

**IBET – INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS**  
**RODRIGO BARROS DE AZEVEDO**

**INCONSTITUCIONALIDADE**  
**DA CONVALIDAÇÃO DE NORMA INCONSTITUCIONAL**

**RIO DE JANEIRO**  
**MARÇO - 2009**

RODRIGO BARROS DE AZEVEDO

INCONSTITUCIONALIDADE  
DA CONVALIDAÇÃO DE NORMA INCONSTITUCIONAL

Artigo apresentado como requisito final para  
conclusão do curso de Pós-Graduação em  
Direito Tributário no Instituto Brasileiro de  
Estudos Tributários - IBET

RIO DE JANEIRO

MARÇO - 2009

AZEVEDO, Rodrigo Barros de. Inconstitucionalidade da convalidação de norma inconstitucional. Artigo (Pós-Graduação em Direito Tributário). Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, Rio de Janeiro. 2009.

## RESUMO

O presente artigo tem por objeto a análise acerca da inconstitucionalidade da convalidação de norma formal e materialmente inconstitucional, especialmente em relação ao caso concreto de fundo do artigo 4º da emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, o qual validou o adicional na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), sobre energia elétrica e telecomunicação, criado pelos estados-membros com fundamento na emenda constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000. A título de exemplo, por se tratar de tributo da competência dos estados-membros e também do Distrito Federal, conforme o artigo 155, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, será utilizada a lei do estado do Rio de Janeiro nº 4.056, de 30 de outubro de 2002, que autorizou a instituição do referido adicional bem como o Decreto 32.646, de 08 de janeiro de 2003 que efetivamente instituiu o referido adicional cujo produto de arrecadação destina-se ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais (FECP). O ideal desenvolvimento do tema, contudo, demanda que outros pontos sejam levados em consideração, pois conduzirão o leitor ao conhecimento dos fundamentos jurídicos que circundam a questão. Neste sentido, após esta parte introdutória, o primeiro ponto (capítulo II) consistirá em exposição acerca de sistema jurídico prescritivo autopoietico, no qual haverá breves comentários sobre o conceito de sistema jurídico, classificação de sistema jurídico, autopoiese do sistema jurídico prescritivo e regras de condutas e regras de estrutura. No segundo tópico (capítulo III) tratará do fundamento de validade da norma jurídica no qual serão abordados os conceitos de existência e validade da norma jurídica, vigência e eficácia da norma jurídica e ainda incidência e aplicação da norma jurídica, diferenciando-os. O processo hermenêutico de geração de sentido será tratado no capítulo IV. Em seguida, no capítulo VI será abordado o controle de constitucionalidade no sistema jurídico vigente no Brasil, sobretudo como procedimento específico previsto para estabilização da crise de incompatibilidade formal ou material de uma norma jurídica confrontada à Constituição. E, no capítulo VII será abordado o caso concreto acima exposto, para em seguida concluir.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade, Convalidação, Norma e Inconstitucional.

## ABSTRACT

The present article has for object the analysis concerning the unconstitutionality of the ratification of formal and materially unconstitutional norm, especially in relation to the case deep concrete of the article 4º of the constitutional emendation nº 42, of 19 of December of 2003, which validated the additional one in the aliquot one of the Tax on Circulation of Merchandises and Services (ICMS), on electric energy and telecommunication, created for the state-members with bedding in the constitutional emendation nº 31, of 14 of December of 2000. As an example, for if also dealing with tribute of the ability of the state-members and of the Federal District, as article 155, interpolated proposition II of the Constitution of effective the Federative Republic of Brazil, will be used the law of the state of Rio De Janeiro nº 4,056, of 30 of October of 2002, that the cited institution of the additional one as well as Decree 32,646 authorizeded, of 08 of January of 2003 that effectively instituted cited the additional one whose product of collection destines if Deep State of Combat the Poverty and Unequal Social (FECP). The ideal development of the subject, however, demand that other points are taken in consideration, therefore will lead the reader to the knowledge of the legal beddings that surround the question. Of this direction, after this introductory part, the first point (chapter II) will consist of exposition concerning legal system prescriptive autopoietico, in which it will have brief commentaries on the concept of legal system, classification of legal system, autopoiese of the prescriptive legal system and rules of behaviors and rules of structure. In as the topical one (chapter III) it will deal with the validity bedding of the rule of law in which the concepts of existence and validity of the rule of law will be boarded, validity and effectiveness of the rule of law and still incidence and application of the rule of law, differentiating them. The hermeneutic process of direction generation will be treated in chapter IV. After that, in chapter VI the control of constitutionality in the effective legal system in Brazil will be boarded, over all as foreseen specific procedure for stabilization of the crisis of formal or material incompatibility of a collated rule of law to the Constitution. E, in chapter VII will be boarded the case concrete above displayed, for after that concluding.

Word-key: Unconstitutionality, Ratification, Unconstitutional Norm.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>2. SISTEMA JURÍDICO AUTOPOIÉTICO.....</b>	<b>7</b>
2.1. Conceito de sistema jurídico.....	7
2.2. Classificação de sistema jurídico.....	8
2.3. Autopoiese do sistema jurídico prescritivo.....	9
2.4. Regras de condutas e regras de estrutura.....	10
<b>3. FUNDAMENTO DE VALIDADE DA NORMA JURÍDICA.....</b>	<b>12</b>
3.1. Existência e validade da norma jurídica.....	12
3.2. Vigência e eficácia da norma jurídica.....	14
3.3. Incidência e aplicação da norma jurídica.....	15
<b>4. PROCESSO HERMENÊUTICO DE GERAÇÃO DE SENTIDO.....</b>	<b>18</b>
<b>5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO VIGENTE NO BRASIL.....</b>	<b>22</b>
<b>6. CASO CONCRETO.....</b>	<b>25</b>
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>28</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>29</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O direito positivo, como objeto da ciência do direito, é idealizado e construído sob premissas lógicas, com aptidão para ser sustentado como um todo unitário, coerente e harmônico; é um conjunto racionalmente organizado de enunciados prescritivos com o fim de disciplinar a conduta humana.

Ao cientista e intérprete do direito, sob o compromisso de conferir efetiva unidade, harmonia e coerência a este sistema empírico, cabe a composição de outro sistema, o qual é desenvolvido por meio de uma nova linguagem, agora descritiva, que se submeterá ao critério valorativo da verdade ou falsidade (lógica clássica, lógica apofântica ou lógica alética<sup>1</sup>), já que é construído a partir daquele.

A dificuldade inerente ao objeto, o qual é composto por unidades que se relacionam em níveis horizontal e também vertical deve ser vencida por meio de um discurso técnico, apegado às premissas lógicas e aos valores fundamentais do sistema de direito positivo, eliminando eventuais contradições.

