

Renata Elaine Silva

Coordenadora e Professora do Curso de Pós-Graduação *lato sensu*
em Direito Tributário da Escola Paulista de Direito – EPD

Doutoranda em Direito Tributário pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP

Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUCSP

Especialista pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET

Julgadora do Conselho de Tributos e Multas da
Prefeitura do Município de São Bernardo do Campo

DECISÕES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

JURISPRUDÊNCIA E DOGMÁTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**CORTESIA
DA
EDITORA E DO AUTOR**

2009

 Editora
Saraiva

COMPLEMENTAR

TEXTO 7

23 fls.

norma concreta é continuação do processo legislativo, sem tornar o juiz "o único legislador"²³⁰, como defende o autor alemão.

Como disse Hart²³¹, "um Supremo Tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o Tribunal estava 'errado' não tem consequência dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos ou deveres de ninguém". Nesse caso, apenas nos cabe dizer, de acordo com a teoria dos atos de fala, que a decisão é feliz ou infeliz, sem alterar o sistema.

O fato de entendermos que o juiz pode ser criativo não significa dizer que consideramos que a norma jurídica tributária, em sua estrutura formal, é desnecessária, como bem disse Hart quanto ao ceticismo sobre as regras. Assim, fazendo uma leitura de Hart, concluímos que, mesmo defendendo que os tribunais têm um poder final definitivo de dizer o direito, só o fazem porque existe no sistema uma norma permissiva dirigida a eles; desse modo, não há uma decisão tomada de forma intuitiva, como defendiam os céticos, sobre as regras. Quando a norma jurídica individual é criada pelo Tribunal sem a existência de uma norma geral que prescreve o seu conteúdo, ela deve fundamentar-se na norma geral que atribui competência ao Tribunal.

O juiz jamais poderá, quando constitui uma sentença de declaração de inconstitucionalidade, emitir em sua decisão uma norma que substitui a norma declarada inconstitucional (revogação); isso é fato. Pode-se apenas reconhecer a inconstitucionalidade da norma jurídica tributária e atribuir-lhe os efeitos cabíveis, mas jamais legislar sobre norma abstrata.

de forma suficiente, a normatividade do respectivo texto constitucional é atingida. Faltam, então, as condições e os pressupostos para a 'produção' da norma jurídica - 'que rege imediatamente um caso determinado' - e, portanto, da norma de decisão - 'imediatamente normativa, reguladora do caso determinado'. Nesse contexto, não se fala de legislação e de atividade constituinte como procedimentos de produção de norma jurídica (geral), mas sim de emissão de texto legal (*Gesetzestextgebung*) ou de emissão de texto constitucional (*Verfassungstextgebung*). A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização".

230 Ibid., p. 127, apud NEVES, A constitucionalização, cit., p. 78.

231 O conceito de direito, cit., p. 155.

Capítulo 4 Controle de constitucionalidade das normas tributárias e o Supremo Tribunal Federal

4.1 Introdução

O controle de constitucionalidade é instrumento que garante a harmonia do sistema tributário, em que de um lado se encontra o contribuinte, com o dever jurídico de pagar tributo, para assim contribuir com o funcionamento do Estado (em sentido lato), e do outro, o Estado, com o direito subjetivo de cobrar o tributo, que garantirá a arrecadação (efeito fiscal) para suprir as necessidades públicas ou ainda regular o mercado (efeito extrafiscal), tudo isso em harmonia com o sistema, que necessita garantir a segurança jurídica de ambas as partes.

Tarefa árdua foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal, que no âmbito do direito tributário recebe severas críticas daqueles que entendem que há discricionariedade ilimitada em suas decisões. Nosso posicionamento, contudo, supre de maneira científica que não há discricionariedade ilimitada, e sim limitada pelo ato de interpretação, que busca por meio da linguagem jurídica o uso e o contexto das palavras para a construção da decisão.

Neste capítulo vamos discorrer acerca do procedimento e processamento do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, é necessário entender que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é chamado misto, por ter sofrido influências do modelo americano (difuso) e do modelo austríaco (concentrado). Na verdade, não é um simples modelo misto, em que se aplicam as duas teorias da maneira que foram concebidas em sua origem, porque no sistema brasileiro os modelos foram adaptados, de modo que pode ser considerado novo modelo.

No modelo americano, assim como no modelo difuso brasileiro, o controle é exercido de forma incidental, por ocasião da apreciação do caso concreto; mas, diferentemente do modelo brasileiro, no modelo americano as decisões proferidas têm força vinculante, a chamada *stare decisis*. No modelo brasileiro, é necessário um órgão do Poder Legislativo (Senado Federal) para assim declarar a decisão proferida pelo Poder Judiciário com efeito vinculante aos demais órgãos da Administração e do Poder

Público. Do mesmo modo ocorre com o modelo austríaco²³² (de Kelsen), que inspirou o modelo concentrado brasileiro. Tal modelo, originalmente, na Europa, é exercido pelo Tribunal Constitucional²³³, órgão que não compõe a estrutura do Poder Judiciário, e possui total autonomia com relação a este, inclusive suas decisões têm força de lei²³⁴, ou seja, é norma abstrata, e por esse motivo o Tribunal Constitucional tem competência para retirar a norma válida do sistema, sua decisão emite no sistema norma geral e abstrata, e não geral e concreta, como vemos no modelo “adaptado” no Brasil.

