contribuinte no polo ativo.

---

<sup>156</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, pág. 475.

#### 4.1.2

### **As hipóteses de Responsabilidade, Substituição e Solidariedade na Repetição do Indébito Tributário – O Critério Subjetivo do Consequente da Regra Matriz de Repetição do Indébito**

Na formação da relação jurídico-tributária, o enunciado do inc. II do parágrafo único do art. 121 do CTN prevê o instituto da responsabilidade tributária como espécie de sujeição passiva indireta ao dispor que a lei, de maneira expressa, poderá estabelecer que um terceiro indiretamente vinculado ao fato gerador poderá ocupar o polo passivo da obrigação tributária em substituição ao contribuinte (aquele que realizou o evento tributário impositivo que pode ser subsumido na RMIT).

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Em seguida dispõe o art. 128 do CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Assim, com a incidência do pressuposto fático da responsabilidade tributária, onde ocorre a troca do sujeito passivo do contribuinte pelo responsável, observa-se uma só relação jurídica entre o responsável (sujeito passivo) e fisco (sujeito ativo), de modo a romper o nexo de relação obrigacional entre o contribuinte e o fisco.

Desta forma resta evidente que na ocorrência do evento do pagamento indevido, o sujeito ativo da regra matriz de indébito tributário – que possui legitimidade para reclamar o direito de restituição do valor pago indevidamente –

é o responsável tributário pelo pagamento indevido, pois foi ele que figurou como sujeito passivo da relação jurídico-obrigacional indevidamente constituída.

Neste ponto cumpre trazer a colação de CERQUEIRA:

Com sustentáculo do mencionado acima, o Código Tributário Nacional, em seu art. 128, prevê que: “sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”. Mais adiante, nos arts. 129 a 138, a lei geral tributária prevê três espécies de responsabilidade: a dos sucessores, a de terceiros e a por infrações. Ante o exposto, resta claro que, concretizado o evento do pagamento indevido pela figura do responsável tributário, é a este que remanesce o direito à repetição do indébito, uma vez que o responsável substitui o contribuinte no pólo passivo da obrigação tributária.

Portanto, a condição de devedor da dívida tributária decorrente da concretização do evento jurídico da responsabilidade justifica a deste como titular do direito à repetição do indébito. Disso se deduz que a titularidade do direito à devolução não está, necessariamente vinculada à realização do evento imponible.<sup>157</sup>

Outra hipótese a ser analisada com cautela é a da responsabilidade por substituição tributária prevista em lei nos termos do art. 45 do CTN. Neste caso a legislação atribui a um terceiro, que possua posição jurídica privilegiada, o dever de efetuar o pagamento referente à obrigação tributária devida pelo sujeito passivo que realiza o fato gerador do tributo. Entretanto a substituição ocorre sem romper o nexo de causalidade entre o contribuinte e o objeto da relação jurídica, pois o pagamento é efetuado por terceiro, porém com recursos do próprio contribuinte (o que realiza o evento imponible – “fato gerador”). É o caso da retenção de tributo pelo sujeito que é fonte pagadora do contribuinte, a exemplo do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF).

Veja-se o disposto no parágrafo único do art. 45 do CTN:

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

<sup>157</sup> CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de Uma Teoria**. Max Limonad: São Paulo, 2000, págs. 376 à 377.

Desta forma, a relação jurídica do contribuinte perante o fisco somente se extingue com o cumprimento da obrigação por parte do substituto. Cumpre ressaltar que neste caso o substituto (a exemplo da fonte pagadora) apenas possuirá legitimidade passiva para exigir o direito de repetição do indébito caso tenha retido quantia correta do contribuinte, porém recolhido com seus próprios recursos valor indevido ao fisco, a exemplo de um pagamento em duplicidade ou oriundo de erro, porém, sem a redução patrimonial do contribuinte (sujeito passivo). O valor a mais pago pelo substituto desde que não retido do contribuinte poderá ser objeto de restituição pelo substituto.

