

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Aline Nunes dos Santos

**Norma jurídica, irretroatividade tributária e
alterações jurisprudenciais**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Aline Nunes dos Santos

**Norma jurídica, irretroatividade tributária e
alterações jurisprudenciais**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Marcelo da Costa Pinto Neves.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

“Dedicatória é quando todo amor do mundo resolve se exibir numa só frase”:

Esse trabalho é para minha mãe.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

À minha mãe, por todo amor.

Ao meu pai, que vai sempre viver no meu coração.

Às minhas irmãs, pelo carinho e cuidado com a mamãe, nesses dois anos de minha ausência. A Cris, um agradecimento extra, pela preciosa ajuda na revisão desse trabalho e pela companhia nos momentos mais difíceis.

À minha “tia Joana”, minha outra mãe, que também vai sempre viver no meu coração.

Ao Professor Marcelo Neves, exemplo de Professor, pelo convívio acadêmico, por todas as lições, oportunidades, pela confiança e dedicada orientação.

Ao Professor Paulo de Barros Carvalho, pela gentil acolhida no mestrado e pelas preciosas lições de direito tributário.

Aos irmãos que escolhi: Ana Raquel Ribeiro, Júlia Soares, Lilian Lobo e Haroldo Pontes, pela amizade que a distância não abala.

Aos amigos Marcelo Fachini e Raphael Wasserman, companheiros de dúvidas, cafés e discussões acadêmicas (que muito me ajudaram nesse trabalho).

Aos amigos de mestrado: André Felix, Bruna Gentile, César Piantavigna, Daniel Santiago, Diego Seoane, Felipe Guimarães, Guilherme Aguiar, Gustavo Minatel, Jaligson Hirtácides, Juliana Bastos, Marcelo Nunes, Marcos Feitosa, Maria Lúcia Moraes, Marina Feferbaum, Marina Figueiredo, Olívia Tonello, Philippe Gail,

Renata Cubas, Renata Silveira e Tatiana Aguiar, pela alegria do encontro e pela parcela de vida compartilhada nesses dois anos.

Aos amigos que o mestrado me apresentou, Aurora Tomazini, Florence Haret, Marina Lima, Rubya Floriani, Pedro Souza e Vanessa Rahal, pelo carinho.

Aos estimados professores, Antônio Carlos Mendes, Fabiana Tomé, Maria Rita Ferragut, Robson Maia Lins e Tácio Lacerda Gama, pelas valiosas lições.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e à Pontifícia Universidade Católica, pela bolsa de estudos.

RESUMO

Discute-se o alcance da irretroatividade como limitação à construção de normas jurídicas. Busca-se estabelecer uma definição de norma jurídica a partir da proposta da teoria estruturante de Friedrich Müller. Supondo-se a uniformidade sintática da norma jurídica, procura-se adequar os elementos propostos por Müller à regra-matriz de incidência tributária de Paulo de Barros Carvalho. Analisa-se o sentido da irretroatividade tributária na doutrina tradicional e na proposta teorias contemporâneas. Propõe-se a aplicação da irretroatividade à idéia de norma jurídica. Por fim, analisa-se o processo de construção de normas jurídicas pela jurisprudência, bem como a influência da irretroatividade tributária quando houver alteração de entendimento consolidado.

Palavras chave: Norma, irretroatividade tributária, jurisprudência

ABSTRACT

The scope of irretroactivity as a limitation to the construction of norms is discussed. This work aims to establish a standard definition of norm based on the structuring theory of Friedrich Müller. Assuming syntactic uniformity of law, it seeks to adapt elements proposed by Müller to the “levy tax rule” of Paulo de Barros Carvalho. The research analyses the meaning of tax irretroactivity on traditional and contemporary doctrine. It is proposed to apply the irretroactivity to the idea of norm. Finally, the work analyses the process of judicial rulemaking as well as the influence of tax irretroactivity in cases of overrulings.

Key words: Norm, tax irretroactivity, jurisprudence

ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
cf.	conferir
CTN	Código Tributário Nacional
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPC	Código de Processo Civil
DJ	Diário de Justiça
EC	Emenda Constitucional
ed.	edição
judg.	Julgamento
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
nº	número
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
Min.	Ministro
org.	organizador/a
p.	página
pp.	páginas
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
s.	seguinte
ss.	seguintes
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
t.	tomo
TED	Teoria Estruturante do Direito
trad.	tradução
TP	Tribunal Pleno
vol.	volume

SUMÁRIO

Introdução	8
I. Sobre a norma jurídica	12
1. Sobre a definição de norma jurídica	12
1.1. Normatividade e facticidade	12
2. Teoria estruturante do direito (Friedrich Müller).....	14
2.1. Texto e norma	16
2.2. Interpretação do texto, concretização da norma	18
2.3. Processo concretizador.....	19
2.4. Programa da norma	20
2.5. Âmbito da norma	23
2.6. Normatividade	24
2.7. Notas a partir da teoria estruturante do direito.....	24
3. Texto e norma jurídica	27
3.1. Enunciados, sentidos normativos e normas.....	29
3.1.1. Regras e princípios como espécies normativas	31
3.1.1.1. A distinção tradicional	31
3.1.1.2. Críticas à distinção e novas propostas.....	34
3.2. Regras e princípios como sentidos normativos.....	36
4. O aspecto lógico da norma jurídica	39
4.1. A teoria estruturante do direito e a estrutura lógica da norma jurídica	41
5. A linguagem da concretização.....	42
5.1.1. Níveis de referência na linguagem da concretização	42
5.1.1.1. Referência à norma geral e abstrata.....	43
5.1.1.2. Referência à incidência.....	44
6. Normas como <i>tangled hierarchies</i>	45
7. A norma jurídica tributária.....	49

II. Sobre a irretroatividade tributária	54
1. Sobre a irretroatividade no direito.....	54
1.1. Fundamentos filosóficos.....	54
1.1.1. Irretroatividade, Estado de Direito e Segurança Jurídica.....	54
1.2. O direito intertemporal.....	57
1.2.1. Teorias sobre a (ir)retroatividade.....	59
1.2.1.1. A teoria subjetiva ou direito adquirido de Gabba	59
1.2.1.2. A teoria objetiva ou da situação jurídica de Roubier	64
1.2.1.3. Modernas teorias sobre a irretroatividade.....	66
2. A irretroatividade tributária no direito brasileiro antes da Constituição Federal de 1988.....	72
2.1. A irretroatividade e o Código Tributário Nacional.....	75
3. A irretroatividade tributária e a Constituição Federal de 1988	79
3.1. A irretroatividade e o Código Tributário Nacional à luz da Constituição Federal de 1988	82
3.1.1. A identificação do fato jurídico tributário	84
3.1.2. Vigência e aplicação da norma tributária.....	88
4. O sentido normativo da irretroatividade no direito brasileiro atual: uma síntese	91
III. Sobre as alterações jurisprudenciais.....	97
1. Sobre a jurisprudência judicial.....	97
1.1. O papel da jurisprudência no processo de concretização normativa	97
2. Permanência e mudança da jurisprudência judicial no direito brasileiro.....	99
2.1. A jurisprudência de tribunais superiores como critério normativo	101
3. Alterações jurisprudenciais e irretroatividade	105
4. Alterações jurisprudenciais e irretroatividade tributária	108
5. A discussão no Supremo Tribunal Federal.....	111
Conclusões	122
Referências Bibliográficas.....	125

Introdução

Como sistema normativo destinado à ordenação de uma sociedade em constante transformação, a ação do direito no tempo defronta-se com o inafastável paradoxo entre duas exigências: permanência e mudança. Aquela como pretensão de segurança na regulação das relações. Esta como pretensão de adequação às transformações sociais que se apresentam.

Essa tensão é revelada, especialmente, quando o direito se altera. Diante de duas prescrições jurídicas sucessivas e diversas, como determinar quais situações devem ser disciplinadas por cada uma delas? Pode a nova prescrição alcançar relações jurídicas criadas pela antiga disciplina?

Nesse conflito, a idéia de irretroatividade apresenta-se como limite temporal à eficácia das novas prescrições, como necessidade de respeito às relações consolidadas sob o domínio da disciplina anterior. Surge então outro questionamento: o direito tem, necessariamente, de obedecer à irretroatividade em suas prescrições?

Sob o paradigma do primado da lei como expressão fundamental do direito, a irretroatividade está diretamente dirigida ao legislador. Se entendida (a irretroatividade) como necessária, novas leis devem voltar-se para o futuro, não lhes sendo permitido alcançar o passado, a lei não pode ser retroativa.

Contemporaneamente questiona-se se há identidade entre a idéia de lei e norma. Conseqüentemente, estende-se a dúvida à questão da irretroatividade. A irretroatividade é da lei ou da norma?

Sob a distinção entre lei, como construção de textos legislativos, e norma, como construção de sentidos prescritivos a partir desses textos, a proibição da retroatividade dirige-se não apenas àqueles que criam leis, mas também, àqueles que produzem normas. Nesse sentido, quais outros sujeitos seriam também destinatários da irretroatividade?

Com base nessa concepção, a sucessão temporal de normas deve também obediência aos limites irretroatividade. A tensão entre permanência e mudança é ainda mais manifesta, porquanto possa a lei, enquanto texto, manter-se inalterada, e a norma dela decorrente, enquanto significado, ser modificada por fundamentos os mais diversos.

Na seara tributária não é diferente. Em seu núcleo essencial, a irretroatividade impede a instituição ou majoração de tributos relativamente a fatos que já se tenham consolidado completamente no passado. Sob o paradigma da norma como expressão fundamental do direito, indaga-se: pode a alteração do sentido atribuído a um dispositivo legislativo ter o mesmo efeito da instituição ou majoração tributária, tal como uma nova lei? Nesse sentido, alterações normativas podem ser limitadas pela irretroatividade?

Em face desse complexo de questionamentos, a discussão desse trabalho se desenvolve em torno da ação do direito tributário no tempo. Em especial, quando diante de decisões judiciais de tribunais superiores que alteram jurisprudência consolidada. Aplica-se o limite da irretroatividade a essas decisões?

A partir de uma análise dogmática, nas dimensões analítica, empírica e normativa¹, buscaremos desenvolver uma adequada compreensão desse fenômeno

¹ Alexy, 2008, pp. 32 ss.

estabelecendo a definição e relação entre três conceitos fundamentais: norma jurídica, irretroatividade tributária e alterações jurisprudenciais.

Sob orientação primariamente analítica², pretendemos no primeiro capítulo, tomando como referencial a teoria estruturante do direito proposta por Friedrich Müller, realizar um estudo sistemático conceitual cujo resultado será uma definição de norma jurídica. Nesse mister, discutiremos com base nos fundamentos dessa teoria quais os elementos estruturais e como se realiza o processo de formação de uma norma jurídica. A partir da análise de distinções entre texto e norma, regras e princípios, linguagem e estrutura lógica das normas, avaliaremos, em especial, o argumento da teoria estruturante de que também a norma jurídica (geral e abstrata) é construída no processo de concretização.

No desenvolvimento do segundo capítulo, buscaremos delinear, ainda sob uma dimensão primariamente analítica, os contornos da definição do conceito de irretroatividade no direito, analisando teorias tradicionais e contemporâneas sobre o tema. Em seguida, iniciaremos uma análise empírica³, centrada no exame dos dispositivos legais, em especial, os de direito tributário, que fundamentam a irretroatividade no ordenamento jurídico nacional. No final desse capítulo, apresentaremos, como conclusão, o sentido normativo da irretroatividade tributária⁴, e sua forma de influência no processo concretizador de normas referido no capítulo precedente.

² “[...] a dimensão *analítica* diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. O espectro de tal dimensão estende-se desde a análise de conceitos elementares [...], passando por construções jurídicas [...], até o exame da estrutura do sistema jurídico [...] e da fundamentação [...]” Ibid. p.33.

³ “A dimensão *empírica* da dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica [...]” Ibid. p. 34.

⁴ Registramos que nosso objeto de estudo está limitado às normas que instituem ou majoram tributos, não se estendendo às normas processuais tributárias ou àquelas que instituem deveres instrumentais (obrigações acessórias).

Por fim, no terceiro capítulo, em uma perspectiva sobretudo normativa⁵ verificaremos a possibilidade de aplicação da relação entre as definições de norma e irretroatividade como solução para questões práticas enfrentadas pelas decisões judiciais. Com base nas premissas desenvolvidas nos capítulos precedentes, de que a norma jurídica (geral e abstrata) é uma construção do processo de concretização, e de que a sucessão temporal dessas normas é também limitada pelo sentido normativo da irretroatividade tributária, enfrentaremos diretamente a questão da disciplina das alterações jurisprudenciais. Por fim, para fundamentar a necessidade de observância da irretroatividade nas decisões judiciais em que haja mudança de jurisprudência pacífica (sucessão temporal de normas), analisar-se-á, criticamente, a orientação que vem sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal com base em dois casos de natureza tributária, recentemente decididos por esse tribunal.

⁵ “[...] a dimensão *normativa*, avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial.” Ibid. p. 35.

I. Sobre a norma jurídica

1. Sobre a definição de norma jurídica

1.1. Normatividade e facticidade

Há tempos a distinção entre o mundo fático e o mundo jurídico constitui objeto de discussões doutrinárias⁶. Na discussão jurídica tradicional pode-se traduzi-la pela clássica oposição entre a realidade e o direito, entre o ser e o dever-ser.

Considerando ser e dever-ser enquanto estruturas, as distinções oferecidas e suas conseqüentes implicações decorrem da postura epistemológica adotada. Defendida a distinção entre dois mundos ontologicamente diferenciados, há de se entender pela impossibilidade de interpenetração, dependência, redução ou derivação⁷ entre o normativo e o fático. Este como mundo real, aquele como mundo ideal. De outra forma, se a distinção for baseada na orientação postulada diante daquelas estruturas⁸, a oposição entre o fático e o normativo há de ser abandonada, pois “o sentido do dever-ser não é menos fático que o do ser”⁹.

⁶ Especialmente no direito, cf. Hesse, 1991, p. 16; 1998, pp. 47 ss.; Jellinek, 1970, pp. 272 ss.; Lassalle, 2000, pp. 17 s., 33 ss.; e Habermas, 2003, pp.17 ss.

⁷ Neste sentido, Kelsen, 1986, p 70. “Um dever-ser não se pode reduzir a um ser, um ser não se pode reduzir a um dever-ser, nem de um dever-ser deduzir um ser.”

⁸ Nesse sentido a orientação é defendida em Luhmann, 1983, pp. 53 ss. Segundo o autor, expoente da teoria dos sistemas, em uma sociedade complexa, os sujeitos orientam-se comunicacionalmente por

Linguisticamente a discussão se traduz no sentido e na função dos símbolos “ser” e “dever-ser”. Considerando-se que tanto a facticidade quanto a normatividade podem ser linguisticamente constituídas¹⁰, a análise dos dois modelos de linguagem interessa ao esclarecimento da relação.

Sintaticamente, a linguagem da facticidade (ser) e da normatividade (dever-ser)¹¹ apresentam-se como estruturas identificadas pelos funtores que as diferenciam. Semântica e pragmaticamente, o sistema de linguagem normativa, como sistema de proposições prescritivas (dever-ser) orientadas para a regulação de comportamentos humanos, é sempre referido à realidade fática (ser) e tem a pretensão de alterar ou manter-lhe. O sistema da linguagem da facticidade, por sua vez, apresenta-se como um conjunto de proposições descritivas cuja pretensão é reproduzir a realidade fática.

Diante de tal tensão, as formas de relacionamentos entre o direito e a realidade, a existência de condicionamentos recíprocos e a estruturação dessa relação por meio de procedimentos generalizáveis e controláveis são algumas das razões que fundamentam a proposta da teoria estruturante do direito, do jurista

expectativas cognitivas e normativas. As expectativas são entendidas como estruturas do sistema social, não apenas por se apresentarem como uma propriedade ou constância relativa, mas, sobretudo, pelo papel que desempenham na seletividade da comunicação, isto é, na redução das possibilidades e na seqüência da vida após desapontamentos. São cognitivas as expectativas que, diante de um desapontamento, estão dispostas ao aprendizado, são normativas, as que não estão. Dessa forma, conclui o autor que há sempre algo de fático no normativo (seja na satisfação ou no desapontamento), por isso, a oposição do normativo não pode ser o fático, mas sim, o cognitivo.

⁹ Ibid. p. 57.

¹⁰ Consideramos que o direito constitui-se como um sistema primariamente lingüístico, pois sua existência somente se manifesta através da linguagem. A realidade (mundo do ser) é aqui entendida como um dado primariamente não lingüístico, o que não deve significar que dados reais não possam ser expressos linguisticamente, mas sim, que eles existem, no mundo fático, anteriormente à linguagem. Há, assim, fenômenos não intermediados diretamente pela linguagem ao lado daqueles que são por ela diretamente constituídos.

¹¹ Sobre as diferenças entre as linguagens diz Lourival Vilanova (2005, pp. 41 s.): “Teremos de compreender, como veremos, dentro do conceito de proposição, tanto os enunciados da *linguagem descritiva de objetos*, como os enunciados da *linguagem prescritiva de situações objetivas*, ou seja da linguagem cuja finalidade é ‘alterar a circunstância’, e cujo destinatário é o homem e sua conduta no universo social. Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito.”

alemão Friedrich Müller¹², que será aqui examinada como referencial teórico orientador.

A partir da definição de norma, como um conceito jurídico fundamental¹³, Müller defende a não identidade entre norma e texto normativo, postulando a superação de uma concepção formalista do direito e incluindo na definição de norma jurídica aspectos da realidade que há de ser regulada. A proposta se expressa como uma reação ao que Müller entende ser o “erro” tanto das teorias positivistas, quanto de suas sucessoras: a distinção não resolvida entre ser e dever-ser.

Registrando em alguns pontos nossas divergências, examinaremos em que medida as idéias propostas na teoria estruturante do direito – TED – podem ser adotadas para uma adequada compreensão da definição de norma jurídica e da relação entre o direito e a realidade fática que pretende ser juridicamente regulada.

2. Teoria estruturante do direito (Friedrich Müller)

A idéia de norma jurídica, não obstante os diversos significados a ela atribuídos, esteve sempre presente como centro da discussão jurídica¹⁴.

¹² Professor alemão, formado em Direito, Filosofia e Literatura. Foi assistente de Konrad Hesse. Professor Catedrático aposentado da Universidade de Heidelberg – Alemanha, onde também exerceu o cargo de Diretor. Doutor em Direito pela Universidade de Freiburg – Alemanha. Foi professor visitante e pesquisador (*research fellow*) na Universidade de Stellenbosch (Província de Western Cape, na África do Sul) e na Universidade de Fortaleza (Unifor), no Ceará. Co-fundador (1985) do “Grupo de Heidelberg”, grupo de trabalho que desenvolve pesquisas na disciplina Linguística Jurídica. Professor convidado e conferencista de diversas universidades e entidades internacionais.

¹³ Sobre a idéia de conceitos jurídicos fundamentais cf. Hohfeld, 2000. Em classificação proposta por Carrió (1994, p. 304), os conceitos jurídicos são classificados tendo por critério o grau de objetividade e abrangência da aplicação, em conceitos do tipo A, B e C. Referindo-se a Hohfeld, diz: “Las expresiones B poseen una órbita de aplicación que excede el campo particular de las distintas disciplinas dogmáticas (el derecho civil, comercial, procesal, etcétera). Sirven para aislar e identificar situaciones de tipo general que, si cabe el giro, cruzan los límites que separan, en forma más o menos clara, los dominios adjudicados a aquéllas. [...] los ‘conceptos jurídicos fundamentales’ de Hohfeld corresponden a nuestras ‘expresiones B’.”

¹⁴ Razão que corrobora com nosso entendimento de que se trata de um “conceito jurídico fundamental”.

Não é diferente na teoria estruturante do direito¹⁵ proposta por Friedrich Müller¹⁶. Contra as críticas de que uma excessiva concentração dos estudos na teoria da norma provoca um distanciamento do direito em relação à realidade, Müller defende que um rigoroso estudo sobre a teoria da norma jurídica deve promover uma aproximação entre os dois planos.

Segundo Müller, a divergência de paradigmas quanto à definição de norma traz consigo a conseqüente dissensão sobre a relação entre direito e realidade.

Para o autor, que se considera um “pós-positivista”, o paradigma tradicional do positivismo jurídico concentra-se na concepção de lei, e a lei são “os caracteres sobre o papel do texto legal”¹⁷. Confunde-se norma e texto da norma. Por essa razão pretende-se, na tradição jurídica, “aplicar a norma jurídica conclusivamente ao caso jurídico – de forma mais ou menos conforme à lógica formal, mais ou menos hermenêutica, mais ou menos sociológica ou crítica”¹⁸. Segundo o autor, o fracasso do modelo positivista¹⁹ se manifesta por deixar sem respostas questões fundamentais como “realidade e direito, ser e dever-ser, as questões relativas à teoria do significado e da referência, da capacidade da língua natural, bem como o do caráter processual da decisão jurídica dos conflitos”^{20, 21}.

¹⁵ Sobre a teoria estruturante do direito cf. exposição de Neves, 2006, pp. 200 ss.; 2007, pp. 80 ss.

¹⁶ Cf. Müller, 1995, 2000, 2007 e 2008.

¹⁷ Müller, 2007, p. 10. Cumpre observar nesse sentido, a intenção de Müller em enfatizar o legalismo usualmente atribuído aos positivistas, porém, é preciso dizer que mesmo Kelsen, por vezes apontado como o principal exemplo do positivismo, admite que o Direito não se manifesta apenas por meio da lei escrita, e reconhece, inclusive, a superioridade do costume quando se tratar do nível constitucional. Diz Kelsen (1999, p.252): “[...] Enquanto, porém, uma lei constitucional em sentido formal não pode ser revogada ou alterada por uma lei simples mas somente através de uma outra lei constitucional, o Direito consuetudinário tem também eficácia derogatória relativamente a uma lei constitucional formal. Tem-na mesmo em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de Direito consuetudinário.”

¹⁸ Müller, 2007, p. 10.

¹⁹ “A premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade.” Ibid. p. 40.

²⁰ Ibid.

²¹ Segundo Müller, mesmo a idéia kelseniana de uma “moldura” limitadora da decisão não se afasta da concepção de norma como algo previamente dado. “A norma como ordem não oferece mais do que um quadro para uma série de possibilidades decisórias logicamente equivalentes. Cada ato, que preenche esse quadro em qualquer sentido logicamente possível, está em conformidade com o direito, ficando eliminada aqui a pergunta

Sustenta Müller, que mesmo as correntes antipositivistas como “a escola do direito livre até o sociologismo e a análise econômica do direito até a teoria do discurso neofrankfurtiana”²² não “transcendem o paradigma positivista a partir da concepção de norma”²³, não conseguindo, assim, oferecer respostas satisfatórias para as questões não resolvidas.

2.1. Texto e norma

O referido autor alemão propõe, então, uma teoria pós-positivista do direito que

“concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, e os enunciados nas codificações como textos de normas (no sentido lingüístico como ‘formulários de textos’, no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce com expressões com ‘significância’, mas ainda não com ‘significado’), i.e, como pré-formas legislatórias da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão.”²⁴

Há uma clara distinção entre norma e texto da norma. O texto é um “dado de entrada” do processo de “concretização”. Para Müller a norma somente existe diante do caso, que lhe é “co-constitutivo”. “A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo o ‘programa da norma’ e ‘âmbito da norma’; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de ‘ser e dever-ser’ operacional e trabalhável.”²⁵

pela correção quanto ao conteúdo. Conhecimento e decisão são também rigorosamente separados no âmbito da interpretação autêntica. A interpretação não vai além da constatação, por assim dizer, do descobrimento de várias normas individuais equivalentes no quadro da norma geral” Ibid. p. 50.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid. p.11.

²⁵ Ibid.

A metódica estruturante pretende apresentar um modelo controlável de construção da norma jurídica, desenvolvido a partir dos problemas encontrados na própria práxis, de forma especial na decisão judicial, como manifestação concreta da realização do direito²⁶.

Tal tarefa não deve ser orientada como uma tentativa de determinação prévia de conceitos²⁷ jurídicos, o que parece, ao autor, impossível, uma vez que

“[p]or força da polissemia natural da linguagem, o ‘significado’ existe somente no plural; tanto maior se torna a plurissignificância vorá [sic] da semântica relativamente simples das palavras isoladas. As tarefas complexas da ação jurídica não podem ser resolvidas sem as semânticas da frase, do texto e do contexto. Ao passo que as formas tardias do positivismo legal (na forma de enfoques oriundos da filosofia analítica e do positivismo lógico) gostariam de restringir-se, hoje como no passado, à semântica dos traços distintivos de expressões individuais, uma metódica pós-positivista que enfrente essa realidade deve aproximar-se da complexidade efetiva da linguagem do direito e da decisão jurídica como meios mais complexos.”²⁸

A própria polissemia da linguagem natural, “limites da linguagem”, segundo Müller, impede a fixação de conteúdos completamente determinados para as definições jurídicas. Tal circunstância reforça a idéia de que o processo de fixação deve ser controlável e, ainda, que o conteúdo fixado, especialmente na decisão, deverá ser demonstrável e generalizável. E isso não impossibilita, de forma alguma, a mudança, porquanto a possibilidade de controle e a exigência de adequação entre o texto e a realidade permita que novos fundamentos sejam apresentados para justificar um novo sentido, que sempre será co-determinado pelos “dados reais”.

²⁶ Müller, 2000, pp. 25 ss.

²⁷ Em sentido logicamente mais preciso, definição do conceito.

²⁸ Müller, 2007, pp.12 s. Sobre a questão assevera Neves (2007, pp.86 s.): “Em Müller trata-se das características semânticas da linguagem jurídica, especialmente da linguagem constitucional, a ambigüidade e vagueza, que exigem um ‘processo de concretização’, não simplesmente um ‘procedimento de aplicação’ conforme regras de subsunção. [...] Somente sob as condições de uma unidade de interesses e concepção do mundo as questões constitucionais perderiam sua relevância semântico-pragmática, para se tornarem primariamente questões sintáticas, orientadas pelas regras de dedução lógica e subsunção. Mas tal situação é seguramente incompatível com a complexidade da sociedade moderna.”

Segundo Müller, o texto jurídico legislativo é o ponto de partida para a construção da norma jurídica, que somente será constituída diante do caso²⁹. A forma de construção do sentido do texto normativo e sua relação com a realidade que pretende determinar conduzem à idéia de que o resultado da interpretação do texto também é condicionado pela realidade que circunscreve. Não somente a norma de decisão³⁰ é construída no caso concreto, mas também a norma jurídica³¹, cujo texto somente é prévio, surge apenas diante de um caso³².

Segundo Müller, o conteúdo não pode ser previamente determinado, mas a estrutura³³ normativa é constante, passível de demonstração e controle. “Programa da norma” e “âmbito da norma” são elementos constituintes dessa estrutura. Daí a justificativa do título “teoria estruturante do direito”. Vejamo-la.

2.2. Interpretação do texto, concretização da norma

A partir da distinção entre texto e norma, Müller nega que a norma resulte somente da “interpretação”. A interpretação, entendida como o conjunto de possibilidades de trabalho com textos, alcança uma etapa do processo de composição da norma jurídica³⁴. Os métodos jurídicos tradicionais, herança da tradição que remonta à Savigny³⁵, colaboram nesse processo, mas não o esgotam.

²⁹ “Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício.” Müller, 2000, p. 61.

³⁰ A norma de decisão em Müller é a norma individual no sentido kelseniano. Cf. Kelsen, 1999, pp. 387 ss.

³¹ A norma jurídica em Müller é a norma geral e abstrata. No mesmo sentido cf. Grau, 2006, p. 97.

³² Para Müller a idéia de uma norma geral previamente dada, produzida pelo legislador é uma ficção. O resultado do trabalho do legislador são textos legais, que se configurarão como “dados de entrada” no processo concretizador (efetiva construção da norma).

³³ Registre-se que o termo estrutura da norma não é utilizado no sentido de estrutura lógica, significado mais comum na tradição jurídica. Na proposta de Müller a idéia de estrutura relaciona-se à definição de norma como um conceito de síntese entre o ser e o dever-ser.

³⁴ Segundo o autor, os pontos de vista interpretativos comuns, fundamentados primariamente na linguagem, fornecem os “dados lingüísticos”; os fatos naturais e sociais, que não são primariamente constituídos pela linguagem, embora secundariamente tenham de ser por ela intermediados, fornecem os “dados reais”. Os elementos tradicionais de interpretação (gramático, sistemático, genético) servem ao tratamento dos primeiros. A

A norma, dessa forma, é mais que o texto. A concretização, por sua vez, é entendida como o processo efetivo de produção normativa, de adequação entre o normativo (textos) e o fático (realidade), tradicionalmente apontado pela doutrina como “interpretação e aplicação da norma”.