No ordenamento jurídico nacional, esses valores e premissas fundamentais foram reduzidos a termo em enunciados prescritivos no dia 5 de outubro de 1988, em documento solene denominado Constituição da República Federativa do Brasil.

A lógica e a coerência do sistema jurídico, portanto, pressupõe a adequação ou a conformação dos demais enunciados prescritivos ou normas jurídicas a tais dispositivos constitucionais, sob pena de se estabelecer vício de nulidade lato senso ou uma proposição falsa, sem fundamento, gerando uma crise no sistema jurídico.

Objetiva-se com a presente dissertação fazer uma análise acerca da inconstitucionalidade da convalidação de norma formal e materialmente inconstitucional.

O caso concreto de fundo é o artigo 4º da emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que validou o adicional na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), sobre energia elétrica e telecomunicação, criado pelos estados-membros com fundamento na emenda constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000.

A título de exemplo, por se tratar de tributo da competência dos estados-membros e também do Distrito Federal, conforme o artigo 155, inciso II da Constituição da República

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses. 2008. p. 40.

Federativa do Brasil vigente, será utilizada a lei do estado do Rio de Janeiro nº 4.056, de 30 de outubro de 2002, que autorizou a instituição do referido adicional bem como o Decreto 32.646, de 08 de janeiro de 2003 que efetivamente instituiu o referido adicional cujo produto de arrecadação destina-se ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais (FECP).

O ideal desenvolvimento do tema, contudo, demanda que outros pontos sejam levados em consideração, pois conduzirão o leitor ao conhecimento dos fundamentos jurídicos que circundam a questão.

Neste sentido, após esta parte introdutória, o primeiro ponto (capítulo II) consistirá em exposição acerca de sistema jurídico prescritivo autopoietico, no qual haverá breves comentários sobre o conceito de sistema jurídico, classificação de sistema jurídico, autopoiese do sistema jurídico prescritivo e regras de condutas e regras de estrutura.

No segundo tópico (capítulo III) tratará do fundamento de validade da norma jurídica no qual serão abordados os conceitos de existência e validade da norma jurídica, vigência e eficácia da norma jurídica e ainda incidência e aplicação da norma jurídica, diferenciando-os.

O processo hermenêutico de geração de sentido será tratado no capítulo IV. Em seguida, no capítulo VI será abordado o controle de constitucionalidade no sistema jurídico vigente no Brasil, sobretudo como procedimento específico previsto para estabilização da crise de incompatibilidade formal ou material de uma norma jurídica confrontada à Constituição. E, no capítulo VII será abordado o caso concreto acima exposto.

Serão utilizados, substancialmente, os ensinamentos constantes nos módulos I e IV do curso de especialização em direito tributário do Instituto brasileiro de estudos tributários (IBET), tratando o primeiro do Tributo e Segurança Jurídica e o segundo do Controle da Incidência Tributária.

## 2. SISTEMA JURÍDICO PRESCRITIVO AUTOPOIÉTICO

### 2.1 CLASSIFICAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

Sistema (do grego *systema*) segundo o vernáculo<sup>2</sup> é a “combinação de partes coordenadas para um mesmo resultado, ou de maneira a formar um conjunto” ou ainda; o “conjunto de elementos relacionados entre si de modo coerente”.

A definição de sistema pressupõe, portanto, três elementos: unidades homogêneas ou semelhantes, relação entre os elementos e finalidade comum. Uma vez presentes, não se poderá negar-lhe tal caracterização. “Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema”<sup>3</sup>.

A partir da noção de sistema como unidades relacionadas entre si que não se descuram de um objetivo comum, tanto o Direito Positivo<sup>4</sup> (conjunto de enunciados prescritivos válidos) quanto a Ciência do Direito (conjunto de normas jurídicas verdadeiras) inserem-se na definição de sistema jurídico. Esta última de forma inegável, já que é inerente a toda ciência a utilização de proposições descritivas, harmônicas, coerentes e organizadas.

Crucial é, justamente, a noção de direito positivo, objeto de conhecimento por meio da ciência do direito, como sistema de enunciados prescritivos, contemporaneamente válidos, que se submetem a um princípio unitário no âmbito interno de relação dos seus elementos, já que às ciências não se nega tal caráter.

Com efeito, não obstante a possibilidade de eventuais incoerências reais entre os elementos do direito positivo (enunciados prescritivos / proposições prescritivas<sup>5</sup>), não se pode negar-lhe a caracterização de sistema, sobretudo em razão da transitoriedade destas incoerências e da existência de métodos próprios para extirpá-las do seu conjunto.

---

<sup>2</sup> Grande Enciclopédia Larousse. Nova Cultura Ltda. 1998. p. 5418.

<sup>3</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 42.

<sup>4</sup> No meu entender, tais contradições decorrem da própria natureza real-social do direito positivo.

<sup>5</sup> De forma metafórica, a expressão “enunciado prescritivo” está para “proposição prescritiva”, assim como uma semente está para o fruto, pois o valor daquelas (enunciado prescritivo / semente) reside justamente e exclusivamente enquanto fonte ou alicerce destas (proposição prescritiva / fruto), que será o seu produto ou resultado. Por esta razão, a referência a enunciado prescritivo deve ficar restrita às hipóteses em que se pretende isolar somente o texto, como elemento de estudo.

A ambigüidade da expressão sistema jurídico, a diversidade dos elementos que orientam a definição de sistema e a forma com que suas unidades se relacionam torna prudente, até mesmo necessária, a identificação das especificidades e a subsequente divisão e classificação das diversas espécies de sistemas jurídicos, sem perder de vista a necessária utilidade e adequação com o tema proposto.

## 2.2 CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO

Seguindo a doutrina de Paulo de Barros Carvalho, o qual, por sua vez, acolhe a sugestão de classificação de Marcelo Neves, os sistemas em um primeiro estágio podem ser classificados em reais e proposicionais, conforme sejam suas unidades entidades lingüísticas ou não.

Sistema Real seria “o conjunto do mundo físico ou do mundo social, enquanto fenômenos governados pelo princípio da causalidade física, na sua presença objetiva, na sua objetividade mesma”<sup>6</sup>, ao passo que Sistema Proposicional, em seu turno, seria o conjunto cujas unidades consistam em proposições lingüísticas.

Por óbvio, a camada lingüística presente na redução a escrito dos fenômenos da realidade física ou social há de ser desconsiderada, sob pena de se negar existência a qualquer sistema real, já que todo conhecimento requer comunicação sob a forma de linguagem.

Os sistemas proposicionais comportariam também a classificação em nomológico ou nomoempíricos, conforme sejam as unidades do sistema formadas sob fórmulas ideais, abstratas ou simbólicas (sistema proposicional nomológico) ou por unidades com referência empírica (sistema proposicional nomoempíricos).