Já o sujeito passivo, enquanto contribuinte, terá legitimidade para pleitear a repetição do indébito, caso o valor retido de seu patrimônio por terceiro e repassado ao Fisco seja indevido. Nesta toada, novamente, cumpre trazer a baila as lições de CERQUEIRA:

Em suma: nas hipóteses de pagamento indevido relacionadas com o fenômeno da substituição tributária, a regra é a de que o titular do direito à repetição do indébito é o substituído, sujeito passivo da obrigação tributária, à custa de quem é realizado o pagamento pelo substituto, no cumprimento de deveres instrumentais. Apenas em situações excepcionais, em que o substituto desconta os valores corretos do sujeito passivo mas realiza um recolhimento a maior com recursos próprios, é que terá ele direito à repetição do indébito.<sup>158</sup>

Há que se levar em consideração, ainda, a questão da solidariedade sobre a sujeição passiva na relação jurídico-tributária. Assim dispõe o art. 124 do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Com relação à restituição do indébito tributário, possui legitimidade de pleitear a restituição somente aquele que de fato efetuou o pagamento do tributo que fora considerado indevido posteriormente pela norma jurídica individual e concreta. Outrossim, haverá solidariedade no polo ativo da repetição do indébito nos casos em que todos os obrigados solidários efetuaram o pagamento indevido.

<sup>158</sup> CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de Uma Teoria**. Max Limonad: São Paulo, 2000, págs. 378 à 379.

### 4.1.3

#### **As Normas de Decadência e Prescrição sobre a Repetição do Indébito Tributário**

No ordenamento jurídico brasileiro, comportadas certas exceções, as normas individuais e concretas devem ser constituídas dentro de determinados lapsos temporais para que não se perdue de forma indefinida no tempo a possibilidade de constituição e a exigibilidade (via ação judicial) de obrigações fundadas nas normas gerais e abstratas. Esses limites temporais para a constituição e exigibilidade dos direitos subjetivos são regulados pelas normas de prescrição e decadência que em seu antecedente elegem um lapso temporal e a ocorrência de um evento como termo inicial para a sua fluência. O consequente da norma de decadência e prescrição é a impossibilidade de constituição ou de se pleitear judicialmente o direito subjetivo.

Assim ocorre em relação ao direito subjetivo de repetição do indébito tributário cuja norma de prescrição e decadência encontra suporte no dispositivo do art. 168 do CTN:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3º da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Nota-se que o art. 168 do CTN impõe norma limitadora que prescreve o lapso temporal de 5 (cinco) anos a contar do pagamento (“evento-pagamento indevido”), enquanto extinção do crédito tributário, para se postular o reconhecimento do direito subjetivo ao indébito tributário, tanto no que se refere ao exercício de pleito administrativo (perante o Estado-Administração) quanto ao exercício de pleito judicial (perante o Estado-Juiz). Assim sendo, pode-se concluir com CERQUEIRA que tanto a prescrição quanto a decadência – no caso da iniciativa do contribuinte para constituição da norma individual e concreta de repetição do indébito –, se submetem ao mesmo termo inicial do prazo de 5

(cinco) anos, tal qual, a data do pagamento indevido. Ou seja, o prazo de prescrição e decadência fluem concomitantemente por possuírem o mesmo termo inicial e final, sendo ambas causas extintivas da repetição do indébito. Assim, classificar como prazo decadencial ou prescricional a fluência de tal lapso temporal depende do referencial a ser adotado no que diz respeito ao órgão julgador do pedido.

Se o referencial for o pleito administrativo de repetição de indébito realizado pelo contribuinte perante o órgão fiscal, trata-se de prazo decadencial, pois, neste caso se busca o reconhecimento do indébito e a devolução do valor pago indevidamente sem a prestação de tutela jurisdicional.

No entanto, levando-se em referencia o pleito proposto perante o Estado-Juiz, mediante tutela jurisdicional, a fluência do prazo de 5 (cinco) anos para a propositura da ação de repetição do indébito tributário configura perda do direito de ação pela fluência do prazo prescricional. Neste sentido explica CERQUEIRA:

Da análise do artigo em tela, pode-se verificar que a caducidade, ou mesmo a prescrição alcançam conjuntamente tanto o direito de postular a repetição (instrumental) quanto o próprio direito à repetição (de ordem material). Em ambas as hipóteses, são elas causas extintivas apenas da obrigação de repetição do indébito efectual, impedientes do surgimento da obrigação intra-normativa. Como a caducidade e a prescrição somente atingem o primeiro vínculo de devolução, tem-se que o particular que realizou o evento do pagamento indevido possui o prazo decadencial de cinco anos para pleitear, na via administrativa, o reconhecimento do indébito, e paralelamente, mantém o prazo prescricional também de cinco anos para postular judicialmente o reconhecimento formal do pagamento indevido. Os dois prazos correm conjuntamente, e se até o seu termo final não for postulada a veiculação administrativa ou judicial da norma individual e concreta da repetição, o direito à devolução não se efetivará, sendo atingido ao mesmo tempo pela decadência e pela prescrição. É inevitável a separação dos dois prazos justamente porque descabe falar em prazo prescricional diante da esfera administrativa, onde inexistente exercício da função jurisdicional.<sup>159</sup>