Segundo o autor, a concretização não se traduz em silogismo ou subsunção, nem mesmo em individualização da norma, mas na própria produção da norma geral e abstrata que regerá o caso a ser decidido. Tal processo gerador se realiza a partir da necessária inter-relação entre o direito e a realidade, normativamente estruturados através do programa e do âmbito da norma em síntese seletiva.

2.3. Processo concretizador

Conforme já exposto, os textos normativos apresentam-se como “dados de entrada” para o processo de concretização. Juridicamente, o primeiro contato do sujeito concretizador é com o conjunto de textos do ordenamento jurídico geral: de leis, de decretos, de sentenças, de acórdãos etc.

O sentido desses textos há de ser constituído a partir dos dados reais e lingüísticos, devendo ser consideradas as diferenças próprias da língua em que se expressam, bem como do contexto fático em que se inserem.

O segundo “dado de entrada” do processo concretizador é formado pelo “relato do caso”, constituído por uma descrição leiga sobre o caso, que, depois de

metódica estruturante busca unir tais elementos (“dados de entrada”) em um processo decisório juridicamente controlável. Cf. Müller, 1995, p. 30.

³⁵ Cf. Savigny, 1863, 1886.

trabalhada pelo jurista, em conexão com os textos normativos gerais, formará o suporte fático³⁶.

Diante do suporte fático, analisa o sujeito concretizador as matérias genericamente envolvidas na questão, constituindo, assim, o “âmbito da matéria”. Em seguida, a partir de seu conhecimento jurídico, determina quais elementos dos textos normativos considera relevantes diante daquelas matérias, ao tempo em que seleciona quais aspectos do suporte fático interessam para a resolução da questão, constituindo, assim, o “âmbito do caso”³⁷.

Importa considerar que, até esse momento, não há ainda, segundo Müller, normatividade.

2.4. Programa da norma

À interpretação dos textos normativos, selecionados na orientação do âmbito do caso, o sujeito concretizador une outros elementos lingüísticos que julga necessários para a formulação da norma jurídica. Nesse sentido, colaboram a dogmática jurídica, as técnicas hermenêuticas, postulados jurídicos, os textos legislativos anteriores, exposições de motivos, anais de discussões, entre outros.

³⁶ Müller, 1995, pp.30 s. O termo “suporte fático” (aqui utilizado em sentido análogo ao de Pontes de Miranda, 1974, pp. 3 ss.,74 ss.) corresponde ao *Sachverhalt* em Müller. Na linguagem do processo de concretização apresenta-se como construção lingüística (referente) de relatos leigos que, qualificados pelas referências à norma jurídica e à incidência, transformar-se-á em fato jurídico (referente de um processo de subsunção). Para uma explicação mais detalhada, cf. infra 4.1.1. Em sentido similar, entendendo o suporte fático como referente, diz Lourival Vilanova (2000, p. 322.): “[...] o conceito de suporte fático é um *conceito operativo*, com função instrumental para interpretar o material jurídico positivo. Suporte fático e fato jurídico podem ter o mesmo referente, em posições lógico-normativas distintas. [...]”

³⁷ Müller, 1995, p. 31.

Tomados enquanto conjunto, tem-se o programa normativo, isto é, o conjunto de textos selecionados pelo “sujeito concretizante” para a orientação do caso³⁸.

É na formação do programa da norma que os tradicionais métodos de interpretação servem como instrumentos parciais de composição normativa. Segundo Müller “[a] interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente, um elemento”³⁹.

No processo de concretização, devem ser utilizados como elementos de tratamento do texto da norma, elementos metodológicos *strictore sensu*, quais sejam os aspectos da interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica, além de princípios de interpretação constitucional e problemas de lógica formal⁴⁰.

No início do processo de concretização busca-se o sentido literal⁴¹ do texto jurídico. Nesse momento, também as regras gramaticais de orientação singular de cada idioma se fazem importantes. Adverte, entretanto, Müller, que mesmo a interpretação gramatical opera-se de forma diversa dependendo das “diferenças materiais entre as matérias garantidas, à sua objetivabilidade, ao grau do fato delas terem sido geradas pelo direito e à possibilidade de seu detalhamento jurídico, em

³⁸ “O programa normativo não é apenas a soma de dados lingüísticos normativamente relevantes no texto, captados a nível puramente semântico. Outros elementos a considerar são (1) a sistemática do texto normativo, o que corresponde tendencialmente à exigência do recurso ao elemento sistemático; (2) a genética do texto; (3) a história do texto; (4) a teleologia do texto. Este último elemento ‘teleologia do texto normativo’ aponta para a insuficiência de semântica do texto: o texto normativo quer dizer alguma coisa a alguém, daí o recurso à pragmática.” Canotilho, 2000, p. 1182. Para uma compreensão visual da formação do programa normativo a partir de textos diversos, para além dos legislativos, conferir os gráficos em Canotilho, 2000, p. 1088 e Müller, 1995, p. 172.

³⁹ Müller, 2000, p. 61.

⁴⁰ Ibid. p. 71.

⁴¹ Registre-se que mesmo o “sentido literal” não existe “em si”, como sentido “próprio” de um termo, mas como um sentido construído e atribuído dentro de determinado contexto, tradicionalmente aceito naquela situação. Sobre a superação do “sentido literal” como algo imanente, propõe Castro Júnior (2003, p.90) “[...] basta excluir a sinonímia entre sentido ‘literal’ e sentido ‘próprio’, criar uma diferença onde havia identidade. A adjetivação como ‘próprio’ é ‘o’ sentido do enunciado. Esse ‘em si’ aqui também precisa ser evitado, se é ‘no sentido’ que se vai buscar alguma ‘ordem’. Sentido literal, como aqui concebido, sendo uma reflexão, é-o também ‘para fora’, numa ‘situação’ do ‘sentido’ (*meaning*, o conteúdo, na *container metaphor*) em face de outros sentido possíveis.”

duas palavras: à diferença dos âmbitos das normas”⁴². O sentido literal (só aparentemente unívoco) não é mais ou menos claro em razão da construção gramatical, mas, sobretudo, da matéria a qual se refere, e da pré-compreensão que dela tem o sujeito concretizador⁴³.

Tais limites da interpretação gramatical não significam que esta não possa também exercer, com auxílio de outros elementos de concretização (que serão adiante demonstrados), função limitadora das possíveis variações de sentido quando o teor literal determine a extensão da concretização juridicamente admissível. “O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i.e. funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis.”⁴⁴

Ainda que a busca pelo sentido literal seja o passo inicial, não há que se falar em interpretação gramatical isolada de outros elementos de concretização. No tratamento do texto, para formação do programa da norma, elementos históricos, genéticos, sistemáticos e teleológicos devem atuar conjuntamente.

Os elementos históricos e genéticos⁴⁵, como elementos subjetivos da interpretação, podem ser mais claramente diferenciados, porquanto se vinculem a textos não-normativos (a regulamentações anteriores comparáveis ou aos materiais legislativos). Também esses elementos precisam ser interpretados, por isso, são indissociáveis da interpretação gramatical, sistemática e teleológica.

⁴² Müller, 2000, p. 74.

⁴³ “Os teores materiais jurídicos não estão ‘contidos’ nos elementos lingüísticos dos enunciados jurídicos. Conceitos jurídicos não coisificam enunciados. O conceito jurídico dogmático só tem valor de signo” Ibid. p. 74.

⁴⁴ Ibid. p.75.

⁴⁵ As interpretações histórica e genética apresentam-se como o elemento subjetivo da interpretação do texto da norma. Esta, trabalha com textos relativos à história de formação da norma, aquela, com textos de regulamentações anteriores. Müller, 1995, pp. 129, 160, 174 e 194.

Some-se ainda que todos esses elementos, para que tenham sentido, dependem de sua relação com o âmbito da norma⁴⁶.

2.5. Âmbito da norma

No processo de construção da norma jurídica, ao lado do programa normativo, em mesmo nível hierárquico, está o âmbito da norma⁴⁷, como componente integrante da estrutura proposta por Müller.

O âmbito da norma é “o recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes às formas e questões similares)”⁴⁸.

O âmbito da norma é resultado de um processo seletivo realizado no processo de concretização, diante de determinado caso.

⁴⁶ “Assim as regras tradicionais da interpretação não podem ser isoladas como ‘métodos’ autônomos para si. No processo de concretização elas não somente revelam complementar e reforçar-se reciprocamente, mas estar entrelaçadas materialmente já a partir do seu enfoque. Não formam procedimentos autonomamente circunscritíveis e fundamentáveis, mas aparecem como facetas distintas de uma norma concretizanda no caso. Da tarefa prática elas resultam como indagações a uma prescrição que apresenta modelos históricos e materiais legislativos comparáveis (interpretação histórica e genética). De resto elas se dirigem a toda e qualquer norma jurídica: porque cada norma jurídica tem o seu texto de norma – a consuetudinária um texto mutante, a escrita um autenticamente fixado – (interpretação gramatical); porque nenhuma norma do direito positivo representa apenas a si mesma, mas ao menos se relaciona como todo o ordenamento jurídico (interpretação sistemática); porque, finalmente, cada norma pode ser questionada como vistas ao ‘sentido e [à sua] finalidade’.” Müller, 2000, pp.80 s.

⁴⁷ Contra a inclusão do “âmbito normativo” como estrutura componente do conceito de norma, Alexy oferece extensa crítica. Para esse autor, que adota um conceito semântico de norma (significado de um enunciado normativo), o âmbito normativo, nos termos definidos por Müller, é um elemento normativamente relevante, que serve à fundamentação da decisão, porém, não constitutivo do conceito de norma (2008, pp. 76-84). Com todo o respeito a essa posição, julgamos equivocado o entendimento. Parece-nos que os conceitos de “programa e âmbito normativos” não são compreendidos por Alexy nos termos em que o fazemos nesse trabalho. Diz Alexy: “Aquilo que aqui é chamado de ‘disposição de direito fundamental’ corresponde àquilo que Müller chama de ‘texto’, e aquilo que aqui leva o nome de ‘norma’ corresponde àquilo que Müller chama de ‘programa normativo.’” (Ibid. p.78). Como já exposto, o programa normativo não pode ser equiparado ao significado do texto, porque ele mesmo é formado por um conjunto de diversos textos. Conforme adiante se demonstrará, para construção da norma, como significado atribuível aos textos, o elemento fático é fundamental e necessário, porquanto toda norma esteja destinada à regulação da realidade fática.

⁴⁸ Müller, 2000, p. 54.

A princípio tem-se o suporte fático, como o conjunto de questões de fato selecionadas pelo sujeito concretizador, a partir do relato do caso. Em seguida, tendo em vista o “âmbito da matéria” e o “âmbito do caso” somam-se as possíveis relações entre o suporte fático e os textos normativos existentes, determinando-se o conjunto fático juridicamente relevante para a composição da norma, o âmbito normativo.

2.6. Normatividade

Segundo a teoria estruturante proposta por Müller a norma jurídica não é dada previamente, nem se restringe ao produto da interpretação de um texto legislativo.

A partir da distinção entre texto de norma e norma, tem-se que a normatividade somente se realiza no processo de concretização⁴⁹, em que a síntese entre direito e realidade é composta através da norma jurídica.

“A estrutura da norma designa, como conceito operacional, o nexó entre as partes conceituais integrantes de uma norma (programa da norma – âmbito da norma) [...] ‘Normatividade’ designa a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar a realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo real de decisão.”⁵⁰

2.7. Notas a partir da teoria estruturante do direito

⁴⁹ Conforme afirma Canotilho, o processo de concretização é a própria criação da norma jurídica. Canotilho, 2000, p.1081.

⁵⁰ Müller, 2007, pp. 39 s.

Eleito o referencial teórico orientador da discussão sobre a definição de norma jurídica adotada, cumpre-nos nesse momento registrar algumas notas a partir da teoria estruturante do direito, a fim de estabelecermos com clareza nossos pontos de convergência ou crítica.

A afirmação de que “direito” e “realidade” se apresentam como elementos da ação jurídica e que “[...] essa ação é uma ação pela e na linguagem [*Sprachhandeln*], é geração de texto com base em textos [...]”⁵¹ confirma a idéia inicial de que o sistema jurídico é um sistema primariamente lingüístico. O direito se constitui e realiza através de uma linguagem própria⁵².

A proposta de Müller sobre uma “estrutura normativa” que contemple ao mesmo tempo uma parcela de ser e de dever-ser resulta da tentativa de superação da distinção. A estrutura normativa em Müller não é uma estrutura lógica (sintática) da norma jurídica, mas um conceito de síntese.

Sobre essa questão, partindo-se da premissa de que o direito é um sistema de linguagem normativa, entendemos que mesmo quando se fala em âmbito da norma, há sempre uma referência anterior delimitada pelo programa normativo, e, assim, o âmbito também será, no direito, linguisticamente expresso como um nível de referência do programa da norma. O “relato do caso”, o “âmbito do caso” e mesmo o “âmbito da norma”, como um conjunto fático do mundo real são inalcançáveis ao direito. Para que se tornem jurídicos devem ser incorporados (construídos) pela linguagem jurídica.

Tal argumento reforça a idéia de distinção entre os planos do ser e dever-ser, sem, contudo, negar-lhe a imprescindibilidade da relação.

⁵¹ Ibid. p.14.

⁵² A linguagem é aqui tomada em um sentido amplo, incluindo todos os signos orientados para a comunicação referida às normas jurídicas.

Embora Müller proponha uma superação da distinção, entendemos que o caráter normativo da linguagem jurídica exija a permanência da separação. No plano da identidade, a normatividade do dever-ser como símbolo se mantém ainda que suas prescrições não se realizem faticamente. Na linguagem do ser, a identidade da descrição somente se mantém quando há confirmação entre o sentido proposto e a realização fática⁵³. O dever-ser não é oposto ao ser, é a ele referido. Mas dele se distingue.

A partir desse entendimento, sustentamos que a proposta de uma estrutura da norma jurídica que sintetize elementos do real e do jurídico pode ser adequada a uma formação lingüística normativa estruturalmente determinada, conforme adiante demonstraremos.

Concordamos com a idéia de Müller de que a norma é sempre referida a uma situação do mundo real, porquanto o direito esteja sempre ordenado à regulação de condutas humanas. “Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício.”⁵⁴ Dessa forma, entendemos solucionado o problema da possibilidade de aplicação da teoria estruturante do direito, mesmo nos casos de controle abstrato⁵⁵, pois a discussão jurídica é sempre referida a dados reais, mesmo que hipoteticamente considerados.

⁵³ Por isso há uma necessária distinção entre os planos do ser e do dever-ser, a qual pode ser demonstrada a partir das distintas valências atribuíveis. Prescrições mantêm-se *válidas* independentemente de serem faticamente cumpridas ou descumpridas. Descrições somente são *verdadeiras* quando (pelo menos em suposição consensual) equivalentes ao mundo fático. Prescrições pretendem alterar ou manter o mundo fático, descrições informam algo sobre o mundo fático.

⁵⁴ Müller, 2000, p. 61.

⁵⁵ Sobre essa questão, diz Müller: “O Tribunal Constitucional alemão, há alguns anos, iniciou uma interessante jurisprudência que se fundamenta, de modo implícito, exatamente nessa posição: o Tribunal Constitucional afirma – e, cumpre ressaltar, mesmo dentro do contexto de um controle *abstrato* de constitucionalidade – que seria preferível esperar até o momento em que o novo texto da norma tivesse sido utilizado por, ao menos, um tribunal para solucionar um caso concreto. Quer, dizer, na terminologia da TED, é somente naquele momento que se pode julgar como uma concreção suficiente se a norma jurídica (programa da norma e âmbito da norma), que é atribuída ao novo texto de norma (isto é, à nova lei) está, *por seu conteúdo*, em

Registramos ainda que, embora a teoria estruturante esteja orientada para a decisão estatal (do juiz, do administrador estatal), pensamos ser a idéia de concretização aplicável, *mutatis mutandi*, às situações em que não há propriamente um conflito e o direito se realiza sem a intervenção judicial⁵⁶. As situações de mera observância⁵⁷ do direito também estão sujeitas a um procedimento de concretização, no qual o programa e o âmbito da norma são determinados sem discussão⁵⁸. Trata-se de uma concretização “ingênua”, necessária para a orientação da ação⁵⁹.

Feitas estas considerações sobre a teoria estruturante de Friedrich Müller, passemos, a partir desse referencial, à discussão sobre a definição de norma jurídica a ser adotada neste trabalho.

3. Texto e norma jurídica

A discussão sobre a definição de norma jurídica como conceito fundamental para a teoria do direito apresenta notável diversidade de propostas. A norma pode

harmonia ou ruptura com a constituição. Deste modo, é possível trabalhar mais precisamente do que quando se deve fazer uma comparação puramente lingüística de um texto de norma abstrato, ainda não concretizado na prática, com a constituição.” Cf. Müller, 2007, p.293.

⁵⁶ Pensamos que a ênfase de Müller no sujeito estatal, em especial, no juiz como centro da ação jurídica, se justifica pela função primária atribuída ao direito, qual seja a disciplina de determinados conflitos humanos intersubjetivos. É efetivamente nas situações conflituosas, em que o juiz é chamado a decidir, que o direito cumpre sua função, utilizando-se de sua força legitimamente coercitiva para determinar relações intersubjetivas. Sobre o judiciário como centro do sistema jurídico cf. Luhmann, 2002, pp. 359-72.

⁵⁷ Nossa inferência é retirada de uma asserção do próprio Müller (2000, p. 51): “[...] também a *observância da norma*, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, é *concretização da norma*.”

⁵⁸ Nesse sentido, vale a proposta de Härbele, de que não é possível estabelecer, *numerus clausus*, os intérpretes da Constituição (hipótese que estendemos a todos os textos jurídicos). Assim, todos os destinatários de normas jurídicas, como possíveis intérpretes, podem vir a ser sujeitos concretizantes e, nesse processo, sempre haverá referência ao programa e ao âmbito da norma, porquanto mesmo a mera observância do direito seja sempre orientada pelo contexto em que se insere o sujeito. Cf. Härbele, 1997.

⁵⁹ Cabe aqui uma analogia às distinções dos planos da ação comunicativa e do discurso propostas por Habermas. No primeiro encontramos ações comunicativas (“interações simbolicamente mediadas” - significados intersubjetivamente compartilhados sem problematização), enquanto no plano do discurso, há problematização da pretensão de verdade e validade das afirmações, fazendo surgir a necessidade de argumentação. O plano do discurso supõe o plano da ação. Cf. Habermas, 1994, pp.113 ss. Nesse sentido, entendemos que a observância do direito, como processo de concretização ingênua, se realiza no plano da ação comunicativa, pois não há problematização da função simbólica das normas orientadoras. Daí por que entendemos já haver certo grau de normatividade também nesse plano, manifestadas a partir de processos de incidência e aplicação supostas.

ser entendida como “sentido de um querer, de um ato de vontade [...], o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo”⁶⁰, como “regra social”⁶¹, como “conteúdo significativo de diretivas que se encontram em correspondência com fatos sociais”⁶², como uma “regra jurídica definidora de um padrão de comportamento ou criadora de esquemas jurídicos para a solução de conflitos”⁶³, como “expectativas de comportamentos contrafactuais congruente e generalizadas”⁶⁴, como “proposições prescritivas garantidas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”⁶⁵, como “significações da mensagem legislada”⁶⁶, como “significado de um enunciado normativo”⁶⁷, ou como “produto da concretização formado pelo programa e âmbito normativo”⁶⁸.

Não sendo nosso propósito, neste trabalho, o estudo mais detido sobre os fundamentos de cada uma das propostas, o que, por fim, renderia outra pesquisa, buscaremos determinar as razões de uma definição operacional com a qual trabalharemos.

A base de nosso raciocínio fundamenta-se na distinção, presente em algumas das definições acima catalogadas, entre texto e norma jurídica. A norma jurídica é sempre o produto de uma construção (concretização, nos termos aqui trabalhados) e não se confunde com o texto. Obviamente, como adotamos a premissa de que o direito é um sistema lingüístico, as normas podem ser expressas em texto, no entanto, julgamos necessário demonstrar a distinção entre o texto legislativo e o

⁶⁰ Kelsen, 1986, p.3.

⁶¹ Hart, 2001, pp. 92 ss.

⁶² Ross, 2000, pp. 82 ss.; 2003, pp. 63 ss.

⁶³ Canotilho, 2000, p. 1107.

⁶⁴ Luhmann, 1983, p.57.

⁶⁵ Bobbio, 2003, pp. 105 ss.; 160 ss.

⁶⁶ Carvalho, 2005, p. 8.

⁶⁷ Alexy, 2008, p. 54.

⁶⁸ Müller, 2007.

texto da norma como construção a partir daqueles. A norma implica texto gerado a partir de outro texto⁶⁹.

O direito enquanto um sistema destinado a regular condutas intersubjetivas apresenta-se como uma ordem prescritiva, que permite, proíbe ou obriga determinados comportamentos diante de situações fixadas, garantindo o cumprimento das prescrições através de sanções institucionalmente estabelecidas e legitimadas.

A partir dessa idéia, o direito se realiza quando for apto a regular tais condutas. Objetivo que somente pode ser cumprido quando o texto destinado a tal função contiver os elementos mínimos necessários à transmissão da referida informação. Função esta que se concretiza através da norma.

3.1. Enunciados, sentidos normativos e normas

Em um sistema jurídico legislado, a primeira expressão normativa deriva da atividade do legislador. É inicialmente dele a tarefa de, buscando soluções para as interferências de comportamentos intersubjetivos, editar textos normativos nas formas disciplinadas pela Constituição⁷⁰. Em razão da função a qual se destinam, os textos legislativos estão sempre orientados para a disciplina de comportamentos e

⁶⁹ É preciso distinguir duas dimensões do fenômeno jurídico: a legislativa e a normativa. Aquela, relativa à construção de textos legislativos, esta, de normas jurídicas. “[...] o intérprete autêntico (no sentido atribuído por Kelsen) ‘produz’ direito porque necessariamente completa o trabalho do legislador (ou do autor do texto, em função regulamentar ou regimental). O intérprete autêntico completa o trabalho do autor do texto normativo; a finalização desse trabalho, pelo intérprete autêntico, é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto sobre aquele primeiro texto”. Grau, 2006, p. 60.

⁷⁰ 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.

são referidos a determinada parcela da realidade, porém, nem sempre estão organizados na forma lógica necessária para cumprirem seus objetivos.

O resultado da atividade do legislador são enunciados⁷¹, reuniões de palavras com sentido. No entanto, nem todos os enunciados estão, por si, aptos a disciplinar condutas humanas intersubjetivas. Os enunciados não se confundem com as normas.

A norma é o sentido deôntico completo de estruturas lógico-linguísticas aptas a disciplinar condutas humanas intersubjetivas. O ponto de partida para a construção desse sentido são os enunciados textuais provindos do legislador. Quem a realiza é o sujeito concretizador, e, nessa tarefa, os próprios enunciados têm funções diversas.

Conforme afirma Bobbio “as normas jurídicas pertencem à categoria das proposições prescritivas”⁷². Entendendo como proposição “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”⁷³, que deve ser distinguido de enunciado, isto é, “[d]a forma gramatical e lingüística pela qual um determinado significado é expresso”⁷⁴, conclui o autor italiano que “a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas”⁷⁵.

Ainda sobre as normas como proposições, acrescenta Bobbio que as normas são comandos, os quais têm por função “influir sobre o comportamento alheio para

⁷¹ Sobre a diversidade de nomenclaturas utilizadas na distinção norma e enunciado normativo cf. Alexy, 2008, p.53, nota 10.

⁷² Bobbio, 2003, pp. 72 e 74. Com essa afirmação, exclui a possibilidade de normas jurídicas sem significado.

⁷³ Ibid. p.73. Registramos, no entanto, que apesar da construção lingüística apresentada, a ênfase de Bobbio parece ser “o significado”, uma vez que faz a distinção entre proposições e enunciados. Assim, reconstruiríamos da seguinte forma: proposições são o significado de um conjunto de palavras (ou de uma palavra) tomado em sua unidade.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

modificá-lo”⁷⁶. São proposições prescritivas⁷⁷, heterônomas⁷⁸, expressas em geral na forma imperativa⁷⁹, e cuja violação tem como resposta uma sanção⁸⁰.

Interessa-nos, neste momento, a distinção proposta entre enunciados e proposições. Dissemos que o resultado do trabalho legislativo é um conjunto de enunciados. Os significados desses enunciados, tomados isoladamente, serão, neste trabalho, entendidos como sentidos normativos.

As normas são sentidos normativos completos, expressos através de uma forma lógico-lingüística uniforme⁸¹. São compostas a partir dos sentidos normativos extraídos a partir da relação entre os textos legislativos e a realidade fática circunscrita. A forma com que esses sentidos normativos colaboram para a composição da norma será o critério utilizado para a distinção de uma discussão que vem ganhando cada vez mais espaço na doutrina jurídica: a distinção entre regras e princípios.

3.1.1. Regras e princípios como espécies normativas

3.1.1.1. A distinção tradicional

Colocar a norma como centro da discussão jurídica exige considerar o debate sobre princípios e regras como espécies normativas.

⁷⁶ Ibid. p. 75 [ou também para manter-lhe, diríamos]

⁷⁷ Ibid. pp. 78 ss. Para o autor, a função prescritiva consiste “em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer*.”

⁷⁸ Ibid. pp. 95 s.

⁷⁹ Ibid. pp. 75 ss. Esclarece o autor que as proposições normativas também podem apresentar-se a partir da forma descritiva, por exemplo.

⁸⁰ Ibid. pp. 152 ss.

⁸¹ Neste sentido, Carvalho, 1988.; Bobbio, 2003.

Diversos autores propuseram distintas definições partindo de vários critérios e fundamentos. Como não é o escopo final deste trabalho examinar detidamente tal questão, passaremos a breve apresentação das teorias mais difundidas na doutrina nacional.

Elegendo como critério a função de fundamento normativo para a decisão, encontramos em Josef Esser e Karl Larenz a distinção entre princípios e regras.

Sobre os princípios diz o primeiro:

“un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones.”⁸²

Larenz, por sua vez, diz:

“Se bem que os princípios jurídicos tenham, em regra, também o caráter de idéias jurídicas directivas, das quais se não podem obter directamente resoluções de um caso particular, mas só em virtude de sua concretização na lei ou pela jurisprudência dos tribunais, existem princípios que, condensados numa regra imediatamente aplicável, não só são a ratio legis, mas em si próprios, lex.”⁸³

Fundamentando na distinção relativa ao conteúdo axiológico e ao modo de interação com outras normas, Canaris entende que os princípios “[...] ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíproca [...] de facto, eles não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou ‘normativizados’”⁸⁴.

⁸² Esser, 1961, p. 63.

⁸³ Larenz, 1997, p. 682.

⁸⁴ Canaris, 2002, pp. 88 e 96.

Ronald Dworkin, por sua vez, elege como critério o modo de aplicação.

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica [...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que um regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”⁸⁵ “A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.”⁸⁶ Um princípio, por sua vez, “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular.”⁸⁷ “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando as dimensões se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”⁸⁸

Para Robert Alexy princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...]”⁸⁹. “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”⁹⁰ Para esse autor alemão trata-se de uma distinção qualitativa, não de grau. Apresenta ainda, como critério distintivo, a forma de solução de conflitos. “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”⁹¹ No caso dos princípios, “um dos princípios terá de ceder”, o que não significa que “o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá

⁸⁵ Dworkin, 2002, p. 39.

⁸⁶ Ibid. p. 40.

⁸⁷ Ibid. p. 41.

⁸⁸ Ibid. p. 42.

⁸⁹ Alexy, 2008, p. 90.

⁹⁰ Ibid. p. 91.

⁹¹ Ibid. p. 92.

ser introduzida uma cláusula de exceção.” Um dos princípios “tem precedência em face do outro sob determinadas condições”⁹².

3.1.1.2. Críticas à distinção e novas propostas

Humberto Ávila, em sua Teoria dos princípios⁹³, analisa os critérios tradicionais e apresenta sua proposta de distinção.

Para o citado autor não merecem prosperar as distinções baseadas no critério do “caráter hipotético-condicional”, primeiramente porque “o conteúdo normativo de qualquer regra – quer regra, quer princípio – depende das possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação.” E, em segundo lugar, porque a existência de uma hipótese de incidência “é uma questão de formulação lingüística”⁹⁴, podendo ser todas as normas reformuladas de modo hipotético. Em terceiro lugar, entende que princípios também podem apresentar-se na forma hipotético-condicional. Para o autor, o critério é fruto de uma confusão entre o “dispositivo e a norma e [de] uma evidente transposição de atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete”⁹⁵.

Sobre o critério “modo final de aplicação” adverte Ávila que “o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente

⁹² Ibid. p. 93.

⁹³ Ávila, 2006.

⁹⁴ Ibid. p. 41.

⁹⁵ Ibid.

de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete [...]”⁹⁶.