E por fim, a classificação dos sistemas proposicionais nomoempíricos em prescritivos (quando, utilizando de linguagem prescritiva, têm por destino ou finalidade a disciplina de condutas ou de relações intersubjetivas mediata ou imediatamente) e descritivos (quando, vertido em linguagem descritiva, tem por destino ou finalidade o estudo de outro sistema proposicional nomoempírico), consoante a forma de linguagem que são constituídos.

O direito positivo, portanto, pode ser classificado como um sistema proposicional nomoempírico prescritivo, formado por enunciados prescritivos que, além de disciplinar

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 46.

condutas e relações intersubjetivas (projeção externa), disciplinam a sua própria criação (projeção interna).

A ciência do direito, por sua vez, classifica-se como sistema proposicional nomoempírico descritivo, uma vez que é construído por uma sobrelinguagem descritiva, sob uma lógica apofântica, valorado pelo critério da veracidade dos seus elementos.

### 2.3 AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO PRESCRITIVO

A autopoiese, teoria sistêmica originária das ciências biológicas, trazida para as ciências sociais por Niklas Luhmann<sup>7</sup>, evidencia a autonomia de um sistema, o qual tem a capacidade de por si próprio renovar-se e regular-se, mantendo-se estável diante das mudanças externas e coerente internamente (auto-referenciável), porém, sem intervenção externa.

Nos termos utilizados por Cristiano Carvalho<sup>8</sup>, sistema autopoietico é aquele no qual se identificam três propriedades:

- 1) É auto-regulável: significa que o sistema consegue manter o seu equilíbrio interno através da troca de informação com o ambiente. As respostas (“feedback”) do ambiente às mensagens que envia o fazem ajustar a sua ação futura.
- 2) É auto-gerativo: significa que o sistema produz os seus próprios elementos.
- 3) É auto-referenciável: significa que o sistema tem em si mesmo as regras de sua auto-produção, i. e., o sistema fala sobre si mesmo (função metalingüística).

A caracterização do direito positivo como um sistema autopoietico colaborou para a compreensão do direito positivo como um sistema autônomo, regido pelo princípio da

---

<sup>7</sup> Niklas Luhmann (Lüneburg, 8 de dezembro de 1927 — Oerlinghausen, 6 de novembro de 1998) foi um sociólogo alemão, sendo hoje considerado, juntamente com Jürgen Habermas, um dos mais importantes representantes da Sociologia alemã. Adepto de uma teoria particularmente própria do pensamento sistêmico, Luhmann teorizou a sociedade como um sistema autopoietico. Ao empregar os sistemas autopoieticos ao direito, Luhmann consegue reduzir a complexidade social. De tal modo, os estudos de Luhmann apregoam que o direito, em seu viés autopoietico, se (re)cria com base nos seus próprios elementos. Sua auto-referência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo movendo-se com base em seu código binário (direito/não-direito). Tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hiper-complexidade da sociedade atual. Ver TRINDADE, André. Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. (Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível na Internet no site: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Autopoiese#Luhmann> acessado em 27.03.2009)

<sup>8</sup> CARVALHO, Cristiano. Sistema, Competência e Princípios. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho - Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p. 862.

unidade, que tem métodos próprios de controlar eventuais incoerências reais, afastando as unidades (proposições prescritivas) inadequadas.

Gunther Teubner, citado por Paulo de Barros Carvalho<sup>9</sup> ensina:

De facto, a teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial.

O mérito da identificação de tais propriedades do sistema jurídico prescritivo não pode ser atribuído originariamente a esta teoria, como se fosse uma inovação, visto que Hans Kelsen e Norberto Bobbio<sup>10</sup> já haviam identificado as mesmas anteriormente. De toda sorte, trata-se de uma nova forma de estudo com difusão reconhecida.

A auto-regulação, a auto-geração e a auto-referência, propriedades que identificam o direito positivo como um sistema dinâmico, revelam, enfim, a pluralidade ontológica das unidades normativas que compõem o referido sistema, fazendo-se necessário adentrar, portanto, no exame destas espécies de normas jurídicas.

## 2.4 NORMAS DE ESTRUTURA OU PRODUÇÃO NORMATIVA E NORMA DE CONDUTA

Remonta a Norberto Bobbio<sup>11</sup> a clássica distinção entre normas de conduta e normas de estrutura, o qual leciona que:

---

<sup>9</sup> Gunther Teubner. O direito como sistema autopoietico. p. 31 *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 110/111.

<sup>10</sup> Norberto Bobbio afirma na obra: Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. ver. téc. Claudio De Cicco. Apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 10ª edição. 1999. p. 45 que: “O que nos interessa notar numa teoria geral do ordenamento jurídico não é tanto quantas e quais sejam as fontes do Direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece existirem atos ou fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas (as fontes de direito), reconhece-se que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras*. Costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa”.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. ver. téc. Claudio De Cicco. Apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 10ª edição. 1999. p. 33.

Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras.

Ampliando tal classificação, Tarek Moysés Moussallem<sup>12</sup> propõe a divisão em norma de produção jurídica, normas de revisão sistêmica e norma de conduta, utilizando como critério o efeito do ato de aplicação da norma. Para tanto explica que:

(1) quando a aplicação da norma N1 tiver como efeito imediato e mediato regular uma conduta C, chamaremos N1 de norma de conduta; e (2) quando a aplicação de uma norma N1 tiver como objetivo regular uma conduta C para imediatamente produzir uma N2, chamaremos N1 de norma de produção normativa; (3) quando a aplicação de uma norma N1 tiver como escopo principal, não uma conduta humana, mas a modificação ou extinção de uma norma N2, estaremos diante de uma revisão do sistema do direito positivo e passaremos a designá-la norma de revisão sistêmica (Daniel Mendonça). Nesta, o efeito imediato é a norma N2, a conduta é o efeito mediato.

Normas de estrutura ou de produção normativa são aquelas que se destinam a fixar os requisitos e os procedimentos para a produção de outras normas jurídicas, ao passo que normas de comportamento, a contrário senso, são aquelas que disciplinam de forma imediata relações intersubjetivas.

As normas de estrutura, portanto, definem ou estabelecem os pressupostos formais de validade das outras normas, configurando o parâmetro formal (procedimental e orgânico) para a aferição da introdução de normas no sistema jurídico; são elas que revelam a auto-referência ao ordenamento jurídico.

---

<sup>12</sup> MOUSSALLEM, Tarek Moysés. Fontes do Direito Tributário. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho – Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p. 101.