Com a publicação da Lei Complementar 118/2005, mesmo no caso do lançamento por autoimposição (ou lançamento sujeito à homologação), o termo inicial para a contagem do prazo prescricional/decadencial passou a ser a data do recolhimento aos cofres públicos do valor referente ao tributo, mesmo que sobre a realização de tal obrigação tributária ainda esteja pendente o ato de homologação

<sup>159</sup> CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébitos Tributário – Delineamentos de uma Teoria**. Max Limonad: São Paulo, 2000, pág. 362.

tácito ou expresso do Estado-Administração para extinguir o crédito tributário, com é o caso da autoimposição. Neste sentido cumpre trazer a colação o art. 3º da Lei Complementar em questão:

LC 118/2005 – Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

No entanto, cumpre esclarecer que nem sempre foi assim. Antes da vigência da norma veiculada pela Lei Complementar nº. 118/2005, pairava na doutrina e na jurisprudência uma divergência a respeito do termo inicial do lapso decadencial/prescricional dos tributos cujo pagamento se sujeita a homologação (lançamento por autoimposição).

Uma das teses apontava como termo inicial do prazo de 5 anos para repetição do indébito tributário o ato de recolhimento, por parte do contribuinte, aos cofres públicos do valor do tributo, mesmo que ainda pendente de homologação tácita ou expressa por parte do fisco a fim de consolidar o pagamento e por fim à obrigação tributária.

A tese oposta apontava o ato do Estado-Administração de homologação do pagamento realizado pelo contribuinte, de forma tácita ou expressa, como evento que demarcava o termo inicial do lapso temporal do prazo decadencial/prescricional. Essa tese ficou vulgarmente conhecida nos julgados dos tribunais superiores como tese dos 5+5, já que, nos casos de homologação tácita, da data do recolhimento do valor até o termo final do prazo prescricional/decadencial passam-se 10 (dez) anos, sendo 5 (cinco) anos entre a data de recolhimento do tributo e a homologação por omissão, e mais 5 (cinco) anos para propositura da ação de repetição do indébito tributário.

De acordo com as considerações tecidas sobre o “evento pagamento” dos tributos sujeitos à autoimposição, vide tópico 4.1.1., a segunda tese possui maior pertinência no sistema normativo anterior à veiculação da Lei Complementar 118/2005, já que nesses casos o ato de o contribuinte recolher o valor aos cofres públicos não põe fim à obrigação tributária por ainda estar pendente o ato administrativo de homologação. De tal forma tal ato do contribuinte ainda não pode ser considerado propriamente “pagamento”, enquanto causa extintiva do



crédito tributário. Enquanto não houver homologação ainda não há extinção do crédito.

Com fundamento nessas considerações, foi acertado o posicionamento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) que na época pôs fim à divergência jurisprudencial no recurso repetitivo de controvérsia, REsp 1.269.570/MG. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. 1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior. 2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005). 3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN. 4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012)

Com a publicação da Lei Complementar nº. 118/2005, passado o seu respectivo período de *vacatio legis* de 120 dias (a partir de 9 de junho de 2005), houve uma modificação no critério hipotético de identificação do termo inicial do prazo prescricional/decadencial da repetição do indébito em relação aos tributos

de lançamento sujeito à homologação. Se antes o termo inicial era o evento “pagamento homologado tácita ou expressamente” – o que prescindia um ato do Estado que extingua o crédito tributário –, com a vigência da nova norma o termo inicial prescricional/decadencial passa a ser o “pagamento”, não o que põe fim ao crédito, mas, enquanto ato de recolhimento, pelo contribuinte, do valor do tributo aos cofres públicos. Sendo assim, com a Lei Complementar 118/2005, antes mesmo da extinção do crédito tributário abre-se o prazo para propositura da ação de repetição do indébito tributário.

Apresentadas as regras de prescrição e decadência, passar-se-á adiante à discussão sobre o ponto fulcral do presente estudo que é a divergência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a influência da decisão de inconstitucionalidade da RMIT sobre a constituição das normas individuais e concretas de repetição do indébito tributário.