Também o critério “conflito normativo” merece algumas observações do citado autor. Para ele “o sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados [...]”⁹⁷. A dimensão de peso não é qualidade necessária dos princípios, às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto⁹⁸. Segundo afirma Ávila, não são as normas que determinam em absoluto os elementos que devem ser privilegiados, a dimensão de peso é sempre “resultado de juízo valorativo do aplicador”⁹⁹.

Feitas as ponderações, em relação aos critérios tradicionalmente apresentados, Ávila, com o objetivo de “antecipar características para facilitar o processo de interpretação” e “aliviar o ônus de argumentação”¹⁰⁰, apresenta nova proposta de dissociação entre princípios e regras.

Oferece, então, como critérios: a natureza do comportamento prescrito, a natureza da justificação exigida, bem como a medida da contribuição para a decisão. Com base neles assim distingue princípios e regras:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensões de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente

⁹⁶ Ibid. p. 51.

⁹⁷ Ibid. p. 52.

⁹⁸ Ibid. p. 60.

⁹⁹ Ibid. p. 59.

¹⁰⁰ Ibid.

sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”¹⁰¹

Acrescenta ainda o autor, uma terceira categoria normativas, os postulados, definidos como “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”¹⁰².

3.2. Regras e princípios como sentidos normativos

De posse dessa síntese relativa às principais teorias sobre a distinção entre princípios e regras, cumpre-nos, a fim de subsidiar nossa proposta de definição de norma jurídica, analisar alguns pontos das referidas teorias.

Primeiramente, esclarecemos que princípios e regras não se diferenciam como espécies de normas, mas como sentidos normativos que compõem normas. Princípios e regras são proposições normativas, no sentido anunciado por Bobbio. Normas são proposições normativas completas, aptas a disciplinar relações humanas intersubjetivas.

Princípios e regras são resultados de um processo de interpretação. Podem decorrer, imediatamente, de enunciados expressos nos textos legislativos (correspondência enunciado – proposição, princípio da legalidade, por exemplo) ou

¹⁰¹ Ibid. p. 165.

¹⁰² Ibid. p. 166.

como resultado da interpretação conjugada de diversos enunciados (não correspondência enunciado – proposição, princípio da segurança jurídica)¹⁰³.

Dessa forma, a distinção com base na função de fundamento normativo, não se afigura completamente útil, uma vez que tanto princípios quanto regras são ambos fundamentos para a criação normativa. Não raro atuam, inclusive, conjuntamente.

Da mesma forma o caráter hipotético condicional não é característica inerente, nem de princípios, nem de regras, mas das normas. São as normas jurídicas que precisam ter uma forma lógica para que possam cumprir sua função¹⁰⁴. A formulação lingüística hipótese→conseqüência¹⁰⁵ é uma característica necessária à norma jurídica, produto de concretização, após a interpretação dos enunciados que servem de suporte para regras e princípios.

Sobre a distinção baseada no modo de aplicação também não entendemo-na suficiente. Com base no pressuposto adotado, o que se aplica é a norma, não os princípios e as regras. A norma pode decorrer de um princípio, ou de uma regra, ou de vários deles combinados, mas a categoria “aplicação” se dirige ao produto (a norma) e, somente de forma indireta, ao fundamento. Assim, concordamos com Ávila no sentido de que não é o texto quem determina a forma de aplicação, mas é o trabalho do intérprete. Os sentidos normativos expressos pelos enunciados legislativos exigem maior ou menor esforço do sujeito concretizador no momento da composição normativa, apresentando de forma mais ou menos direta os conteúdos que devem preencher a estrutura da norma jurídica. A existência de exceções, a

¹⁰³ Neste sentido, cf. Ávila, 2006, pp. 30 ss., registrando-se que o autor se utiliza da expressão dispositivos para referir-se a enunciados.

¹⁰⁴ Cf. Bobbio, 2003, pp. 69 ss.; Engisch, 2004, pp. 21 ss.

¹⁰⁵ Registramos que as normas individuais e concretas não têm, rigorosamente, uma hipótese, mas um termo antecedente (fato), que implica juridicamente uma conseqüência.

necessidade de ponderações, a preferência entre valores, são conexões que somente se apresentam em face do caso posto para decisão, durante do processo de concretização.

Feitas tais considerações, regras e princípios, como sentidos normativos, devem ser distinguidos a partir das diferentes formas como contribuem para a formulação normativa.

A norma jurídica tem uma estrutura lógico-linguística que é preenchida pelo sujeito concretizador a partir de um processo (concretização). Para tanto, parte de enunciados dispostos em textos legislativos, atribui-lhes sentidos, os quais organiza na forma de normas jurídicas.

Quando os sentidos apresentam caráter imediatamente descritivo de situações previamente determinadas, dizemos tratar-se de regras. No processo de concretização a identificação entre o âmbito e o programa da norma é facilmente realizada.

Quando não apresentam situações previamente determinadas, mas um valor¹⁰⁶, uma finalidade a ser promovida, cabendo ao intérprete construir a situação para preencher a estrutura normativa, haverá um princípio. Nessa situação, a delimitação do âmbito e do programa da norma requerem maior esforço do sujeito concretizador.

Importa registrar que o caráter descritivo das regras não lhes retira a conexão valorativa. Regras também podem ser imediatamente finalísticas, sem prejuízo do caráter descritivo. Assim, quando utilizadas, terão reforçadas as valorações realizadas previamente pelo legislador. De outra forma, no caso dos princípios, a

¹⁰⁶ Carvalho, 2005, pp. 145 ss.

situação que constitui a valoração eleita é completamente construída no processo de concretização.

4. O aspecto lógico da norma jurídica

Assentamos anteriormente que as normas jurídicas são proposições prescritivas aptas a disciplinar, completamente, comportamentos humanos intersubjetivos.

Advertindo que como proposição a norma somente se perfaz a partir de seu sentido, é possível, porém, analiticamente, considerá-la de um ponto de vista formal, isto é, a partir de sua estrutura¹⁰⁷. É a partir da identificação da estrutura lógica da norma jurídica que se pode percebê-la como um elemento passível de identificação, referência e análise.

Consideradas as normas como estruturas lingüísticas, a análise semiótica apresenta-se como útil instrumento. A estrutura formal da norma compreende o objeto da perspectiva sintática.

Os enunciados jurídicos emitidos pelo legislador não apresentam uma forma padrão, vertem-se de estruturas gramaticais diversas¹⁰⁸. Enunciados descritivos e prescritivos podem ser encontrados nos textos legislativos. São as normas, como formas de síntese, que cumprem a função de manutenção do caráter prescritivo do sistema jurídico¹⁰⁹. Reduzindo-se as múltiplas modalidades lingüísticas a uma

¹⁰⁷ Bobbio, 2003, p. 67.

¹⁰⁸ Vilanova, 2005, p. 91.

¹⁰⁹ "A função prescritiva do ordenamento jurídico, enquanto *um conjunto de normas*, não importa a inexistência de proposição descritiva em seu interior. [...] Interessam-nos, sim, as proposições descritivas que, pertencendo ao ordenamento jurídico, não se integram implicacionalmente ao ordenamento jurídico. [...] Afiguramos mais esclarecedora, portanto, a construção que admite a função secundária ou auxiliar das proposições

estrutura uniforme obtém-se a forma ‘se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S’, deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S”¹¹⁰.” Pode-se dizer, então, que sintaticamente as normas jurídicas partilham de uma estrutura homogênea¹¹¹, que tem sentido e função determinados em um sistema jurídico¹¹².

A função, como já afirmado, é a manutenção da característica prescritiva do sistema jurídico. O sentido é a possibilidade de identificação e controle da ação normativa jurídica. A regulação de condutas humanas intersubjetivas é realizada através da construção de normas jurídicas, por meio da vinculação condicional de uma hipótese a uma determinada conseqüência.

O direito avalia certas situações da realidade, descreve-as abstratamente, constituindo-lhes como pressupostos de determinados efeitos¹¹³. A norma, formalmente, é a conjugação de uma hipótese a uma conseqüência¹¹⁴.

A hipótese normativa é, assim, “qualificadora normativa do fático”¹¹⁵. Na estrutura lógico-lingüística da norma jurídica, é o espaço de construção da realidade

descritivas contidas no ordenamento jurídico. Este, *em sua totalidade*, tem função prescritiva, sendo constituído fundamentalmente de normas jurídicas, que são interpretadas e aplicadas com o auxílio das proposições descritivas intra-sistemáticas.” Neves, 1988, p. 19.

¹¹⁰ Neste sentido, cf. Vilanova, 2005, p. 91.

¹¹¹ Sobre a homogeneidade sintática do sistema normativo: “seu discurso se organiza em sistema e, ainda que as unidades exerçam papéis diferentes na composição interna do conjunto (normas de conduta e normas de estrutura), todas elas exibem idêntica arquitetura formal. Há homogeneidade, mas homogeneidade sob o ângulo puramente sintático, uma vez que nos plano semântico-pragmático o que se dá é um forte grau de heterogeneidade.” Carvalho, 1988, pp.35 s.

¹¹² Sobre a aplicação da idéia de homogeneidade sintática das normas jurídicas inclusive às normas de competência cf. Gama, 2008, pp. 85 ss.

¹¹³ “[...] ‘hipóteses legais’ são recortadas e por assim dizer *postas* (constituídas) como pressupostos de determinadas regulamentações jurídicas [...] Ora, ao proceder assim, o legislador tem a liberdade de determinar diferentemente os pressupostos da hipótese, na perspectiva de diferentes pontos de vista jurídicos, e portanto, de apreciar e conceber de diferentes modos, tendo em conta as diferentes conseqüências jurídicas [...]” Engisch, 2004, p. 29.

¹¹⁴ “Difícilmente se poderá pensar num imperativo jurídico que não seja condicionado por esse modo. Ora, os lógicos no chamado juízo hipotético (se *a*, logo *b*), distinguem entre prótase e apódose, assim também nós devemos distinguir no imperativo jurídico condicional a prótase da apódose. A prótase contém os pressupostos de cuja verificação depende o imperativo, a apódose o próprio imperativo. O jurista chama à prótase de ‘hipótese legal’ e à apódose de ‘conseqüência jurídica’, devendo a propósito desta última pensar-se no comando ou estatuição de conseqüências jurídicas, no dever-ser de uma prestação (acção), tolerância ou omissão.” Ibid. p. 55.

¹¹⁵ Vilanova, 2005, p. 85.

jurídica. Só ingresso no direito a parcela da realidade que é juridicamente regulada pela hipótese normativa. Fatos naturais e sociais somente se tornam jurídicos na medida em que são selecionados e expressos na linguagem jurídica através de hipóteses normativas¹¹⁶.

A conseqüência é uma relação constituída, também, pela linguagem jurídica. “É a relação em que um sujeito S' fica face a outro sujeito S”.¹¹⁷ “As estatuições das conseqüências jurídicas prescrevem a constituição ou a não-constituição de direitos e deveres.”¹¹⁸

A relação que é estabelecida entre a hipótese e a conseqüência chama-se causalidade jurídica¹¹⁹, ou seja, um vínculo específico criado no momento de produção normativa, um “deve-ser a implicação entre a hipótese e a tese”¹²⁰.

4.1. A teoria estruturante do direito e a estrutura lógica da norma jurídica

Estabelecido nosso entendimento sobre a necessidade de identificação da estrutura lógica da norma jurídica, apresentada através da forma $D[F \rightarrow S'RS]$ ¹²¹, cumpre-nos estabelecer as possibilidades de relação entre teoria estruturante de Friedrich Müller, nos termos até então adotados, e essa estrutura normativa.

¹¹⁶ “Então concluímos: a hipótese, que é proposição descritiva de situação objetiva possível, é construção valorativamente tecida, com dados-de-fato, *incidente* na realidade e não *coincidente* com a realidade. Falta-lhe, pois, status semântico de enunciado veritativo. As hipóteses de normas valem ou não valem. Substrato seu pode ser fato natural, fato social, ou fato já qualificado juridicamente que a hipótese tenha trazido para compor o fato jurídico.” Ibid. p. 86.

¹¹⁷ Ibid. p. 94.

¹¹⁸ Engisch, 2004, p. 35.

¹¹⁹ Sobre a definição de causalidade jurídica cf. Vilanova, 2000, pp. 59 ss.

¹²⁰ Vilanova, 2005, p. 92.

¹²¹ D = functor deôntico não modalizado (dever-ser); F = fato; \rightarrow = operador implicacional; S' R S = relação jurídica entre dois sujeitos.

A estrutura lógico-lingüística da norma jurídica é uma forma que somente adquire identidade quando preenchida de conteúdo¹²². Assim, a síntese entre âmbito e programa normativo, como componentes necessários da norma, compõe o sentido daquela estrutura.

Diante dos textos legislativos e de um caso a resolver, o sujeito concretizador, a partir da seleção que realiza, terá de construir o sentido da norma "preenchendo" a estrutura lógico-lingüística da norma. Na seleção dos textos (dados primariamente lingüísticos) compõe o programa da norma. A partir desses, construirá, tanto o sentido da hipótese quanto da consequência que lhe será imputada. O âmbito da norma, nesse sentido, como função seletiva dos âmbitos da matéria e do caso, servirá à composição da hipótese de incidência e os demais textos selecionados servirão à composição do consequente normativo. De certa forma, o âmbito da norma apresenta-se como um nível de referência do programa normativo.

Para que a norma cumpra sua função de regulação de condutas humanas intersubjetivas, é preciso que esses elementos sejam assim identificados e organizados.

5. A linguagem da concretização

5.1.1. Níveis de referência na linguagem da concretização

Como, segundo Müller, a normatividade somente se perfaz quando houver unidade de sentido, faz-se necessário "decompor os processos da elaboração da decisão e fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente

¹²² Nesse sentido cf. Gama, 2008, pp. 191 ss.

pequenos para abrir o caminho ao feedback [*Rückkopplung*] controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica”¹²³.

Por essa razão, é preciso, dentro da linguagem de concretização, entendida como a linguagem do processo de construção normativa, diferenciar dois níveis de referência no “preenchimento” da estrutura formal da norma jurídica e da norma de decisão, quais sejam o da norma geral e abstrata e o da incidência.

5.1.1.1. Referência à norma geral e abstrata

Quando o sujeito concretizador precisa decidir um caso, é necessário que construa a norma geral e abstrata disciplinadora da situação. É nesse momento que podemos identificar o primeiro nível de referência da linguagem da concretização: o da norma geral e abstrata. É especialmente nesse nível que se encontra a síntese entre o programa e o âmbito da norma proposta pela teoria estruturante do direito.

Diante do “suporte fático”, o sujeito concretizador realiza a análise do “âmbito da matéria” e do “âmbito do caso” a fim de verificar, no programa normativo, quais textos se adéquam àquela situação. É dessa síntese que surgirá a norma geral e abstrata como unidade de sentido deôntico completo. O âmbito da norma apresenta-se como o sentido construído da hipótese normativa¹²⁴, à qual se imputaram as conseqüências determinadas a partir dos textos selecionados pelo programa.

¹²³ Müller, 2000, p.53.

¹²⁴ “O âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto de fatos [suporte fático, diríamos]. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do ‘âmbito material’, o programa da norma destaca o âmbito da norma *como componente da hipótese legal normativa* [*Normativtatbestand*]. O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade.

É nesse primeiro nível de referência em que se podem avaliar, primariamente, questões referentes à validade e à vigência dos textos conformadores da norma jurídica, a partir da verificação de dados como data de entrada no sistema, publicação etc.

Quando a linguagem da concretização refere-se à norma geral e abstrata deve demonstrar a validade e a relação dos textos que compõem a estrutura formal da norma jurídica, delimitando assim a esfera da realidade que será juridicamente regulada e as modificações decorrentes. Daí por que são necessárias tanto a análise do suporte fático envolvido quanto a dos textos normativos que poderão ser utilizados.

5.1.1.2. Referência à incidência

Na passagem da referência da norma geral e abstrata à individual e concreta (norma jurídica → norma de decisão) encontramos o segundo nível de referência da linguagem da concretização. Trata-se da referência à incidência normativa, necessária à determinação do fato jurídico. É a partir dela que se determina quando e qual norma jurídica geral e abstrata tornou jurídico o fato.

A referência à incidência é imprescindível para a determinação temporal e aferição entre a vigência da norma geral e abstrata e a ocorrência do fato jurídico. A

Ele não é uma soma de fatos, mas um nexu formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão, via de regra, conformados de modo ao menos parcialmente jurídico. Em virtude da conformação jurídica do âmbito da norma e em virtude de sua seleção pela perspectiva do programa da norma, o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica. Ele não é interpretável no sentido de uma 'força normativa do fático'. Müller, 2000, pp. 58 s. (grifamos)

incidência é entendida como o processo de juridificação do suporte fático¹²⁵, como um fenômeno no mundo social, compartilhado intersubjetivamente e referido quando da aplicação¹²⁶.

Trata-se, nesse momento, da linguagem de aplicação do direito, porquanto já esteja definida a norma geral e abstrata que, diante do suporte fático, recortará a parcela da realidade que se tornará fato jurídico na subsunção que se estabelecerá ao fim do processo concretizador.

Importa notar que, como nível de referência da linguagem de concretização, não estamos a defender a incidência naturalística, que operaria efeitos de forma automática, mas sim, defendemos a necessidade de se distinguir, com clareza, a distinção temporal entre incidência e aplicação da norma jurídica. Distinção feita *na* e *pela* linguagem jurídica.

6. Normas como *tangled hierarchies*¹²⁷

Se as normas jurídicas somente se constituem como proposições de sentido deôntico completo aptas a disciplinar relações humanas intersubjetivas, e se, formalmente, apresentam sempre a mesma estrutura (juízo condicional que une a partir de uma imputação uma hipótese a uma conseqüência), cumpre-nos observar como se constituem, efetivamente, a partir dos textos legislativos.

¹²⁵ “Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide.” Pontes de Miranda, 1974, p. 77.

¹²⁶ Embora partindo de outros pressupostos, no nosso sentir, a distinção entre tempo *do* fato e tempo *no* fato, proposta por Carvalho, revela consideração pela necessidade da distinção temporal entre a incidência e a aplicação. Cf. Carvalho, 2006, pp. 113 ss.

¹²⁷ “A *Tangled Hierarchy* occurs when what you presume are clean hierarchical levels take you by surprise and fold back in a hierarchy-violation way. The surprise element is important; it is the reason I call *Strange Loops* ‘strange’.” Hofstadter, 1999, p.691. Na tradução brasileira: “Uma hierarquia entrelaçada ocorre quando o que você presume serem níveis hierárquicos claros o tomam de surpresa e se misturam de maneira que viola a hierarquia. O elemento surpresa é importante; é essa a razão por que denomino de ‘estranhas’ as voltas estranhas.” Hofstadter, 2001, p. 759.

Nesse momento retornamos à metódica estruturante de Friedrich Müller, à distinção entre enunciados e sentidos normativos, a homogeneidade sintática (lógica) da norma jurídica e à relação entre direito e realidade para entender que o processo concretizador revela a norma jurídica como uma hierarquia entrelaçada, tanto na dimensão do programa quanto do âmbito normativo.

O direito tem a pretensão de interferir na realidade factual. Para tanto, seleciona determinados aspectos daquela, lhes expressa sob a forma de enunciados a partir de uma linguagem própria, e lhes imputa determinadas conseqüências.

A ação jurídico-normativa inicia-se com a atividade do legislador. A emissão de textos legislativos, fundada em atos valorativos, tem a pretensão de selecionar determinadas situações sociais (em que comportamentos humanos entrem em interferência), descrevê-las e atribuir-lhes, prescritivamente, certos efeitos (permitindo, proibindo ou obrigando a ações ou omissões intersubjetivas). Nessa tarefa, o legislador emite enunciados de diferentes formas e funções lingüísticas, e de graus de objetividade também diversos. A ação legislativa é orientada para a regulação de uma determinada realidade social.

Os textos legislativos, da forma como são postos no mundo jurídico, usualmente não estão aptos para a regulação da realidade na qual pretendem interferir. Depois de publicados, os enunciados legislativos precisam ser interpretados e organizados para que possam efetivamente influenciar na realidade. Interpretar é dar sentido. Organizar é pôr sob a estrutura hipotética condicional já referida. É somente no processo de concretização da norma jurídica, em que os textos ganham sentido deôntico completo, que se realiza a síntese da ação normativa e a efetiva conexão entre direito e realidade.

Paradoxalmente o sentido dos enunciados somente pode ser determinado quando se considera a realidade que se pretende ordenar. O direito pretende determinar a realidade e é, ao mesmo tempo, por ela determinado. Para que haja normatividade revela-se necessária uma correlação entre o direito que quer ordenar e a realidade a ser ordenada¹²⁸. O sujeito concretizador, no “preenchimento” da estrutura normativa (modelo hipótese → conseqüência), a partir do contato com os textos jurídicos, passa a compor o programa da norma, que, por sua vez, vai se referir à parcela da realidade social que deve ser selecionada e transformada em âmbito da norma. O direito determina a realidade e a realidade determina o direito. Não há que se falar, assim, em uma hierarquia entre o plano normativo e o plano fático. Mantém-se a diferença entre os níveis, dissolvendo-se, no entanto, relações de subordinação. Pode-se falar, então, que a atividade de concretização normativa, como síntese dialética entre texto jurídico e realidade, revela o primeiro sentido das normas como hierarquias entrelaçadas.

No contato com os textos legislativos o sujeito concretizador se depara com enunciados de formas e funções lingüísticas diversas. Alguns deles “informam”, mais diretamente, os sentidos que devem compor a estrutura da norma jurídica. É o caso da regras. Outros, por sua vez, apontam para resultados a serem alcançados ou a limites a serem observados, exigindo do sujeito concretizador, maior participação na construção dos sentidos. São os princípios.

É tarefa do sujeito concretizador, na síntese constitutiva da norma jurídica, estabelecer a relação entre regras e princípios. Novamente não há que se falar, rigorosamente em uma hierarquia. Como todo sentido é, pelo menos parcialmente, construído pelo intérprete, os princípios podem determinar os sentidos das regras, e

¹²⁸ “Ademais, cumpre desde logo anotar que a norma não é apenas o texto normativo nela transformado, pois ela resulta também do conúbio entre o texto e os fatos (a realidade).” Grau, 2006, p. 61.

estas, por sua vez, podem também determinar, em algumas situações, os sentidos dos princípios. São as conexões valorativas estabelecidas no processo de concretização normativa que determinarão como regras e princípios, como sentidos normativos, deverão compor a norma jurídica. Novamente, mantém-se a distinção, dissolvendo-se a existência relações necessárias de subordinação. As normas, sínteses de sentido construídas a partir de regras e princípios, são estruturas entrelaçadas.

Do ponto de vista lingüístico a norma é facilmente identificada como *tangled hierarchy*. A rigidez sintática é pressuposto para a flexibilidade semântica. Por ter uma identidade sintática uniforme, a estrutura normativa se mantém, e, assim, os mesmos enunciados podem, em diferentes situações, compor normas diversas e igualmente válidas. Textos legislativos de diferentes hierarquias compõem uma mesma norma jurídica, condicionando-se reciprocamente. Logo se vê que não é a estrutura sintática que determina a semântica ou pragmática, nem vice-versa, embora se condicionem reciprocamente. Há um entrelaçamento. *Tangled hierarchies*¹²⁹.

Em resumo, as normas podem ser definidas como os sentidos construídos, organizados em estruturas lógico-lingüísticas uniformes, a partir da relação entrelaçada de textos e realidade estabelecida no processo concretizador, os quais alcançam completamente a disciplina de uma relação humana intersubjetiva.

¹²⁹ O próprio Hofstadter refere-se à linguagem como um exemplo de tangled hierachy. "On the other hand, where language does create strange loops is when it talks about itself, whether directly or indirectly. Here, something in the system jumps out and acts on the system, as if it were outside the system. What bothers us is perhaps an ill-defined sense of topological wrongness: the inside-outside distinction is being blurred, as in a famous shape called a 'Klein bottle'." Hofstadter, 1999, p. 691. Na tradução brasileira: "Por outro lado, a linguagem cria voltas estranhas quando fala de si própria, seja direta ou indiretamente. Nesse caso, algo dentro do sistema salta fora e age sobre o sistema, como se estivesse fora dele. O que nos perturba talvez seja um sentido mal definido de erro topológico: a distinção entre dentro e fora fica obscurecida, como na forma famosa denominada 'garrafa de Klein'." Hofstadter, 2001, p. 759. Com base nessas idéias, as normas, como estruturas construídas na e pela linguagem, conforme assentado por Müller, são entendidas como modelos de *tangled hierarchies*. A linguagem do direito, que se dirige à realidade, é por ela também determinada e transforma-se, enfim, em norma jurídica.

7. A norma jurídica tributária

Segundo adverte o próprio Müller a tensão entre a realidade e a normatividade está presente em todas as disciplinas do direito. No entanto é preciso cuidado ao transpor a outros ramos do direito as conclusões da metódica estruturante, que fora desenvolvida com vistas ao desenvolvimento do direito constitucional alemão.

“Em todas as disciplinas do direito é preciso analisar os detalhes do fato para saber se – no sentido da ‘subsunção’ – correspondem às características típicas do preceito. Os fatores da realidade normatizada, que aqui há que analisar, são distintos, aliás, em função de sua origem, de sua determinação material e do grau de densidade dentro dos diferentes campos jurídicos, e marcam com maior ou menor intensidade o conteúdo material de normas legais. O que aqui se elabora em relação ao direito constitucional poderá ter sua importância, como proposição para outros campos jurídicos, todavia não deve ser transferido indistintamente a estes últimos naquilo que tange a métodos e dogmática.”¹³⁰

Dessa forma, ao voltarmos nossa atenção para o direito tributário, de modo especial na ordem fundada a partir da Constituição Federal de 1988, cumpre-nos verificar em que medida as conclusões sobre a definição de norma jurídica até então apontadas servem ao direito tributário.

Inicialmente, como a disciplina fundamental do direito tributário é expressa de forma bastante extensa no texto constitucional, parece-nos não haver grandes dificuldades na adoção das premissas expostas por Müller para o processo de

¹³⁰ Müller, 2008, p.18.

concretização normativa. O sistema tributário brasileiro é, primariamente, constitucional¹³¹.

Entendendo o direito tributário como o campo jurídico que direta ou indiretamente se refere à instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos¹³², há que se falar em um “âmbito da norma tributária” e em um “programa da norma tributária”.

A especificidade reside exatamente no âmbito material envolvido. A tributação implica intervenção estatal legítima na propriedade privada dos indivíduos, muitas vezes, resultando em limitações à plena liberdade. Dessa forma, a garantia da legitimidade e da razoabilidade dessas intervenções torna o controle sobre elas ainda mais necessário. A identificação de uma estrutura lógica da norma tributária, na qual se possa conjugar âmbito e programa normativo, conforme o modelo até então examinado, corrobora para tal finalidade.

A estrutura lógica da norma se mantém, compondo-se de uma hipótese qualificadora do fático e de um conseqüente estabelecedor de uma relação jurídica intersubjetiva. Na hipótese ou suposto da norma tributária há a previsão de um fato de conteúdo econômico enquanto no conseqüente estatui-se um vínculo obrigacional entre o Estado (ou quem lhes faça as vezes), sujeito ativo, investido do direito subjetivo público de exigir o tributo e uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, na qualidade de sujeito passivo, que tem a obrigação de cumprir a prestação.

¹³¹ Cf. Ataliba, 2000, pp. 38 ss.; Carrazza, 2006.

¹³² “Direito tributário objetivo é o conjunto de normas jurídicas que regula a tributação, entendendo-se por tributação a ação estatal de tributar (isto é, exigir tributos)”. Ataliba, 2000, p. 51.

Para as normas instituidoras de tributos importante contribuição é dada por Paulo de Barros Carvalho¹³³ ao propor como método a estrutura da regra-matriz de incidência tributária.

“A construção da regra-matriz de incidência, como instrumento metódico que organiza o texto bruto do direito positivo, propondo a compreensão da mensagem legislada num contexto comunicacional bem concebido e racionalmente estruturado, é um subproduto da teoria da norma jurídica [...]”¹³⁴

A regra matriz de incidência tributária é uma norma geral e abstrata construída no processo de concretização. Como norma, somente pode ser identificada como conteúdo de sentido deôntico completo. O ponto de partida é a atividade do legislador que, mesmo orientada para a regulação da relação jurídica de tributação, oferece os “dados de entrada” para esse processo, muitas vezes, de forma pouco organizada e determinada. O modelo da regra matriz permite construir a norma jurídica como o “mínimo irreduzível do deôntico”¹³⁵.

No modelo do professor paulista, o antecedente normativo (a hipótese tributária) é a descrição conotativa de um evento sinalizador de riqueza que, uma vez ocorrido no mundo fático, implicará o estabelecimento da relação prevista no conseqüente da mesma regra matriz. A identificação dessa hipótese é feita a partir dos critérios material, temporal e espacial. No conseqüente da regra-matriz identificam-se os critérios subjetivo e quantitativo.

Aplica-se ao direito tributário a conclusão outrora afirmada de que o âmbito normativo identifica-se com a hipótese de incidência. O programa normativo, por sua

¹³³ Cf. Carvalho, 2005, 2006, 2008.