No modelo americano, os efeitos são *inter partes* e *ex tunc* (nulo *ab initio* ou *ipso jure*); no modelo europeu, são *erga omnes* e *ex nunc* (a pronúncia da Corte Constitucional é de invalidação a partir da data da decisão, assim como ocorre com a edição de uma lei, que deve respeitar os princípios da irretroatividade e do direito adquirido)²³⁵.

Por esses motivos, vê-se a confusão em torno do modelo brasileiro, que não é simplesmente um modelo misto americano-europeu, mas sim um modelo brasileiro²³⁶. Desse modo, qualquer analogia realizada com base no modelo americano ou no europeu deve necessariamente antever essas diferenças para justificar a posição aqui tomada.

Há vários tipos de controle, os quais, por uma questão de corte metodológico, não serão abordados neste trabalho. Apenas como lembrança, podemos citar o controle prévio ou preventivo dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além do controle posterior ou repressivo político ou jurisdicional exercido pelo Legislativo e pelo Executivo²³⁷. O que vamos analisar será

232 KELSEN, *Teoria pura do direito*, cit., p. 306-309.

233 “A Corte Constitucional não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias. Ao revés, desempenha uma função especial – a jurisdição constitucional” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14-15).

234 *Ibid.*, p. 11-12.

235 MARIANO, Cynara Monteiro. *Controle de constitucionalidade e ação rescisória em matéria tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

236 É de notar que não foi apenas o Brasil que adotou um sistema próprio com base nos sistemas americano e europeu; cada país, v. g., Portugal em seu modelo europeu, aliou-se ao modelo americano, com a ressalva à força retroativa das decisões do Tribunal Constitucional em seu art. 282, § 4º, permitindo que a Corte restrinja os efeitos retroativos da decisão, ou seja, adota a teoria de acordo com sua necessidade (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 115-118).

237 O STF já decidiu na ADIMC 221/DF, Rel. Moreira Alves, DJ de 22-10-1993 que “o controle de constitucionalidade da lei ou atos normativos é da competência exclusiva do poder judiciário”.

apenas o controle judicial e seus sistemas: o concentrado, quando for exercido apenas pelo Supremo Tribunal Federal, e o difuso, quando exercido por qualquer juiz ou tribunal, mas que em grau de recurso seja decidido em última instância pelo Supremo Tribunal Federal.

As normas objeto de controle de constitucionalidade não serão somente as leis emanadas do Poder Legislativo, mas também aquelas do Poder Executivo (medidas provisórias) e as do Poder Judiciário (regimento interno). No caso brasileiro, podemos considerar ainda as emendas constitucionais como objeto de controle de constitucionalidade, como ocorreu nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 926 e 939, que tinham como objeto a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, que criou o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF.

4.2 Breve análise histórico-evolutiva do controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição Republicana de 1891 inseriu no contexto brasileiro o controle de constitucionalidade incidental, *incidenter tantum*, que é mantido até hoje. Com influência do direito norte-americano, através do controle de constitucionalidade difuso, qualquer juiz ou tribunal judicial²³⁸ possuía competência para analisar a constitucionalidade da uma norma que demonstrasse, no caso concreto, ser prejudicial ao mérito.

Nas Constituições seguintes, 1934 e 1937, o sistema eleito de constitucionalidade manteve-se com pequenas alterações²³⁹. Foi na Constituição de 1946, com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que a ação direta de inconstitucionalidade de competência originária do Supremo Tribunal Federal, foi inserida em nosso ordenamento. Desse modo, o Supremo passou a

238 Coloca-se aqui como tribunal judicial para diferenciar dos tribunais administrativos, que, na minha concepção, não possuem competência para declarar a constitucionalidade das normas tributárias, visto que sua decisão faz coisa julgada para a administração, e, no caso de declaração de inconstitucionalidade contra a administração, esta não poderia recorrer ao Judiciário e teria uma declaração de inconstitucionalidade declarada por um órgão julgador administrativo, o que demonstraria uma usurpação de competência. O que os tribunais administrativos podem, assim como os judiciais, é afastar a aplicação de uma lei em detrimento de outra, ato de escolha que resolve o problema semântico, assim como vimos no item próprio.

239 A Constituição de 1934 incluiu a cláusula de reserva de plenário e atribuiu ao Senado Federal competência para suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional. A Constituição de 1937 estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República influenciar as decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional determinada lei ou ato normativo.

ter competência para processar e julgar, originariamente, a inconstitucionalidade das normas (lei ou ato normativo), federal ou estadual, de legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967 retirou algumas regras estabelecidas pela Constituição anterior (mas a EC n. 1/69 previu o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, apenas para fins de intervenção no município), contudo, a Constituição de 1988 manteve a ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, e ampliou o rol das pessoas legitimadas²⁴⁰ para a propositura da ação no controle concentrado.