## 4.2

### **As Decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o Termo Inicial da Contagem do Prazo Prescricional da Repetição de Indébito Tributário nos casos de RMIT Declarada Inconstitucional em ADI ou ADC**

No tópico 3.2.3.3. pôde-se concluir que a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato exercido pelo STF, a rigor, representa no ordenamento jurídico algo mais do que uma mera declaração enquanto descrição informativa de um fato. Com arrimo na teoria dos atos de fala, trata-se de uma típica situação em que o “dizer” é “fazer”.

Ao declarar a inconstitucionalidade da RMIT, o STF, acaba por constituir um novo estado legal. Ao por termo final ao intervalo de validade (IV) e ao intervalo de vigência (IVi) da norma objeto de controle, encerra-se um sistema de direito positivo (SDP<sub>1</sub>) e dá-se início a outro (SDP<sub>2</sub>), sendo que neste novo sistema não encontra-se contida a norma tributária geral e abstrata declarada inconstitucional.

Viu-se ainda que, no entanto, o encerramento dos intervalos de validade e vigência (IV e IVi) da RMIT, como decorrência da “declaração de sua inconstitucionalidade”, não resulta na retirada da validade da norma por completo, mesmo nos casos de adoção de efeito *ex tunc*, já que, enquanto os créditos

tributários constituídos com fundamento na RMIT declarada inconstitucional não forem desconstituídos por normas individuais e concretas de repetição do indébito tributário (linguagem de sobre-nível), mantem-se no passado a validade da referida RMIT.

Outrossim, o decurso do prazo decadencial e prescricional para veiculação da norma individual e concreta da repetição do indébito tributário funciona como mecanismo normativo que impede a desconstituição dos créditos tributários constituídos com fundamento em RMIT declarada inconstitucional, mantendo, pois, sua validade no passado (época de constituição do crédito em seu intervalo de subsunção – IS).

Diante de tais considerações sobre como a teoria normativa pode ser utilizada para estabelecer premissas de validade, vigência e eficácia das normas no tempo diante do vício da inconstitucionalidade, é chegado o momento de elucidação de uma questão que é motivo de divergências na doutrina e nos julgados do STJ: a declaração de inconstitucionalidade da RMIT em sede de controle concentrado e abstrato (ADI ou ADC) pode ser subsumida como fato jurídico capaz de reabrir o prazo prescricional/decadencial de repetição do indébito tributário para desconstituição dos créditos que derivam da referida RMIT?

Em pesquisa sobre a questão nos julgados dos tribunais superiores, observa-se que no Superior Tribunal de Justiça o tema fora exaustivamente debatido.

Percebe-se que durante algum tempo a insegurança jurídica pairava sobre o deslinde dos conflitos que envolviam a repetição de indébito tributário nos casos de declaração de inconstitucionalidade da RMIT por parte do STF. Isto, por conta da multiplicidade de decisões em sentidos opostos emanadas das turmas de direito público do STJ. A divergência observada nos julgados levou à veiculação de Recurso Especial Representativo de Controvérsia de nº. 1.110.578/SP, pelo rito do art. 543-C do CPC, cujo objetivo é a uniformização da jurisprudência do tribunal superior.

A partir deste ponto, passar-se-á a analisar as divergências nos julgados da primeira e da segunda turma de direito público do Superior Tribunal de Justiça a fim de auferir se o deslinde da controvérsia jurisprudencial se adequa às teorias até aqui aduzidas. Ademais, tem-se como objetivo apresentar os problemas de

uma compreensão equivocada – sob o ponto de vista normativo – dos efeitos das normas de nulidade sobre a validade, a vigência e a eficácia das normas objeto de controle de constitucionalidade.

Conforme se depreende dos acórdãos prolatados nos processos REsp 75.006/PR, REsp 69.233/RN, EREsp 43.502/RS, REsp 266.889/SP, AgRg/AG 317.687/SP, AgRg/REsp 256.344/DF, REsp 250.753/PE, AgRg no Ag 803.662/SP, REsp 947.233/RJ e AgRg no REsp 759.776/RJ, REsp 857.464/RS e AgRg no REsp 1.072.339/SP, tramitados nas turmas de direito público do STJ, observa-se o entendimento de que o prazo prescricional/decadencial para a desconstituição dos créditos tributários via repetição de indébito possuía como termo inicial a extinção do crédito tributário pelo seu pagamento. Assim, de acordo com tal posicionamento, nos casos de tributos submetidos ao lançamento de ofício, o evento pagamento, enquanto extinção da obrigação tributária, consubstanciava-se num único ato de recolhimento do tributo aos cofres públicos. Já nos casos dos tributos cujo lançamento se sujeita à homologação do fisco, o prazo prescricional/decadencial para pleitear a repetição do tributário iniciava-se, não na data do evento recolhimento aos cofres públicos, mas na data da homologação expressa ou tácita pelo decurso de 5 (cinco) anos.