### 3. FUNDAMENTO DE VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

#### 3.1 EXISTÊNCIA E VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

Hans Kelsen, visando a conferir ao Direito status de ciência autônoma e independente às demais, elaborou a denominada “Teoria Pura do Direito”, estabelecendo uma rígida dualidade entre os atos humanos atinentes ao mundo do *ser* e a significação deste correspondente ao mundo do *dever-ser* (norma jurídica).

Na visão do eminente teórico, que classificava o Direito como um sistema estático, o fundamento de validade das normas jurídicas reside na existência de outra norma jurídica superior e previamente estabelecida que confira a uma autoridade poder para gerá-la. Há mera relação de pertinencialidade, no qual o conteúdo da norma jurídica torna-se prescindível. A ausência desta relação implicaria na invalidade e conseqüente inexistência da norma jurídica para o sistema jurídico.

Nada obstante, quando Kelsen busca um fundamento de validade comum para todas as demais normas, uma norma fundamental, o que conferira unidade ao direito positivo, deixa de legitimá-la em outra norma, sendo necessário entendê-la semanticamente, como ocorre na visão do Direito como um sistema estático, tal como assevera Paulo Roberto Lyra Pimenta<sup>13</sup>:

“Todavia, ao mencionar a existência de uma fundamental que dá unidade ao ordenamento jurídico, assevera que tal norma não é validada por nenhuma outra. Trata-se de norma pensada, de norma pressuposta. Sendo assim, neste particular a análise caminha pelo plano semântico, o que representa uma contradição. Isso porque a validade é entendida como um conceito relacional, mas quando se trata da norma fundamental isso não ocorre, porque esta não se relaciona com nenhuma norma do sistema.

A visão contraposta à visão Kelseniana, com base na doutrina de Pontes de Miranda o qual concebe o mundo jurídico integrado pelos planos da existência, validade e eficácia, sustenta a distinção entre a existência e a validade, sendo aquela um pressuposto desta. Para os adeptos desta concepção a validade configura um atributo da norma jurídica aferível por um juízo formal e material de conformidade com a norma que lhe serve de fundamento.

---

<sup>13</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyra. Validade, Vigência, Aplicação e Interpretação da Norma Jurídico-Tributária. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p. 177.

Seguem esta orientação, segundo Paulo Roberto Lyra Pimenta<sup>14</sup>, Karl Larenz e Riccardo Guastini.

Sustentando a validade como da essência da norma jurídica, Paulo de Barros Carvalho<sup>15</sup> expõem que validade confunde-se com existência, conforme se verifica do trecho a seguir transcrito:

Ser norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema “S”, ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim.

A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tendo *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que uma norma “N” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”.

(...)

É intuitivo crer que a validade se confunde com a existência, de sorte que afirmar que uma norma existe implica reconhecer sua validade, em face de determinado sistema jurídico.

Entretanto, entender a validade como da essência da norma, e não como atributo, não infirma ou afasta a necessidade da análise ou relação de pertinência sob o prisma do seu conteúdo com o sistema. O específico modo de existir da norma no ordenamento jurídico<sup>16</sup> deve ser confrontado sob a perspectiva dos sistemas que formam o processo hermenêutico de geração de sentido proposto por Paulo de Barros Carvalho, conforme registra Tarek Moysés Moussallem:

Primeiro, vale chamar a atenção para o fato de que a validade pode ser atribuída a todos os planos de manifestação do direito positivo, como bem averiguou EURICO DE SANTI. Analisada sob a perspectiva dos subsistemas do direito positivo proposto por PAULO DE BARROS CARVALHO – (a) S1 – o subsistema das formulações literais, ou seja, o conjunto dos enunciados prescritivos (produto das enunciações); (b) S2 – o subsistema das significações isoladas de enunciados prescritivos e (c) S3 – o subsistema das normas jurídicas -, pode-se falar em “(i) validade do texto, (ii) validade do sentido ou da significação e (iii) validade das normas jurídicas”.

A aferição da validade de uma norma jurídica, portanto, demandará também a verificação da pertinência semântica do texto, proposições e normas jurídicas com o sistema,

<sup>14</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyra. *Validade, Vigência, Aplicação e Interpretação da Norma Jurídico-Tributária*. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p. 179.

<sup>15</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18ª ed. São Paulo. Saraiva. 2007. p. 81/82.

<sup>16</sup> CONTE, Amedeo G. *Filosofia Del linguaggio normativo*. V. I. 2ª ed. Torino. Giappichelli. 1995. p. 132 *apud* MOUSSALLEM, Tarek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São. Paulo. Noeses. 2005. p. 136.

seja analisando se os fatos e as condutas são ao menos possíveis, seja em relação à conformidade material ou de conteúdo com outras normas.

### 3.2 VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

A conceituação de vigência e eficácia torna-se relevante para apartar e dirimir eventuais dúvidas que possam ocorrer com a noção de validade, o que não é ocasional.

“A vigência é propriedade das regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo fático, os eventos que elas descrevem”<sup>17</sup>; “é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração”.<sup>18</sup>

Conceituando sob o prisma da teoria dos atos de fala Tarek Moysés Moussallem diz: “vigência é o tempo em que o ato de fala deverá ser recebido com a força ilocucionária<sup>19</sup> de ordem juridicamente qualificada pelo destinatário da mensagem normativa”.<sup>20</sup>

Norma vigente, portanto, é aquela que tem aptidão para incidir nos limites de espaço e de tempo previstos pelo ordenamento jurídico.

A eficácia, por sua vez, relaciona-se aos efeitos concretos da norma jurídica. Adotando-se a análise do instituto realizada por Paulo de Barros Carvalho<sup>21</sup> a eficácia pode ser estudada como eficácia jurídica, técnica e social, sendo que:

“Eficácia técnica” é a qualidade que a norma ostenta, no sentido de descrever fatos que, uma vez ocorridos, tenham aptidão de irradiar efeitos jurídicos, já removidos os obstáculos materiais ou as impossibilidades sintáticas (na terminologia da Tércio). “Eficácia jurídica” é o predicado dos fatos jurídicos de desencadear as conseqüências que o ordenamento prevê. E, por fim, a “eficácia social”, como a produção concreta de resultados na ordem dos fatos sociais.

Ocorre que a vigência e a eficácia, sobretudo esta última, não exaurem por si próprias o processo lingüístico de juridicização do fato social, razão pela qual se faz necessário

<sup>17</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 18ª ed. São Paulo. Saraiva. 2007. p. 84.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 1998. p. 108.

<sup>19</sup> MOUSSALLEM, Tarek Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São. Paulo. Noeses. 2005. p. 152.

<sup>20</sup> Ibidem. p. 144.

<sup>21</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 61.

analisar, igualmente, os fenômenos que cuidam desta transposição do fato social para fato jurídico.