Além disso, foi a atual Constituição, de 5 de outubro de 1988²⁴¹, que, evoluindo para um sistema misto (controle concentrado e difuso), criou a possibilidade do controle de constitucionalidade das omissões legislativas, a “ADI por omissão”, quando se trata de controle concentrado, e o “mandado de injunção”, quando se trata de controle difuso, assim como a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF²⁴².

A mais expressiva alteração, contudo, foi a redução da competência do Supremo Tribunal Federal, em face da existência do controle difuso. De toda sorte, foi dado a esse órgão a incumbência de “guardião da Constituição”, conforme dispõe o art. 102: “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

Nesse contexto, já podemos perceber que a Constituição tem um papel de extrema relevância, pois nela se guarda toda a expectativa de uma sociedade²⁴³, e, quando o sistema elege um órgão como “guardião de todas

240 Vide art. 103 da Constituição Federal de 1988.

241 Publicada no *Diário Oficial da União* n. 191-A.

242 A ADPF, que não será objeto deste trabalho, tem como hipótese de cabimento evitar ou reparar lesão a preceito fundamental ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal. Encontra-se no art. 102, § 1º, da CF/88, que foi declarado de eficácia limitada pelo STF no AgrPet 1.140/TO, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 31-5-1996, e que por esse motivo foi regulamentado pela Lei n. 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I.

243 Cf. NEVES (*A constitucionalização*, cit., p. 160-161): “A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. [...] Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como âlibi: transfere-se a ‘culpa’ para a sociedade desorganizada. [...] Ao nível da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute ideologicamente, quando se afirma que a Constituição de 1988 é ‘a mais programática’ entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de realização no futuro: ‘a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização’ [...] na medida em que se ampliam extremamente a

expectativas de uma sociedade”, imputa a esse órgão uma responsabilidade e um poder imensurável.

Como modo de controle desse “poder imensurável”, a própria Constituição traçou procedimentos bastante rígidos²⁴⁴. Ou seja, o sistema elegeu o Supremo Tribunal Federal como órgão principal controlador de constitucionalidade, mas traçou limites para que pudesse assim proceder. Em face dessas disposições, sempre haverá um “limite” a ser respeitado pelo Supremo em sua função de controle de constitucionalidade da regra matriz de incidência tributária, quais sejam, as próprias normas constitucionais, aí incluídos os princípios constitucionais (norma de estrutura), em especial as cláusulas pétreas²⁴⁵ estabelecidas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a ideia de controle de constitucionalidade surge junto com o tipo de Constituição de cada país. A forma de alteração rígida²⁴⁶, apresentada pela Constituição brasileira, serve como requisito essencial de controle das normas jurídicas tributárias.

Prescreve o art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988²⁴⁷ o procedimento de controle dos atos normativos, ou seja, como poderá a Constituição ser emen-

lata de concretização normativa do documento constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado. A autoridade pública cai em descrédito”.

244 “No Estado brasileiro a Constituição tem características rígidas, ou seja, sua alteração depende de requisitos rigorosos (exige-se proposta de um terço dos membros de uma das Casas do Parlamento – art. 60, I; ou do Presidente – II; ou de mais de metade da Assembleia Legislativa de cada unidade federativa, mediante maioria relativa de seus membros – III), e apenas será aprovada a emenda se obtiver, em ambas as Casas do Congresso, ‘três quintos dos votos dos respectivos membros’ (§ 2º do art. 60 da CF)” (OLIVEIRA, R., *Curso de direito financeiro*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24).

245 Chamada de regra superconstitucional por Conrado Hübner Mendes (*Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, *passim*) e por Oscar Vilhena Vieira (*A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, *passim*).

246 Podemos destacar que a CF/88 pode ser analisada quanto à sua origem: promulgada; quanto à forma: escrita; quanto ao conteúdo: formal; quanto ao modo de elaboração: dogmático-sistemática. Tais análises não serão elaboradas para não tornar o trabalho predominantemente constitucional.

247 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

dada. Isso porque a forma de alteração rígida pressupõe um processo severo e solene²⁴⁸ de emendas, tal como disciplinado no citado dispositivo constitucional.

Vemos, então, a relevância da Constituição no sistema jurídico adotado e a responsabilidade atribuída aos tribunais ao interpretar as normas tributárias diante da função constitucional de controle dos atos normativos, uma vez que terá, dentro dos limites sintáticos, semânticos e pragmáticos da linguagem, de construir a melhor forma de regular condutas intersubjetivas.