Desta forma, no caso de homologação tácita, entre a data do ato de recolhimento do tributo aos cofres públicos o termo final do prazo prescricional, conforme já visto, decorrem-se 10 (dez) anos, de modo que os últimos 5 (cinco) anos representam o lapso temporal do prazo prescricional/decadencial para a desconstituição do crédito tributário. Como já visto, esta tese ficou conhecida como tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), já que o Estado administração possuía 5 (cinco) anos para dar quitação ao débito fiscal, e, encerrando-se tal prazo, iniciava-se o prazo de mais 5 (cinco) anos para que o contribuinte pudesse pleitear a repetição do eventual indébito tributário.

Insta sopesar que, de acordo com os fundamentos dos julgados supramencionados, a declaração de inconstitucionalidade da RMIT pelo STF não tinha o condão de alterar a fluência do prazo prescricional/decadencial de desconstituição das normas individuais e concretas que veicularam os créditos tributários fundados na norma declarada inconstitucional no seu intervalo de subsunção (IS).

Já o entendimento pautado nos processos REsp 220.469/AL, REsp 209.903/AL, EREsp 43.205/RS e AgRg/REsp 252.846/DF, AgRg no REsp 267.718/DF, REsp 555.058/PE e REsp 534.986/SC, diverge da tese exposta anteriormente ao levar em consideração outro evento capaz de reabrir o prazo decadencial/prescricional, mesmo após decorridos 5 (cinco) anos do pagamento do crédito tributário, tal qual, a declaração de inconstitucionalidade da RMIT que confere fundamento de validade ao crédito tributário pago, por decisão do STF, **1)** seja em controle abstrato e concentrado – via ADI e ADC, com o trânsito em julgado da decisão; **2)** seja pela publicação da resolução do Senado Federal suspendendo a lei declarada inconstitucional em controle concreto pelo STF nos termos do art. 52, inc. XI da Constituição Federal<sup>160</sup>.

No entanto, conforme exposto no tópico anterior, nota-se, a partir do texto do art. 168 do CTN, que dentre os eventos eleitos para marcar o termo inicial do prazo de prescrição e decadência da repetição do indébito tributário, não consta menção, tácita ou expressa, à declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Sendo assim, resta investigar, a partir das decisões do STJ, qual o fundamento para a consideração da declaração de inconstitucionalidade em ADI/ADC, e da resolução do Senado nos termos do art. 52, X da CRFB/1988 como fatos jurídicos capazes de reabrir o prazo prescricional/decadencial da repetição do indébito tributário?

Veja-se a ementa do acórdão prolatado no REsp 534.986/SC que melhor representa os fundamentos da interpretação jurisprudencial acima exposta:

RECURSO ESPECIAL - RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF - PRESCRIÇÃO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS - TERMO A QUO - RESOLUÇÃO N. 14/95 DO SENADO FEDERAL - OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa do Poder Público, e não de indébito tributário. Com efeito, aquela lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido.

No sempre acatado magistério de Pontes de Miranda, “não se declara inconstitucionalidade decreta-se, porque a eficácia preponderante da decisão é constitutiva negativa, pois quem fez a lei, o decreto-lei, o decreto, o regulamento,

<sup>160</sup> Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal:*

*X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

ou qualquer outra fonte de direito, com infração da Constituição, nulamente legislou” (in “Comentários ao Código Processo Civil”, Forense, Rio de Janeiro, 1975, VI, p. 43). Afastada a contagem do prazo prescricional/decadencial para repetição do indébito tributário previsto no Código Tributário Nacional, tendo em vista que a prestação pecuniária exigida por lei inconstitucional não é tributo, mas um indébito genérico contra a Fazenda Pública, aplica-se a regra geral de prescrição de indébito contra a Fazenda Pública, prevista no artigo 1º do Decreto n. 20.910/32.

Nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal declare em controle concentrado a inconstitucionalidade da lei cuja execução já havia sido suspensa por Resolução do Senado Federal, o prazo para requerer a restituição/compensação do tributo declarado inconstitucional deve ter início com a data da publicação da aludida Resolução, e não do trânsito em julgado da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

Dessa forma, o termo a quo para restituição/compensação da contribuição previdenciária sobre avulsos, autônomos e administradores deve ser contado a partir da Resolução do Senado Federal n. 14/95, que, anteriormente ao julgamento, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, da ADIN n. 1.102/DF (julgada em 05.10.95, DJ de 17.11.95, com trânsito em julgado em 13.12.95), suspendeu a execução da expressão “avulsos, autônomos e administradores” (art. 3º, I, da Lei n. 7.787/89), declarada inconstitucional pela Excelsa Corte em controle difuso de constitucionalidade (RE n. 177.296/RS, DJ de 09.12.94).

Ocorrência de prescrição na espécie, pois a ação foi ajuizada em 18.12.2000 e a Resolução n. 14 do Senado Federal foi publicada no DOFC de 28.04.1995. Diverge-se do voto da insigne Relatora para dar provimento ao recurso especial. (REsp 534.986/SC, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJe 15/03/2004).

Com efeito o primeiro fundamento que levou à conclusão pela reabertura do prazo decadencial/prescricional pela decisão de inconstitucionalidade da RMIT, leva em consideração que “*a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa do Poder Público, e não de indébito tributário.*” Entretanto tal consideração não coaduna com as premissas adotadas no tópico 4.1.1. sobre o pagamento indevido a título de tributo, com arrimo nas lições de Paulo de Barros Carvalho.

Conforme exposto alhures, o pagamento realizado pelo contribuinte com o objetivo de por fim a uma obrigação jurídico-tributária, mesmo que constituída de forma irregular, não se desnaturaliza como tal, ou seja, não deixa de ser tributária, pois o ato perlocucionário de pagamento decorre de uma imposição resultante da formação de uma relação jurídico-tributária veiculada por norma tributária individual e concreta. Mesmo diante de uma irregularidade no fundamento de validade da norma individual e concreta, esta mantém-se válida (no sentido de

existente) no sistema normativo até que seja desconstituída por outra norma individual e concreta, a da repetição do indébito.

Outro fundamento previsto no acórdão em comento consiste em considerar que a “*lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido.*” Como visto no tópico sobre os efeitos das normas de nulidade veiculadas pelo STF em sede de ADI e ADC (tópico 3.2.3.3.), tal premissa não é verdadeira dada a impossibilidade de se desconsiderar automaticamente as normas individuais e concretas constituídas sob a égide da RMIT antes de sua declaração de inconstitucionalidade (no seu intervalo de subsunção). Viu-se que declarar a inconstitucionalidade da RMIT com base em vícios de validade (no antecedente da norma de nulidade do STF) não pode se confundir com o consequente normativo que prescreve a desconstituição das normas individuais e concretas constituídas sob sua égide por outras normas individuais e concretas o que, por sua vez, se submete a certos limites temporais como o da prescrição e decadência. A declaração de inconstitucionalidade da RMIT não confere ao contribuinte a restituição automática do crédito pago indevidamente a título de tributo, é preciso o reconhecimento do “fato jurídico-pagamento indevido” na veiculação da norma individual e concreta de repetição do indébito. Por isso, pôde-se concluir que, sob o ponto de vista sistêmico, a inauguração de um novo sistema normativo (SDP<sub>2</sub>) não apaga do passado o sistema anterior (SDP<sub>1</sub>).

Assim, nota-se que a interpretação exposta no acórdão prolatado no REsp 534.986/SC, com adoção da declaração de inconstitucionalidade da RMIT pelo STF (via decisão transitada em julgado em ADI/ADC e a Resolução do Senado com base no art. 52, X da CRFB/1988) como fato jurídico que estabelece novo termo inicial do prazo prescricional/decadencial para repetição do indébito está pautado em premissas equivocadas sobre o direito na sua perspectiva normativa e sistêmica.

Outrossim, este entendimento jurisprudencial restou vencido no Recurso Especial representativo de controvérsia REsp. 1.110.578/SP que, ao por um ponto final em relação à divergência dos julgados do STJ, manteve a interpretação no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF, seja em controle abstrato e concentrado, seja em controle concreto e difuso, não possui o

condão de reabrir o prazo decadencial/prescricional para repetição do indébito tributário. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDEBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO. 1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c artigo 156, inciso I, do CTN. (Precedentes: REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; AgRg no REsp 759.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009; REsp 857.464/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009; AgRg no REsp 1072339/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009; AgRg no REsp. 404.073/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJU 31.05.07; AgRg no REsp. 732.726/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJU 21.11.05) 2. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício. (Precedentes: EREsp 435835/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 04/06/2007; AgRg no Ag 803.662/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/12/2007) 3. *In casu*, os autores, ora recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.110.578/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010).