¹³⁴ Carvalho, 2008, p.146.

¹³⁵ Carvalho, 2006, pp. 84 ss.

vez, compõe-se do conjunto de textos que servirão de suporte para a identificação da norma como unidade.

A hipótese de incidência tributária, denominação tradicional na dogmática, constitui-se como a descrição dos dados de ordem objetiva, indicadores de riqueza. O critério material “é o núcleo do conceito mencionado na hipótese normativa”, é o cerne do suporte fático que será tornado fato jurídico, refere-se a um comportamento de pessoas físicas ou jurídicas, que será juridicizado pela norma. Linguisticamente é representado pela “descrição dos aspectos substanciais do fato ou conjunto de fatos que lhe servem de suporte”¹³⁶. O critério temporal e espacial determinam, respectivamente, o momento e o lugar em que o fato será considerado juridicamente realizado, para que possa desencadear a relação jurídica tributária.

O conseqüente da regra matriz de incidência tributária contém os critérios subjetivo e quantitativo. Aquela identifica os sujeitos componentes da relação, nos pólos ativo e passivo, observadas as normas de competência do sistema. O critério quantitativo, composto de base de cálculo e alíquota servirá à mensuração do objeto da relação tributária. A base de cálculo como medida do critério material e, a alíquota, como critério indicativo de parte ou fração da base de cálculo.

Na aproximação proposta neste trabalho, entendemos que o sujeito concretizador, diante de um caso jurídico tributário, seleciona todos os textos relevantes para a construção da norma jurídica (programa da norma), identifica, a partir deles, o âmbito da norma delimitado pelo direito, e, finalmente, constrói a norma determinando o sentido de cada um dos critérios componentes da regra-matriz de incidência tributária.

¹³⁶ Ataliba, 2000, p. 106.

Diante dessas considerações, passemos à análise da irretroatividade a fim de identificarmos sua influência na composição de sentido da norma jurídica tributária ao longo do processo de concretização.

II. Sobre a irretroatividade tributária

1. Sobre a irretroatividade no direito

1.1. Fundamentos filosóficos

1.1.1. Irretroatividade, Estado de Direito e Segurança Jurídica

Fala-se em retroatividade do direito quando na relação entre o direito e a realidade as prescrições jurídicas pretendem alcançar ocorrências fáticas concluídas em momento passado ou quando os efeitos de uma prescrição vinculam-se a ocorrências (ou pressupostos de ocorrências) iniciadas no passado, mas que ainda existem quando a nova prescrição entra em vigor.

Dentre muitas possibilidades semânticas, entende-se que na modernidade o Estado de Direito¹³⁷ caracteriza-se pela existência de limites à atuação estatal no

¹³⁷ Sobre o sentido do princípio do estado de direito diz Canotilho (2000, pp. 243 s.): “O **direito** compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*. Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material* e *forma*, da vida coletiva (K. Hesse). Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente: como meio de ordenação racional o direito é indissociável da realização da *justiça*, da efectivação de *valores* políticos, económicos, sociais e culturais; como *forma*, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregularidades de poderes públicos.” Sobre a concepção de Estado de Direito na concepção da teoria dos sistemas, manifesta-se Neves (2006, p. 91.): “Por um lado, o ordenamento jurídico constitucional confere competências, direitos e prerrogativas para o Estado ou

exercício da criação jurídica, daí decorrendo conseqüências para o sentido da irretroatividade.

Aceitando-se que o direito tem por função a regulação de condutas humanas intersubjetivas visando à estabilização da convivência social pacífica, há de se garantir que das condutas juridicamente reguladas não derivarão outras conseqüências além das previstas, em cada caso e momento, pela norma vigente ao tempo de sua ocorrência. Somente assim, os destinatários das normas poderão orientar-se conscientemente. Nesse sentido, deve o Estado “buscar um ideal de previsibilidade, de estabilidade, de cognoscibilidade, de confiabilidade e de lealdade no exercício das competências normativas [...]”¹³⁸. A exigência da irretroatividade impõe-se como essência da concepção de Estado de Direito aqui adotada.

Assevera, com propriedade, Maria Luiza Mendonça:

“Além disso, a retroatividade da lei poderia ser encarada como uma contradição do Estado consigo próprio, pois que, se de um lado ele faz repousar a estabilidade das relações e direitos sobre a garantia e proteção das leis que ele próprio emana, de outro lado ele mesmo não pode retirar essa estabilidade com a edição de leis retroativas.”¹³⁹

Juridicamente, há de se interpretar a proibição da retroatividade de acordo com o sobreprincípio da segurança jurídica¹⁴⁰.

Pode-se, então, questionar a aplicabilidade desse ideal de segurança jurídica ao adotar-se como modelo orientador a metódica estruturante de Müller, uma vez

governantes, mas também lhes impõe deveres e responsabilidades perante os cidadãos, grupos sociais e organizações privadas. Por outro lado, embora a ordem jurídica prescreva deveres, ônus e responsabilidades dos indivíduos e organizações perante o Estado, também lhe atribui direitos e garantias fundamentais de natureza individual e coletiva. Nesse sentido, o direito não se apresenta simplesmente como mecanismo de justificação do poder ou como instrumento de dominação, mas também serve à delimitação e ao controle do poder. [...] Em termos sistêmico-teóricos, é possível, portanto, caracterizar o Estado de Direito como o espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito.”

¹³⁸ Ávila, 2004, p.142.

¹³⁹ Mendonça, 1996, p. 62.

¹⁴⁰ Ávila, 2006, p.143.

que se parte de uma postura construtivista da norma jurídica, essencialmente ligada ao seu contexto de aplicação.

Pensamos inexistir óbices à manutenção da busca pelo ideal de previsibilidade e estabilidade jurídicas. A ressalva que se impõe é apenas a correção de sentido, da idéia liberal de segurança jurídica “baseada no primado da lei votada pelo Legislativo e pela neutralidade do Poder Judiciário, que apenas subsume o fato à lei abstrata”¹⁴¹ para a idéia da “tentativa de se evitar a arbitrariedade da falta de regras, da ausência de possibilidade de discussão”¹⁴².

A exigência de controle do processo concretizador (construção da norma jurídica) traz consigo a busca pela construção das mesmas normas sempre que houver um mesmo caso. Mantém-se assim, a premissa até aqui adotada de que a norma não se confunde com o texto, é uma construção dele derivada. A consistência e adequação dos resultados desse processo é a garantia da manutenção do ideal de segurança jurídica.

A norma não é o texto legislativo, é o sentido que ali está apenas potencialmente. Nesse sentido, afirma Eros Grau sobre textos e normas:

“As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando – através e mediante a *interpretação* – são transformados em *normas*). Por isso as *normas resultam da interpretação*, e podemos dizer que elas, *enquanto disposições*, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem [Ruiz e Cárcova 1991:320].”¹⁴³

¹⁴¹ Andrade, 2006, p.184.

¹⁴² Ibid. p.186.

¹⁴³ Grau, 2006, p. 82. Registre-se que, a partir da teoria estruturante, a construção da norma não se esgota na interpretação dos textos, mas é preciso considerar ainda que para Grau a interpretação não se refere apenas aos textos, mas também aos fatos, concepção esta que aproxima nesse ponto, no nosso sentir, os dois entendimentos.

O sujeito concretizador ao decidir, constrói o sentido da norma, realizando aquela potencialidade¹⁴⁴. O trabalho do legislador é completado tendo em vista os limites do texto e do contexto. A segurança jurídica reside no respeito a esses limites e na garantia da atribuição de um mesmo sentido, sempre que esteja posto em questão um mesmo caso.

1.2. O direito intertemporal

Dado que o direito é orientado para a ordenação da realidade social que está em constante mutação, a necessidade de alteração das prescrições jurídicas há de ser considerada e passível de controle. É na aferição da relação entre o normativo (dever-ser) e o fático (ser) que se pode efetivamente verificar problemas de retroatividade no direito¹⁴⁵.

Dois problemas mostram-se possíveis: uma prescrição que originalmente se volta para ocorrências fáticas constituídas (ou conseqüências de) em momento anterior à sua vigência e, ainda, uma prescrição nova que se volte para ocorrências fáticas já disciplinadas abstratamente por prescrições anteriores, restando a mesma “realidade fática” disciplinada por duas normas.

¹⁴⁴ Nesse sentido, a teoria estruturante do direito compreende os textos legislativos como “virtuais”, adquirindo “atualidade” quando concretizados. “Virtual’ não significa ‘efetivamente dado’; significa, enquanto algo que primeiramente deve ser mediado pelo nosso trabalho no eixo do tempo, ‘ainda não atual’. Ora, seria forçar demasiado as coisas se disséssemos que o texto da norma é como a imagem eletrônica (a superfície do monitor do vídeo, do texto) da posterior norma jurídica e de decisão. Mas pode se sustentar a afirmação de que assim como ‘virtual’ de modo nenhum significa o mesmo que ‘atual’, *ante casum* só são dados como potenciais textos de normas pelo legislador constitucional, pelo legislador ordinário e pelo autor de decretos enquanto potenciais aproximativos e ainda não normativos. A normatividade existe apenas *in casu*. E para que ela seja justificada em termos de Estado Democrático de Direito, ele necessita de formas prévias *ante casum*. Tais textos de normas ainda carecem da efetiva provocação pela questão jurídica atual, pelo caso jurídico atual. Sem a efetividade dessa provocação o texto da norma – assim como o fenômeno do virtual – ainda carece da ‘objetualidade concreta’ (e nesse sentido determinável). O texto da norma ‘é como se ele estivesse aí (scil. como norma), mas (ele) não está aí’. *Concretizando*, elaboramos os textos da norma jurídica e da normas de decisão; quer dizer, partindo de e com a ajuda de algo ainda não normativo, de algo virtual como norma, criamos algo que depois normatiza concretamente o caso determinado.” Müller, 2008, p. 134.

¹⁴⁵ “[...] os padrões de conduta ou critérios de normatividade, estabelecidos em regras jurídicas, são obrigatórios por todo o período de vigência destas. Apura-se, pois, estreita conexão temporal entre a norma e a verificação de fatos e atos que ela tutela.” Dória, 1968, p. 93.

Mesmo admitindo-se com fundamento no Estado de Direito e na Segurança Jurídica que o direito não pode, primariamente, voltar-se para ocorrências fáticas anteriores à sua vigência, nas duas situações o controle sobre a (ir)retroatividade da prescrição jurídica depende do momento em que se considera realizada a ocorrência fática e do momento em que se considera vigente determinada prescrição jurídica.

Sobre a noção de passado para o direito, pondera Luiz Gonçalves:

“No sentido material, constituem o passado todos os acontecimentos ou factos anteriores a um facto ou a um dia tomado como base de recuo; e representam o futuro todos os factos susceptíveis de se produzirem desde o aludido acontecimento tomado como base ou ponto de partida. Mas, no sentido jurídico, a noção de passado é um pouco diversa; porque, nascida uma situação jurídica concreta, ela pode subsistir no futuro, e todavia fica sujeita à lei do passado; pois todas as consequências jurídicas dessa situação podem ser consideradas como antecipadamente produzidas e fazem corpo com ela. Estas consequências, por isso, quer efectivadas, quer por efectivar, ficam sob o império da lei que vigorava ao tempo dos factos originários, desde o nascimento destes. Nestas condições, não se pode dizer que uma lei nova, vindo alterar as consequências duma situação jurídica concreta, só estatui para o futuro; por exemplo, uma lei sobre a capacidade da mulher casada atinge tanto os casamentos anteriores, como os casamentos futuros.”¹⁴⁶

Nesse sentido, fala-se em direito intertemporal¹⁴⁷ como “o conjunto de soluções adequadas a atenuar os rigores da incidência do tempo jurídico com o seu poder cortante e desmembrador de uma realidade que insta e perdura”¹⁴⁸.

Importa-nos, então, analisar as principais teorias sobre a irretroatividade¹⁴⁹, a fim de verificar a medida de sua influência na justificação dos enunciados jurídicos

¹⁴⁶ Gonçalves, 1930, pp. 393 s.

¹⁴⁷ Também é possível a referência ao direito transitório, criticada por Gabba por entender que pode induzir à confusão de que são transitórios os próprios mesmos, como é transitória a ocasião de sua aplicação. Por isso o autor sugere a expressão “retroatividade da lei” Gabba, 1897, v.1, pp.12-3. Também essa expressão merece a crítica de Roubier por entendê-la insuficiente, uma vez que apenas alcançaria o conflito de leis no tempo. Roubier, 1929, p. 4.

¹⁴⁸ Batalha, 1980, p. 17.

¹⁴⁹ Cumpre registrar que as teorias apresentadas foram desenvolvidas sem referência à distinção entre lei (como texto normativo) e norma (no sentido assentado no capítulo I). Após a exposição das principais idéias

fundamentadores da irretroatividade no atual sistema vigente, bem como no processo de concretização das normas jurídicas.

1.2.1. Teorias sobre a (ir)retroatividade

A idéia de que a retroatividade da lei deve, como regra geral, ser evitada¹⁵⁰ para que o Direito cumpra sua função deu origem a diversos estudos cujo objetivo é orientar a aplicação do direito no tempo¹⁵¹. Diversas foram as doutrinas “que se preocuparam em dar critério teórico para verificação de quando a lei se torna retroativa e, por isso, afigura-se intolerável alcance os efeitos jurídicos, mesmo futuros, de atos efetuados no passado”¹⁵².

Nesse sentido, tradicionalmente, duas teorias ganharam destaque, quais sejam: a subjetivista, que deu origem a teoria do direito adquirido e a objetivista, representada, especialmente, pela teoria da situação jurídica.

1.2.1.1. A teoria subjetiva ou direito adquirido de Gabba¹⁵³

Buscando formular critérios para o tratamento de casos jurídicos ocorridos em momento posterior ao império de uma nova lei, porém originados de fatos ou

desenvolvidas por essas teorias, verificaremos a possibilidade de adequação à concepção de norma aqui adotada.

¹⁵⁰ “É verdade, certos autores pretendem que as leis são, em princípio, retroativas, vedada essa retroação apenas quando fere direito adquirido. Mas isso é um absurdo, porque tanto a teoria do direito adquirido como a do fato realizado foram cogitadas para estabelecer orientação doutrinária de como evitar a injustiça da retroatividade da lei, isto é, de sujeitar uma situação jurídica passada às determinações de uma lei nova posterior a ela. Na verdade, esses autores confundem retroação como aplicação imediata da nova lei.” Bandeira de Mello, 2007, pp. 320 s.

¹⁵¹ Preocupações com a aplicabilidade da lei no tempo remontam à antiguidade. Para uma evolução histórica mais detalhada cf. França, 1982, pp. 10-65 e Bandeira de Mello, 2007, pp. 321-3.

¹⁵² Bandeira de Mello, 2007, p. 320.

¹⁵³ Gabba, 1897.

relações jurídicas nascidas em momento anterior àquela, Gabba¹⁵⁴ apresenta-se como um dos principais expoentes da teoria do direito adquirido.

Partindo da idéia de que a sociedade regulada pelo direito está em constante mutação e, assim, deve o direito também adequar-se às mutações, põe-se o autor diante do problema da conciliação entre as influências de leis novas e antigas e da preservação dos direitos delas decorrentes.

Para o citado autor o conceito de direito adquirido é fundamental nessa discussão:

“É adquirido todo o direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato veio a se completar, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não tenha se apresentado antes da atuação de uma lei nova em relação ao mesmo fato, e que: b) nos termos da lei sob o império da qual recai o fato no qual tem origem, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.”¹⁵⁵

A análise desse conceito é feita a partir de três idéias básicas: a de direito concreto ou subjetivo; a do direito como elemento do patrimônio; e a dos fatos aquisitivos.

Diz o autor:

“Todas as vezes que afirmamos a concreta existência de um direito, esta nossa afirmação tem dois objetos: 1º) a existência de um fato, do qual ou em virtude do qual nós admitimos seja oriundo o direito; 2º) a existência de uma lei; que daquele fato faça provir um direito. Antes que em concreto surja o direito, ele se encontra em estado de mera possibilidade em uma lei, a qual contempla um dado modo de agir ou de ser dos indivíduos, e na hipótese do mesmo, atribui a estes uma dada faculdade jurídica. Esta mera possibilidade do direito concreto, que se confunde com a existência de uma lei, abstração feita da sua aplicação, certos filósofos alemães chamam de direito objetivo ou norma jurídica, ao passo que denominam direito subjetivo o direito concreto, isto é, aquele proveniente da verificação do fato pressuposto pela lei [...]”¹⁵⁶

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid. p.191.

¹⁵⁶ Gabba, 1897, pp.193 s.

Pode-se perceber, então, que para Gabba, somente o acontecimento verificado no mundo fático, ao tempo da lei que o previa como pressuposto de uma consequência jurídica serve à composição do direito adquirido. Fatos não realizados, não podem ter tal pretensão.

“[...] não se pode admitir nenhum direito concreto, que não tenha fundamento em uma lei ou norma jurídica vigente ao tempo em que o direito se produz, isto é, que não provenha de um fato ao qual uma norma jurídica positiva, do tempo em que o fato se verifica, atribua tal virtude.”¹⁵⁷

Sobre a necessidade de ser o direito elemento do patrimônio, esclarece o autor:

“Direitos concretos e adquiridos¹⁵⁸ são apenas aqueles que, dentro das balizas do poder assegurado pelas leis referentes a pessoas e coisas, se dirigem a um determinado e vantajoso efeito, por essas leis contemplado de modo explícito ou implícito, e surgem nos indivíduos ou em virtude da humana operosidade ou por virtude direta da própria lei, em seguida a fatos e circunstâncias e segundo modos e condições por elas preestabelecidos.”¹⁵⁹

Cumprido registrar que, para Gabba, o direito adquirido há de ser um direito individual¹⁶⁰, excluindo-se desse conceito, os direitos públicos ou de índole política, que podem ser alterados imediatamente por nova disposição legal. Ressalva, porém o autor, as concessões feitas pelo Estado ao indivíduo que tenham objeto

¹⁵⁷ Ibid. p.195.

¹⁵⁸ Pode haver direitos concretos, isto é, um direito que o indivíduo possa de qualquer modo dizer que é seu, sem que possa ser chamada de adquirido, porquanto não faça parte de seu patrimônio. São exemplos os direitos que decorrem de uma causa física, como os ligados à menoridade e à tutela. São direitos anteriores à operosidade da pessoa a quem pertencem e representam somente a possibilidade de verdadeiros e próprios direitos concretos e individuais. Mendonça, 1996, p.100.

¹⁵⁹ Gabba, 1897, p. 210.

¹⁶⁰ “Mas não basta que se concretize o direito para que se possa dizer adquirido. É preciso tornar-se elemento do patrimônio jurídico individual do adquirente, quer dizer, ligar-se diretamente à individualidade dele. Necessita, na verdade, conferir-lhe efeito determinado e vantajoso, como utilidade própria do indivíduo, identificando-se com sua pessoa.” Bandeira de Mello, 2007, p. 343.

patrimonial, nas quais o Estado aparece do mesmo modo como apareceria um indivíduo, as quais podem gerar direito adquirido¹⁶¹.

Também observa o autor que só pode ser considerado adquirido o direito assegurado a pessoa determinada. Apesar de existir uma gama de direitos absolutos (reais, direitos à sucessão, direitos de estado de pessoa), esses somente podem ser considerados adquiridos se desconsiderados ou lesados por outrem, oportunidade em que terão de ser afirmados e individualizados.

Sobre o terceiro pressuposto, o dos fatos aquisitivos, enumera o autor os quatro requisitos necessários:

“[...] 1º) que os fatos aquisitivos sejam completos; 2º) que tenham sido postos em ato e tempos idôneos; 3º) que aquele que do mesmo queira utilizar-se tenha a capacidade prescrita na lei; 4º) que tenham sido observadas as formalidades prescritas pela lei sob pena de nulidade.”¹⁶²

Sobre a necessidade de completude dos fatos aquisitivos para que possam produzir direitos adquiridos distingue o autor os fatos aquisitivos simples dos complexos¹⁶³. Aqueles são os que se configuram em só instante. Estes, por sua vez, são compostos por partes que se aperfeiçoam separadamente e a distância de tempo, uma da outra.

Quanto aos fatos aquisitivos complexos afirma Gabba não ser possível afirmar ou negar que a lei nova possa atingir partes ainda não acabadas. É preciso

¹⁶¹ Gabba, 1897, pp. 212 s.

¹⁶² Ibid. p. 227.

¹⁶³ “De três diversos modos podem ser complexos os fatos aquisitivos: a) quando uma mesma pessoa realize uma série de atos dentro de um certo lapso de tempo, como no caso do usucapião; b) quando duas ou mais pessoas devam efetuar, cada uma delas separadamente da outra, um fato próprio e distinto, como se dá com a *sucessão testamentária*, que põe, de um lado, o testamento válido e, de outro, aceitação do herdeiro; c) quando ao ato de certa pessoa se deva ajuntar um acontecimento cuja verificação está fora do seu poder, *verbi gratia*, as transmissões unilaterais sob condição.” Ibid. p. 228.

sempre verificar, no caso, se o direito em decurso se verifica ou não. Para tanto, propõe a análise de uma das seguintes características:

“a) que o fato ainda não verificado seja, de natureza, infalível (immancabile); b) que não esteja mais no poder daquele contra quem se volve, impedir o lado que falta para aperfeiçoar a transmissão, a menos que se trate de verdadeira e própria condição; c) que a aquisição à qual deve dar lugar a complementação do fato inacabado tenha a sua raiz em um anterior direito adquirido, do qual não seja senão um desenvolvimento ou uma transformação. Fora daí, não há cogitar de direito adquirido, senão mera expectativa de direito.”¹⁶⁴

Diversas objeções têm sido apresentadas à teorias subjetiva na tentativa de resolução das questões referentes ao direito intertemporal. Argumenta-se, especialmente pela imprecisão do conceito de direito adquirido¹⁶⁵, que acaba por resultar em inevitável círculo vicioso¹⁶⁶.

Soma-se a essa crítica a da insuficiência do alcance da referida teoria, que não contemplaria situações como o ato jurídico perfeito e o direito condicional¹⁶⁷. Postula-se ainda, que o conceito de *direito adquirido* como aquele que se integra ao patrimônio e não pode ser retirado é desmentido em determinados casos¹⁶⁸, especialmente quando estão envolvidos fatos aquisitivos complexos.

¹⁶⁴ Ibid. p. 229.

¹⁶⁵ “O principal motivo de descrédito da teoria dos direitos adquiridos residiu talvez na extrema dificuldade de se forjar um conceito compreensivo e satisfatório, capaz de abarcar a extensa gama de direitos subjetivos reunidos sob aquela expressão.” Dória, 1968, p.106.

¹⁶⁶ “Os juristas modernos vêm assacando contra as teorias subjetivistas uma série de críticas. Reconhecendo embora que a noção de direito adquirido, que lhe é fundamental, está doutrinariamente bem assentada e facilmente compreensível, observam que na aplicação prática os tribunais criam uma série absurda de confusões, desde o enunciado de um círculo vicioso (“direito adquirido é aquele que não pode ser atingido pela lei nova”) com a inversão da causa e do efeito, até a extensão deste conceito a situações que não o comportam.” Pereira, 1999, p. 99. “Em suma, é adquirido todo o direito cujo *exercício* é assegurado por lei e que, pois, deve ser respeitado pela lei nova... É evidente a insuficiência da noção legal para definir todos os direitos que possam ser qualificados como adquiridos.” Dória, 1968, pp.107 s.

¹⁶⁷ Ibid. p. 110.

¹⁶⁸ Bandeira de Mello (2007, pp. 327 ss.) apresenta como exemplos a doação e a abolição da escravidão. “Assim a doação feita pelo doador ao donatário faz com que se integre o bem no patrimônio deste e se torne um direito adquirido. Contudo pode ser revogada pelo doador em hipóteses legais, e, portanto, retirado o direito por aquele de quem tenha sido havido.” [...] “Afim – concluem os opositores dessa teoria -, as leis que suprimem um instituto jurídico, como, por exemplo, que extinguem a escravidão ou a propriedade privada, extinguem o direito sobre o escravo ou sobre o bem, que estava integrado no patrimônio do seu proprietário. Então – perguntam –, há lesão de direito adquirido sem irretroatividade? Ou, nessa circunstância, sequer dela se há de cogitar? É de

1.2.1.2. A teoria objetiva ou da situação jurídica de Roubier

Como tentativa de reação à imprecisão do termo *direito adquirido* a teoria objetiva ou da situação jurídica encontra em Roubier¹⁶⁹ um importante referencial.

A opção pelo termo *situação jurídica* se justifica pela abrangência atribuída, contemplando atos, fatos ou relações de natureza jurídica.

“Esta palavra situação jurídica foi escolhida de propósito como a mais ampla de todas; nós a julgamos superior à expressão direito adquirido à medida que ela não tem um caráter subjetivo e que pode se aplicar a todas as situações como aquelas do menor, do interdito, do pródigo; nós a julgamos igualmente superior àquela de relação jurídica (*Rechtsverhältnis*), tão freqüentemente empregada na ciência contemporânea, e que implica uma relação direta entre duas pessoas, ainda que a situação jurídica possa ser unilateral e oponível a todas as pessoas, sejam quais forem.”¹⁷⁰

Sobre a atuação temporal da lei, Roubier fundamenta sua teoria em importante distinção: efeito retroativo, efeito imediato e sobrevivência da lei antiga.

Fala em “retroatividade da lei” quando ela pretende regular situações jurídicas inteiramente exauridas em momento anteriores à sua vigência. Trata-se de uma ficção de preexistência da lei. Segundo Roubier, a lei nova invade o campo de incidência da lei antiga, fazendo remontar seus efeitos a uma data anterior à sua promulgação. O “efeito imediato da lei”, segundo o referido autor, ocorre quando não há conflito entre a lei nova e a lei antiga, que atuam sobre campos de incidência

se recordar, a respeito, que se esboçou entre os partidários da teoria a distinção entre direitos que derivam diretamente da lei e que derivam de atos voluntários. Só estes engendram direito adquiridos para os efeitos futuros. Ora, os institutos jurídicos decorrem daquela, e, por isso, estaria a questão fora da teoria do direito adquirido, que só se considera em face de dada ordem jurídica.”

¹⁶⁹ Roubier, 1929.

¹⁷⁰ Ibid. p. 378.

diversos. Por fim, diz haver “sobrevivência da lei antiga” quando, na vigência da lei nova, mantém-se a aplicação da lei antiga, que continuará a reger todos os efeitos jurídicos que decorrerão de fatos anteriores à promulgação da lei nova.

A base da fundamentação da teoria de Roubier sustenta-se na distinção entre o “efeito imediato” e o “efeito retroativo” da lei. Para tanto, utiliza-se o autor da distinção entre *facta praeterita*, *facta pendentia* e *facta futura*¹⁷¹. São retroativas as leis que se pretendem aplicar aos primeiros; quanto aos segundos, há de se distinguir, nas situações em curso, as partes anteriores e as partes posteriores à nova lei; os últimos, evidentemente, são totalmente regidos pela nova disciplina legal.

A distinção entre fase dinâmica e estática, como momentos sucessivos da constituição de uma situação jurídica também importa para a consideração do efeito temporal da lei. A primeira refere-se à constituição e à extinção das situações jurídicas; e a segunda à produção das conseqüências jurídicas que lhe são inerentes.

Em relação à fase dinâmica importa observar a existência de situações jurídicas que se constituem em um só momento e de outras que supõem certo lapso temporal, requerendo um estado de fato contínuo ou a presença de elementos

¹⁷¹ “Os *facta praeterita*, assim considerados: a) a constituição anterior de uma situação jurídica, em relação a uma lei modificando as condições dessa constituição; b) os efeitos anteriormente produzidos por uma situação jurídica em relação a uma lei modificando os efeitos dessa situação; c) a extinção anterior de uma situação jurídica em relação à lei que modifica as condições dessa extinção; d) os fatos inteiramente ocorridos, que não produziram a constituição ou a extinção de uma situação jurídica, em relação a uma lei modificando as condições dessa constituição ou dessa extinção; Os *facta pendentia*, assim consideradas: a) as situações que estão em curso de constituição no momento em que intervém uma lei nova modificando os efeitos dessas situações; b) as situações jurídicas em curso, em relação aos seus efeitos futuros, no momento em que intervém uma lei nova modificando os efeitos dessas situações; c) as situações jurídicas que estão em curso de extinção no momento em que intervém uma lei nova modificando as suas condições de extinção; d) as situações de fato puro, de caráter durável, que não haviam produzido, sob a lei anterior, a constituição ou a extinção de uma situação jurídica, e que estão ainda em curso no momento em que intervém uma lei nova que lhes dá ao contrário esse poder.” Mendonça, 1996, pp. 104 s.

sucessivos¹⁷². Segundo Roubier as leis que regulam a constituição de uma situação jurídica não podem atingir as situações jurídicas já constituídas¹⁷³.