Esse é o panorama geral, colocado de maneira sucinta, do controle de constitucionalidade das normas ou atos normativos tributários. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, órgão eleito como “guardião da Constituição”, analisará a compatibilidade da norma tributária válida com a Constituição para então “declarar”²⁴⁹ sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

4.3 Controle difuso de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade chamado difuso é assim nomeado porque leva em consideração o aspecto subjetivo, permitindo que qualquer juiz ou tribunal, de maneira “difusa”, possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de acordo com suas regras de competência.

Regra geral, o controle difuso é realizado via incidental ou de exceção, mediante incidente processual, também conhecido como concreto, haja vista que as partes e a matéria encontram-se individualizadas.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

248 A única forma de mudar a ordem jurídica vigente seria mediante uma revolução social.

249 Já nos posicionamos que o termo *declarar* é impróprio, pois entendemos decisão judicial como ato de fala ilocucionário; desse modo, não apenas declara mas também constitui uma situação de fato.

Do ponto de vista formal, será incidental ou de exceção, isto é, a questão da inconstitucionalidade será analisada antes do mérito da ação; e do ponto de vista subjetivo, será difuso uma vez que qualquer juiz ou tribunal pode exercer seu controle.

Isso porque originalmente apenas o réu poderia pleitear o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei tributária como matéria de defesa perante obrigação tributária advinda de uma norma inconstitucional. Hoje não mais subsiste apenas como tese de defesa, podendo ser utilizada pelo autor da demanda que não quer sujeitar-se aos efeitos da norma tributária inconstitucional.

No sistema de controle incidental, haverá necessariamente uma norma individual e concreta objeto de pretensão resistida em que, para se chegar ao mérito da questão, há necessariamente que resolver o problema incidental, que é a constitucionalidade ou não da lei que instituiu ou majorou o tributo. O juiz ou o tribunal, verificando a existência de norma tributária inconstitucional, poderá reconhecer a inconstitucionalidade incidentalmente arguida, por meio de sentença, para em seguida passar a apreciar o mérito da ação.

Nesse sentido, esclarece Buzaid²⁵⁰:

O exame sobre a inconstitucionalidade representa questão prejudicial, não a questão principal debatida na causa; por isso o juiz não decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*, pois ele não figura nunca como objeto do processo e dispositivo da sentença.

Pode-se dizer que, com o controle difuso, todos os órgãos do Poder Judiciário fazem parte da chamada justiça constitucional. Desse modo, é uma via de acesso a todas as pessoas, visto não terem um rol de legitimados para propor a ação, como veremos no controle concentrado, que será estudado no item 4.4.

Em termos históricos, o controle de constitucionalidade difuso teve início com famoso caso julgado pelo Juiz John Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1803, analisando o caso *Marbury versus Madison*, John Marshall decidiu que é nula qualquer lei que seja incompatível com a Constituição, inaugurando, desse modo, o controle de constitucionalidade, decorrência lógica da supremacia da Constituição²⁵¹. Segundo Oscar Vilhena

250 BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 23-24.

251 Para melhor conhecimento sobre o tema, ler BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3-10.

Vieira²⁵², “este poder de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição decorre, assim, da jurisprudência americana e não de uma autorização positivada de forma expressa pelo constituinte”.

Nessa espécie de controle, o pedido de inconstitucionalidade será a causa de pedir próxima. Isso porque, em matéria tributária, temos que o pedido principal é o não pagamento do tributo, ou ainda a repetição dos valores pagos com suporte em uma lei que deve ser reconhecida como inconstitucional. Não se pede como pedido principal a declaração da inconstitucionalidade; apesar de ser a causa de pedir, não é o pedido (mediato ou imediato).

No controle difuso não só autor e réu podem alegar a inconstitucionalidade, mas também o Ministério Público, quando esteja atuando na causa (como parte ou *custos legis*), os terceiros (litisconsorte, assistente e interveniente) e ainda o próprio magistrado, de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

Outra diferença em relação ao controle concentrado, é que qualquer lei pode ser objeto de controle via incidental, ou seja, uma lei federal, estadual ou municipal pode ter sua constitucionalidade questionada em um litígio. Até mesmo regulamentos, resoluções e portarias. No controle concentrado, dependerá do tipo de ação.

Toda vez que ocorrer de forma incidental o pedido de declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal *ad quem* que estiver julgando a matéria tributária deve suscitar uma questão de ordem que deve ser analisada pelo pleno ou órgão especial²⁵³, a chamada “cláusula de reserva de plenário”, instituída pelo art. 97 da Constituição Federal, apenas ficando dispensado no citado artigo se já houve decisão do órgão especial, pleno ou Supremo Tribunal Federal sobre a mesma matéria. Nesse caso, pode ser a inconstitucionalidade declarada e reconhecida pelos demais tribunais sem necessidade de observância do princípio da reserva de plenário.

4.3.1 Princípio da reserva de plenário

Nos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade deve respeitar o princípio da reserva de plenário; isso significa que a inconstitucionalidade de

252 *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 66.

