

Inconstitucionalidade Material e Correção Monetária

ARNOLDO WALD

1. O Supremo Tribunal Federal consagrou o princípio da inconstitucionalidade material declarando, em acórdão de 1.º-9-1971, que o Decreto-Lei n.º 893/69 era inconstitucional ao sujeitar a ação do acidentado à exaustão dos recursos administrativos, diante da demora na solução do problema que implicaria a apreciação prévia de suas pretensões pelos órgãos administrativos. A mencionada decisão, que foi unânime e que se encontra publicada na **Revista Trimestral de Jurisprudência** do Excelso Pretório, vol. 58, pág. 692 (Recurso Extraordinário n.º 72.071-GB), fundamentou-se no voto do relator Ministro THOMPSON FLORES, cuja tese foi adotada e desenvolvida pelo Ministro BILAC PINTO, para quem a exaustão dos recursos administrativos, como condição para a ação judicial, não é inconstitucional em si, tornando-se, todavia, inconstitucional quando, como no caso do Decreto-Lei n.º 893/69, implica em denegação de justiça. Resumindo o voto do relator, o Ministro BILAC PINTO esclareceu que:

“Sustentou S. Ex.^a que embora o Decreto-Lei n.º 893, de 26-9-69, seja formalmente constitucional, na parte em que determina a exaustão

dos recursos administrativos como condição para o ingresso em Juízo, em casos de acidente do trabalho, é ele materialmente inconstitucional, na sua aplicação prática, porque os órgãos administrativos não estão aparelhados para desempenhar, em prazo razoável, a tarefa de examinar os recursos opostos pelos acidentados.

Não existindo processo adequado para a solução pela Previdência Social dos conflitos decorrentes de acidentes do trabalho, que permita àquela exercer, com a celeridade desejável, a composição do dano infortunistico, não se poderá reconhecer a validade da incidência das normas do Decreto-Lei n.º 893/69, pois que, do ponto de vista material, os dispositivos que estabelecem a exaustão dos recursos administrativos representam, na sua aplicação prática, uma violação do § 4.º do art. 153 da Constituição.

A distinção entre inconstitucionalidade formal e material, relativamente às leis fiscais, foi por nós suscitada em trabalho publicado na R.F. 82/561.

A época em que elaboramos esse estudo, estávamos convencidos de que somente às leis fiscais seria aplicável o critério distintivo entre a inconstitucionalidade formal, que consiste no conflito explícito ou implícito da lei com a Constituição, e a inconstitucionalidade material, que decorre da aplicação da norma ao caso concreto, envolvendo a violação de direito assegurado na Constituição.

As características da inconstitucionalidade material são a de que ela coexiste com a constitucionalidade formal da lei e a de que reclama a verificação, em cada caso, de sua incidência.

Vemos, agora, no voto do ilustre Ministro Thompson Flores, que a divisão dicotômica da inconstitucionalidade não é peculiaridade das leis tributárias, e que tal doutrina pode também ser aplicada a outras leis." (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 58, pág. 699.)

2. A importância dessa decisão decorre do reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da inconstitucionalidade de um diploma, num caso concreto, em virtude das conseqüências que a lei possa acarretar na hipótese, embora, em tese, nenhum vício formal se possa increpar ao texto legal. O Ministro BILAC PINTO, no estudo que já fizera sobre a matéria, ainda em 1940, evoca a evolução da doutrina e da jurisprudência norte-americana, a partir de célebre frase de JOHN MARSHALL, para quem o poder de tributar envolvia o de destruir ("the power to tax involves the power to destroy" in *M'Culloch versus Maryland*), até a afirmação feita, anos depois, por HOLMES, FRANKFURTER e CLYDE KING, de que a tributação era meio de defesa da ordem estabelecida. Afirmou a respeito FRANKFURTER que:

"A rede de irrealidade que se teceu com o famoso axioma de MARSHALL foi dissipada com uma penada do Juiz HOMES: "O Poder

de tributar não é o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta corte.”

E CLYDE KING, no seu estudo sobre **Public Finance**, esclareceu que:

“The power to tax is the power to keep alive” (o poder de taxar é o poder de manter). (Apud BILAC PINTO, **Finanças e Direito**, in **Revista Forense**, vol. 82, pág. 553.)

3. Partindo da análise do enfoque do problema tributário pelo Supremo Tribunal norte-americano, BILAC PINTO concluiu que as leis fiscais seriam materialmente inconstitucionais quando, formalmente corretas, implicassem, na realidade, pelos seus efeitos, em distorções de caráter confiscatório ou desapropriatório. Essa posição veio, aliás, a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando ele vedou as chamadas sanções fiscais de caráter político como, por exemplo, o fechamento do estabelecimento em mora com os seus tributos ou a vedação de venda de selos ao contribuinte atrasado (Súmula n.º 70.).