Com efeito, a decisão do STJ mostra-se condizente com as premissas aduzidas nos tópicos anteriores a respeito dos efeitos da decisão de mérito em ADI e ADC sobre a desconstituição das normas individuais e concretas fundadas na RMIT declarada inconstitucional.

Por fim, nota-se como o equívoco na compreensão sobre a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas pode levar a uma aplicação equivocada do consequente normativo das normas de nulidade – em especial as emanadas do STF – sobre as normas gerais e abstratas – em especial a Regra Matriz de



Incidência Tributária, gerando longos períodos de instabilidade e insegurança jurídica.

## Conclusão

O objetivo do presente trabalho foi identificar os efeitos do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato no exercício da jurisdição constitucional realizada pelo STF sobre o controle de constitucionalidade difuso e concreto por via incidental exercido mediante prestação de tutela jurisdicional na solução de conflitos (lide) deduzidos em juízo nos diversos órgãos do poder judiciário, especialmente em matéria tributária.

Mais especificamente, cuidou-se da identificação dos efeitos das normas de nulidade veiculadas pelo STF, no intuito de se estabelecer os limites sobre a possibilidade de desconstituição das normas individuais e concretas constituidoras de créditos tributários com fundamento de validade em Regra Matriz de Incidência Tributária declarada inconstitucional em sede de ADI e ADC pela referida Corte Constitucional.

Viu-se que, em razão da incidência não automática das decisões de mérito do STF em ADI e ADC, o seu efeito *erga omnes* e sua eficácia vinculante operam-se de modo que a desconstituição do crédito tributário, no caso da declaração de inconstitucionalidade da RMIT que lhe confere fundamento, ocorre (dentre outras formas) mediante reconhecimento do “fato jurídico-pagamento indevido” no antecedente da norma individual e concreta de repetição do indébito tributário, veiculada após processo de tutela jurisdicional ou administrativa, cujo consequente é a constituição do direito subjetivo do contribuinte à restituição do indébito tributário por parte do Estado-Administração. Outrossim, a norma individual e concreta da repetição do indébito possui fundamento na Regra Matriz da Repetição do Indébito enquanto norma geral e abstrata extraída dos dispositivos do Código Tributário Nacional, conforme exposto no tópico 4.1.

Por conseguinte, pôde-se observar que o sistema normativo estipula prazo decadencial e prescricional para desconstituição dos créditos tributários e constituição do direito subjetivo do contribuinte de repetir o tributo pago indevidamente perante o fisco. Tais prazos, como se observou a partir do art. 168 do CTN, iniciam-se na data dos eventos “pagamento do crédito tributário” ou “trânsito em julgado de decisão judicial que reverta decisão condenatória”,

enquanto termo inicial para a fluência do lapso temporal preclusivo de 5 (cinco) anos.

No entanto, mostrou-se que por alguns anos a jurisprudência divergia sobre a questão que envolve a possibilidade de reabertura do prazo decadencial/prescricional da repetição do indébito na ocorrência de um novo evento, a declaração de inconstitucionalidade da RMIT via ADI ou ADC.

Viu-se que o estado de insegurança jurídica instaurado pela divergência jurisprudencial deu-se por fundamento na tese do acórdão paradigma veiculado no REsp 534.986/SC que admitia a reabertura do prazo prescricional/decadencial a partir do trânsito em julgado da ADI ou ADC que declara a RMIT inconstitucional, mesmo não havendo qualquer menção no art. 168 do CTN, por pautar-se na premissa de que a *“lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido.”* Entretanto, como visto no tópico 3.2.3.3., tal premissa não é verdadeira dada a impossibilidade de se desconsiderar automaticamente as normas individuais e concretas constituídas sob a égide da RMIT antes de sua declaração de inconstitucionalidade (no seu intervalo de subsunção). Viu-se que declarar a inconstitucionalidade da RMIT com base em vícios de validade (no antecedente da norma de nulidade do STF) não pode se confundir com o consequente normativo que prescreve a desconstituição das normas individuais e concretas constituídas sob sua égide por outras normas individuais e concretas o que, por sua vez, se submete aos limites temporais da prescrição e decadência.