253 Cf. RE 179.170/CE, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 30-10-1998: “Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no artigo 97 da Constituição, o Pleno dele ou seu Órgão Especial, onde esse houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro”.

uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos seus membros. Assim dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público²⁵⁴.

O princípio de reserva de plenário também deve ser observado no controle concentrado. Desse modo, nenhum órgão fracionário, turma, seção ou câmara pode declarar a inconstitucionalidade de norma tributária incompatível com a Constituição, a não ser, é claro, que a inconstitucionalidade da mesma norma já tenha sido reconhecida pelo plenário ou órgão especial. O órgão fracionário apenas poderá reconhecer a inconstitucionalidade e encaminhar o processo ao plenário, ou câmara especial para que esse declare a inconstitucionalidade; nesse período de tempo, o processo ficará suspenso no órgão fracionário.

Após a decisão do pleno ou órgão especial, o processo retoma ao órgão fracionário com a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, para que o órgão fracionário decida o mérito de acordo com a decisão proferida pelo órgão competente. A única exceção é dos processos que estão sendo julgados pelo Supremo Tribunal Federal; após o plenário decidir sobre a inconstitucionalidade, o processo não retorna ao órgão fracionário, a ação será julgada diretamente pelo plenário. Da decisão do pleno ou órgão especial não cabe recurso, apenas poderá ser questionada por meio do recurso contra a decisão de mérito do processo.

O Supremo Tribunal Federal editou uma Súmula vinculante, em razão da frequência com que órgãos fracionários dos tribunais reconheciam indiretamente a inconstitucionalidade de lei ou dispositivo:

Súmula vinculante 10. “Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF/ artigo 97), a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Após o procedimento de declaração de inconstitucionalidade por maioria absoluta, será feito o comunicado ao Senado Federal.

254 Veja procedimento prescrito pelo Código de Processo Civil, arts. 480 a 482. No caso do STE, verificar os arts. 176 a 178 do seu Regimento Interno.

4.3.2 Resolução do Senado

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal, por decisão definitiva, respeitando o Princípio da Reserva de Plenário, deve a decisão ser submetida ao Senado Federal, em respeito ao que dispõe o art. 52, X, da Constituição da República²⁵⁵, e ao procedimento previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 178²⁵⁶, e no Regimento Interno do Senado Federal (RISF), art. 386²⁵⁷.

Isso porque, em controle difuso de constitucionalidade, a declaração que reconhece a inconstitucionalidade por sentença atinge apenas as partes envolvidas no processo, *erga singulum*; contudo, sendo a matéria analisada de interesse comum, necessitando, outrossim, que os efeitos deixem de atender apenas às partes para atender a todos os contribuintes que estão sob a égide da mesma lei, poderá o Senado Federal editar resolução.

A resolução do Senado é ato político e, desse modo, não é obrigatória, ou seja, o Senado poderá ou não suspender o ato normativo, no todo ou em parte, de acordo com sua conveniência e oportunidade. Isso porque o Senado é órgão do Poder Legislativo, e o legislador está investido de interesses políticos (o juiz, não).

Caso o Senado Federal decida editar a resolução, ficará restrito à decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, se a declaração do Supremo Tribunal Federal for total, a suspensão através de resolução também deve ser total; se for parcial, *idem*, deve obedecer ao que dispôs a decisão da Corte Suprema.

Contudo, apenas a título de ilustração, não foi o que ocorreu com a Resolução do Senado n. 71/2005, que teria o condão de solucionar a divergência que havia entre o fim do prazo do Decreto n. 491/69 (crédito-prêmio do Imposto sobre Produto Industrializado), se tivesse sido editada nos exatos

255 "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

256 Art. 178 do RISTF: "Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição".

257 Art. 386 do RISF: "O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante:

I - comunicação do Presidente do Tribunal;

II - representação do Procurador-Geral da República;

III - projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania".

termos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o que não ocorreu, gerando mais dúvidas e divergências em relação ao fim do prazo do crédito-prêmio do IPI.

O que se discute atualmente é se realmente há necessidade de resolução do Senado para dar efeito vinculante e eficácia *erga omnes*; nesse sentido, houve manifestação do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC, que alega que o art. 52, X, da Constituição Federal sofreu mutação constitucional.

4.3.3 Efeitos da decisão em controle difuso

Os efeitos deverão ser analisados com relação às partes, ao tempo e aos próprios órgãos. Assim, no controle difuso das normas tributárias, tendo em vista que o processo será de um caso concreto em que as partes serão individualizadas, os efeitos só atingirão as partes do processo; será *inter partes* ou *erga singulum*, e quanto ao lapso temporal, *ex tunc*.

Somente após a publicação da resolução do Senado a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da norma tributária, de modo incidental, passará a ter efeitos *erga omnes* (oponível a todos) e *ex nunc* (não retroage).

Com relação ao efeito vinculante, como vimos, apenas poderá ser produzido na hipótese de resolução do Senado; antes da resolução, a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso não vincula os órgãos da Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário.