Esclareceu o eminente Ministro da Suprema Corte que:

“A verificação da inconstitucionalidade material é feita em face da aplicação da lei tributária a determinado caso particular, e ocorre quando se constata que a carga fiscal, lançada de acordo com as determinações legais, alcança pressão exagerada sobre a atividade tributada, de modo a perturbá-la no seu ritmo.” (BILAC PINTO, artigo in **Revista citada**, pág. 561.)

4. O efeito da inconstitucionalidade material é distinto do decorrente da inconstitucionalidade formal, pois, no primeiro caso, a decisão só vigora para o caso concreto, podendo, outrossim, coexistir com a constitucionalidade formal do diploma legal. (Estudo citado, pág. 562.)

5. Ainda em 1940, BILAC PINTO invocou, em favor de sua tese, a jurisprudência norte-americana e argentina e considerou como válida no direito brasileiro a inconstitucionalidade material, especialmente no campo tributário. Na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, verificamos que houve por parte dos eminentes magistrados e do próprio Professor BILAC PINTO uma extensão do campo de incidência da inconstitucionalidade material, com o reconhecimento da possibilidade de sua ocorrência fora do direito tributário. (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 58, pág. 699, e vol. 59, pág. 301.)

6. A idéia já se tinha desenvolvido na doutrina brasileira, embora sem o uso da terminologia “inconstitucionalidade material”. Assim, o saudoso LÚCIO BITTENCOURT, na sua monografia sobre o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, se refere à violação indireta da norma constitucional, esclarecendo a respeito que:

“Vale considerar, aliás, que a ofensa a direito ou garantia constitucional não precisa decorrer direta e imediatamente das prescrições da

lei, mas, para que esta seja ineficaz, basta que, por qualquer forma, ainda que indireta ou mediatamente, sejam atingidos e lesados aqueles direitos e garantias.

Assim, por exemplo, a lei que estabelece um imposto extorsivo, pode, conforme o caso, ser considerada inconstitucional por violar o direito de propriedade, desde que se demonstre que a legislatura, ao exercer o poder tributário, embora dentro de sua competência constitucional, violou aquele direito, ao estabelecer um ônus fiscal confiscatório." (C.A. LÚCIO BITTENCOURT, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, Rio, Forense, 2.^a edição, 1968, pág. 87.)

7. Em determinados casos, em que se denega a correção monetária, por falta de norma legal explícita referente à matéria, ou em que se afasta a sua aplicação por norma legal expressa, violando o direito de propriedade e realizando, de fato, um verdadeiro confisco, ocorre, indiscutivelmente, uma inconstitucionalidade material.

8. Aplicam-se a tais hipóteses os argumentos do Excelso Supremo Tribunal Federal, no caso da apreciação do Recurso Extraordinário n.º 72.071, acima citado, pois se, em determinados casos, se pudesse admitir *ad argumentandum*, a constitucionalidade de certa lei ou de determinados decretos, evidentemente que, em relação a situações concretas especiais, a aplicação das referidas normas implicam em inconstitucionalidade material, levando ao confisco e à desapropriação, sem justa e prévia indenização em dinheiro.

Os ensinamentos de BILAC PINTO sobre o poder de tributar se aplicam também a tais hipóteses. Do mesmo modo que o poder de taxar não deve implicar no de destruir, mas deve, ao contrário, garantir a manutenção do contribuinte, a contratação pública e os atos de expropriação devem respeitar a propriedade particular e os créditos do empreiteiro, sob pena de violação das normas constitucionais.

9. A inconstitucionalidade material revela, no campo do controle da constitucionalidade das leis e decretos, uma apreciação não apenas literal, mas do conteúdo e do espírito dos diplomas, que não deixam de se inspirar nas teorias do abuso de direito e do desvio de poder, que também ensejam a nulidade e a condenação de atos formalmente válidos, mas viciados pela sua finalidade e pelo resultado que, na prática, podem ensejar.

10. Assim sendo, entendemos que a não-aplicação da correção monetária em certos casos (danos materiais) pode, conforme a situação, ensejar uma inconstitucionalidade material, pelo fato da decisão proferida implicar, na realidade, num confisco.

11. Parece-nos que cabe, pois, reexaminar a posição jurisprudencial no tocante à correção monetária, aplicando, na matéria, sempre que couber, a tese da inconstitucionalidade material, que, assim, será redimensionada para atender à própria coerência do sistema vigente no Estado de Direito, que não admite qualquer forma de discriminação, por mais encoberta que possa ser.