

Hipóteses de fraudes à jurisdição do STF – análise de leis já revogadas (contribuições para uma analítica normativa)

*Tárek Moysés Moussallem¹ e
Ricardo Álvares da Silva Campos Jr.²*

Neste ensaio se cuidará de surpreender, especificamente, a dinâmica normativa, se podendo lançar mão das lições de Bobbio acerca das *normas de estrutura* - eis as *regras de derivação e de conformação* do direito positivo.

São regras de estrutura aquelas atinentes à competência, a procedimentos legislativos, administrativos e judiciais, às fontes do direito etc.

Davante, tomar-se-á como índice temático a teoria dos *atos de fala*, aplicando-a no processo de criação normativa – entende-se por ato de fala o *agir* mediante o proferimento de algumas palavras.³

Pode ser objeto do ato de fala revogador qualquer enunciado prescritivo, seja ele geral, abstrato, concreto ou individual. Assim, pode-se falar em revogação de lei-enunciação-enunciada, revogação de lei-enunciado-enunciado, revogação de sentença-enunciação-enunciada e revogação sentença-enunciado-enunciado.

¹ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Mestre e Doutor PUC/SP e advogado.

² Professor do curso de Pós-Graduação do IBET, PUC/SP (COGEAE); Mestre e Doutorando pela PUC/SP e Advogado.

³ Algumas *ações humanas* sé se realizam pela enunciação de algumas palavras. O “prometer”, o “batizar”, o “casar”, o “legislar”, o “julgar”, o “anular” e o “revogar” só são realizados se a pessoa credenciada emitir certos vocábulos.

Da mesma maneira, é possível falar em anulação de lei-enunciação-enunciada, anulação de lei-enunciado-enunciado, anulação de sentença-enunciação-enunciada e anulação sentença-enunciado-enunciado.

Mas não se deve confundir revogação e anulação, muito embora ambas sejam elementos nodais na dinâmica normativa.

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

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

JOSEP AGUILÓ⁴ resume brilhantemente a diferença entre anulação e revogação,

A derrogação de normas cumpre a função de permitir a mudança regular do sistema jurídico (é resultado de uma mudança regular da vontade normativa); em geral, produz o efeito de limitar no tempo a aplicação das normas derogadas, e é levada a cabo pela autoridade editora de normas. A declaração de nulidade, pelo contrário, cumpre a função de impedir as mudanças regulares do sistema (é resultado de preservar uma determinada vontade

⁴ AGUILÓ, Josep. **Sobre la derogación**: ensayo de dinámica jurídica. México: Fontamara, 1995, p. 104. Acerca disso, LUIS MARIA DIEZ-PICAZO, também centrando-se no conceito de revogação como ato, arrola critérios diferenciadores entre revogação e anulação, declarando que: “Así, mientras la declaración de inconstitucionalidad es producto del principio de jerarquía normativa, la derogación lo es de la inagotabilidad de las potestad legislativa; mientras la declaración de inconstitucionalidad deriva de un juicio de validez normativa, la derogación procede de un juicio de oportunidad política; en fin, mientras la declaración de inconstitucionalidad – al menos, en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada – corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional, la derogación es realizada por ley y, en consecuencia, puede y debe ser aplicada por cualquier Juez y, más en general, por cualquier operador jurídico”. (DIEZ-PICAZO, Luiz. **La derogación de las leyes**. Madrid: Civitas, 1991, p. 260).

normativa); em geral, produz efeitos de excluir totalmente a aplicabilidade das normas declaradas nulas, e é levada a cabo pela autoridade aplicadora do direito.

Apesar de o professor espanhol entender que somente há aplicação de normas no caso de anulação, a lição é satisfatória, embora seja sabido que toda edição de norma envolva também aplicação de normas.

RICCARDO GUASTINI⁵, com o rigor que lhe é peculiar, arrola mais duas diferenças fundamentais entre revogação e anulação, a saber:

a) uma é fruto de uma decisão política (revogação-legislativa), a outra é oriunda de uma decisão jurisdicional (revogação-judiciária);

b) a revogação-legislativa é resultado da aplicação do princípio da preferência da lei posterior, enquanto que a revogação-judiciária é produto da preferência da norma superior;

A distinção proposta entre anulação e revogação torna-se mais clara com o emprego da teoria dos atos de fala, sendo imprescindível divisar suas dessemelhanças.

Enquanto a anulação visa determinado ato de fala deôntico, voltando-se para o fato de o falante ter preenchido (ou não) certas condições normativamente estabelecidas para sua regular a emissão (enunciação), a revogação se volta, não para as condições de felicidade, mas para o próprio ato de fala deôntico, com vistas a sua transformação deliberada (politicamente deliberada).