4.3.3.1 Modulação dos efeitos em controle difuso

A modulação dos efeitos da decisão, em controle difuso, é a possibilidade de a decisão com efeitos *ex tunc* passar a ter efeitos *ex nunc*, ou seja, os efeitos não retroagem à data da edição da lei inconstitucional, mas tão somente serão aplicados a partir da data da declaração de inconstitucionalidade, com trânsito em julgado ou em outro momento que venha a ser fixado pelo julgador, que o faz desde que haja razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A permissão legal para a modulação dos efeitos encontra-se no art. 27 da Lei n. 9.868/99, que se aplica apenas à decisão que declara a inconstitucionalidade em controle concentrado de constitucionalidade. Desse modo, não há norma no sistema que autorize a modulação em controle difuso. Daí advém a discussão doutrinária sobre a possibilidade de se aplicar o art. 27 da Lei n. 9.868/99 às ações que não sejam em sede de controle de cons-

tucionalidade concentrado: ADI, ADC e ADPF²⁵⁸, modulando assim os efeitos temporais da decisão²⁵⁹.

No âmbito tributário, vemos que a tentativa de modulação dos efeitos da decisão vem sendo observada até mesmo quando não há declaração de inconstitucionalidade de norma, mas o Supremo Tribunal Federal nesse sentido tem sido cauteloso, apesar de o assunto ainda não estar pacificado na doutrina. Por esse motivo, o tema é várias vezes mencionado no decorrer deste trabalho.

Podemos citar algumas ementas no âmbito do direito tributário que não serão analisadas no próximo capítulo, não modulando os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

Recurso Extraordinário n. 273.074(AgR), Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-2-2008, *DJE* de 29-2-2008:

RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Taxa de coleta de lixo e limpeza pública (TCLLP). Cobrança. Inviabilidade. Agravo regimental não provido. Não é legítima a cobrança de taxa quando não vinculada apenas à coleta de lixo domiciliar, mas, também, de serviço de caráter universal e indivisível como a limpeza de logradouros públicos. 2. RECURSO. Extraordinário. Controle difuso de constitucionalidade. Declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. Modulação dos efeitos da decisão. Atribuição de efeitos *ex nunc*. Art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99. Inadmissibilidade. Agravo regimental não provido. Esta Corte já negou, por inúmeras vezes, a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade ou não recepção de lei do Município do Rio de Janeiro que instituiu a cobrança do IPTU com alíquotas progressivas. (No mesmo sentido: AI 699.980, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em 10-6-2008, *DJE* de 24-6-2008.)

Agravo de Instrumento n. 666.455, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento de alíquota progressiva do Imposto Predial e Territorial

258 Art. 11 da Lei n. 9.882/99: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

259 O Ministro Gilmar Mendes já admitiu na decisão de julgamento da Ação Cautelar n. 189 do RE 197.917 (Município de Mira Estrela, redução do número de vereadores) que em sistema difuso ou incidental pode haver controle de constitucionalidade com mitigação dos efeitos, ou efeitos para o futuro.

Urbano – IPTU, taxa de Iluminação Pública e taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública do Município do Rio de Janeiro, em 20-6-2007, *DJ* de 8-8-2007:

O Agravante alega que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei municipal somente poderiam operar-se *ex nunc*, em virtude de razões de segurança jurídica e de prevalência do interesse social. Todavia, este Supremo Tribunal decidiu que a norma apontada como de regência para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 – não se aplica ao caso, pois se impõe no controle abstrato de constitucionalidade. (RE 395.654-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, *DJ* 3-3-2006; AI 428.886-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, *DJ* 25-2-2005; e RE 430.421-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, *DJ* 4-2-2005.)

Agravo de Instrumento n. 474.708(AgR), Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento sobre exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo, em 17-3-2008, *DJE* de 18-4-2008:

A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito, consoante amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Agravo de Instrumento n. 417.014(AgR-ED), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-12-2006, *DJ* de 16-2-2007:

IPTU – Progressividade – Taxas – Pretendida modulação, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – Não incidência, no caso em exame – Utilização dessa técnica no plano da fiscalização incidental – Necessária observância do postulado da reserva de Plenário – Consequente incompetência dos órgãos fracionários do Tribunal (Turmas) – Embargos de declaração rejeitados. (No mesmo sentido: AI 467.843-4-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 21-2-2006, *DJE* de 1º-2-2008; AI 651.214-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26-6-2007, *DJ* de 24-8-2007.)

Recurso Extraordinário n. 392.139(AgR), Rel. Min. Eros Grau, julgamento de IPTU progressivo, em 26-4-2005, *DJ* de 13-5-2005:

A possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de *quorum* qualificado previsto em lei específica. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 29/00, o Tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência da corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente. Agravo regimental a que se nega provimento. (No mesmo sentido: RE 543.085, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, j. em 5-12-2007, *DJE* de 20-2-2008; AI 410.653-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 4-12-2007, *DJE* de 1º-2-2008; AI 584.908-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, j. em 17-12-2007, *DJE* de 13-2-2008; RE 407.813, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. em 7-8-2007, *DJ* de 17-8-2007.)