Pode ocorrer, no entanto, de a nova lei encontrar situações jurídicas em curso de constituição (situações que demandam certo lapso temporal), em que alguns elementos já se constituíram, porém apresentam-se ainda inábeis para a completa constituição da situação jurídica. Segundo Roubier, as leis novas podem alcançar essas situações em curso, criar novas condições, modificar ou anular, para o futuro, os efeitos ainda não produzidos pelos elementos anteriores, mas devem respeitar os elementos já existentes que fazem parte da constituição (ou extinção). Naquele caso, trata-se de aplicação imediata da lei.

Em relação à fase estática, as situações jurídicas já inteiramente constituídas conforme a lei antiga são alcançadas pela lei nova que disciplina seus efeitos quando estes se prolongarem no tempo. Os efeitos já produzidos regem-se, obviamente, pela lei antiga.

1.2.1.3. Modernas teorias sobre a irretroatividade

Modernamente, outras teorias têm sido apresentadas como tentativa de solução à questão da (ir)retroatividade das normas jurídicas. De forma geral, ainda que com terminologias diversas, apresentam o problema dos limites à retroatividade dividindo-a em diferentes espécies.

¹⁷² Pereira, 1999, pp.103 s.

¹⁷³ Roubier, 1929, p. 380.

Luis Afonso Heck, em estudo sobre o desenvolvimento dos princípios constitucionais na jurisdição do Tribunal Constitucional Federal alemão informa que esse Tribunal entende a certeza do direito [segurança jurídica, diríamos] e a proteção da confiança como elementos essenciais do Estado de Direito, que, por isso, devem ser tomadas como critérios normativos constitucionais¹⁷⁴.

A segurança jurídica tem de implicar proteção à confiança que o cidadão deve dispensar ao direito, certo de que sua atuação seja disciplinada conforme o direito vigente¹⁷⁵. Para que se identifiquem os limites à retroatividade, é antes necessário reconhecer as modalidades de retroatividade: em sentido próprio (retroativa) e em sentido impróprio (retrospectiva). Esta ocorre quando a lei atua sobre fatos presentes, porém ainda não consumados para o futuro, desvalorizando, ao mesmo tempo, a posição jurídica considerada como um todo¹⁷⁶. Aquela, por sua vez, ocorre quando a lei intervém em fatos já consumados¹⁷⁷.

A retroatividade retroativa seria inadmissível na jurisprudência do Tribunal Federal alemão, porquanto a proteção à confiança do cidadão seja constitucionalmente reconhecida (decorrente do Estado de Direito) ainda que uma proibição absoluta às leis com retroatividade seja enunciada apenas para o direito penal, no art. 103, alínea 2, da Lei Fundamental alemã¹⁷⁸.

Sobre os limites à retroatividade retroativa informa que a proteção à confiança do cidadão somente pode não ser levada em consideração quando não haja razoabilidade na exigência. Apresenta, então as seguintes situações:

¹⁷⁴ Heck, 1995, p.186.

¹⁷⁵ “O cidadão, fundamentalmente, deve poder confiar em que o legislador não vincule efeitos mais desfavoráveis a fatos consumados do que era previsível no momento da sua consumação com base na ordem jurídica vigente.” Ibid. p.187.

¹⁷⁶ Ibid. p.188.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ibid.

“a) a confiança não é digna de proteção se o cidadão, consoante com a situação jurídica do momento ao qual se refere o começo da consequência jurídica da lei, deveria contar com essa regulação;

b) o cidadão não pode, no seu planejamento, confiar no direito vigente se esse é indistinto e confuso. Em tais circunstâncias deve ser permitido ao legislador esclarecer a posição legal com retroatividade;

c) o cidadão não pode confiar sempre na aparência produzida por uma norma írrita. O legislador, por conseguinte, talvez possa substituir, com retroatividade, uma determinação nula por uma norma juridicamente não objetável;

d) razões forçosas do bem-estar comum, superiores ao preceito da certeza jurídica, podem justificar uma disposição com retroatividade.”¹⁷⁹

De outro lado, a retroatividade retrospectiva é admissível pela jurisprudência daquele Tribunal. Resulta tal situação do conflito entre a segurança jurídica e a necessidade de adequação da ordem em razão de alterações nas condições sociais. Especialmente quando a posição jurídica afetada dependa de concessão estatal, o sopesamento entre o bem-comum geral e os interesses individuais permitiria a admissão da retroatividade retrospectiva¹⁸⁰.

Em sentido similar, porém levando em conta os efeitos da nova prescrição, Francisco Rabello Filho utiliza-se da tripartição da retroatividade em máxima, média e mínima.

“[...]Fala-se por esse ângulo em (a) retroatividade máxima, quando a lei se aplica integralmente aos fatos e atos passados, atingindo mesmo o ato jurídico perfeito e as relações já consolidadas; (b) retroatividade média, quando a nova lei atinge os efeitos pendentes do ato jurídico perfeito verificado antes de seu surgimento (lei nova); e (c) retroatividade mínima, quando a nova lei afeta os efeitos dos atos anteriores, mas produzidos após seu advento (da nova lei) [...]”¹⁸¹

¹⁷⁹ Ibid. pp.190 ss.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Rabello Filho, 2002, pp. 86 ss.

Klaus Vogel e Christian Waldhoff¹⁸², por sua vez, baseados em análises da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão identificaram diferentes terminologias na referência à irretroatividade das leis nas turmas daquele Tribunal.

Segundo tais autores, diferencia a primeira turma a retroatividade “autêntica” da “inautêntica”, enquanto a segunda turma trata do problema referindo-se à “modificação retroativa das conseqüências jurídicas” e à “ligação retroativa da hipótese de incidência”. Ambas as linhas foram inicialmente desenvolvidas em razão de casos de natureza tributária, apresentando-se a primeira como jurisprudência tradicional da corte.

A retroatividade “autêntica” ocorre quando a nova lei alcança fatos realizados no passado e é, como regra, constitucionalmente inadmissível, sendo aceita somente em casos excepcionais: quando os afetados deviam contar com a retroatividade; quando a situação jurídica não era clara e, somente com a retroatividade pode ser esclarecida; quando uma norma nula pode ser substituída por uma norma válida; quando fundamentos cogentes do bem comum exigem uma retroação; ou quando a retroatividade possa provocar um prejuízo insignificante¹⁸³.

Por outro lado, a retroatividade “inautêntica” ocorre quando uma lei alcança diretamente no presente fatos não concluídos¹⁸⁴ e é, segundo tal jurisprudência, constitucionalmente admissível, sendo excluída somente em situações excepcionais que envolvam a proteção de direitos fundamentais já adquiridos, ou ainda, que tenham como fundamento a proteção da confiança¹⁸⁵. Segundo tal entendimento, o termo para determinar o limite entre a retroatividade autêntica e a inautêntica é o dia em que o parlamento editou a lei.

¹⁸² Vogel e Waldhoff, 1999, pp.318-21.

¹⁸³ Ibid. pp. 318 s.

¹⁸⁴ Nas leis tributárias, quando a concretização da hipótese de incidência já tenha começado.

¹⁸⁵ Vogel e Waldhoff, 1999, p. 319.

A jurisprudência da segunda turma, desenvolvida desde 1986, segue para a chamada “modificação retroativa das conseqüências jurídicas”, de modo geral, os princípios válidos para a retroatividade “autêntica”. Nessa situação tanto o fato jurídico quanto os efeitos deles decorrentes já ocorreram, sendo posterior a alteração normativa.

Para a admissibilidade ou inadmissibilidade da “ligação retroativa da hipótese de incidência” defende a segunda turma a observância dos direitos fundamentais como primeiros critérios, porquanto nessa situação envolvam-se certamente os princípios gerais do estado de direito, da proteção geral da confiança, da segurança jurídica e da proporcionalidade¹⁸⁶.

Embora Vogel e Waldhoff entendam que a terminologia da segunda turma supere a imprecisão conceitual criticável no conceito de retroatividade “inautêntica”, apontam os autores para a necessidade de complementação da terminologia em dois pontos especiais.

Entendem que, por vezes, os casos de “modificação retroativa das conseqüências jurídicas” (nos quais a lei desloca seus efeitos para o passado) podem ser equiparados aos casos em que embora os efeitos jurídicos devam ocorrer no futuro, fatos realizados antes da aprovação da nova lei são pressupostos da hipótese de incidência (da lei anterior) e devem ser tomados como critérios decisivos (leis com referência pretérita). Entendem também necessária a proteção à confiança nos casos em que, embora a hipótese de incidência ocorra após a aprovação da lei pelo Legislativo, fatos decisivos para ações dos destinatários já ocorreram. As hipóteses desses “fatos pré-causados” devem ser tratadas como “ligação retroativa da hipótese de incidência”.

¹⁸⁶ Ibid.

A partir dessas distinções, sistematizam os autores, cinco possíveis hipóteses aplicativas em que uma norma pode abranger fatos passados¹⁸⁷.

a) Modificação retroativa das conseqüências jurídicas [“Rückbewirkung von Rechtsfolgen”]

Nessa situação tanto o fato jurídico quanto os efeitos deles decorrentes já ocorreram, sendo posterior a alteração normativa.

b) Ligação retroativa da hipótese de incidência I – leis com referência pretérita total [“Tatbestandliche Rückkanknüpfung I – Gesetz mit ausschließlichen Vergangenheitsbezug”]

Nesta hipótese, os pressupostos de fato ocorrem antes da publicação da nova lei, mas a implementação da conseqüência jurídica, por depender de alguma circunstância, ocorre após a publicação da nova lei.

c) Ligação retroativa da hipótese de incidência II – leis com referência pretérita parcial [“Tatbestandliche Rückkanknüpfung II – Gesetz mit ausschließlichen Teilvergangenheitsbezug”]

Nesta hipótese parte dos pressupostos de fato ocorrem antes da publicação da lei nova, verificando-se a outra parte e a implementação da conseqüência jurídica apenas após a lei.

d) Fatos pré-causados I [Vorveranlaßte Sachverhalte I]

Nessa situação tanto os pressupostos de fato quanto a conseqüência jurídica ocorrem após a publicação da nova lei. O que se verifica antes da lei é a causa do ato ou negócio jurídico celebrado.

e) Fatos pré-causados II [Vorveranlaßte Sachverhalte II]

¹⁸⁷ Ávila, 2004, pp.142 ss.

Nesta hipótese, tal como na anterior, pressupostos de fato e consequência jurídica ocorreram após a publicação da nova lei. O que ocorrera anteriormente fora parte da causa ou negócio jurídico, verificando-se a outra parte após a publicação da lei nova.

Conhecidas algumas das principais teorias sobre a (ir)retroatividade no direito, vejamos quais enunciados presentes no direito positivo brasileiro disciplinam a matéria e, em que medida as teorias analisadas servem (ou serviram) de suporte à construção dos sentidos normativos desses enunciados.

2. A irretroatividade tributária no direito brasileiro antes da Constituição Federal de 1988

Tomando-se em consideração os textos constitucionais brasileiros, a idéia de irretroatividade esteve ausente apenas na Constituição Federal de 1937¹⁸⁸.

A Constituição de 1824, em seu título 8º (Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros) prescrevia dispositivo de ordem geral, determinando a proibição da edição de leis retroativas.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

¹⁸⁸ Francisco Campos (2001, p. 61), um dos principais mentores da Constituição de 1937, disse à imprensa em janeiro de 1938, sobre a ausência dos dispositivos que vedavam a retroatividade das leis: "A supressão, no texto constitucional, do princípio da irretroatividade das leis não significa a adoção do princípio contrário, isto é, da retroatividade. Não é na Constituição, mas na lei civil, que esse princípio deve figurar. A não retroatividade é tão somente uma norma de interpretação, uma regra de hermenêutica, e por ela se entende que o intérprete, ou o juiz, não pode aplicar a lei nova às relações jurídicas já consumadas na vigência da lei antiga. Não deve, porém, esse princípio constituir uma limitação ao Poder Legislativo; quando circunstâncias especiais exigirem a revisão das relações jurídicas acabadas, o legislador não pode ficar privado da faculdade de promulgar leis retroativas, pois o Estado, como guarda supremo do interesse coletivo, não deve atar as próprias mãos pelo receio de, em certas contingências, ter que ferir ou contrariar direitos individuais."

III. A sua disposição não terá efeito retroactivo.
[...]

Na Constituição de 1891, nas disposições preliminares do Título I (Da Organização Federal), e no art. 72, § 15, da Seção II (Declaração de Direitos) do Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros), vedava-se a edição e a aplicação de leis retroativas. Além de uma prescrição imediatamente dirigida ao legislador, como na Constituição anterior, insere-se também a proibição de o juiz aplicar leis de maneira retroativa.

Art. 11. É vedado aos Estados, como à União:
[...]
3^o) prescrever leis retroativas.
[...]

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
§ 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.
[...]

Cumprе observar que durante a vigência da Constituição de 1891 foi promulgado o Código Civil pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com entrada em vigor em 1º de janeiro de 1917, a qual definiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de direito adquirido, dispondo em seu art. 3º de sua introdução:

“A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada.

§1º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

§2º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§3º - Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial, de que já não caiba mais recurso.”

Pode-se perceber, a partir da definição legislativa de direito adquirido, a nítida influência das teorias subjetivistas. Importa considerar que a definição de direito adquirido, nesse momento, ainda encontra-se em nível infraconstitucional, uma vez que a Constituição Federal, a despeito da proibição à irretroatividade, não usa ainda o termo direito adquirido.

As Constituições posteriores, de 1934 (art. 113, item 3 e 27), 1946 (art. 141, §§3º e 29) e 1967 (art. 153, §§3º e 16) prescreveram em Títulos destinados à “Declaração dos Direitos” e capítulos nomeados “Dos Direitos e das Garantias Individuais” a impossibilidade de a lei prejudicar “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, conferindo natureza constitucional à essa proteção antes presente apenas em nível legal. Prescreveram, ainda, a idéia de irretroatividade da lei penal, ressalvando a exceção quando em benefício do réu.

Importa registrar, no que se refere à legislação ordinária, que o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, editado durante a vigência da Constituição de 1937 (na qual esteve ausente a idéia de irretroatividade da lei, como já anotado) substituiu a antiga Introdução ao Código Civil, dispondo no art. 6º, da seguinte forma:

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas, e a execução dos atos jurídicos perfeitos.”

Essa disposição já demonstra maior influência da teoria objetivista, uma vez que se utiliza do conceito de efeito imediato da lei, bem como do termo situação jurídica, em substituição a direito adquirido.

Em razão da incompatibilidade dos termos previstos nessa disposição, que prevê a possibilidade de retroação expressa para o alcance de situações jurídicas definitivamente consolidadas, com a disciplina da Constituição Federal de 1946 (proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada), a Lei nº 3.238, de 01 de agosto de 1957, deu nova disciplina ao dispositivo, mesclando influências dos preceitos anteriores (das teorias subjetivista e objetivista):

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito o direito adquirido e a coisa julgada.

§1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida, inalterável a arbítrio de outrem.

§3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

2.1. A irretroatividade e o Código Tributário Nacional

O Código Tributário Nacional, lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, segundo sua ementa, “dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios”¹⁸⁹. Trata-se de lei

¹⁸⁹ Cf. Carvalho, 2005, pp.199 ss. Sobre a imprecisão da referida ementa.

ordinária, editada segundo o rito determinado à época de sua promulgação para aquela espécie normativa.

Dos textos desse Código, interessam especialmente ao estudo da irretroatividade os que tem por objeto a identificação do “fato gerador” e a “vigência e aplicação” da norma tributária.

Segundo a disciplina do Código Tributário Nacional, considera-se como fato gerador “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”¹⁹⁰.

Salvo disposição de lei em contrário, o momento de ocorrência do fato gerador (e a existência de seus efeitos) é determinado em razão de se tratar de situação de fato ou jurídica¹⁹¹. Para aquelas, “eventos da realidade social que não foram juridicizados por outras normas do ordenamento jurídico”¹⁹² é preciso verificar as circunstâncias materiais imprescindíveis para que produzam os efeitos que lhes são próprios. Para estas, categorias com regime jurídico específico, é preciso verificar o direito aplicável.

Em relação às situações jurídicas condicionais estabelece o CTN¹⁹³ reputarem-se perfeitas e acabadas desde o momento de seu implemento, se

¹⁹⁰ CTN: Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

CTN: Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

¹⁹¹ CTN: Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária (incluído pela Lei complementar nº 104, de 10.1.2001).

¹⁹² Carvalho, 2005, p. 275.

¹⁹³ CTN: Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

suspensiva a condição ou, se resolutória, desde o momento da prática do ato ou celebração do negócio.

Corroborando com a disciplina firmada pelo CTN, na qual a data do fato gerador determina a lei aplicável para reger a obrigação tributária, estabelece o art. 144¹⁹⁴ a observância, no lançamento, da lei vigente à data de ocorrência do fato gerador, ainda que posteriormente revogada ou modificada.

Sobre a vigência no tempo, estabelece o CTN¹⁹⁵ que as normas tributárias regem-se pelas disposições aplicáveis às normas jurídicas em geral¹⁹⁶, caso não haja disposição especial no Código Tributário. O art. 103¹⁹⁷ estabelece prazos

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

¹⁹⁴ CTN: Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

¹⁹⁵ CTN: Art. 101. A vigência, no espaço e no tempo, da legislação tributária rege-se pelas disposições legais aplicáveis às normas jurídicas em geral, ressalvado o previsto neste Capítulo.

CTN: Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

¹⁹⁶ LICC: Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

§ 2º A vigência das leis, que os Governos Estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, depende da aprovação deste e começa no prazo que a legislação estadual fixar.

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

LICC: Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

¹⁹⁷ CTN: Art. 103. Salvo disposição em contrário, entram em vigor:

I - os atos administrativos a que se refere o inciso I do artigo 100, na data da sua publicação;

II - as decisões a que se refere o inciso II do artigo 100, quanto a seus efeitos normativos, 30 (trinta) dias após a data da sua publicação;

III - os convênios a que se refere o inciso IV do artigo 100, na data neles prevista.

iniciais de vigência de atos administrativos, decisões de órgãos de jurisdição administrativa e convênios.

O art. 104¹⁹⁸, referindo-se unicamente aos impostos sobre o patrimônio ou a renda, estabelece a necessária observância da anterioridade quando houver instituição ou majoração de impostos, ou definição de novas hipóteses de incidência. No inciso III do art. 104, disciplina-se a observância da anterioridade pelas normas que extinguem ou reduzem isenções¹⁹⁹ (salvo se a disposição for mais favorável), referindo-se, igualmente, aos impostos sobre a renda e patrimônio.

Sobre a aplicação da legislação tributária estabelece o art. 105²⁰⁰ a regra da aplicabilidade imediata a todos os fatos geradores, classificados como futuros ou pendentes. Entendidos esses como os fatos já iniciados, mas cuja ocorrência não esteja completa.

Por fim, estabelece o art. 106 a aplicabilidade da lei a atos ou fatos pretéritos, quando interpretativa, ou quando se tratar de ato não definitivamente julgado que: a) deixe de tratá-lo como infração, b) deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado falta de pagamento de tributos; c) comine-lhe penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Identificados os enunciados que interessam mais estritamente à discussão sobre a irretroatividade tributária, passemos agora à disciplina instaurada pela

¹⁹⁸ CTN: Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

I - que instituem ou majoram tais impostos;

II - que definem novas hipóteses de incidência;

III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.

¹⁹⁹ Cf. também CTN: Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104.

²⁰⁰ CTN: Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

Constituição Federal de 1988, a fim de verificar possíveis alterações no sentido normativo da irretroatividade tributária.

3. A irretroatividade tributária e a Constituição Federal de 1988

Preliminarmente, cumpre registrar que a irretroatividade tributária não é comumente garantida em todas as Constituições. Pode-se identificar como exceção da portuguesa²⁰¹, pois a maioria das constituições estrangeiras não traz dispositivo dessa natureza²⁰². A Constituição Federal de 1988 inova no ordenamento jurídico nacional e, assim, face à supremacia constitucional, impõe cautela na admissibilidade de reservas à irretroatividade tributária²⁰³.

A inovação demonstra a necessidade de um tratamento peculiar na construção de normas tributárias que criam ou majoram tributos. A razão se explica pela especialidade da matéria tratada, e, conseqüentemente, dos bens e valores que visa imediatamente proteger.

DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

[...]

²⁰¹ Constituição da República Portuguesa de 1976. Artigo 103º (Sistema fiscal) [...] 3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.

²⁰² Torres, 2005, p. 513. "As Constituições dos Estados Unidos, da Alemanha, da Itália e da Espanha, entre outras, não contêm regras específicas de irretroatividade, que têm sido afirmadas pela doutrina e pela jurisprudência."

²⁰³ Cf. nesse sentido, Derzi, 2005, pp. 189 s.

Segundo Paulo de Barros Carvalho a previsão da irretroatividade tributária, como sentido normativo específico, seria dispensável face a proteção geral ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada:

“Entre as limitações ao poder de tributar inscreveu o constituinte de 1988 o princípio da irretroatividade (CF, 150, III, a). Por certo a prescrição é despicienda, visto que a diretriz contida no art.5º, XXVII, da Constituição Federal é portadora deste mesmo conteúdo axiológico, irradiando-se por todo o universo do direito positivo, incluindo, portanto, a região das imposições tributárias. O simples vedar que a lei não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, seria o bastante para obstar qualquer inclusão do legislador dos tributos pelos segmentos que, por se terem constituído cronologicamente antes da edição, ficariam a salvo das novas obrigações [...]”²⁰⁴

Considerando-o direito fundamental do contribuinte, Ricardo Lobo Tôrres, erigi-o à categoria de cláusula pétrea, inadmitindo qualquer alteração:

“Os princípios ligados à idéia de segurança jurídica, muitos deles positivados em diversos dispositivos do capítulo constitucional dedicado às Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar (Título VI, Capítulo I, Seção II), e outros apenas implícitos no Texto Maior [...] todas essas limitações constitucionais ao poder tributário constituem cláusulas pétreas, na forma definida pelo art. 60 da CF, pois são uma qualidade, uma exteriorização ou um atributo dos direitos fundamentais (imunidades), ou representam a afirmação do direito fundamental à igualdade (proibições de privilégios ou discriminações odiosas), ou consubstanciam garantias principiológicas dos direitos fundamentais do contribuinte (princípio da segurança jurídica).”²⁰⁵

Considerando-se que a imposição tributária pode implicar, de alguma forma, limitações à liberdade e propriedade dos indivíduos, direitos também constitucionalmente assegurados²⁰⁶, tais restrições tornam ainda maior a exigência

²⁰⁴ Carvalho, 2005, pp.161.

²⁰⁵ Torres, 2005, pp. 343 s.

²⁰⁶ CF: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

de segurança quanto às conseqüências jurídicas delas decorrente²⁰⁷. A propriedade, na sua função individual e social, deve ser garantida e respeitada no espaço pessoal de liberdade do indivíduo. No mesmo sentido, o valor social da livre iniciativa, fundamento da República²⁰⁸ e da ordem econômica²⁰⁹, não pode ser violado pela atividade tributária estatal.

Em razão de o critério material²¹⁰ da regra matriz de incidência tributária estar sempre relacionado à liberdade e à propriedade dos indivíduos, devem os cidadãos, no desenvolvimento de suas atividades, ter protegida a confiança de que cada situação jurídica em que se encontrarem, ensejadora de imposição tributária, será regida pela disciplina jurídica do tempo de sua ocorrência.

O sentido da irretroatividade tributária surge, assim, como garantia ao contribuinte no que se refere à instituição ou majoração de tributos. “Como instrumento para conceder ao contribuinte um maior nível de certeza quanto ao direito aplicável aos atos que praticar ou à situação que ostentar em determinado

[...]
²⁰⁷ Nesse sentido: “Quando o Poder Legislativo baixa leis retroativas, altera as condições básicas do Estado de Direito, quebrando, irremediavelmente, a confiança que as pessoas devem ter no Poder Público. Com efeito, elas já não têm segurança, pois ficam à mercê não só do Direito vigente (o que é normal), mas, também, de futuras e imprevisíveis decisões políticas, que se podem traduzir em regras retroativas. Se isto acontece, o Estado de Direito soçobra. A segurança jurídica, um dos pilares de nosso Direito, exige, pois, que as leis tributárias tenham o timbre da irretroatividade. Afinal, a necessidade de assegurar-se às pessoas a intangibilidade dos atos e fatos lícitos já praticados impõem que sejam as leis tributárias irretroativas. [...] O assunto, como já podemos perceber, é presidido pelo aforismo *tempus regit actum*. Melhor explicando, a lei em vigor à época da ocorrência do fato imponible (acontecimento do mundo fenomênico que coincide com o fato descrito na hipótese de incidência tributária) é que há de ser aplicada. Portanto, o princípio da legalidade dos tributos conduz-nos à necessária anterioridade da lei tributária em relação ao fato imponible [...] Em síntese, a lei deve ser anterior ao fato imponible, e não o fato imponible anterior à lei.” Carrazza, 2006, pp. 341 s.

²⁰⁸ CF: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

²⁰⁹ CF: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

²¹⁰ “Dessa abstração emerge o encontro de expressões designativas de comportamentos de pessoas, sejam aqueles que encerram um fazer, um dar ou, simplesmente, um ser (estado). Teremos, por exemplo ‘vender mercadorias’, ‘industrializar produtos’, ‘ser proprietário de bem imóvel’, ‘auferir rendas’, ‘pavimentar ruas’ etc. Esse núcleo, ao qual nos referimos, será formado, invariavelmente, por um verbo, seguido de seu complemento. Daí, por que aludirmos a comportamento humano, tomada a expressão na plenitude de sua força significativa, equivale a dizer, abrangendo não só as atividades refletidas (verbos que exprimem ação) como aquelas espontâneas (verbo de estado: ser, estar, permanecer etc.)” Carvalho, 2009, p. 135.

momento.”²¹¹ Os fatos (atos, fatos, ou atos-fatos²¹²) desencadeadores de relações jurídico-tributárias, que obrigam ao pagamento de tributos, devem ser regidos pela norma jurídica vigente ao tempo de sua realização. Nova norma não pode voltar-se para fatos já ocorridos, nem pode alcançar efeitos daqueles. É essa a segurança que deve ser garantida ao contribuinte. Não há, qualquer atenuação ou exceção, constitucionalmente permitida, à irretroatividade tributária²¹³.

3.1. A irretroatividade e o Código Tributário Nacional à luz da Constituição Federal de 1988

Após o advento da Constituição Federal de 1988, especialmente em razão de o art. 146²¹⁴ conferir competência à lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, discute-se a recepção do Código Tributário Nacional no cumprimento desta função. Inclina-se, majoritariamente, a doutrina²¹⁵ e a jurisprudência²¹⁶, no sentido de reconhecer o Código Tributário

²¹¹ Paulsen, 2006, p.100.

²¹² Cf. Mello, 1988, pp. 105-26.

²¹³ “A ausência de exceções ou mesmo de atenuações à irretroatividade e a necessidade de se assegurar ao contribuinte o máximo de certeza quanto ao direito aplicável, buscando a otimização do valor contemplado no princípio e nas garantias constitucionais em questão fazem com que não seja correto admitir nenhuma espécie de retroatividade, seja máxima, média ou mínima, seja ‘retroativa’, ou retrospectiva, em sentido próprio ou impróprio. Efetivamente, não poderá ocorrer qualquer retroatividade (seja própria ou imprópria), pois terá a lei instituidora ou majoradora de ser, **necessariamente, prospectiva**. Ou seja, não há que se falar em retroatividade, tampouco na sua variante conhecida por retrospectividade, mas apenas em prospectividade da lei tributária impositiva mais onerosa.” Paulsen, 2006, pp.103 s.

²¹⁴ CF: Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239 (incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

²¹⁵ [...] “O Código Tributário Nacional foi incorporado à ordem jurídica instaurada com a Constituição de 5 de outubro de 1988. Quanto mais não fosse, por efeito da manifestação explícita contida no §5º do art. 34 do Ato

Nacional como lei que veicula validamente normas gerais de direito tributário²¹⁷, devendo, nesse âmbito, ser alterada ou revogada por lei complementar.

De toda forma, cumpre esclarecer que em relação à função “regular as limitações ao poder de tributar”, na qual se insere a regulação da irretroatividade tributária, não é conferido ao legislador infraconstitucional o poder de aumentar ou diminuir seu conteúdo, mas tão somente, de esclarecer-lhe em consonância com a disciplina constitucional.

A irretroatividade tributária, nos termos constitucionais, proíbe a instituição ou majoração de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. Na regulação dessa garantia, cabe então esclarecer o sentido normativo dos enunciados do Código Tributário Nacional apontados como essenciais à análise da irretroatividade, ou seja, dos que tratam da identificação do fato jurídico tributário e da vigência e aplicação da norma tributária. Nessa análise, a teoria estruturante do direito oferece-nos interessante instrumental. Vejamos.

das Disposições Constitucionais Transitórias, que assegura validade sistêmica da *legislação anterior*, naquilo em que não for incompatível com o novo ordenamento. É o tradicional *princípio da recepção* [...] Carvalho, 2005, p. 197.