⁵ GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1998, p. 200.

Parece equivocado distinguir a revogação e a anulação pelos efeitos produzidos no sistema normativo por cada uma delas. Não se pode discernir entre ambas pelos efeitos que acarretam no sistema normativo, da mesma forma que é enganosa a classificação das sentenças em declaratórias ou constitutivas de acordo com os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* por elas produzidos. Trata-se de inversão do efeito pela causa. É tradicional a lição segundo a qual a revogação sempre opera com efeitos *ex nunc*, enquanto a anulação pode ter efeitos tanto *ex nunc* quanto *ex tunc*, de acordo com o prescrito em cada ordenamento jurídico.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁶ subdivide a anulação em nulidade e anulabilidade de acordo com os efeitos por ela (anulação) provocados no sistema. Após consignar que a eficácia (os efeitos produzidos) não se revoga, mas se anula, assevera o professor paulista:

a nulidade significa que o ato produtor [enunciação] é reconhecido pelo sistema [feliz]; a norma, em princípio entra no sistema, mas, por um defeito de produção, tem desconsiderada sua vigência desde o momento de sua promulgação, sendo nulos (*ex tunc*) todos seus efeitos. [...] A anulabilidade significa que o ato produtor é reconhecido pelo sistema, a norma entra no sistema, mas tem um defeito de produção não essencial, sendo vigente desde a promulgação e produzindo efeitos até que sobrevenha o pedido de anulação, quando então, ela perde sua vigência, contendo a anulação um efeito revogador *ex nunc*, (desde o momento em que ocorre), ressalvados os efeitos até então produzidos.

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 217. Para DINIZ DE SANTI importa reter isto: enquanto a anulação (gênero) opera sobre vícios na confecção da enunciação-enunciada (anulabilidade) a nulidade está para os vícios do enunciado-enunciado (nulidade). (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 127). Já a revogação, da mesma forma, também atua sobre enunciação-enunciada e enunciado-enunciado, porém, sem pressupor existência de vícios no ato de aplicação do direito.

É justamente pelo fato de a revogação (diferentemente da anulação) operar sempre com efeitos *ex nunc* é que se torna possível a anulação de norma já revogada, ou, em outros termos, a declaração de inconstitucionalidade de norma revogada. A possibilidade de a anulação operar sobre norma revogada demonstra cabalmente a diferença entre revogação e anulação.

Como anteriormente visto, o enunciado objeto de ato de fala revogador tem, num primeiro momento, apenas sua aplicação retirada para os casos futuros. Isso não envolve expeli-lo do sistema. Continua válido, vigente e aplicável aos fatos ocorridos sob seu intervalo de subsunção. A teoria equivocada de que a revogação ataca, em primeiro plano, a validade ou a vigência da norma, levaria a crer pela impossibilidade de controle de constitucionalidade de normas revogadas.

Vale lembrar que o enunciado revogado só deixará de pertencer ao direito positivo após ultrapassado o lapso temporal prescrito pelo próprio sistema normativo para sua aplicação, isto é, após vencido o tempo estipulado pelo direito positivo para aplicação da regra. Somente após o decurso de tal interregno temporal, ocorrerá a revogação-validade e a revogação-vigência.

Ao tomar a revogação como revogação-validade ou revogação-vigência, torna-se um sem-sentido deôntico falar em anulação. A exposição de KELSEN⁷ é precisa, pois, neste sentido,

Parece ponto pacífico que o tribunal constitucional só pode julgar normas ainda em vigor no momento em que toma uma decisão. Por que anular uma norma que já deixou de vigorar? No entanto, examinando melhor a questão, percebemos que

⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 162.

pode haver motivos para aplicar o controle de constitucionalidade a normas já ab-rogadas.

Assim se dá, visto que Kelsen entende que

se uma norma geral – somente normas gerais são consideradas aqui – ab-roga outra norma geral sem nenhuma retroatividade, as autoridades deverão continuar a aplicar a norma ab-rogada a todos os fatos que se produziram quando ela ainda estava em vigor.

Dessa feita, a norma revogada continua passível de aplicação sobre os acontecimentos ocorridos sob seu intervalo de subsunção.

Logo, para afastar os efeitos da aplicação de norma revogada inconstitucional *“é preciso que essa inconstitucionalidade seja estabelecida de maneira autêntica e que, assim, seja retirado da norma o derradeiro resto de vigor que ela conserva”*.

Suponhamos que a lei A (instituidora de tributo) seja publicada em 10/03/1999 e revogada (expressamente), pelo legislativo, mediante a lei B publicada em 10/05/2002. Não parece haver problema algum em se obter a declaração de inconstitucionalidade (norma C) da lei A no dia 10/09/2002.