### 3.3 INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Conforme Marcos Bernardes de Mello<sup>22</sup> “a incidência é o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico<sup>23</sup> a parte do suporte fático<sup>24</sup> que o Direito reputou relevante, segundo critérios valorativos, para ingressar no mundo jurídico”, pressupondo, logicamente, a vigência da norma.

Ocorre que o direito positivo ou, mais propriamente, as normas jurídicas não incidem, não produzem efeitos, sem que haja aplicação por um agente credenciado, sujeito de direito legitimado a verter o fato jurídico em linguagem competente. “Em resumo, não há eficácia e incidência sem ato de aplicação”.<sup>25</sup>

No dizer de Paulo de Barros Carvalho<sup>26</sup>:

A mensagem deontica, emitida em linguagem prescritiva de condutas, não chega a tocar, diretamente, os comportamentos interpessoais, já que partimos da premissa de que não se transita livremente do mundo do “dever-ser” para o do “ser”. Interpõe-se entre esses dois universos a vontade livre da pessoa do destinatário, influenciando decisivamente na orientação de sua conduta perante a regra do direito.

E aplicar consiste em traduzir partículas da realidade social introduzindo-as na linguagem competente da realidade jurídica, sobretudo em razão do próprio modo de existir do direito positivo (enunciados lingüísticos). “Aplicação é o ato mediante o qual alguém

---

<sup>22</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. São Paulo. Saraiva. 1993. p.57 *apud* IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica – O cerco da linguagem. In Revista de direito tributário nº 79. São Paulo. Malheiros. 2001. p. 189.

<sup>23</sup> “Fato jurídico representa a parte do suporte fático, desenhada pela hipótese normativa, que entra no mundo do Direito por meio da incidência da norma jurídica”. (IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica – O cerco da linguagem. In Revista de direito tributário nº 79. São Paulo. Malheiros. 2001. p. 190)

<sup>24</sup> “Suporte fático é o fato bruto, base de incidência da norma jurídica, que geralmente é mais rico em propriedades que a hipótese. Por isso não entra ele todo no mundo jurídico. Só as propriedades selecionadas pelo suposto normativo têm acesso ao ambiente normativo”. (IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica – O cerco da linguagem. In Revista de direito tributário nº 79. São Paulo. Malheiros. 2001. p. 189)

<sup>25</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São. Paulo. Noeses. 2005. p. 150.

<sup>26</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 225.

interpreta a amplitude do preceito legal, fazendo-o incidir no caso particular e sacando, assim, a norma individual”<sup>27</sup>.

Neste sentido, a aplicação, no modelo analítico da ciência do direito, requer um ato humano de produção de normas individuais, a partir da interpretação das normas gerais e abstratas do direito positivo. A infalibilidade e a incondicionabilidade da incidência da norma jurídica denotam, senão, a sua força cogente (obrigatoriedade) sobre os fatos jurídicos construídos e não a prescindibilidade da presença humana.

Separar os momentos da incidência e da aplicação, sendo aquele automático e infalível (sem ato humano), constitui um equívoco. A presença humana é imprescindível em todos os momentos, no nascimento, na vivência e no desaparecimento de normas jurídicas.

Referindo-se ao processo de positivação do direito, atuação exclusiva do intérprete, bem como da missão do legislador neste processo, Paulo de Barros Carvalho afirma que:

O que está ao alcance do legislador é aproximar os comandos normativos, cada vez mais, estimulando de maneira crescente as consciências das condutas estipuladas. E isto se faz com o processo de positivação das normas jurídicas, numa trajetória que vai da mais ampla generalidade e abstração, para atingir níveis de individualidade e concreção.

Registre-se ainda que a incidência da norma jurídica decorrente de um ato humano de aplicação explica o intervalo de subsunção existente entre a construção da norma individual produtora de efeitos jurídicos e a ocorrência efetiva do fato social na sua realidade empírica.

Assim, afigura-se salutar separar o tempo do fato e o tempo no fato, utilizando-se para tanto das lições de Paulo de Barros Carvalho<sup>28</sup>, o qual afirma que:

O tempo *do fato* é aquele instante no qual o enunciado denotativo, perfeitamente integrado como expressão dotada de sentido, ingressa no ordenamento do direito posto, não importando se veiculado por sentença, por acórdão, por ato administrativo ou por qualquer outro instrumento introdutório de normas individuais e concretas.

(...)

Algo diverso, porém, é o tempo *no fato*, isto é, a ocasião que alude o enunciado factual, dando conta da ocorrência concreta de um evento.

---

<sup>27</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 229.

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 130/131.

A distinção permite identificar a legislação aplicável ao enunciado denotativo (estrutura formal da norma individual e concreta) e ao fato social pretérito (conteúdo do ato), sendo certo que jamais coincidirão.

A incidência da norma jurídica sobre um fato social, portanto, ocorre por meio de uma norma individual, a qual é construída por um ato humano de aplicação que pressupõe a interpretação de enunciados jurídicos válidos e vigentes.

#### 4. PROCESSO HERMENÊUTICO DE GERAÇÃO DE SENTIDO

O direito, como realidade constituída por enunciados lingüísticos, demanda do cientista que se propõe a conhecê-lo o exercício de atribuir valores ou significações aos símbolos que o compõe. Em outros termos, demanda atividade interpretativa.

Neste percurso gerador de sentido, a linguagem é o caminho e o fim pelo qual se confere significação ao direito positivo, o qual também é constituído por ela. O que se quer dizer é que, assim como a atividade interpretativa está impregnada de conteúdo axiológico, o direito positivo igualmente estará, visto que a linguagem que lhes confere existência é “típica realização do espírito humano”<sup>29</sup>.

Nesta empreitada, a decomposição analítica proposta por Paulo de Barros Carvalho em quatro subsistemas interpretativos revela preciosa contribuição epistemológica sobre o tema. Para compreendê-la é crucial conhecer a diferença entre enunciados e normas jurídicas, noções que constituem a base desta construção.

Considerando o grau ou intensidade da mensagem que são capazes de transmitir, podem-se definir os enunciados como estruturas de significação explícitas prescritivas de condutas jurídicas, cujo conteúdo semântico é completo apenas sob o ponto de vista de um plano tópico ou singular. Se analisados sob o prisma da hermenêutica jurídica carecem da completude ideal para a formação de uma unidade de significação deôntica.

As normas jurídicas, por outro lado, encerram, justamente, esta estrutura ou unidade de significação deôntica ideal, podendo ser entendidas como o produto da interpretação formado na mente do intérprete após a leitura do texto do direito positivo (enunciado prescritivo) ou conteúdo significativo deôntico completo que se obtém com a conjugação dos enunciados; são o juízo hipotético-condicional extraído pelo intérprete após a atividade hermenêutica desferida sobre um ou vários enunciados normativos.

Nos termos dos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho<sup>30</sup>:

Uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas.