²¹⁶ Recurso Extraordinário nº 106.217, Primeira Turma, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJ 12.09.86, p. 16425; Recurso Extraordinário nº 136.215, Tribunal Pleno, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJ 16.0.93, p. 6438; Recursos Extraordinários nº 194.987 e 194.115, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, sem data.

²¹⁷ Discute-se, entretanto, na literatura jurídica, a definição e função das “normas gerais”, dividindo-se a doutrina em duas correntes fundamentais: a “dicotômica”, segundo a qual tais normas somente poderiam regular conflitos de competência ou especificar as limitações ao poder de tributar, e a “tricotômica”, para a qual as leis complementares teriam as três funções expostas no texto constitucional: dispor sobre conflito de competência, regular limitações ao poder de tributar e estabelecer normas gerais de direito tributário. No sentido da primeira corrente cf. Carvalho, 2005, pp. 206 ss.; Carrazza, 2006, pp. 907 ss. Sustentando a corrente tricotômica cf. Coelho, 1999, pp.109 ss.; Ávila, 2004, pp.135 ss. A depender da corrente seguida está a avaliação de quais normas do Código Tributário Nacional são ou não normas gerais de direito tributário.

3.1.1. A identificação do fato jurídico tributário

Conforme anteriormente assentado, o *âmbito da norma* como “recorte social” escolhido pelo *programa da norma* identifica-se, na estrutura lógica da regra matriz de incidência tributária, com a hipótese de incidência. Nessa encontramos os critérios material, espacial e temporal necessários à identificação do fato que desencadeará a relação jurídica tributária conseqüente.

Para que haja observância da irretroatividade a norma há de ser anterior ao fato a que se refere. É, assim, a partir da análise do conjunto de textos normativos que se poderá identificar que aspecto da realidade social foi escolhido como “necessário e suficiente”²¹⁸ para gerar a obrigação de pagar tributo.

“[...] tudo depende de saber antes ‘do que’ deve a lei ser editada. E a determinação do fato ao qual a lei deve anteceder depende de uma ‘arrumação’ de aspectos da realidade. É somente após a seleção, coordenação e valorização de aspectos fáticos que surge o ‘fato’ a ser objeto de aplicação da norma[...].”²¹⁹

A forma de ordenação e interpretação dos elementos textuais e fáticos será determinante para a identificação do *fato jurídico tributário*. “Ocorrido o evento”²²⁰, é preciso construir o fato. Construído o fato, é preciso construir o *fato jurídico*. E a construção do fato jurídico depende do ângulo a ser privilegiado na análise das

²¹⁸ Tanto a Constituição quanto o Código Tributário Nacional referem-se ao “fato gerador”. A opção do legislador pela expressão é discutida e criticada pois, em diversas situações, dá margem à ambigüidade de referência, a um só tempo, à descrição legislativa do fato que faz nascer a relação jurídica tributária e ao próprio acontecimento fático. Aquela aqui denominamos hipótese de incidência. A este, fato jurídico tributário. Sobre a crítica cf. Amílcar, p. 29.; Ataliba, 2000, p.51; Carvalho, 2005, pp.246 s.

²¹⁹ Ávila, 2004, p.149.

²²⁰ A citação faz referência à distinção lingüística entre fato e evento, proposta por Ferraz Júnior, para quem a realidade é “um sistema articulado de símbolos num contexto existencial. [...] É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia de Rubicão por Cesar é um evento. Mas “Cesar atravessou o Rubicão” é um fato. Quando, pois, dizemos que ‘é um fato que Cesar atravessou o Rubicão’ conferimos realidade ao evento. ‘Fato’ não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.” (1999, p. 278). A distinção é também acolhida por Carvalho (2006, pp. 89 s.)

circunstâncias.”²²¹ O sentido dos textos e dos fatos, sua forma de relação²²² e os aspectos que serão privilegiados em cada um deles identificam ou não a incidência da norma, porquanto determinem tanto a hipótese quanto o fato que a ela se subsume, gerando a conseqüente obrigação tributária.

Cabe reafirmar que na estrutura lógica presente em todas as normas tributárias instituidoras de tributos há de se identificar os critérios material, espacial e temporal. Cumpre verificar, portanto, qual desses critérios deve ser privilegiado na avaliação da irretroatividade, como sentido normativo que determina a proteção da confiança e da segurança jurídica do contribuinte.

Diante do programa normativo atual, há de se considerar a existência de fatos jurídicos tributários diversos²²³. Atos, fatos ou situações jurídicas podem ser postos na hipótese normativa de uma regra matriz de incidência tributária. A circunstância temporal desses atos, fatos ou situações, no entanto, nem sempre coincide com o critério temporal da hipótese de incidência²²⁴. Isso porque, em determinadas ocasiões, para facilitar a aplicação normativa, o legislador elege, mediante ficção, momento diverso em que considera ocorrido o fato jurídico tributário.

Na composição normativa deve-se considerar para fins de respeito à irretroatividade os reais objetos da tributação. Atos, fatos ou situações já ocorridos não podem ser alcançados por nova norma. O “fato gerador” referido na Constituição e definido no Código Tributário Nacional como “situação necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária” há de ser identificado com o

²²¹ Ávila, 2004, p. 151.

²²² “As normas não são postas para permanecer como estruturas de linguagem, ou estruturas de enunciados, bastantes em si mesmas, mas reingressam nos fatos, de onde provieram, passando do nível conceptual e abstrato para a concrecência das relações sociais, onde as condutas são como os pontos ou pespontos do tecido social.” Vilanova, 2000, p. 141.

²²³ “Podemos classificar os fatos jurídicos, já tomando-os em si mesmos, já considerando seus efeitos. Em si mesmos, vemos sua composição, simples, ou complexa, de formação instantânea ou sucessiva, contendo fato físico só ou conduta (relevando a conduta apenas como ato-fato, ou como manifestação de vontade) Ibid. p. 141.

²²⁴ Paulsen, 2006, pp.106 ss.

aspecto material da hipótese de incidência, ou seja, com o cerne do suporte fático, com os “aspectos substanciais do fato ou conjunto de fatos”²²⁵. Daí por que, quando houver dissonância entre a circunstância temporal do aspecto material e o critério temporal (criado ficticiamente pelo legislador), deve prevalecer aquela²²⁶. Não há, na Constituição Federal, permissão para o legislador ordinário sobrepor-se à garantia da irretroatividade tributária²²⁷.

“A consideração do aspecto temporal da hipótese de incidência tributária como critério para análise da irretroatividade e da anterioridade implica não apenas a aplicação equivocada da Constituição, como enseja que o legislador ordinário, através de um ficção, acabe por burlar a garantia constitucional do contribuinte, despindo-a de efetividade, garantia esta que, a rigor, não seria passível de excepcionalização nem por Emenda Constitucional.”²²⁸

Estabelecido o sentido do fato jurídico tributário, cumpre observar as diferentes espécies. As hipóteses de incidência existentes prevêm fatos jurídicos

²²⁵ Ataliba, 2000, p.106.

²²⁶ Sobre o sentido da irretroatividade tributária, a partir da Constituição de 1988, diz o ministro Ari Pagendler, quando ainda juiz do Tribunal Federal da 4ª Região: “Na vigência do ordenamento constitucional decaído, o princípio da anterioridade da lei fiscal ao início do exercício financeiro tinha um sentido meramente retórico, consolidado na Súmula nº 584 do Colendo Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor: ‘Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração’. Bastava a lei ordinária fixar, como fato gerador de determinado imposto, um momento anterior ao início do exercício financeiro para que a exigência prevista no texto maior fosse considerada satisfeita. Quer dizer, o irrealismo era completo porque a garantia constitucional estava subordinada ao modo como a lei ordinária disciplinava o instituto. As pessoas do povo, as que pagam tributos, não entendiam isso. Com razão, na medida em que a lei fazia por surpreendê-las quando já não tinham como evitar a obrigação tributária. O art. 150, III, a, da Constituição Federal de 1988 inovou em relação à matéria. O princípio, agora, não é mais de que a lei tributária deve ser anterior ao início do exercício financeiro. A garantia, agora, é a de que a lei não pode criar uma exigência tributária à base de fatos que ocorreram antes. Exemplificando, se o fato gerador do imposto de renda for apurado anualmente, não basta que a lei seja anterior ao último momento de sua formação (24:00 do dia 31 de dezembro do ano-base). É indispensável que anteceda seu instante inicial (zero hora do dia 1º de janeiro do ano-base). Os fatos geradores a que o dispositivo constitucional se refere são estes que têm significado econômico, não aqueles fictamente estabelecidos pela lei ordinária. Sob pena de inversão hierárquica, não se deve interpretar a Constituição a partir da lei. Esta é que deve ser entendida segundo a Constituição. Nessa linha, uma lei editada quando a maior parte dos fatos econômicos do ano-base já se deu não pode afetá-los. Há manifesta inconstitucionalidade quando isso acontece...” (TRF4, Plenário, AIAMS nº 91.04.00727-1/PR). “CONSTITUCIONAL. ANTERIORIDADE DA LEI FISCAL AO FATO ECONÔMICO. INOVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART.2º, CAPUT, DA LEI Nº 7.856, DE 24 DE OUTUBRO DE 1989. No regime constitucional anterior, bastava que a lei fiscal fosse anterior ao início do exercício financeiro. Na vigência do atual, a obrigação tributária só pode ser instituída quando anterior ao fato econômico que lhe serve de índice de capacidade contributiva, independentemente de qual seja o fato gerador arbitrariamente fixado pela lei. Observância do princípio de que as leis devem ser entendidas a partir da Constituição, e não o contrário. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.”

²²⁷ No mesmo sentido cf. Rabello Filho, 2002, pp.86-8; Machado, 2007, p.126 ss.; Amaro, 2000, pp.115 ss. e 239 ss.

²²⁸ Paulsen, 2006, p. 108.

tributários instantâneos, continuados ou de período²²⁹. Os instantâneos são os que ocorrem em um certo e dado momento, os continuados consubstanciam um “status” jurídico de cunho econômico, e, os de período são aqueles em que a norma elenca um conjunto de fatos a serem considerados em conjunto, como uma unidade, para fins de aferição da respectiva capacidade contributiva²³⁰.

É preciso avaliar os diversos tipos de fatos jurídicos tributários de forma que todos, invariavelmente, obedeçam à irretroatividade. O Código Tributário Nacional determina a aplicação imediata da lei aos fatos geradores futuros e pendentes. Sobre aqueles não há dúvida, nem se iniciaram antes da nova prescrição normativa. Os pendentes, que se iniciaram mas não se completaram, por sua vez, causam maior dificuldade na avaliação e precisam de um exame mais cuidadoso.

Quando se tratar de “situações jurídicas” sujeitas a condições suspensiva ou resolutória, e, nesse sentido, “pendentes”²³¹, há de considerar-se ocorrido o fato desde o implemento da condição ou desde a prática do ato ou celebração do negócio, respectivamente. Não há, nesse sentido, ofensa à irretroatividade.

Situação diversa é a referente aos chamados “fatos geradores complexivos”, aqui tratados como de período. Nesse caso, o suporte fático, composto por uma pluralidade de fatos econômicos, é “juridicizado” como unidade, e deve ser considerado tendo em vista determinado intervalo temporal²³². Registre-se que não

²²⁹ Em que pesem respeitáveis opiniões contra essa classificação dos fatos jurídicos (Carvalho, 2006.; Ataliba, 2000.) julgamos necessária a distinção para que se possa avaliar a extensão da proteção da irretroatividade na configuração do fato jurídico tributário.

²³⁰ Paulsen, 2006, pp. 109 s.

²³¹ Nesse sentido “[...] o fato gerador ‘pendente’ é apenas o fato sujeito a condição suspensiva que ainda não se deu; é fato futuro. O art. 105 do Código Tributário Nacional, conjugado aos arts. 116 e 117, não se aplica aos tributos de período.” Derzi, 2005, p. 193. Cf. também Paulsen, 2004, p.106.; Machado, 2007, p. 158; Coelho, 1999, pp.674 ss.

²³² Sobre a possibilidade de fatos jurídicos contemplarem um conjunto de fatos, aduz Pontes de Miranda: “Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou

há impedimento para, muitas vezes, considerando-se apenas parte do período, já haver elementos suficientes para o surgimento da obrigação tributária²³³, o suporte fático já se torna suficiente para o surgimento da obrigação tributária, o que confirma a idéia de não se tratar de fatos “pendentes”. A norma a aplicar-se há de ser, sem dúvida, aquela existente antes do início do período (início de formação do fato jurídico), em homenagem à segurança jurídica e à não-surpresa do contribuinte²³⁴.

Desse ponto de vista, na relação entre a realidade e norma no processo de concretização de regras-matrizes de incidência tributária, impende concluir que se deve sempre considerar inaplicável qualquer modalidade de retroatividade, inclusive a inautêntica (retrospectiva, média ou mínima).

3.1.2. Vigência e aplicação da norma tributária

O Código Tributário Nacional diz aplicar-se à legislação tributária as normas gerais disciplinadoras da vigência temporal das leis²³⁵. Dessa forma, salvo disposição em contrário, as leis quando vigentes devem ter “efeito imediato”²³⁶.

talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.” Pontes de Miranda, 1974, p. 77.

²³³ Nesse sentido afirma Paulsen (2000, p. 112) que se devem “considerar tais situações como de **fatos geradores ocorridos em parte** (note-se: fatos geradores já ocorridos nessa parte), parte esta, inclusive, passível de ser considerado como o próprio todo se nada mais sobrevier. Não há que se considerar, pois, o fato gerador ocorrido em parte como se fosse um fato gerador pendente. Ocorrido em parte sim; pendente, não.” Em sentido contrário, entendendo inexistirem efeitos jurídicos antes do fim do prazo normativamente estipulado, cf. Carvalho, 2005, p. 271.

²³⁴ Coelho, 2005, pp. 213 ss.

²³⁵ Cabe aqui registrar que posteriormente à Constituição Federal de 1988, no plano infraconstitucional, houve proposta de alteração da Lei de Introdução ao Código Civil a qual importava alterações na disciplina da matéria ora discutida. De acordo com o Projeto de Lei nº 4.905/95, as disposições do Capítulo II, nominado “Direito Intertemporal”, seriam:

“ Art. 5º Irretroatividade - A lei não terá efeito retroativo. Ela não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§1º Direito adquirido - Direito adquirido é o que resulta da lei, diretamente ou por intermédio de fato idôneo, e passa a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, mesmo que seus efeitos não se tenham produzidos antes da lei nova.

Conforme já exposto, a idéia do efeito imediato da lei nova remonta à tradição da teoria objetivista, fundamentada na distinção entre efeito imediato e sobrevivência da lei antiga.

Cabe nesse momento considerar preliminarmente o sentido e o alcance dos termos vigência, incidência e aplicação da norma, para estabelecer o que se deve entender por “efeito imediato da lei” ou “sobrevivência da lei antiga”.

Normas gerais e abstratas instituidoras (ou majoradoras) de tributos (regramatrizes de incidência tributária) são vigentes quando estão prontas para incidir, para juridicizar fatos²³⁷. Incidem, quando ocorre no mundo fenomênico a hipótese abstratamente prevista²³⁸. São aplicadas quando, mediante a linguagem jurídica, certifica-se a incidência²³⁹.

Assim, as normas quando vigentes²⁴⁰, terão sempre efeito imediato, porquanto incidam imediatamente sobre o suporte fático que irão juridicizar. A possibilidade de aplicação posterior de uma norma jurídica já revogada ou

§2º Direito a termo ou condição - Constituem igualmente direito adquirido as conseqüências da lei ou de fato idôneo, ainda que dependentes de termo ou condição.

§3º Ato jurídico perfeito - Ato jurídico perfeito é o consumado de acordo com a lei do tempo em que se efetuou.

§4º Coisa julgada - Coisa julgada é a que resulta de decisão judicial da qual não caiba mais recurso.

Art. 6º Efeito imediato - O efeito imediato da lei não prejudicará os segmentos anteriores, autônomos e já consumados, de fatos pendentes.

Art.7º Alteração de prazo - Quando a aquisição de um direito depender de decurso de prazo e este for alterado por lei nova, considerar-se-á válido o tempo já decorrido e se computará o restante por meio de proporção entre o prazo anterior e o novo.”

Percebe-se que tal projeto tenta oferecer soluções para problemas de direito intertemporal não resolvidos pelas disposições normativas até então existentes, embora ainda seja manifesta a influência das teorias tradicionais. É possível identificar a tentativa de esclarecimento do sentido do termo direito adquirido, estendendo-o aos efeitos ainda não realizados, e àqueles dependentes de termo ou condição. De igual forma busca-se, salutarmente, identificar o alcance do termo “efeito imediato” da lei, bem como sua relação com fatos complexos e situações em que haja alteração de prazos.

Apresentado desde 3 de janeiro de 1994, esse projeto teve sua retirada solicitada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, em 8 de fevereiro de 1997, restando, portanto, completamente vigente a disciplina conferida pela Lei nº 3.238/57 ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

²³⁶ Cf. LICC: Art. 6º.

²³⁷ Pontes de Miranda, 1956, pp. 52 ss.

²³⁸ Ibid. p. 55.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Sobre prazos especiais de vigência de normas tributárias, cf. Art. 103 do CTN.

modificada se explica exatamente pela incidência anterior. Nesse sentido, diz Pontes de Miranda:

“Quando se fala de sobrevivência da lei antiga, em verdade se cai em grave engano o que nos dá a ilusão de sobrevivência é o fato de confundirmos incidência e aplicação da lei; o que se considerarmos efeitos de invasão da lei antiga no presente é derivado de pensarmos que a lei incide quando a aplicamos: a lei já incidiu; a aplicação é, apenas, o dizer-se que a lei já incidiu.”²⁴¹

É nesse sentido que devem ser interpretados os dispositivos dos art. 105, 144 e 146 do CTN. A aplicação imediata da lei diz respeito à lei do tempo da incidência, e é ela que deve ser aplicada. Em razão da previsão constitucional, e de não haver exceções à irretroatividade tributária, mesmo nos fatos de período, há de considerar-se o início do período (início de formação do fato) como marco da incidência e da conseqüente aplicação. Também as alterações de critérios para juridicização de fatos somente podem incidir em fatos posteriores à sua vigência, pois configuram nova norma.

Importa considerar ainda sobre a vigência de normas tributárias, o dispositivo do art. 106 do CTN²⁴² que prescreve serem retroativas as leis “expressamente interpretativas”. Conforme as premissas adotadas neste trabalho, toda norma é resultado de uma construção (concretização), na qual uma das etapas é a interpretação. Não há norma sem interpretação. Assim, “norma interpretativa” é nova norma e deve obedecer à irretroatividade nos exatos termos até aqui defendidos.

²⁴¹ Pontes de Miranda, 1968, p. 84.

²⁴² Sobre a retroatividade da norma tributária penal, tratada no mesmo dispositivo do art. 106 do Código Tributário Nacional, entedemo-la constitucionalmente admissível e amparada pelo inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. Não nos estenderemos nessa discussão porquanto os fundamentos dessa exceção à regra da irretroatividade das normas tributárias fujam ao objeto de estudo deste trabalho, a irretroatividade de normas que instituem ou majoram tributos.

4. O sentido normativo da irretroatividade no direito brasileiro atual: uma síntese

No processo de concretização das normas jurídicas que instituem ou majoram tributos é imprescindível a observância do sentido normativo da irretroatividade delineado pela Constituição Federal de 1988. Uma adequada compreensão do alcance da irretroatividade tributária depende da conjugação dos dados “reais” e “lingüísticos” na construção normativa.

Importa registrar nesse momento que, consoante o pressuposto já firmado de que o direito potencial (textos legislativos) somente se concretiza por meio de normas, há de se entender, portanto, que a irretroatividade deve ser observada para além das construções legislativas. Enquanto sentido normativo, orienta tanto o legislador quanto o aplicador.

Cabe aqui retomar a análise das teorias que se dispuseram a soluções para problemas concernentes à irretroatividade. Consideramos que as teorias estruturadas no século passado, na linha demonstrada por Gabba e, posteriormente desdobrada por Roubier, apesar de terem oferecido importantes elementos para a discussão do tema, firmaram-se em concepções restritas à irretroatividade *da lei*, fundadas em conceitos bastantes vagos e em deficientes critérios de distinção dos fatos, em um período em cuja amplitude a proibição da retroatividade ainda era oscilante. Hoje, “essa peculiar insistência da Constituição brasileira na segurança jurídica, na previsibilidade, na ‘não-surpresa’, deve bastar para se construir uma ordem jurídica voltada à proteção da confiança na lei [na norma, diríamos] diferente da do passado²⁴³”. Assim, parece-nos que o tema merece “uma visão própria e

²⁴³ Derzi, 2005, p. 190.

reclama por um tratamento peculiar, que o enfoque à luz da Constituição de 1988, especialmente no campo do Direito Público”²⁴⁴.

A proteção ampla dos fatos jurídicos integralmente consumados, no que se refere aos efeitos tributários deles decorrentes, aponta para a necessidade de fundamentações teóricas que permitam a identificação dos fatos e efeitos alcançados por essa proteção. Embora as teorias mais recentes tenham sido desenvolvidas especialmente a partir da jurisprudência de países em que o alcance da irretroatividade tributária parece menor que a do direito brasileiro (que é expressa e constitucional), entendemos que oferecem elementos a uma adequada compreensão do tema, porquanto ofereçam critérios para a investigação das hipóteses em que uma norma pode abranger fatos passados²⁴⁵, protegidos pela irretroatividade. Feitas as devidas ponderações, a análise parece salutar.

Como sentido normativo, a irretroatividade apresenta-se, preponderantemente, como uma regra²⁴⁶, na medida em que descreve o comportamento do sujeito concretizador proibindo-lhe de construir normas que instituem ou majorem tributos relativamente a fatos que já se tenham consolidado no passado. A grande dificuldade está, exatamente, na definição dos fatos por ela protegidos. Nesse sentido, a dimensão de princípio²⁴⁷, que aponta para o ideal de previsibilidade, estabilidade e confiabilidade se faz, também, importante.

É essencial para o respeito à irretroatividade tributária a identificação dos fatos jurídicos, aqui também entendidos como construções lingüísticas cujos referentes são dados da realidade sob uma perspectiva privilegiada. O fato jurídico construído é o “antes do que” a norma jurídica não pode incidir. A forma de

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Ávila, 2004, p. 145.

²⁴⁶ Ávila, 2004, p. 142.

²⁴⁷ Ávila, 2004, p. 142.

construção da norma e do fato jurídico são determinantes nessa análise. Nesse sentido, valem as palavras de Humberto Ávila:

“Segundo a teoria material da argumentação, o intérprete deverá privilegiar um aspecto do fato jurídico em detrimento de outro, sempre que esta preferência for suportada por um princípio jurídico superior. Esta exigência decorre da própria pretensão de eficácia dos princípios, cujo grau superior de abstração permite fundamentar decisões interpretativas mais concretas. [...] Entre os vários aspectos do fato pertinente, o intérprete principiologicamente orientado deve valorizar aqueles que dizem respeito aos bens jurídicos valorizados pelos princípios constitucionais fundamentais.”²⁴⁸

Como também assentado na perspectiva da teoria estruturante, a norma jurídica somente se concretiza diante do caso. A análise de alguns casos colabora para a demonstração.

Uma interessante situação envolve o Imposto sobre a renda e o enunciado da Súmula nº 584 do Supremo Tribunal Federal (“Ao Imposto de Renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”). Uma adequada consideração dos elementos fáticos formadores do fato jurídico tributário do Imposto sobre a renda leva-nos a considerar a inaplicabilidade dessa súmula face à nova ordem constitucional²⁴⁹, pois “o que deve ser entendido é que tais situações de fato serão regidas pela lei então vigente, ou os certos negócios ou os atos jurídicos serão regidos pela lei sob cujo pálio foram praticados; ou se faz assim, ou deixa-se de dar cumprimento ao princípio constitucional da irretroatividade”²⁵⁰.

²⁴⁸ Ibid. p. 152.

²⁴⁹ Cumpre também registrar que a previsão da anterioridade na Constituição Federal de 1988, apresenta-se, quando aplicável, como qualificativo da irretroatividade, impedindo a incidência da nova norma para fatos ocorridos entre a publicação da nova lei e o termo final de vigência estabelecido pela anterioridade.

²⁵⁰ Velloso, 1997, p. 325.

Outro interessante caso diz respeito à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Trata-se de caso julgado em 19 de fevereiro de 1997, no Recurso Extraordinário 197790. Na situação a Medida Provisória nº 86, publicada em 25 de setembro de 1989 e posteriormente convertida na Lei nº 7.856/89, determinava no artigo 2º que a nova alíquota deveria ser aplicada a partir do exercício financeiro de 1990, correspondente ao período-base de 1989.

A discussão se desenvolveu em torno da impossibilidade de incidência da referida contribuição sobre o lucro apurado no exercício de 1989 uma vez que o fato jurídico se realiza ao longo de todo o período (ano), e não apenas no dia 31 de dezembro. Na decisão, restou vencido esse argumento (Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Celso de Mello), prevalecendo a idéia de que o lapso temporal de 90 dias, a que estão sujeitas as contribuições sociais, completou-se em 24 de dezembro de 1989 e que o fato gerador da CSLL é o lucro apurado em 31 de dezembro de 1989, momento em que a lei já se encontrava em vigor, não havendo, no caso, retroatividade da lei.

Consideramos ter aqui uma situação de “ligação retroativa da hipótese de incidência (leis com referência pretérita parcial)”, pois parte dos pressupostos de fato ocorreram antes da publicação da nova lei, e, a outra parte, bem como a consequência jurídica, depois da nova lei. Se utilizarmos a distinção evento e fato, há de concluir que o sentido normativo da irretroatividade, nesses casos, protege cada evento que irá compor o fato jurídico tomado como unidade, pois, de modo contrário, conceder-se-iam efeitos retroativos às consequências jurídicas de atos ocorridos antes da vigência da nova norma.

Cabe também destacar o caso do Recurso Extraordinário nº 224285, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de março de 1999, referente ao Imposto de

importação. Na ocasião o Brasil, em razão de acordos firmados no âmbito do MERCOSUL e do compromisso de aplicação de uma tarifa externa comum, editou o Decreto nº 1.343, o qual determinava, a partir de 23 de dezembro de 1994, a alíquota de 20% para o Imposto de importação relativo a veículos. Consoante o Tratado de Assunção, o compromisso com os países signatários era de redução gradativa das alíquotas. Ocorre que, em 10 de fevereiro de 1995, por meio do Decreto nº 1.391, a alíquota fora majorada para 32%, embora o mesmo Decreto fixasse novo cronograma de redução gradual. Em 29 de março de 1995, o Decreto nº 1.427 aumentou novamente a alíquota, fixando-lhe em 72%.

Contribuintes que importaram veículos na vigência do primeiro Decreto, mas cujo desembaraço ocorrera apenas em abril de 1995, quando a alíquota já era de 72%, conseguiram, nas primeira instância e no Tribunal Regional Federal a aplicação da alíquota vigente ao tempo da importação (tempo de realização do critério material). No entanto, tal decisão fora, por unanimidade, reformada pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso acima citado. O argumento condutor fundamentou-se na idéia de que o Decreto majorador era anterior à data do desembaraço, portanto, anterior ao fato gerador, não havendo que falar-se em incidência retroativa da norma que alterou a alíquota do tributo.

Pensamos tratar-se, na hipótese, da situação nominada como “fatos pré-causados”, para a qual, conforme já se afirmou, a irretroatividade oferece também proteção, sob pena de frustração de legítimas expectativas.

Da análise desses casos depreende-se que é somente no processo de concretização, em que se conjugam âmbito e programa normativos, que se pode, efetivamente, avaliar e aplicar o sentido normativo da irretroatividade tributária. É preciso sempre considerar as circunstâncias peculiares de cada situação para que

se possa construir a norma jurídica e o respectivo fato que a ela será subsumido. Nesse processo a preferência por aspectos que privilegiem a segurança, a previsibilidade e a confiança decorre do Estado de Direito e da obrigatoriedade do direito constitucional enquanto direito hierarquicamente superior para todo o ordenamento jurídico²⁵¹. Dessa forma, torna-se imperioso considerar a proibição constitucional de todas²⁵² as espécies possíveis de retroatividade normativa²⁵³.

²⁵¹ Müller, 2000, pp. 107 s. Importa registrar que, entendendo as normas como hierarquias entrelaçadas, o nível constitucional é posto como nível superior do sistema jurídico, porém, semântica e pragmaticamente é constantemente reconstruído na relação com os novos textos e com a realidade fática.

²⁵² Rabello Filho, 2002, pp. 86 ss.