Isto ocorre, pois a lei A, quando da revogação pela lei B, perdeu apenas sua aplicação para os casos ocorridos após a vigência da regra revogadora, mantendo sua validade, vigência e aplicação para os fatos ocorridos no período entre os dias 10/3/1999 e 10/05/2002 (intervalo de subsunção).

Uma vez declarada inconstitucional a lei A em 10/09/2002, torna-se impossível a aplicação dela para os fatos ocorridos em seu intervalo de subsunção.

Após a declaração de inconstitucionalidade, é impossível se criar enunciação-enunciada com data posterior a 10/09/2002 cujo enunciado-enunciado inserido contemple fato ocorrido entre 10/03/1999 e 10/05/2002. Agora, quando passar o tempo juridicamente possível de sua aplicação para os casos ocorridos em seu intervalo de subsunção, a lei A perde a validade e a vigência, tornando-se despicienda sua declaração de inconstitucionalidade, por exemplo, no dia 10/03/2010 (ao menos em matéria tributária).

De já afirme-se peremptoriamente: não admitir a possibilidade de anular enunciação-enunciada ou enunciado-enunciado colhido pela revogação-aplicação equivaleria a impedir o próprio sistema normativo de controlar as normas produzidas.

Como noticia o agora Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, tal posicionamento já teve guarida no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sob o império da Constituição Federal de 1967, o qual entendia que, desde que a lei questionada tenha produzido algum efeito no passado, era cabível o controle de constitucionalidade de lei revogada (Rp 876, Relator Ministro Bilac Pinto, DJ 150673, Rp 974, Relator Ministro Cordeiro Guerra, DJ 300977, Rp 1161, Ministro Relator Neri da Silveira, DJ 261084, especialmente este último).

Porém, tal entendimento havia sido alterado e firmou-se a postura de que a revogação da lei impede a propositura de ADI. Inclusive, se a revogação se deu durante o curso do julgamento a ADI, perde o objeto.

(ADI nº 709, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 20/05/92, ADI nº 262 Relator Ministro Celso de Mello, DJ 08/03/93, ADI nº 712, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 25/02/93).

Cumpra observar que GILMAR MENDES⁸, corroborando todas as idéias aqui expostas, entende insatisfatória tal tese, pois, “*mesmo uma lei revogada, configura parâmetro e base legal para os atos de execução praticados durante sua vigência*”.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a se manifestar acerca dessa temática, tendo em conta, inclusive, verdadeiras manobras legislativas (*lato sensu*) levadas a efeito pelos *órgãos ponentes das normas inquinadas de inconstitucionalidade*.

Isso porque, ao se ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade (em alguns casos inclusive com Medidas Cautelares deferidas), os agentes responsáveis pela norma *sub examine* tomam iniciativa de *revogá-la*, reeditando outra em seu lugar, com a esperança de salvaguardar as situações *inconstitucionais* criadas sob sua égide.

Mirando o entendimento do Supremo Tribunal Federal sedimentado, bastaria revogar a norma objeto da ADI que este instrumento de controle concentrado *ficaria* prejudicado (*perderia* seu objeto), se afinando nesse diapasão a jurisprudência da Excelsa Corte (ADI 1.889/AM, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03/10/2005; ADI 387/RO, Rel. Min. Pertence, DJ 09/09/2005; ADI 3.513/PA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 22/08/2005; ADI 2.436/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 26/08/2005; ADI 380/RO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/03/2005; ADI 2.757/ES, Rel. Min. Joaquim

⁸ MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 173.

Barbosa, DJ 05/11/2009; ADI 3.939/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 01/07/2010; ADI 3.588/RN, Rel. Min. Dias Tóffoli, DJ 21/05/2010).

Porém uma reviravolta no entendimento da Corte Suprema refloresceu e foi incisivamente revigorada quando do julgamento da ADI 3.306/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 07/06/2011.

O Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, ao analisar os pressupostos de conhecimento da ADI 3.306/DF, fez lembrar a Questão de Ordem na ADI 1.244/SP, de relatoria do próprio Min. Gilmar Mendes, cujo julgamento não se concretizou tendo em conta pedido de vista da Ministra Ellen Gracie desde 2004. Naquela oportunidade o Min. Relator apresenta viabilidade de se alterar a compreensão acerca da matéria (*ausência de prejudicialidade do pedido formulado ante a revogação do ato atacado*).

Pois bem, na supra mencionada ADI 3.306/DF, tanto o Min. Relator como os Ministros que o acompanharam, concluem pela procedência da ação, afastando sua alegada prejudicialidade e superando *in casu*, a jurisprudência do Tribunal Supremo.