---

<sup>29</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses. 2008. p. 180.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 129.

O percurso interpretativo gerador de sentido, portanto, haverá de partir da análise do suporte físico do enunciado prescritivo, isto é, da literalidade textual em seu plano de expressão ou dos significantes, o qual há de estar ordenado sob as diretrizes morfológicas e sintáticas da estrutura lingüística (idioma) que lhe confere existência.

No plano S<sup>1</sup> (sistema da literalidade textual, suporte físico das significações jurídicas) de geração de sentido, o intérprete deverá evitar, ao máximo, ingerências acerca do sentido, não obstante seja inevitável uma dissociação completa, visto que o mero contato ocular com o texto desencadeia atos de construção de sentidos subjetivos. Deve-se investigar e vencer questões relacionadas à estrutura e à formação dos signos jurídicos, suas flexões e classificações, bem como à sua concordância e regência.

Finda a análise textual, inicia-se o exame do conteúdo semântico ou do contexto do texto prescritivo. O plano S<sup>2</sup> (sistema dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos) representa o ingresso na subjetividade do agente, passando-se à construção de significações isoladas da mensagem deôntica. O intérprete fará uma incursão na substância significa do texto, ciente, porém, que não poderá desbordar das limitações literais do texto captadas no plano da expressão.

O Sistema dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos será a fase em que o intérprete se dedicará, por meio da semântica, a atribuir valores ou significação aos signos de linguagem, conferindo-lhes um sentido completo sob o ponto de vista lingüístico, porém incompleto para formar uma unidade deôntica completa – norma jurídica.

Segundo Paulo de Barros Carvalho configuram requisitos para o ingresso neste plano: i) que sejam expressões lingüísticas portadoras de sentido; ii) produzidas por órgãos credenciados pelo ordenamento para a sua expedição; e iii) consoante o procedimento específico que a ordem jurídica estipular.

Imprescindível alertar que neste plano de investigação formam-se os primados, sobreprincípios ou princípios, como os da segurança jurídica e da certeza do direito, os quais derivam de outras proposições prescritivas. Por não se apresentarem de forma expressa são denominados enunciados “implícitos”.

A estrutura lógico-sintática de significação (antecedente ligando-se por força da imputação deôntica ao conseqüente gerando um dever-ser) é revelada apenas no plano S<sup>3</sup> (sistema do conjunto articulado das significações normativas - sistema de normas jurídicas *strictu sensu*). Promove-se a “contextualização dos conteúdos obtidos no curso do processo

gerativo, com a finalidade de produzir unidades *completas* de sentido para as mensagens deônticas”<sup>31</sup>.

Ocorre que, conforme observamos, o direito positivo apresenta-se como um sistema proposicional nomoempírico prescritivo e autopoietico, o que pressupõe unidade e coerência entre seus elementos (normas jurídicas). Ainda que as normas jurídicas gozem de sentido deôntico completo no plano S<sup>3</sup>, a atividade hermenêutica do intérprete não pode abdicar do confronto destas unidades entre si, sob a perspectiva dos fundamentos, premissas e valores do ordenamento jurídico.

No plano S<sup>4</sup> (sistema da organização das normas construídas no nível S<sup>3</sup> - os vínculos de coordenação e de subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas), portanto, o intérprete organizará as normas jurídicas por meio das diretrizes de coordenação e de subordinação inerentes ao direito positivo.

Configura o plano lógico-sistêmico do direito positivo, no qual o intérprete haverá de analisar integralmente o sistema, porém, com primazia as regras de estrutura dispostas no texto constitucional, as quais estão arraigadas dos valores supremos e fundamentais para o ordenamento jurídico e, por conseqüência, da atividade hermenêutica.

O plano S<sup>4</sup> do processo de geração de sentido afigura-se, por isso, como o momento propício para a aferição da validade da norma jurídica introduzida no sistema jurídico, sobretudo no seu aspecto material, já que neste já terá havido construção do sentido deôntico completo da norma jurídica.

Vale registrar que os planos de cognitivos entrecruzam-se obrigando o intérprete a reavaliar as construções obtidos a todo momento, conforme enuncia Paulo de Barros Carvalho<sup>32</sup>:

Tais cruzamentos entre os quatro planos de elaboração, deles não saindo em qualquer dos momentos do percurso gerativo de sentido, exibem, entre outras coisas, a unidade do sistema jurídico, visto como um todo, tecido pelo intérprete numa concepção que salvaguarda, acima de tudo, o dado de sua integridade existencial, uniforme e consistente, adaptando-se o predicado de “consistência” que convém à função pragmática com que o direito positivo utiliza sua linguagem prescritiva.

De toda sorte, não se pode olvidar que, sob a ótica da proposta dos planos cognitivos, há que se aferir a validade do texto (enunciados prescritivos), do sentido ou da significação

---

<sup>31</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 75.

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 84

(proposições) e da norma jurídica (unidade mínima de sentido completo), conforme bem observa Tarek Moysés Moussallem em transcrição alhures.

A ausência de pertinência formal ou material com a regra de estrutura que o legitimou ou com os valores do direito positivo implicará na necessidade de expulsar a norma jurídica incompatível do ordenamento jurídico, mantendo-se sua unidade e coerência.

Este procedimento de expulsão, quando a incompatibilidade decorre do confronto com regra de estrutura ou com valor constitucional denomina-se controle de constitucionalidade.

## 5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO VIGENTE NO BRASIL

Controle de constitucionalidade é o procedimento pelo qual um órgão credenciado realiza um juízo (ato interpretativo) de compatibilidade ou pertinência formal e/ou material de uma norma jurídica (ou situação de expectativa desta) <sup>33</sup> com outra norma-parâmetro de estatura constitucional que lhe serve de fundamento de validade.

Guilherme Peña de Moraes<sup>34</sup> conceitua controle de constitucionalidade como:

Juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a Constituição.

A crise de inconstitucionalidade pode ser material ou formal (procedimental ou orgânica), no que tange à sua origem natureza da matéria, inconstitucionalidade por ação ou por omissão, no que se refere à causa do vício e ainda inconstitucionalidade originária ou superveniente, quando se adota o critério da ocasião do vício.

Esta última será originária quando existente logo no momento da sua produção e superveniente quando em momento subsequente à sua produção, mas em decorrência de mutação ou reforma constitucional.

O controle de constitucionalidade fundamenta-se na necessidade de se manter a unidade do direito positivo e, sobretudo, na supremacia formal e material das normas constitucionais em relação às demais e no modelo rígido de constituição adotado no ordenamento jurídico nacional, pelo qual se tem um processo de alteração formal da Constituição mais rigoroso que os demais.