Recurso Extraordinário n. 386.440(AgR), Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-9-2006, *DJ* de 13-10-2006:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPTU DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROGRESSIVIDADE ANTERIOR À EC 29/2000. TAXA DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA PÚBLICA – TCLLP E TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – TIP. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso. I – A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de *quorum* qualificado previsto em lei. II – Agravo não provido.

Agravo de Instrumento n. 472.768(AgR), Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-11-2006, *DJ* de 16-2-2007:

Tributário. Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU). Município do Rio de Janeiro. Progressividade. Constitucional. Controle difuso de constitucionalidade. Modulação temporal da declaração incidental de inconstitucionalidade. A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade. Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.

Recurso Extraordinário n. 395.902(AgR), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento de progressividade do IPTU, e cobrança da taxa de coleta de lixo e limpeza pública e da taxa de iluminação pública do Município do Rio de Janeiro, em 7-3-2006, *DJ* de 25-8-2006:

(...) A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc* (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. A não recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade – mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 – RTJ 145/339) –, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade (...). (No mesmo sentido: RE 438.025-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 7-3-2006, *DJ* de 25-8-2006; AI 421.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 7-3-2006, *DJ* de 15-9-2006; AI 463.026-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 21-2-2006, *DJ* de 15-9-2006.)

Agravo de Instrumento n. 589.281(AgR), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento de progressividade do IPTU, e cobrança da taxa de coleta de lixo e limpeza pública e da taxa de iluminação pública do Município do Rio de Janeiro, em 5-9-2006, *DJ* de 10-11-2006:

Considerações sobre o valor do ato inconstitucional – Os diversos graus de invalidade do ato em conflito com a Constituição: ato inexistente? ato nulo? ato anulável (com eficácia *ex tunc* ou com eficácia *ex nunc*)? – Formulações teóricas – O *status quaestionis* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: técnica inaplicável quando se tratar de juízo negativo de recepção de atos pré-constitucionais.

Os argumentos para a não modulação dos efeitos da decisão fundam-se, portanto, na maioria das vezes, na teoria da nulidade e da anulabilidade ou da falta de demonstração de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

4.3.4 Transcendência dos motivos determinantes da decisão

Vimos que no controle difuso de constitucionalidade a causa de pedir é a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária, e não o pedido. Desta feita, a matéria de mérito não é a inconstitucionalidade da lei, e sim a não incidência da relação jurídica tributária, desenhada na regra matriz de incidência tributária.

Consideramos que as sentenças e os acórdãos judiciais (veículos introdutores de norma) compõem-se formalmente de três partes essenciais, conforme dispõe o art. 458 do Código de Processo Civil: (i) relatório – mera descrição fática, que conterà os nomes das partes, o resumo do pedido e o registro dos acontecimentos processuais; (ii) motivação ou fundamentação – em que o juiz analisará os motivos de fato e de direito que justificarão sua conclusão; a ausência da motivação é causa de nulidade absoluta, é elemento essencial do ato jurisdicional, haja vista que sua ausência acarreta a nulidade da sentença, a teor do art. 93, IX, da Constituição Federal; (iii) dispositivo – é a conclusão da decisão, em que o juiz resolve a questão à qual foi submetido. Na parte dispositiva é que serão aplicados os efeitos da decisão (*inter partes, vinculante*), fazendo coisa julgada; sua ausência é motivo de inexistência da sentença.

Exemplificando, na decisão de controle de constitucionalidade em controle difuso de uma norma tributária inconstitucional, temos: (i) relatório – contribuinte e Fisco; o contribuinte pleiteia o não pagamento do tributo, por entender que incidentalmente a lei “X”, que instituiu o tributo, é inconstitucional; (ii) fundamentação – na análise da questão incidental declara-se a inconstitucionalidade da lei “X”, que instituiu o tributo; (iii) dispositivo – o contribuinte não deve pagar o tributo. Apenas a parte dispositiva da decisão faz coisa julgada.

Isso ocorre porque a declaração de inconstitucionalidade não era o pedido da ação mas, tão somente, a causa de pedir. Assim, os efeitos da declaração apenas atingirão as partes envolvidas, tudo porque a fundamentação da sentença não faz coisa julgada, não vincula os demais órgãos, servindo somente de pressuposto para análise da matéria meritória. Segundo a dicção do art. 469 do Código e Processo Civil:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

A falta de vinculação dos motivos da decisão aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública acarreta a inaplicabilidade da interpretação conforme a Constituição, com o que concorda Celso Ribeiro Bastos²⁶⁰. A incorporação da fundamentação é a única forma de resolver o problema. Como defendia, em 1995, Clèmerson Merlin Clève²⁶¹: “parece ser inevitável conferir-se às referidas decisões uma eficácia vinculante que se estenda para além do dispositivo, alcançando também a fundamentação da sentença [...]”.