A justificativa para ultrapassar o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, seria, ao ver dos Ministros, a *configuração de fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta*, afirmando o Min. Relator em seu d. Voto “(...) *No presente caso, entendo que há todo um quadro fático que sugere a intenção de burlar a jurisdição constitucional desta Corte.*” Esse foi o argumento de fundo utilizado pela maioria que se formou, naquela assentada, para não se manter fidelidade à jurisprudência do Supremo.

De feito, sobre haver evidente tentativa de *burla à jurisdição constitucional do STF* (na maioria dos julgados acerca do tema isso fica

patente), há possibilidade de se explicar ausência da prejudicialidade ao se analisar o funcionamento (a dinâmica) do sistema normativo.

Como dito alhures, a revogação (fenômeno diverso da anulação) opera com efeitos *ex nunc*, se autorizando a anulação de norma já revogada, ou, em outros termos, a declaração de inconstitucionalidade de norma revogada.

Portanto, ainda que tenha ocorrido a *revogação* da norma objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, isso não significa sua *prejudicialidade* (perda de seu objeto) em termos estritamente jurídicos. Isso seria, ao nosso ver, *respecta venia*, um argumento de reforço absolutamente ancilar à analítica normativa.

E tal conclusão se impõe não em virtude de suposta *fraude* ou *burla* à jurisdição constitucional, mas porque o controle da constitucionalidade de norma revogada é inerente à própria jurisdição constitucional, idelizada justamente para protagonizar o controle das normas antes produzidas (mesmo que tenham sido revogadas).

Bom lembrar, pelas linhas aqui enoveladas, que existem duas possibilidades de controle da Constitucionalidade (por meio de ADI – objeto destas inflexões) - aferição constitucional da enunciação-enunciada e análise constitucional dos enunciados-enunciados.

Exercitando o que foi dito: acaso as proposições⁹ construídas a partir dos enunciados prescritivos veiculados possuam identidade (no caso

⁹ BARROS CARVALHO, Paulo de. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 1.^a ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 85/86. “(...) Há palavras freqüentemente utilizadas como sinônimas de enunciado: “oração”, “sentença”, asserção”, “proposição”. Os autores alemães empregam o vocábulo *aussage*, que significa “enunciado”. Ficaremos, porém, com a orientação anglo-saxônica que distingue “sentença”, “oração” (“*sentence*”) de “proposição” (“*proposition*”). Para os ingleses, “oração” e “sentença” teriam o mesmo valor semântico que “enunciado”, isto é, a expressão oral ou gráfica de uma proposição, enquanto

de normas revogadas e reeditadas), há as seguintes soluções, dentre outras que delas orbitam.

1.^a – Ajuizada ADI cujo objeto seja a norma revogada, não há prejudicialidade, haja vista ser inerente ao exercício da jurisdição constitucional o controle das normas veiculadas – seja anulação da enunciação-enunciada, como dos enunciados-enunciados (não se há falar em perda de objeto).

2.^a - Julgada a ADI e anulada a enunciação-enunciada, é possível veiculação de novel enunciação-enunciada, ajustando o proceder legiferante com as normas de estrutura, sem prejuízo dos enunciados-enunciados.

3.^a – Julgada a ADI cujo objeto fora normas revogadas, se for exercitada competência pelos agentes credenciados, veiculando novos enunciados(-enunciados) prescritivos, com identidade de construções proposicionais, se lhe aplicam os mesmos efeitos do acórdão antes proferido quando do controle de constitucionalidade das normas revogadas (assim da anulação da enunciação-enunciada, como dos enunciados-enunciados), até mesmo com possibilidade de interposição do instrumento processual denominado tecnicamente de *reclamação* com objetivo de resguardar a autoridade do V. Acórdão.

Essas conclusões normativas de um lado garantem a integridade da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal e de outro sinalizam, de maneira pedagógica, inviabilidade de se tentar uma fraude (assim jurídica como política) ao exercício do controle concentrado de

esta seria o conteúdo significativo que o enunciado, sentença ou oração exprimem. Daí que a mesma proposição possa encontrar diferentes expressões verbais, correspondendo, portanto, a enunciados distintos, num só idioma ou em diversos idiomas. (...)”



constitucionalidade das normas, rememorando que a *fraude* não é bastante em si a justificar tais assertivas.

BIBLIOGRAFIA

AGUILÓ, Josep. **Sobre la derogación**: ensayo de dinámica jurídica. México: Fontamara, 1995.

BARROS CARVALHO, Paulo de. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 1.^a ed. São Paulo: Noeses, 2008.

DIEZ-PICAZO, Luiz. **La derogación de las leyes**. Madrid: Civitas, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 173.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. 2.^a ed. São Paulo : Noeses. 2011.