No ordenamento jurídico nacional, introduzido por meio da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 10 de outubro de 1988, conferiu-se legitimidade para tal exercício aos órgãos do judiciário, do legislativo e do executivo. Aos órgãos com função típica jurisdicional atribui-se competência para um controle de constitucionalidade de forma

---

<sup>33</sup> Objetiva-se conferir a expressão uma extensão que alcance tanto a situação de omissão de norma jurídica quanto a situação em que a pretensão de mudança é inconstitucional (projeto de lei inconstitucional). O controle neste caso é incidental, difuso e concreto, haja vista a questão principal ser direito líquido e certo do parlamentar de não participar de votação de matéria protegida pelos limites materiais constantes do art. 60, parágrafo 4º da CRFB.

<sup>34</sup> MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. 2ª Ed. ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus. 2008. p. 129.

eminentemente repressiva<sup>35</sup>, após a publicação do ato normativo ou na ausência juridicamente relevante do mesmo, ao passo àqueles com função típica legislativa e àqueles com função típica executiva ou administrativa atribuiu-se competência para o exercício de um controle de constitucionalidade preventivo.

A saber, o controle preventivo dos órgãos com função típica legislativa ocorre por meio da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados e os órgãos com função típica executiva ou administrativa exercem o controle através do seu chefe e por meio do veto a um determinado projeto de lei, conforme os arts. 58<sup>36</sup> e 66 da CRFB<sup>37</sup>.

Tanto os órgãos com função típica legislativa quanto os órgãos com função típica executiva ou administrativa, portanto, não têm competência, isto é, não são órgãos credenciados ou legitimados pelo ordenamento jurídico vigente, para exercer o controle repressivo e jurisdicional de constitucionalidade, matéria reservada aos órgãos com função típica jurisdicional.

O controle repressivo-jurisdicional de constitucionalidade do ordenamento jurídico apresenta-se como um sistema eclético<sup>38</sup>, haja vista ter se inspirado tanto no sistema difuso e concreto americano (adotado desde a CRFB de 24 de fevereiro de 1891), quanto no sistema concentrado e abstrato austríaco (adotado desde a CRFB de 16 de julho de 1934).

Registre-se que, diferentemente do modelo austríaco, no Brasil não houve criação de um tribunal constitucional separado da estrutura do judiciário com competência exclusiva e específica para tratar de questões relativas ao controle de constitucionalidade abstrato, apesar da existência de um projeto do Deputado Nilo Alvarenga neste sentido.

Desta forma, a depender do órgão que exercerá o controle de constitucionalidade, bem como do tipo de controle, da espécie processual e ainda da técnica de decisão em que haverá produção da norma individual, diversos serão os efeitos jurídicos a serem produzidos no ordenamento jurídico.

---

<sup>35</sup> Alexandre de Moraes registra que, excepcionalmente, há possibilidade de exercício de controle repressivo-político, com fundamento no artigo 49, inc. V e no artigo 84, inc. IV da CRFB, na hipótese de sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites de delegação legislativa. (MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2004. p. 606/607)

<sup>36</sup> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

<sup>37</sup> Art. 66. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

<sup>38</sup> Por certo, o Brasil, inclusive, mescla os sistemas, haja vista existir hipótese de recurso extraordinário em controle de constitucionalidade abstrato pelos tribunais de justiça estaduais, tendo-se, portanto, caso de controle abstrato e difuso.

De toda sorte, independente do órgão judicial que criar a norma individual cujo antecedente é uma inconstitucionalidade ou da manutenção ou não dos efeitos da norma inconstitucionalidade (tal como previsto no art. 27, da Lei 9.868/1999 - teoria da anulabilidade de Kelsen), certo é que a crise de inconstitucionalidade tem um procedimento específico apto e suficiente para saná-la, seja no controle preventivo, seja no controle repressivo de constitucional.

A CRFB/1988 prevê no artigo 5º caput o princípio-valor da segurança jurídica e no inciso LIV o princípio-valor do devido processo legal, vetores interpretativos de aplicabilidade imediata que se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico. E conforme Cristiano Carvalho<sup>39</sup>:

O núcleo, por assim dizer “estável”, do ordenamento, são os valores enunciados em princípios constitucionais. Tal núcleo é o atrator do sistema jurídico, visto que todo sistema se constrói a partir dessa base e todo problema jurídico com o qual se depare o operador do direito pode ser redutível aos princípios. Portanto, tudo no direito parte e acaba retornando ao seu núcleo atrator. Este, por sua vez, é formado pelo que chamamos de princípios de valor ou princípio fundantes.

Os princípios dirigem-se não ao cidadão, mas ao próprio Estado, na função de emissor de normas jurídicas. Servem para delinear, delimitar e dirigir a própria auto-formação do sistema jurídico, tendo, portanto, uma direção endógena, e não exógena, pois não se dirige, ao menos imediatamente, ao sistema social, mas sim a si próprio. Em outras palavras, o destinatário principal dos princípios é o próprio legislador em sentido amplo, para que não emita regras que violem os valores consagrados pela Constituição, protegendo dessa forma, os direitos individuais, a forma de Estado, o Estado Democrático de Direito, etc.

Neste sentido, a crise de constitucionalidade do direito positivo deve ser refutada pela construção de uma norma individual e concreta cujo antecedente seja a inconstitucional de uma norma jurídica “válida”, por força tão somente do princípio da presunção de constitucionalidade, e no conseqüente proposição prescritiva relacional que dependerá do sistema de controle de constitucionalidade adotado, bem como do órgão julgador, do tipo processual adotado e ainda da técnica de decisão utilizada.

---

<sup>39</sup> CARVALHO, Cristiano. Sistema, Competência e Princípios. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho – Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p. 873.

## 6. CASO CONCRETO

A emenda constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, introduziu por meio de seu artigo 1º quatro enunciados prescritivos, os quais passaram a integrar aos artigos 79 a 83 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição da República Federativa do Brasil de 10 de outubro de 1988.

O texto dos artigos 82 e 83 do ADCT, os quais guardam pertinência com o tributo estadual (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS), restou positivado nos seguintes termos:

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre os produtos e serviços supérfluos, não se aplicando, sobre este adicional, o disposto no art. 158, inciso IV, da Constituição.

Art. 83. Lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os arts. 80, inciso II, e 82, §§ 1º e 2º.