A declaração de inconstitucionalidade da RMIT não confere ao contribuinte a restituição automática do crédito pago indevidamente a título de tributo, é preciso o reconhecimento do “fato jurídico-pagamento indevido” na veiculação da norma individual e concreta de repetição do indébito. Por isso, pôde-se concluir que, sob o ponto de vista sistêmico, a inauguração de um novo sistema normativo (SDP<sub>2</sub>) não apaga do passado o sistema anterior (SDP<sub>1</sub>).

Assim, com fundamento na teoria dos atos de fala de AUSTIN, pode-se concluir que a declaração de inconstitucionalidade não deve ser encarada como uma mera declaração, enquanto ato descritivo de um acontecimento no mundo fenomênico, mas sim enquanto ato de fala ilocucionário que, ao declarar o vício de nulidade da RMIT, a retira do ordenamento jurídico inaugurando um novo

sistema normativo. Trata-se, como já exposto, de uma típica situação em que o “dizer” é “fazer”.

Nota-se, com base nas explicações de MOUSSALEM, amparado nas lições de Rafael Hernandez Marin, BULYGIN e ALCHOURRÓN expostas no tópico 3.1.2., que ao declarar a inconstitucionalidade da RMIT, o STF, acaba por constituir um novo estado legal, pondo termo final ao intervalo de validade (IV) e ao intervalo de vigência (IVi) da norma objeto de controle, encerrando-se um sistema de direito positivo (SDP<sub>1</sub>) e dando início a outro (SDP<sub>2</sub>), sendo que neste novo sistema não encontra-se contida a norma tributária geral e abstrata declarada inconstitucional.

Com efeito, o encerramento dos intervalos de validade e vigência (IV e IVi) da RMIT, como decorrência da “declaração de sua inconstitucionalidade”, não resulta na retirada de toda a validade da norma no ordenamento jurídico, mesmo nos casos de adoção de efeito *ex tunc*, já que, enquanto os créditos tributários fundados na RMIT declarada inconstitucional não forem desconstituídos por linguagem de sobre-nível (a rigor, via normas individuais e concretas de repetição do indébito tributário), mantem-se no passado a validade da referida RMIT.

Conclui-se pois que, o decurso do prazo decadencial e prescricional para veiculação da norma individual e concreta da repetição do indébito tributário funciona como mecanismo normativo que impede a desconstituição dos créditos tributários constituídos com fundamento em RMIT declarada inconstitucional, mantendo, pois, sua validade no passado (época de constituição do crédito em seu intervalo de subsunção – IS).

A extinção por completo de todas as normas individuais e concretas como se nunca estivesse existido a norma geral e abstrata que lhes fundamentam, sem observância dos lapsos temporais de prescrição e decadência que lhe conferem imutabilidade, só seria possível se houvesse viabilidade, no mundo fenomênico, de construção de uma máquina do tempo para que se viajasse ao passado a fim de impedir a enunciação de uma norma inconstitucional assim reconhecida no presente. Dada essa impossibilidade física, os destinatários das normas jurídicas devem observar os limites que o sistema normativo impõem sobre a imutabilidade da desconstituição dos direitos subjetivos no tempo.

Por fim, a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato exercido pelo STF, enquanto evento capaz de reabrir o prazo decadencial e prescricional da repetição do indébito tributário, só seria possível se estivesse prescrito em um dos incisos do art. 168 do CTN, já que da interpretação sistêmica sobre os efeitos da declaração de nulidade da RMIT pelo STF, não confere tal conclusão.

## Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**. [Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho] Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

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

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do direito Tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Neoeses, 2007.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 4 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>.

Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2014.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Pesquisa Jurídica**. 2ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. Extinção da Obrigação Tributária: Compensação e Repetição do Indébito. *In Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho* / Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébito Tributário – Delineamentos de Uma Teoria**. Max Limonad: São Paulo, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; e GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, Proposición y Norma**. 6ª Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**; [tradução: Alexandre Krug]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**; [tradução João Baptista Machado]. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del derecho**. 50ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Celso Basto Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito** [Tradução: Elza Maria Gasparotto]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PEIRCE, Sanders. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1972.

QUEIROZ, Luis Cesar Souza de. Regra Matriz de Incidência Tributária *In Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho* / Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. 21ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2004.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito - Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

STRUCHINER, Noel. **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito** / Organizadores: Antonio Cavalcanti Maia, Carolina de Campos Melo, Gisele Citadino e Thamy Pogrebinski – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 3ª Ed. São Paulo: Neoeses, 2005.

WRIGHT, G. Henrik Von [1963]. **Norma y Acción. Una Investigación Lógica**. [Tradução: Pedro Garcia Ferrero]. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.