²⁵³ “Seguindo esse entendimento e sendo a segurança jurídica um sobreprincípio constitucional fundamental, o intérprete deverá considerar vedada a modificação retroativa das conseqüências jurídicas, a ligação retroativa da hipótese de incidência tanto no caso das leis com referência pretérita total quanto naquelas com referência pretérita parcial, bem como na hipótese de regulação posterior de fatos pré-causados.” Ávila, 2004, pp.152 s.

III. Sobre as alterações jurisprudenciais

1. Sobre a jurisprudência judicial

1.1. O papel da jurisprudência no processo de concretização normativa

Conforme anteriormente afirmado em observação à teoria estruturante do direito, é na decisão judicial, como forma de resolução jurídica dos conflitos humanos intersubjetivos que o direito manifesta primariamente sua função. Assim, é nessa situação que se pode observar, expressamente, em todas as suas fases o processo de concretização proposto por Friedrich Müller.

Nos sistemas de direito codificado, como o brasileiro, a atividade judicial está tradicionalmente ligada à aplicação da lei. A dimensão de sentido atribuída a essa função traz conseqüências diversas na análise dessa atividade.

Reduzida à concepção ingênua segundo o qual o juiz deduziria a sua decisão jurídica da lei, “subsumiria” o caso na norma legislada, a codificação torna-se fonte única de toda decisão judicial, garantindo assim, sua correção²⁵⁴. Esta idéia, no entanto, está superada. As análises contemporâneas sobre a atividade judicial²⁵⁵,

²⁵⁴ Hassemer, 2002, p. 282. Cf. também, Mello, 2008, p.12.

²⁵⁵ Nesse sentido: “Paulatinamente, verificou-se a retomada e o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que colocaram em relevo o papel das decisões judiciais: defenderam uma análise dos litígios focada no

dentre as quais incluímos aquela aqui tomada como referencial teórico orientador, reconhecem a inegabilidade da atividade criativa do juiz. Prova disso é exatamente a possibilidade de alterações de conteúdo das decisões judiciais sem que haja qualquer mudança no texto legislado. A distinção entre texto e norma é elucidativa nesse sentido²⁵⁶.

Sobrelevando essa distinção a teoria estruturante do direito vê no processo concretizador desempenhado pela decisão judicial o momento de construção tanto da norma jurídica (geral e abstrata) quanto da norma de decisão (individual e concreta)²⁵⁷. A segurança jurídica que no paradigma anterior apoiava-se na suposição de que a lei por si, enquanto texto legislado, certificava posições jurídicas e prevenia contra arbitrariedades estatais, continua sendo garantida, porém sustenta-se agora na garantia do procedimento e da manutenção (construção) das mesmas normas gerais quando em questão os mesmos casos.

Fala-se em jurisprudência como “a interpretação reiterada que os tribunais dão à lei, nos casos concretos submetidos ao seu julgamento”. Adequados os termos às definições já referidas no primeiro capítulo, entendemos que a jurisprudência judicial constitui-se como importante critério (ou fonte, na doutrina tradicional) de orientação jurídica.

Especialmente quando se trata da jurisprudência de um tribunal superior, para o qual haja improvável ou nenhuma chance de recurso, a norma jurídica construída e mantida (aplicada) durante considerável intervalo temporal, generaliza-a enquanto

problema, buscando sua composição a partir de argumentos e pontos de vista (tópicos) suscitados pelas partes e de seu teor persuasivo; observaram que o direito só se define à luz do caso concreto, por um processo circular que parte da pré-compreensão do texto, passa pelas peculiaridades da demanda, e retorna à norma, precisando seu conteúdo, pregaram que as pessoas não são governadas apenas por regras explícitas, mas também por princípios que decorrem dessas regras; e demonstraram, finalmente, que a atividade jurisdicional pressupõe que os magistrados formulem juízos de valor a partir dos fatos e dos argumentos apresentados pelas partes, legitimando-se a função criativa.” Mello, 2008, pp. 49 s.

²⁵⁶ Hassemer, 2002, pp. 282 s.

²⁵⁷ Nesse sentido cf. também Grau, 2006, pp. 73 ss.; Ferraz Júnior, 2008, pp. 10 s.

expectativa normativa. Os sujeitos submetidos à ordem jurídica passam a comportar-se de acordo com aquela orientação, esperando a consequência por ela afirmada (muitas vezes, mesmo naqueles casos que sequer serão objeto de apreciação judicial). Nesse sentido, diz Larenz:

“Como, no entanto, existe uma grande probabilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes ligantes, das empresas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, são considerados, decorrido algum tempo, ‘Direito vigente’. Assim se forma em crescente medida como complemento e desenvolvimento do Direito estatuído, um ‘Direito judicial’.”²⁵⁸

Diante dessas observações, cumpre-nos observar de forma mais detida como se realiza, hodiernamente, a vinculação das decisões judiciais, tantos em relação aos sujeitos não participantes dos processos quanto aos próprios tribunais prolatores.

2. Permanência e mudança da jurisprudência judicial no direito brasileiro

A necessidade de mudança e adequação à realidade fática é inerente ao processo de desenvolvimento do direito. Nesse sentido, embora as atividades legislativa e judicial estejam ambas orientadas para a disciplina do fático, diante de novas demandas, esta é bem mais ágil no oferecimento de respostas. Isso porque a parcela (necessária) de criatividade e a inerente subjetividade²⁵⁹ da atividade judicial

²⁵⁸ Larenz, 1997, pp. 611 s.

²⁵⁹ Sobre a carga inafastável de subjetividade diz Ferraz Júnior (2008, p. 5): “[...] é impossível contornar totalmente a carga subjetiva: a decisão do juiz, que é sempre decisão de um sujeito, com competência institucional, mas sempre *de um sujeito*. Como dizia Cardozo, ‘podemos tentar ver as coisas tão objetivamente

na avaliação das circunstâncias do caso a decidir permitem ao juiz adequar o sentido normativo do texto à situação em que se deve aplicar a norma.

É exatamente pelo fato de que no processo de tomada de decisão jurídica é dado ao juiz, enquanto sujeito concretizador, a possibilidade de consideração das expectativas sociais, políticas e econômicas contemporâneas ao fato disciplinado que as alterações jurisprudenciais são presumidas como um entendimento mais acertado que o anterior.

Paradoxalmente, o direito, a despeito de sua alterabilidade, tem também a pretensão de perenidade como garantia de segurança. É também a previsibilidade das conseqüências imputadas a determinadas situações que o torna capaz de responder aos anseios de ordenação social, tradicionalmente representados pela vaguidade do termo justiça.

Nesse sentido, que a influência da atividade judicial na vida dos sujeitos destinatários de uma ordem jurídica deve ser conduzida pela busca de um equilíbrio (essencialmente instável) entre a adequação social e a consistência jurídica das decisões²⁶⁰.

quanto quisermos. Não obstante, nunca as podemos ver senão com os nossos próprios olhos.' (The Nature of the Judicial Process, Yale, 1960, p.13)."

²⁶⁰ Usamos aqui, tangencialmente, a idéia de justiça defendida por Luhmann como "fórmula de contingência" do sistema jurídico. Luhmann, 1983. Sobre ela, explica Neves, 2006, pp. 84 s. "[...] a justiça só pode ser considerada conseqüentemente a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência jurídica das decisões (justiça interna). Trata-se, como outras palavras, por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem em face deste; por outro (internamente), da capacidade de conexão e reprodução normativa autopoietica. [...] nos termos da concepção luhmanniana da positividade do direito, isto é, fechamento normativo e abertura cognitiva do direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da *complexidade* adequada do sistema jurídico e da *consistência* de suas decisões." Também em sentido tangencial, referindo-se ao papel das decisões judiciais na realização da *justiça*, cf. Ferraz Júnior, 2008, p.6.

2.1. A jurisprudência de tribunais superiores como critério normativo

A eficácia subjetiva das decisões judiciais no direito brasileiro atual depende do tipo de processo em discussão. Em ações de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais perante o STF, as decisões têm eficácia *erga omnes*. Em decisões no controle concreto, a decisão terá efeito apenas entre as partes. De igual modo, recursos especiais julgados pelo STJ, atingem somente as partes envolvidas no processo.

No entanto, é inevitável reconhecer diante da função de *uniformização de entendimento da Constituição Federal* (STF) e *da lei federal no país* (STJ), decisões das cortes superiores em casos individuais, quando reiteradas, atuam como paradigma para casos idênticos futuros²⁶¹.

Especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, em razão da amplitude da pretensão normativa de seu texto e do fortalecimento da autonomia e independência conferido ao Poder Judiciário²⁶², o papel da jurisprudência judicial vem ganhando cada vez mais relevo no cenário jurídico nacional²⁶³.

Iniciada pela ampliação da legitimidade ativa para promoção do controle concentrado na Constituição Federal de 1988, maior demonstração de eficácia *erga omnes* de uma decisão judicial, a orientação do sistema jurídico pátrio demonstra

²⁶¹ Dinamarco, 2005, p. 78. No mesmo sentido diz Ferraz Júnior (2008, p. 13): “É inegável que exista uma grande probabilidade, no plano dos fatos, de que os tribunais inferiores sigam os precedentes do tribunal superior e que o próprio tribunal superior se atenha à sua nova jurisprudência.”

²⁶² Mello, 2008, p. 56. Apresenta ainda como fatores determinantes: a redemocratização do país, a nova hermenêutica constitucional e a inovação dos instrumentos de *judicial review*.

²⁶³ Em trabalho sobre a aproximação do sistema brasileiro ao modelo de precedentes, bem como sobre a eficácia das decisões judiciais, Patrícia Mello (2008, p. 317 s.) propõe a existência das seguintes categorias: a) precedentes com eficácia normativa, que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos, sob pena de sanção; b) precedentes com eficácia impositiva intermediária, julgados que não têm de ser obrigatoriamente seguidos, mas que são dotados de efeitos impositivos mais brandos, para além do caso examinado; c) precedentes com eficácia meramente persuasiva, cuja invocação se presta apenas para fins de argumentação e de convencimento dos magistrados.

uma valorização cada vez maior da jurisprudência consolidada dos tribunais, com ampliação de seu alcance subjetivo, ainda que de maneira indireta²⁶⁴. Diversos são os exemplos decorrentes tanto de alterações constitucionais (emendas) quanto da legislação infraconstitucional.

A inserção das súmulas vinculantes do STF²⁶⁵ com o objetivo de afirmar a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão, e sobre a qual o STF já tenha reiteradas decisões, é um dos exemplos de valorização da jurisprudência consolidada. Nesse caso com efeito normativo amplo, uma vez que vincula aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.²⁶⁶

No plano infraconstitucional são exemplos: a lei 9.756/98, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil, conferindo ao relator poderes para negar segmento a recursos em confronto *com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior*, bem como de dar provimento ao recurso, no caso de a decisão recorrida estar em manifesto

²⁶⁴ Reconhecendo a influência da jurisprudência dos tribunais superiores, mesmo antes das alterações legislativas, diz Dinamarco(2005, p. 94): “[...] é grande a disposição a alinhar-se aos precedentes vindos do alto ainda quando a lei não dê por obrigatória a observância da *jurisprudência dominante* do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça etc. E, como também vem dos politicólogos a *disposição de obedecer* é um dado psicossocial de imensa valia na aferição da intensidade do poder de determinado órgão, ou de determinado Estado soberano. O *culto à jurisprudência*, que tradicionalmente vai além do cumprimento daquelas disposições legais de valorização dos precedentes, é uma superlativa demonstração da mais inequívoca *disposição a obedecer* da parte dos juízes brasileiros em relação aos atos dos tribunais a que estão sujeitos.”

²⁶⁵ CF: Art. 103-A (EC45/04). Lei nº 11.417, de 19/12/2006.

²⁶⁶ São exemplos significativos de decisões judiciais com ampla vinculatoriedade da eficácia subjetiva: a) decisões proferidas em sede controle concentrado de constitucionalidade das normas em face da Constituição Federal pelo STF; b) súmulas vinculantes; c) decisões produzidas pelos Tribunais de Justiça em controle concentrado de normas municipais e estaduais em face da Constituição Estadual; d) decisões definitivas do STF que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma em caráter difuso, quando tiverem sua execução suspensa por Resolução do Senado Federal; e e) a decisão incidental sobre a violação de princípio sensível, proferida em sede de ação direta interventiva, em caso de edição de decreto de intervenção que suspende a execução do ato impugnado. Nos termos da classificação outrora referida, tais precedentes possuem eficácia normativa. Mello, 2008, p.318.

confronto com os referidos entendimentos²⁶⁷. Da mesma forma, dispensou os órgãos fracionários dos tribunais de submeter ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade quando *já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*²⁶⁸.

Posteriormente a lei nº 10.352/2001 dispensou a remessa oficial obrigatória para sentenças fundadas em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula do próprio Tribunal ou do tribunal superior competente²⁶⁹. Corroborando com esse sentido, a lei nº 11.232/2005 considera inexigível o título judicial *fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal*²⁷⁰.

Em 2006, a lei nº 11.276 introduziu a denominada *súmula impeditiva de recursos*, alterando o Código de Processo Civil no sentido de que o juiz não deve receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade *com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal*²⁷¹. Ainda no final do mesmo ano, a lei 11.418, também alterando dispositivos do CPC, inseriu no ordenamento jurídico nacional o requisito da repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário, havendo repercussão geral (dentre outras possibilidades) sempre que o recurso *impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal*²⁷². Importa registrar que, havendo multiplicidade de recursos fundados na mesma controvérsia, o resultado daquele em que fora ou não

²⁶⁷ CPC: Art. 557.

²⁶⁸ CPC: Art. 481, parágrafo único.

²⁶⁹ CPC: Art. 475, §3º.

²⁷⁰ CPC: Art. 475-L, § 1º e 741 parágrafo único.

²⁷¹ CPC: Art. 518, §1º.

²⁷² CPC: Art. 543-A, §3º.

reconhecida a repercussão geral vinculará os demais (para prejudicialidade ou retratação ou inadmissibilidade, respectivamente)²⁷³.²⁷⁴

Diante de tantos exemplos, ainda que a natureza jurídica da jurisprudência seja objeto de discussão doutrinária²⁷⁵ descabe qualquer dúvida sobre o caráter paradigmático dos entendimentos consolidados dos tribunais superiores no sistema jurídico nacional²⁷⁶.

Tarefa não tão fácil para aplicação da orientação normativa de valorização jurisprudencial é, exatamente, identificar em alguns casos o que se há de entender por “entendimento consolidado de um tribunal”.

Evidentemente não há como estabelecer requisitos rígidos e precisos para identificação de posicionamentos consolidados, mas o trânsito em julgado de decisões anteriores, a edição de súmulas (ainda que não vinculantes, em sentido estrito) e a própria recursividade nas decisões, isto é, a referência dos próprios juízes àquele entendimento como orientador da decisão são exemplos de critérios jurídicos que devem ser considerados na identificação da jurisprudência consolidada de um tribunal, porquanto evidenciem o reconhecimento do caráter vinculatório daquele entendimento.

“Uma jurisprudência constante pode, certamente, adquirir vinculatividade se se converte em base de um Direito consuetudinário. Mas, para isso, de modo algum é já suficiente um período considerável de tempo em que se manifesta constante; o factor tempo não deve sequer considerar-se

²⁷³ CPC: Art. 543-B.

²⁷⁴ Esses exemplos da legislação infraconstitucional são referidos na classificação já referida como dotados de eficácia impositiva intermediária (para além do caso). Mello, 2008, p. 318.

²⁷⁵ Cf. Ferraz Júnior, 1999, pp.240 ss.; Dinamarco, 2004, pp. 82 s.

²⁷⁶ Nery Júnior, 2008, pp. 79 s. “Essa função da jurisprudência de tribunais superiores é denominada de *richterliche Rechtsfortbildung*, ou *Richterrecht*, isto é, o direito formulado pelo conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre a mesma matéria. Esse instituto é distinto daquele oriundo da combatida idéia de o Poder Judiciário atuar como *legislador positivo*, proferindo decisões legislativas em substituição indevida ao Poder Legislativo, exorbitando de sua função interpretativa e, em certa medida, criadora. Com variação de matizes, o *Richterrecht* proveniente de tribunais superiores é ora interpretado e aplicado como se fora, mesmo, direito positivo, ora como *costume*, que tem entre nós igualmente força normativa, como se pode verificar da LICC 4º e do CPC 126.”

decisivo. O fundamento da validade do Direito consuetudinário é a convicção jurídica geral que se manifestou num uso constante. Para isso não basta que uma determinada orientação jurisprudencial seja aceite sem contradição ou quase sem contradição; antes é necessária a formação de uma convicção jurídica nos círculos participantes, isto é, não somente entre os juristas.²⁷⁷

De tudo, resta confirmado que o processo de construção da norma jurídica se realiza no momento da aplicação e que reiteradas aplicações conduzem à consolidação de uma norma geral e abstrata reguladora de relações intersubjetivas. Configura-se, assim, como uma espécie de “direito vigente”, para usar a expressão de Karl Larenz²⁷⁸.

3. Alterações jurisprudenciais e irretroatividade

Pressupondo a vigência dessas normas e a necessidade de respeito à irretroatividade como regra decorrente do Estado de Direito cabe analisar a medida dessa relação.

Pacificado que a irretroatividade, enquanto sentido normativo expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, impede todas as formas de retroatividade há de se entender que também as normas construídas pela jurisprudência pacífica dos tribunais superiores devem obedecê-la integralmente²⁷⁹.

²⁷⁷ Larenz, 1997, p. 616.

²⁷⁸ Larenz, 1997, p. 611. Apresentando também esse argumento, Ferraz Júnior (2008, p.13) pondera: “A doutrina, de modo geral, não reconhece, a essa “vigência”, a qualidade de direito vinculante (fonte formal), por força do princípio da independência da livre convicção do juiz. Os precedentes, mesmo assim, podem contar com certa presunção de correção, o que implica que uma jurisprudência reiterada e pacífica, formada ao longo do tempo, deva ser cuidadosamente examinada mormente quanto à consequência de fato, por ocasião de uma alteração, ainda que baseada em novas dúvidas sobre aquela correção. A hipótese de atribuição do efeito vinculante às súmulas do STF baseia-se nessa experiência.

²⁷⁹ Diz Derzi (2005, 193): “Ainda mais. O princípio não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os tribunais. O que significa que a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo que se desviem da prática até então utilizada, na qual o contribuinte tinha confiado. ‘ Isso não significa

Em face disso tem-se que considerar a incidência do “direito vigente” e o momento de realização dos fatos ocorridos sob sua égide. A irretroatividade impede que o novo entendimento jurisprudencial, nova norma portanto, alcance fatos passados, ou mesmo efeitos de fatos passados que ainda não se realizaram no futuro.

Nos termos da teoria estruturante, podemos dizer que a contínua concretização de normas jurídicas, da mesma forma, para os mesmos casos, conduz à estabilização de uma norma jurídica porquanto firme os critérios determinantes para a conjugação do âmbito e do programa normativo. E isso fica muito evidente na análise da linguagem da concretização. Todas as vezes que idêntica situação for posta para análise de um tribunal, o nível de referência à norma geral e abstrata será o mesmo. A mesma norma jurídica deverá regular casos idênticos.

Em razão dessa estabilização é que, quando o tribunal alterar sua orientação (pelos motivos que julgar pertinentes)²⁸⁰ sobre a norma que deve reger determinada situação, deverá fazê-lo respeitando as situações cuja incidência já se operara sob a vigência da norma anterior. Na linguagem da concretização, isso fica claro na referência ao nível da incidência.

uma solidificação da jurisprudência, pois uma jurisprudência alterada pode ser aplicada para o futuro. O § 176 AO é resultado desse princípio’ (K. Tipke, op. cit., p. 47).’

²⁸⁰ “A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação – restrição ou extensão – do significado da norma até aqui prevalecente. De par com a alteração da situação normativa existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente um novo entendimento de ratio legis ou dos critérios teleológico-objectivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falamos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorreta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o facto temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja.

O preciso momento em que deixou de ser ‘correcta’ é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um ‘tempo intermédio’ podem ser ‘plausíveis’ ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme a Constituição.” Larenz, 1997, pp. 498-500.

Quando um tribunal superior define as características do caso e, organizando os diversos textos normativos referentes, constrói uma estrutura de sentido deôntico completo, apta a disciplinar uma relação intersubjetiva, constrói uma norma jurídica²⁸¹. E essa norma é vigente, portanto, incidível. Fatos realizados sob essa vigência devem desencadear as conseqüências por ela previstas, da mesma forma que aqueles não alcançados pela norma anterior, não podem vir a sê-lo pela nova norma.

Genericamente, a irretroatividade protege da eficácia jurídica da nova norma fatos pretéritos cuja incidência já fora alcançada por norma anterior, bem como aqueles que não foram objeto de previsão normativa. Cabe aqui uma menção à noção ampla de ato jurídico perfeito, defendida por Pontes de Miranda e acolhida por Moreira Alves²⁸²:

²⁸¹ Sobre a norma jurídica como construção, disse o Ministro Gilmar Mendes, trazendo à colação entendimento de Peter Häberle: “[...] não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechtssatz ‘auslegen’ bedeutet, ihn in die Zeit, d. h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – un seiner Wirksamkeit willen*). Por isso Häberle introduz o conceito – notável, a meu ver – “de pós-compreensão (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados como base nos quais se compreende ‘supervenientemente’ uma dada norma”.

“A pós-compreensão nada mais seria, para Häberle, do que a pré-compreensão do futuro, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de pré-compreensão (Häberle, Peter. “*Zeit und Verfassung*”. In: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p. 312-313). Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei de duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind aller – interpretierten – Gesetzen “Zeitgesetze” – nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, tranforma-se necessariamente em um outro.” RE 353657-5/ PR, julg.25/06/2007, TP, DJ 07/03/2008.

²⁸² “A questão é a de saber se, no caso, ocorre direito adquirido ou ato jurídico perfeito em favor do contribuinte, porque, em representação de inconstitucionalidade em tese, não há que se tratar de irretroatividade em decorrência de coisa julgada que haja ocorrido concretamente nesse ou naquele caso.

Sendo o contribuinte devedor do imposto, para verificar-se a ocorrência, ou não, de direito adquirido, seria mister, preliminarmente, dilucidar relativa a ter ele, ou não, o denominado direito à liberação do débito, matéria controvertida em que se contrapõem duas correntes radicalmente antagônicas: a que sustenta a existência de um direito do devedor à liberação (e seus adeptos não são acordes quanto à natureza desse direito – se subjetivo, com caráter afim aos dos direitos reais; ou se potestativo extintivo, com defedem, entre outros *von Thur Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichenrechts*, vol. I, § 10, p. 196, e Andreoli, *Contributo alla Teoria dell’ adempimento*, nº 564, pp. 88/90) e a que nega ocorrência desse direito à liberação (entendendo vários seguidores, entre os quais Molitor, *Schuldrecht*, vol.I, §14 p.77, que, nesse caso, não há dever ou sujeição de credor, mas tem este apenas um ônus para não sofrer as desvantagens da mora *creditoris*).

Para o problema posto nesta representação, não há necessidade de enfrentá-la essa questão, que é mais delicada do que pode parecer à primeira vista.

E não há necessidade de enfrentá-la, porque o fato gerador já ocorrido se enquadra na noção ampla de ato jurídico perfeito, como decorre inequivocamente, dos arts. 105, 116 e 144 do Código Tributário Nacional, os quais, interpretando o alcance do art. 153, §3º, da Carta Magna no tributário se adstringem a esse aspecto. Como bem acentua Pontes de Miranda [...]

“O ato jurídico perfeito é fato jurídico, que tem o seu momento-ponto, no espaço-tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data. O conceito é conceito do plano da existência: se ato jurídico começa a existir, aqui e agora, é porque o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua coloração que lhe deu o sistema jurídico, tal como *aqui e agora* ele é. [...] É claro, portanto, que o art. 150, §3º, poderia ter dito que a lei nova não incide sobre o *ato jurídico* perfeito ou outro *fato jurídico* já ocorrido. Não no disse por influência histórica e, antes de se referir ao ato jurídico perfeito, referiu-se à eficácia dos fatos jurídicos em geral ‘não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito...’ Melhor teria dito: ‘não incidirá sobre fatos jurídicos pretéritos, inclusive atos jurídicos perfeitos’.”²⁸³

Assim, quando nova norma jurídica é posta, em confronto com entendimento anterior, o respeito necessário à irretroatividade impede a aplicação da nova norma aos fatos pretéritos anteriores.

4. Alterações jurisprudenciais e irretroatividade tributária

Tudo que dissemos no item anterior aplica-se ao campo tributário e encontra-se constitucionalmente reforçado pelo sentido normativo da irretroatividade tributária, especificamente quando se tratar de normas que impliquem instituição ou majoração de tributos.

O programa das normas jurídicas tributárias, isto é, o conjunto de todos os textos selecionados pelo “sujeito concretizante” para a resolução do caso, antecipadamente a toda orientação legislativa de valorização da jurisprudência

Ora, no caso é indiscutível que se consumaram em momento anterior ao do início da vigência do art. 18 do Decreto-lei nº 2.323/87, não só o fato gerador do imposto de renda relativo ao exercício financeiro de 1987 (fato este que se produziu em exercício financeiro de 1987 (fato este que se produziu em 31.12.1986), mas também seu efeito imediato que foi a relação obrigacional tributária nesse instante nascida...

Se o fato gerador dava nascimento – como deu – a obrigação de uma natureza, não pode a lei nova transformá-la em obrigação de natureza diversa, porquanto a modificação do efeito alcança, prejudicando-o, o fato jurídico consumado de que ele resultou.” (Rp 1451-7. Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 25/05/1988).

Referindo-se a esse entendimento Ferraz Júnior (2008, p. 14) conclui que “os fatos jurídicos pretéritos (mesmo quando não constituam atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos) são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo a lei, à época de regência, jurisprudência pretérita, de fato, constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial.”

²⁸³ Pontes de Miranda, 1968, pp. 60 s.

pacífica (concretizações normativas reiteradas) como critério normativo (supra 2.1), já valorizava através do Código Tributário Nacional a impossibilidade de retroatividade de novos critérios decorrentes de decisões administrativas ou judiciais:

Art. 146 - A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Combinado tal entendimento com o sentido normativo da irretroatividade tributária, explicitamente consignado na Constituição de 1988, é de se compreender que as normas jurídicas tributárias concretizadas nas decisões judiciais também devem obediência à irretroatividade, sendo-lhes vedado, nas alterações de entendimento normativo, impor obrigações tributárias relativas a fatos ocorridos no passado, sob vigência da norma anterior.

A construção das regras-matrizes de incidência tributária pela jurisprudência consolidada deve respeitar os âmbitos normativos realizados anteriormente. Daí por que a construção dos fatos jurídicos no processo concretizador deve obedecer aos critérios estabelecidos e vigentes ao tempo de sua realização. Se a jurisprudência entende que a definição da hipótese de incidência ou da consequência jurídica não é mais adequada às circunstâncias contemporâneas pode e deve fazê-lo, mas, não pode nem deve estender as modificações às circunstâncias anteriores.

Tal consequência se aplica, no direito tributário, a todas as espécies de fatos jurídicos tributários, quer sejam instantâneos, continuados ou de período. Estes últimos, que causam maior dificuldade quando em análise mudanças normativas,

ainda que ocorridos em parte, encontram-se também protegidos pela irretroatividade, no sentido já assentado da proteção ampla aos fatos jurídicos pretéritos. Nesse sentido, corrobora a idéia de Ferraz Júnior.:

“Afinal, pela irretroatividade, é cada fato-evento sucessivo que está protegido contra a lei a eles posterior, na sua singularidade. Protege-se a expectativa legítima neles contida enquanto fatos pretéritos. Por ela, impede-se que eles sejam atingidos ainda que componentes do fato gerador-tipo, assim definido pela nova lei. Ocorridos antes da lei nova, ainda que no contexto de uma pendência conforme a nova lei, disso os exclui o princípio.”²⁸⁴

A irretroatividade tributária, portanto, implica ampla proteção ao contribuinte. E essa proteção há de ser concretizada pelos tribunais mesmo quando necessária a alteração normativa. O contribuinte tem protegido tanto os atos jurídicos perfeitos, totalmente exauridos em conformidade com a norma vigente ao tempo de sua realização, quanto os fatos jurídicos pretéritos, à mesma época, não tipificados como geradores ou considerados como parte de fatos geradores-tipo, iniciados, mas não concluídos²⁸⁵

Tal consideração aplica-se em tudo à norma jurídica. Fatos de período iniciados sob a vigência de uma norma, devem concluir-se de acordo com os

²⁸⁴ Ferraz Júnior, 2005, p. 242.