Os dispositivos acima autorizaram a construção da seguinte norma jurídica:

Antecedente:

Critério material: realizar operações relativas à circulação de mercadorias de produtos supérfluos;

Critério espacial: território do ente da federação em que ocorreu a saída da mercadoria;

Critério temporal: quando ocorrer a efetiva transferência da titularidade da mercadoria (*traditio*);

Conseqüente:

Critério Quantitativo:

Alíquota: até dois pontos percentuais;

Base de Cálculo: valor da mercadoria do produto supérfluo na saída;

Critério Pessoal:

Sujeito Ativo: Estado-Membro onde se realizou a operação jurídica;

Sujeito Passivo: Pessoa Física/Jurídica praticante do critério material;

Ocorre que a Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 4.056<sup>40</sup>, de 30 de dezembro de 2002, autorizou a construção da seguinte regra-matriz de incidência:

Antecedente:

- Critério material: realizar operações relativas à circulação de mercadorias;
- Critério espacial: território do ente da federação em que ocorreu a saída da mercadoria;
- Critério temporal: quando ocorrer a efetiva transferência da titularidade da mercadoria (*traditio*);

Conseqüente:

Critério Quantitativo:

- Alíquota: (1% sobre todos os produtos)  
+ (4% sobre operação com energia elétrica cujo consumo não exceda de 300 quilowatts/hora mensais ou sobre a prestação de serviços de comunicação até 31 de dezembro de 2006);
- Base de Cálculo: valor da mercadoria na saída;

Critério Pessoal:

- Sujeito Ativo: Estado-Membro onde se realizou a operação jurídica;
- Sujeito Passivo: Pessoa Física/Jurídica praticante do critério material;

Não obstante a flagrante inconstitucionalidade material entre a lei 4.056/2002, de 30 de dezembro de 2002, do estado do Rio de Janeiro e a norma da emenda constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, em 08 de janeiro de 2003 foi publicado o decreto estadual nº 32.646 instituindo os referidos adicionais na alíquota de ICMS.

Em 13 de março de 2003, a lei estadual nº 4.086 alterou em alguns pontos a redação da lei 4.056/2002, de 30 de dezembro de 2002. Contudo, manteve-se o mesmo descompasso em relação ao disposto nos artigos 82 e 83 do ADCT, pois não houve alteração no adicional de 4% sobre as operações com energia elétrica cujo consumo não fosse superior a 300 quilowatts/hora mensais ou sobre a prestação de serviços de comunicação até 31 de dezembro de 2006.

A saber, o referido prazo restou prorrogado até 31 de dezembro de 2010, conforme o disposto pela Lei Complementar n.º 115/2006, cuja vigência se deu a partir de 15.12.2006.

Não se pode olvidar ainda que o adicional de 4% tem aptidão para incidir, justamente, sobre produtos essenciais, quais sejam: energia elétrica cujo consumo não exceda de 300 quilowatts/hora

---

<sup>40</sup> Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 4.056, de 30 de dezembro de 2002 (Redação original vigente de 31.12.2002 a 13.03.2003): Art. 2.º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais: I - o produto da arrecadação adicional de um ponto percentual correspondente a um adicional geral da alíquota atualmente vigente do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias - ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, com exceção das incidências previstas na alínea "b" do inciso VI do art. 14 da Lei n.º 2.657, de 26 de dezembro de 1966 com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 2.880, de 1997 e no Inciso VIII do art. 14 da Lei n.º 2.657, de 26 de dezembro de 1996 com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 3082, de 1998, que, além, do acréscimo definido neste inciso, terão mais quatro pontos percentuais transitóriamente até 31 de dezembro de 2006; § 2.º O adicional de que trato o inciso I deste artigo não incidirá sobre os gêneros que compõem a cesta básica, assim definidos aqueles estabelecidos em estudo da Fundação Getúlio Vargas.

mensais e serviços de comunicação, em afronta aos termos expressos do artigo 82 do ADCT e ao conteúdo dos princípios-valores da essencialidade e seletividade, os quais têm aplicação específica ao ICMS.

Neste cenário, o legislador constitucional publicou em 19 de dezembro de 2003 a emenda constitucional nº 42, cujo artigo 4º, a seguir transcrito, validou o adicional de quatro pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre energia elétrica e serviço de comunicação criado pelos estados-membros em dissonância com seu fundamento de validade (emenda constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000):

Art. 4º Os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Sobre matéria o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 346.084-PR, pronunciara-se pela inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, mesmo com a posterior ampliação da base de incidência por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 19 de dezembro de 1998, na tentativa de convalidar a inconstitucionalidade da lei ordinária.

Todavia, contrariando o referido entendimento, no caso dos adicionais na alíquota do ICMS a corte não manteve a mesma posição, restringindo-se a aceitar a validação posterior em flagrante afronta a todo o exposto nesta dissertação. Neste sentido a ementa do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 570.006 – RJ, publicado em 12.09.2008:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. ADICIONAL. LEI ESTADUAL N. 4.056/02. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. CONTROVÉRSIA APÓS A EC 42/03. O Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida na ADI n. 2.869, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 13.5.04, fixou que "o art. 4º da Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal, ainda que estes estivessem em desacordo com o previsto na Emenda Constitucional nº 31/2000. Sendo assim, se pairavam dúvidas acerca da constitucionalidade dos diplomas normativos ora adversados, estas foram expressamente enxotadas pelo mencionado art. 4º". Agravo regimental a que se nega provimento.

A saber, conforme trecho do voto do relator a ADI nº 2.869, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 13.5.04, foi extinta por perda de objeto, justamente em razão do advento do artigo 4º da emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003.

## 7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que o direito positivo, como um sistema proposicional nomoempírico prescritivo autopoietico dispõem de meios próprios e específicos para sanar eventuais incoerências entre seus elementos, regulando o procedimento de introdução de normas e de aferição da sua validade.

Neste sentido, não cabe ao legislador, a quem se atribuiu o controle preventivo de constitucionalidade, salvo exceções pontuais, subverter o sistema de controle de constitucionalidade e o procedimento adequado e específico para tanto, sob pena de infringir princípios-valores caros ao sistema jurídico como os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal. Isso, sem olvidar dos princípios da seletividade e da essencialidade específicos ao ICMS ofendidos anteriormente pelas leis 4.056.

A norma do artigo 4º da emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003 carece de fundamento de validade, assim como das leis estaduais nº 4.056, de 30 de dezembro de 2002, e nº 4.086, de 13 de março de 2003.

**BIBLIOGRAFIA**

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. ver. téc. Claudio De Cicco. Apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 10ª edição. 1999.

CARVALHO, Cristiano. Sistema, Competência e Princípios. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho - Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo. Noeses. 2008.

Grande Enciclopédia Larousse. Nova Cultura Ltda. 1998.

IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica – O cerco da linguagem. In Revista de direito tributário nº 79. São Paulo. Malheiros. 2001.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. 2ª Ed. ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus. 2008.

MOUSSALLEM, Tarek Moysés. Fontes do Direito Tributário. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho – Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São. Paulo. Noeses. 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyra. *Validade, Vigência, Aplicação e Interpretação da Norma Jurídico-Tributária*. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coordenador: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 1998.

Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível na Internet no site: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Autopoiese#Luhmann>