²⁸⁵ Ferraz Júnior (2005, pp. 238 e 243), explicando o sentido amplo da irretroatividade tributária prevista na Constituição de 1988, aplica-lhe o mesmo sentido da irretroatividade penal. “Na Constituição Federal vigente, contudo, o contribuinte, além dessa irretroatividade específica, é protegido também pela irretroatividade do art.150, III, a. Esta não está adstrita ao ato jurídico perfeito (pois, então, teríamos um *bis in idem*). Prende-se, antes, à doutrina dos *facta* (no dizer de Pontes de Miranda, referindo-se à CF de 1969, à irretroatividade penal). Isto é, o contribuinte só pode ser cobrado (eficácia) por força de lei incidente ao tempo do fato, que no que concerne aos pressupostos típicos, que quanto à alíquota. Nenhum fato (para maior clareza, nenhum evento) ocorrido antes da vigência da lei nova pode ser apanhada por ela para compor o fato-tipo que ela institui. Aqui a proteção ao contribuinte é mais ampla, pois não está em questão o ato jurídico perfeito e acabado. Do mesmo modo que a lei penal há de ser a do momento em que ocorre o fato punível (segundo ela), não podendo ter efeitos sobre eventos passados, assim também a lei que aumenta ou institui tributos não produz efeitos (não se pode cobrar) sobre fatos geradores (geradores conforme a lei nova) ocorridos antes da sua vigência.

[...]

Pela irretroatividade, até a publicação da lei nova, cada evento está protegido, não podendo, como na lei penal, vir a submeter-se ao novo fato-tipo instituído.”

critérios nela previstos no início de sua constituição. Novas normas, com novos critérios, não de ser aplicados somente para o início de novos períodos.

5. A discussão no Supremo Tribunal Federal

Em face das considerações até aqui apresentadas, cabe observar a partir de duas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, como tem entendido e decidido o Tribunal a questão dos efeitos temporais das alterações de jurisprudência consolidada.

No Recurso Extraordinário nº 353657-5 /PR, julgado em 25/06/2007, caso em que foi discutida a possibilidade de creditamento de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é isenta, não tributada ou sob a qual incide a alíquota zero, o Tribunal após decidir pela inexistência do direito ao crédito, por iniciativa do ministro Ricardo Lewandowski pôs em discussão questão de ordem sobre a possibilidade de se conferir efeitos prospectivos àquela decisão.

Suspendendo, neste momento, considerações sobre o mérito da decisão (direito ou não ao crédito de IPI, nas situações supra referidas) passemos análise que toca mais diretamente à discussão desenvolvida neste trabalho: os efeitos da alteração de jurisprudência consolidada em tribunais superiores.

Na situação, o Ministro Ricardo Lewandowski entendendo ter havido alteração de jurisprudência assentada em relação à matéria discutida, propôs a modulação temporal dos efeitos daquela decisão. Posta a questão preliminar da admissibilidade da modulação dos efeitos temporais em processos de natureza subjetiva (como é o caso do recurso extraordinário), o Tribunal, recorrendo ao argumento dos seus

próprios precedentes²⁸⁶ que o entendiam possível, em tese, passou a julgar a questão no caso concreto.

No que se refere à questão de fundo, o Ministro Lewandowisk, entendeu haver alteração de jurisprudência assentada do Supremo Tribunal Federal e, em consequência, a possibilidade de prejuízo aos jurisdicionados que confiaram e se guiaram pelo entendimento anterior.

Disse o Ministro Lewandowisk, ressaltando que o entendimento anteriormente pacificado foi tomado como critério decisório nas instâncias inferiores:

“Bem, como é do conhecimento de todos, em duas ocasiões anteriores, a última em 18.12.2002, o Plenário desta Suprema Corte manifestou-se favoravelmente, por ampla maioria, ao creditamento do IPI nas operações de que tratam os recursos sob exame. (RE 212.484/RS, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 27.11.1998, e RE 350.446/PR, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 06.06.2003, no qual se reconheceu o direito ao creditamento do IPI na hipótese de incidência de alíquota zero tal como se fez nos casos de isenção.) E com base nessas decisões foram tomadas várias outras, de caráter monocrático, neste Tribunal (RE 363.777/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03.02.2002; RE 371.848/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 27.03.2003; RE 370.230/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08.04.2003, entre outros, somando mais de sessenta decisões.), e de natureza coletiva, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais.

Em pesquisa que realizei, pude perceber que, não obstante a tendência que aqui se manifestava acerca da mudança do entendimento sobre a matéria, praticamente todos os Tribunais Regionais Federais e mesmo os magistrados de primeira instância da Justiça Federal continuaram a prestigiar a *jurisprudência predominante* na Corte.”²⁸⁷

Em seguida, atenta para a necessidade de proteção da confiança dos jurisdicionados diante da alteração da jurisprudência pacificada:

“[...] considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de

²⁸⁶ “Presidente, creio que perde sentido a questão de ordem no que temos na lembrança precedentes de modulação em processo subjetivo. Devemos discutir a matéria e ver se é o caso, ou não, de se imprimir eficácia mitigada aos pronunciamentos do Tribunal nesses dois processos que estão em Mesa.”

²⁸⁷ RE 353657-5/ PR, julg.25/06/2007, TP, DJ 07/03/2008.

rumos acarrete prejuízo aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante.

[...]

Por essas razões, entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta corte sobre o tema, com todas as conseqüências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social.

[...] em homenagem ao princípio da segurança jurídica, mas também aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre as quais se assenta o próprio Estado de Direito, proponho que se confira efeitos *ex tunc* as decisões proferidas nos REs 353.657 e 370.682.²⁸⁸

Da fundamentação ora apresentada destacam-se alguns argumentos que, conforme discussão anterior, devem ser considerados no processo de concretização das normas jurídicas pelo Poder Judiciário: as exigências (decorrentes do Estado de Direito) de segurança jurídica e proteção à confiança dos jurisdicionados em face de uma norma judicialmente consolidada

Sobre essa última questão, embora o Tribunal, na sua maioria, tenha entendido inexistir, no caso concreto, verdadeira alteração jurisprudencial, significativas manifestações enaltecem a importância do reconhecimento (e de seus efeitos) de uma jurisprudência consolidada, bem como de sua eventual alteração.

Disse o Ministro Gilmar Mendes:

“Desde já gostaria de ressaltar que comungo das preocupações doutrinárias manifestadas pelo Ministro Ricardo Lewandowisk, especialmente quanto à prospectividade. E aí não se trata de aplicação do art. 27, conforme sua Excelência deixou bem claro. O Tribunal tem dado mostras, em larguíssima jurisprudência, no caso de eventual revisão de interpretação constitucional ou ocasionalmente, de revisão de interpretação de caráter legal.

Entendo, portanto, legítimas as premissas teóricas suscitadas no voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowisk que, como já se demonstrou, não cuidou de aplicar o art. 27, mas de aplicar, entendendo ele que existia, sim, *uma mudança de entendimento*, a prospectividade em nome da segurança

²⁸⁸ Ibid.

jurídica. Peço vênha a Sua Excelência para dizer que [...] não vislumbro, no caso, a adequação devida para a aplicação desse entendimento [...] Tivéssemos nós uma situação consolidada, ainda que de mera interpretação constitucional se cuidasse, eu não teria nenhuma dúvida de subscrever integralmente os fundamentos aqui estendidos por Sua Excelência.”²⁸⁹

A maioria dos ministros entendeu não ser o caso de se conceder efeitos prospectivos por não haver entendimento consolidado. Mesmo pela negativa, pensamos que de tal argumento indica, claramente, que o Supremo Tribunal Federal demonstra a necessária consideração pelo respeito a um entendimento pacificado, bem como pelos efeitos de sua alteração.

Sobre o reconhecimento de uma orientação como entendimento consolidado, confirmam os ministros argumentos já mencionados, como o trânsito em julgado de decisões paradigmáticas (*leading cases*), a recorrência a esse entendimento como fundamento de decisões do próprio tribunal, de seus órgãos parciais ou de tribunais inferiores e a existência de súmulas, por exemplo.

No caso ora comentado, disse o Ministro Marco Aurélio:

“[...] O tema sobre o creditamento, ao contrário de outros em que, de qualquer forma, houve a reversão do quadro decisório, não chegou a ser pacificado no Tribunal. É certo que, em 18 de dezembro de 2002, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 350.446-1/PR, 353.668-1/PR, 357.277-6/RS e 358.493/SC, o Plenário proclamou esse direito, vencido, na oportunidade, o ministro Ilmar Galvão e impedido o ministro Maurício Corrêa. Não menos correto é que os acórdãos formalizados vieram a ser impugnados mediante declaratórios. [...] O trânsito em julgado não se confirmou em virtude da interposição de novos embargos. [...] Então, não cabe dizer que o Supremo assentou, mediante acórdão coberto pela coisa julgada, o direito ao creditamento. A matéria estava pendente de decisão final pelo Plenário[...].”²⁹⁰

No mesmo sentido, asseverou o Ministro Eros Grau:

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ Ibid.

“[...] Recebi em meu gabinete memorial da Procuradoria da Fazenda Nacional no qual se demonstra que nenhuma decisão a respeito do tema, a alíquota zero, transitou em julgado. Como se falar, destarte, em mudança de jurisprudência que jamais foi fixada? Isso consubstanciaria um autêntico, *non sense*. Não se pode alterar o que jamais foi fixado definitivamente por este Tribunal. O argumento de que existiria ‘jurisprudência pacífica’ mesmo quando as decisões não tenham transitado em julgado --- e nenhuma delas transitou em julgado” --- é quase ingênuo. O que detém força de verdade legal é a coisa julgada, cuja autoridade, quando reiterada, faz jurisprudência. Não houve, no caso, mudança de jurisprudência desta Corte, visto que ela --- essa jurisprudência --- não fora estabelecida.”²⁹¹

Corroborando com os argumentos o Ministro Joaquim Barbosa:

“[...] Nenhum dos acórdãos dos casos-líder transitou em julgado, já que pendia de julgamento de embargos de declaração em todos eles. Contudo, cerca de três meses após a sessão de julgamento do caso-líder (RE 350.446 – 18.12.2002), e mesmo antes da publicação do respectivo acórdão (06.06.2003), a Primeira Turma decidiu, na sessão de 25.02.2003, reexaminar a matéria no Plenário da Corte [...] entre a publicação do caso-líder apontado como fundamento da projeção de segurança jurídica [...] e a publicação da ata da sessão em que a tendência de reversão do entendimento da Corte se confirmou [...] transcorreu um ano e oito meses. [...] O quadro exposto é definido, em resumo, pela possibilidade de reversão de jurisprudência ter se fixado e ter sido confirmada em pouco tempo (respectivamente, cerca de três meses após a sessão de julgamento e cerca de um ano e oito meses após a publicação do acórdão). Ademais, o quadro também era marcado pela *falta de estabilidade do precedente (trânsito em julgado, resolução do Senado, súmula vinculante)* [...]”²⁹²

Cabe aqui examinar também outro argumento suscitado pelo voto divergente (vencedor) do Ministro Marco Aurélio: o de inexistir, no caso, declaração de inconstitucionalidade, impedindo assim, a modulação dos efeitos temporais da decisão²⁹³. Segundo a argumentação do Ministro a modulação somente é dada às declarações de inconstitucionalidade porquanto somente nesse caso haja,

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Ibid.

²⁹³ “A preliminar é única: ante os parâmetros do julgamento ocorrido, ante a circunstância de não haver a Corte declarado a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não surge campo para cogitar-se da fixação de efeitos do julgamento já verificado a partir do trânsito em julgado que lhe dá qualidade ou de outro momentos que venha a cogitar.”

rigorosamente, proteção da confiança legítima decorrente da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Entendendo inexistir esse pressuposto para a modulação dos efeitos das decisões, argumentaram, expressamente, no mesmo sentido os Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Brito.

Cumpramos estabelecer uma diferença importante para o resultado deste trabalho entre a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais e o respeito à irretroatividade por essas mesmas decisões.

Entendemos tratar-se de situações diversas, para necessária coerência com as premissas até aqui seguidas. Quando uma norma é inconstitucional, antes da declaração de inconstitucionalidade, ela incide e produz efeitos²⁹⁴. Diante dessa situação a modulação que confere efeitos prospectivos à decisão, embora também se ampare nos fundamentos de segurança jurídica e proteção da confiança, opera uma espécie de “convalidação” de manutenção de uma incidência inválida. Diversamente, quando ocorre alteração de jurisprudência consolidada sem declaração de inconstitucionalidade, a norma anterior incidiu validamente, e o reconhecimento dessa incidência é garantido pela irretroatividade.

Na segunda hipótese, objeto de análise deste trabalho, a norma jurídica construída pela jurisprudência consolidada incidiu ao tempo de sua vigência, e por isso deve ser aplicada. Caso contrário, a nova norma alcançaria fatos anteriores à sua vigência. Paraphrasing Pontes de Miranda, o que faz o tribunal é “dizer que a norma já incidiu”. E aqui, confirma-se a idéia de que o direito manifesta-se linguisticamente, mas é necessária a distinção entre o tempo da incidência e o da aplicação. Por isso aquela expressa-se como um nível de referência desta.

²⁹⁴ Neves, 1988, pp. 46 s. e 80.

Retornando ao caso concreto em análise, é oportuno esclarecer que não havendo jurisprudência consolidada, como restou demonstrado pela maioria dos ministros (por ausência dos requisitos passíveis de consideração pelo judiciário), não há que se cogitar em aplicação da irretroatividade²⁹⁵. Como também já afirmado, faz parte do paradoxo do direito a tensão entre mudança e permanência da jurisprudência judicial, traduzida temporalmente pela contingência inerente ao mundo jurídico.

Outro exemplo que se mostra interessante para análise é o julgamento do Recurso Extraordinário nº 377.457-3/PR, que discutiu a manutenção ou não da isenção de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) para sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada.

Novamente, deixando à parte questões de fundo sobre o mérito, passaremos à análise da discussão a respeito da alteração de uma jurisprudência consolidada e seus efeitos.

Na situação, veio à baila, como no julgamento anteriormente comentado (Recurso Extraordinário 353.657-5/PR), a possibilidade de o Tribunal modular os efeitos temporais da decisão com base na segurança jurídica.

Um importante argumento suscitado foi a existência da Súmula 276/STJ (As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.), demonstrando entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão.

²⁹⁵ Como restou demonstrado na exposição das modernas teorias sobre a irretroatividade, mesmo nos casos da chamada irretroatividade inautêntica, quando não há confiança a ser protegida, não cabe falar-se na garantia da irretroatividade.

O Ministro Gilmar Mendes votou pelo não acolhimento da modulação, entendendo já ser a matéria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A Ministra Cármen Lúcia, acompanhando o relator, confirmou a necessidade do estabelecimento de parâmetros para a modulação, e cita entre eles: “[...] haverá de ser demonstrada a excepcionalidade da situação, a possibilidade de insegurança jurídica, quando se encaminhava a sociedade a acreditar numa jurisprudência num determinado sentido [...]”²⁹⁶.

Discutiu-se então a existência da jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça especialmente revelada pela existência da súmula já citada. Nos votos contrários à modulação prevaleceu o argumento de que, como a última palavra em questões constitucionais é do Supremo Tribunal Federal, não obstante a existência de entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, não cabia modulação.

Em sentido contrário, argumentou o Ministro Celso de Mello entendendo haver a necessidade de proteção à confiança do contribuinte que legitimamente guiou seu comportamento pela orientação sumulada pelo STJ:

“A instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais, que, até então, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta do que se continha na Súmula 276/STJ -, não pode nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daqueles que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento, ajustaram, de boa-fé, a sua conduta aos procedimentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça a propósito da subsistência, no caso, da isenção da Cofins. [...] Entendo que a formulação inscrita na Súmula 276/STJ não pode ser desconsiderada na decisão que este Supremo Tribunal, agora, vai proferir a propósito da pretendida modulação dos efeitos do julgamento [...]”²⁹⁷

²⁹⁶ RE 377457-3/PR, julg. 17/09/2008, TP, DJ 19/12/2008.

²⁹⁷ Ibid.

Acrescentou ainda em seu voto, como relevante para a decisão, o fato de que o Supremo Tribunal Federal sistematicamente considerava a matéria infraconstitucional, confirmando assim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Ressaltou o Ministro Celso Mello que as primeiras decisões do STF sobre a matéria constitucional têm publicação em 17 de março de 2006, enquanto a súmula fora enunciada em 2003.

Diz em seguida:

“O fato, Senhor Presidente, é que esta Suprema Corte, considerando os precedentes por ela própria firmados, analisados sob a perspectiva das virtualidades que lhes são inerentes – tais como conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias abrangidas por esses mesmos precedentes, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado - tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP), Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), de *determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não-incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal.*”²⁹⁸ (grifamos)

Entendemos acertados os argumentos do Ministro Celso de Mello no que se refere à necessária proteção à legítima confiança dos contribuintes em relação ao tratamento das situações consolidadas sob a égide de um entendimento, nos termos aqui defendidos, de uma norma anterior. Não obstante não tenha trazido explicitamente o argumento da irretroatividade, julgamos ser perfeitamente aplicável à situação, nos termos do raciocínio desenvolvido no voto do Ministro. Os novos critérios não podem incidir sobre as situações pretéritas porquanto sobre elas já incidira a norma anterior. Não separar os dois momentos na aplicação normativa significa desobedecer ao mandamento constitucional.

²⁹⁸ Ibid.

Os fundamentos dessa proteção repousam no reconhecimento do Estado de Direito, que garante a proteção das relações jurídicas, inclusive as de direito público, impondo a observância por todos os poderes, seja o legislativo, o executivo ou judicial.

Nas relações jurídicas tributárias essa proteção é específica (irretroatividade tributária), devendo ser observada em todas as situações cujo resultado seja a instituição ou majoração de tributos.

“ [...] o princípio da irretroatividade (do direito) não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os Tribunais. O que significa que a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo a se desviarem da prática até então utilizada, a na qual o contribuinte tinha confiado. O CTN atenua os efeitos bruscos da mudança de critérios por parte da Administração, ao estabelecer que a observância dos atos normativos das autoridades administrativas, das decisões de seus órgãos e das práticas administrativas reiteradas exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo (art. 100).”²⁹⁹

Não se está a negar que a última palavra sobre decisões de matérias constitucionais deva ser do Supremo Tribunal Federal. No entanto, na análise do caso ora em questão, pode-se constatar que o STF, por longo período, afastou-se da discussão, entendendo não haver questão constitucional a ser decidida, restando a competência do Superior Tribunal de Justiça para a solução do conflito. Julgamos, com todo respeito àquela Corte Constitucional que, uma vez afastada a competência do STF para o julgamento, há de se considerar a imperatividade da norma estabilizada pelo STJ.

²⁹⁹ Derzi, 2005, p. 193. No mesmo sentido, Carrazza (2008, pp. 61 s.): “Quando se sustenta que as normas jurídicas devem ser irretroativas, não se está simplesmente a enunciar que as leis não podem retroagir, mas que também aos demais atos jurídicos estatais (atos administrativos e decisões judiciais reiteradas, que formam a jurisprudência) é interdito fazê-lo, sob pena de deixar as pessoas sob o guante da incerteza e da insegurança.”

Uma vez que o Supremo Tribunal Federal não havia se manifestado sobre a questão, a norma jurídica vigente era aquela pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Quando, ao se manifestar, o STF altera a jurisprudência anterior, entendemos necessário, por respeito à irretroatividade e, por conseguinte, à segurança jurídica, a aplicação aos fatos jurídicos pretéritos, da norma vigente à época de sua realização.

Conclusões

O fenômeno jurídico, diante da tensão que lhe é inerente, entre permanência e mudança, como garantia, respectivamente, de segurança e de adequação, deve ser atualmente entendido a partir da complementação das dimensões legislativa e normativa, da qual surge a inevitável distinção entre texto legislativo e norma jurídica.

A norma como proposição de sentido deôntico completo apta a disciplinar relações intersubjetivas é resultado do trabalho jurídico de concretização, processo por meio do qual, pela linguagem jurídica, se conjugam dados primariamente lingüísticos (programa da norma) e dados reais (âmbito da norma). A norma, como manifestação fundamental do direito, somente se constitui a partir da relação entrelaçada entre os textos jurídicos e a realidade fática.

Sob o paradigma do Estado de Direito, o processo de criação jurídica é material e formalmente limitado. A ação temporal do direito, por meio de normas jurídicas, encontra na necessária observância ao sentido normativo da irretroatividade, um limite que impede a projeção dos efeitos da nova norma às ocorrências fáticas anteriores à sua vigência.

É somente através da linguagem da concretização normativa, na conjugação do âmbito e programa da norma, diante de um caso, que se podem identificar como níveis dessa linguagem, a norma jurídica, sua vigência e incidência. Na aplicação da norma, por respeito à irretroatividade, devem ser aplicados os efeitos da norma jurídica vigente ao tempo da incidência.

No que se refere ao direito tributário brasileiro, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, o sentido normativo da irretroatividade, ganha especial expressa proteção, descabendo exceções quando se estiver diante de casos de instituição ou majoração tributária.

A avaliação do alcance da limitação imposta pela irretroatividade tributária somente pode ser feita quando, no processo de concretização normativa, elementos fáticos e textuais são conjugados para a composição da regra-matriz de incidência tributária. Os fatos jurídicos tributários, dos quais decorre a obrigação de pagar tributos, são disciplinados pelas normas vigentes ao tempo de sua realização, mesmo que, à época de sua aplicação, conseqüências mais graves disciplinem aquela espécie de situação. É o tempo da incidência normativa que determina a norma a se aplicada.

Os tribunais superiores, como principais sujeitos concretizadores, constroem normas jurídicas para a solução dos casos. Quando firmam jurisprudência sobre determinada questão, as estabilizam enquanto expectativas normativas legítimas dos jurisdicionados. Quando mudam seu entendimento (e podem fazê-lo, de forma legítima, para adequação de seus posicionamentos às novas demandas sociais, ou mesmo por conta da alteração de seus componentes), constroem novas normas.

Nesses casos de sucessão normativa, quando o novo entendimento altera uma norma jurídica anterior, a observância da irretroatividade se faz necessária para aplicação da norma precedente (entendimento consolidado) a todos os casos cuja ocorrência fática se realizara sob sua vigência.

Em matéria tributária, como decorrência do caráter ineludível da irretroatividade tributária, decisões judiciais que alterem entendimentos consolidados criando normas que impliquem instituição ou majoração da obrigação de pagar

tributos, devem respeitar a incidência da norma anterior para aplicá-la a todos os casos cuja ocorrência fática se realizara sob sua vigência.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.

AMARO, Luciano (2000). *Direito tributário brasileiro*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva.

ANDRADE, José Maria Arruda de (2006). *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Editora.

ATALIBA, Geraldo (2000). *Hipótese de incidência tributária*. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros.

ÁVILA, Humberto (2004). *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva.

--- (2006). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha (2007). *Princípios gerais de direito administrativo*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros. vol I.

BATALHA, Wilson de Campos (1980). *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense.

BECKER, Alfredo Augusto (1998). *Teoria geral do direito tributário*. 3.^a ed. São Paulo: Lejus.

BOBBIO, Norberto (2003). *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2.^a ed. Bauru: EDIPRO.

CAMPOS, Francisco (2001). *O estado nacional*. Brasília: Senado Federal.

CANARIS, Claus-Wilhelm (2002). *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2000). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina.

CARRAZZA, Roque (2006). *Curso de direito constitucional tributário*. 22.^a ed. São Paulo: Malheiros.

CARRIÓ, Genaro R. (1994). *Notas sobre derecho e lenguaje*. 4.^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CARVALHO, Paulo de Barros (1988). "O direito positivo como sistema homogêneo de enunciados deônticos". In: *Revista de Direito Tributário* vol. 12, nº 45. São Paulo: RT, jul/set pp.35-6.

--- (2005). *Curso de direito tributário*. 17.^a ed. São Paulo: Saraiva.

--- (2006). *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva.

--- (2008). *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses.

--- (2009). *Teoria da norma tributária*. 5.^a ed. São Paulo: Quartier Latin.

CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva (2003). *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista romanista*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tese de doutorado.

COELHO, Sacha Calmon Navarro (1999). *Curso de direito tributário brasileiro*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.

--- (2005). *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.

DERZI, Misabel Abreu Machado (2005). "Notas de atualização". In: Aliomar Baleeiro (org.). *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense

DINAMARCO, Cândido Rangel (2004). *Instituições de direito processual civil*. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros. vol I.

--- (2005). "Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional do acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de

instrumentos processuais específicos". In:Vários autores (org.). *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. São Paulo:Minha Editora.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (1968). *Da lei tributária no tempo*. São Paulo:

DWORKIN, Ronald (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

ENGISCH, Karl (2004). *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. 9.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ESSER, Josef (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: BOSCH.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (1999). *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2.^a ed. São Paulo: Atlas.

--- (2005). "Anterioridade e irretroatividade no campo tributário". In:Heleno Taveira Tôrres (org.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva.

--- (2008). "Irretroatividade e jurisprudência judicial". *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole.

FRANÇA, R. Limongi (1982). *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos tribunais.

GABBA, C.F. (1897). *Teoria della retroattività delle leggi*. 3.^a ed. Roma: Torino

GAMA, Tacio Lacerda (2008). *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tese de doutorado.

GONÇALVES, Luiz da Cunha (1930). *Tratado de direito civil em comentário ao Código civil português*. Coimbra Coimbra editora. vol I.

GRAU, Eros Roberto (2006). *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros.

HÄRBELE, Peter (1997). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

HABERMAS, Jürgen (1994). "Teorías de la verdad". In: Idem (org.). *Teoría de la acción comunicativa: complementos e estudios previos*. Madri: Catedra.

--- (2003). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. vol I.

HART, Herbert L. A. (2001). *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HASSEMER, Winfried (2002). "Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei". In: A. KAUFMANN, HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HECK, Luís Afonso (1995). *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor.

HESSE, Konrad. (1991). *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

--- (1998). *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

HOFSTADTER, Douglas R. (1999). *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid*. New York: Basic Books.

--- (2001). *Gödel, Escher, Bach: um entreteçamento de gênios brilhantes*. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Universidade de Brasília/São Paulo: Imprensa Oficial do Estado.

HOHFELD, Wesley Newcomb (2000). *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning : and other legal essays*. New Jersey: The lawbook exchange, Ltd. Union.

JELLINEK, Georg (1970). *Teoria general del estado*. Trad. Fernando de Los Rios Urruti. México: D. F. Compañia Editorial Continental.

KELSEN, Hans (1986). *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

--- (1999). *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6.^a ed. São Paulo: Martins Fontes.

LARENZ, Karl (1997). *Metodologia da ciência do direito* Trad. José Lamego. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LASSALLE, Ferdinand (2000). *A essência da constituição*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LUHMANN, Niklas (1983). *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. vol I.

--- (2002). *El derecho de la sociedad*. 2.^a ed. México: Herder/Universidad Iberoamericana.

MACHADO, Hugo de Brito (1993). *Temas de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

--- (2007). *Curso de direito tributário*. 28.^a ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Marcos Bernardes de (1988). *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva.

MELLO, Patrícia Perrone Campos (2008). *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar.

MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de (1996). *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*. Belo Horizonte: Del Rey.

MÜLLER, Friedrich (1995). *Juristische Methodik*. 6.^a ed. Berlin: Duncker und Humblot.

--- (2000). *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2.^a ed. São Paulo: Max Limonad.

--- (2007). *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Trad. Dimitri Dimoulis et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais.

--- (2008). *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos tribunais. vol I.

NERY JÚNIOR, Nelson (2008). "Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais - competência dos tribunais superiores para fixá-la - questões conexas". *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo:Manole.

NEVES, Marcelo (1988). *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva.

--- (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil - O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes.

--- (2007). *A constitucionalização simbólica*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes

PAULSEN, Leandro (2004). *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

--- (2006). *Segurança jurídica: certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

PEREIRA, Caio Mário da Silva (1999). *Instituições de direito civil*. 19.^a ed. Rio de Janeiro: Forense. vol I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1956). "Incidência e aplicação da lei". *In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de Pernambuco (OAB/PE)*, vol. 1, pp.51-5.

--- (1968). *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos tribunais. vol 5.

--- (1974). *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol I.

RABELLO FILHO, Francisco Pinto (2002). *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo: RT.

ROSS, Alf (2000). *Lógica de las normas*. Trad. J.S.P. Hierro. Granada: Comares.

--- (2003). *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO.

ROUBIER, Paul (1929). *Conflicts de lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey.

SAVIGNY, Friedrich Karl von (1886). *Sistema del diritto romano attuale*. Roma: Unione Tipografico-Editrice Torinese. vol I.

--- (1863). *System des heutigen romischen rechts* 3.^a ed. Berlin Veit.

TORRES, Ricardo Lobo (2005). "Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica". In: Ives Gandra da Silva Martins (org.). *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

--- (2005). *Tratado de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Renovar. vol II. Valores e princípios constitucionais tributários.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva (1997). *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey.

VILANOVA, Lourival (2000). *Causalidade e relação no direito*. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

--- (2005). *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses.

VOGEL, Klaus e WALDHOFF, Christian (1999). *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts: Sonderausgabe des Bonner Kommentars zum Grundgesetz (Vorbemerkungen zu Art. 104a bis 115 GG)*. Heidelberg: Müller.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)