Pedro Lenza²⁶², discorrendo sobre o assunto, conclui que:

Há que se observar, contudo, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. *Obiter dictum* são os comentários laterais, de passagem, que não influem na decisão. Portanto, não vinculam para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi* é a fundamentação que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, o STF vem entendendo que a “razão da decisão” passa a vincular outros julgamentos.

Assim, a transcendência dos motivos determinantes seria reconhecer a eficácia vinculante não apenas da parte dispositiva da decisão mas também dos fundamentos *ratio decidendi*, conforme destaca o *Informativo STF* n. 379:

O plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria “*ratio decidendi*” projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, “in abstracto”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

A autoridade de coisa julgada que alcança a parte dispositiva da decisão apenas se aplica quando há declaração em controle concentrado (ADI ou ADC²⁶³), visto ser o objeto principal da ação. Oportuno lembrar que a decisão

260 *Hermenêutica*, cit., p. 171.

261 *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 178.

262 *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 202: “Como exemplo, no julgamento da ADI 3.345/DF que reduziu o número de vereadores de todo o país, o SFT entendeu que a Suprema Corte conferiu ‘efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917’”.

263 Lei n. 9.868/99, art. 24: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

de procedência do pedido formulado não impede que os legitimados para a propositura da ação recorram novamente ao STF, propondo um novo pedido de declaração de inconstitucionalidade por motivos diferentes ou até por mudança no contexto social. Mas é claro que poderá o STF rejeitar o novo pedido se entender que os motivos da improcedência continuam os mesmos, invocando o que já foi decidido sobre a matéria.

Em matéria tributária, não há nenhum precedente de transcendência dos motivos determinantes, mas, em razão da forte tendência de abstrativização do controle difuso, fazem-se necessários os apontamentos, visto que uma decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária certamente não interessa apenas às partes envolvidas, mas também a todos os demais contribuintes que se encontram sob a incidência da lei inconstitucional. Uma possível vinculação de uma decisão *inter partes* aos demais órgãos e tribunais garante a posição do Supremo Tribunal Federal como "guardião da Constituição". Desse modo, só terá efeitos vinculantes se transcender os motivos da decisão *inter partes*.

4.4 Controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado surgiu na Áustria influenciado por Kelsen²⁶⁴ e se estendeu por toda a Europa, atribuindo a guarda da Constituição a um único órgão, diferentemente do sistema americano, estudado no controle difuso.

O controle concentrado é aquele que tem um órgão apenas, que concentra mediante uma competência originária o controle de constitucionalidade; no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. Analisado sob o critério formal, pode ser via principal, por isso chamado de abstrato ou direto.

No controle abstrato, a análise da constitucionalidade será o objeto principal da ação. Desse modo, não há um conflito de interesses a ser solucionado pelo juiz. A função do julgador é atípica, ou seja, "a ação direta destina-se ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese"²⁶⁵.

264 "Não se ignora, porém, que esse sistema inclinou-se sobretudo para a solução de conflitos de competência entre federação e seus estados membros, já que o acesso ao Tribunal Constitucional estava franqueado apenas ao governo federal, quanto às normas dos *Länder*, e aos governos regionais, quanto às normas da federação" (TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 1998, p. 15).

265 ADIMC 1.434/SP, Rel. Min. Celso de Mello. O STF usa o termo *validade* para referir-se a inconstitucionalidade. Como já nos posicionamos nas páginas anteriores, constitucionalidade não se confunde com validade.

Em regra, o controle concentrado é exercido por meio de ação direta, principal ou abstrata. No controle das normas tributárias, não encontramos nenhum exemplo que possa trazer exceção à regra, isto é, que seja concentrado por via de exceção; mas bem comenta Pedro Lenza²⁶⁶ que,

no direito brasileiro, como exceção à regra do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, podemos pensar em situação na qual o controle será concentrado (em órgão de cúpula, com competência originária), mas incidental, discutindo-se a questão de constitucionalidade como questão prejudicial ao objeto principal da lide.

Por isso dizemos que a ação direta é um instrumento de proteção da Constituição, que evita que uma norma incompatível com o Texto Maior venha a instalar-se no sistema de maneira a gerar insegurança jurídica.

A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto é uma técnica judicial que consiste em o Supremo Tribunal Federal declarar algumas hipóteses de incidência da norma sem mexer em seu suporte físico, porque a norma está lacunosa ou muito ampla e geral²⁶⁷.

Poderá haver ainda controle de constitucionalidade concentrado das normas federais e estaduais no plano federal, de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a*), e ainda das normas estaduais e municipais no plano estadual, cuja competência é atribuída ao Tribunal de Justiça (art. 125, § 2º).

No controle concentrado, os órgãos legitimados agem no interesse de uma sociedade, beneficiando a todos que estão sob a égide da lei, diferentemente do que ocorre no controle difuso, como acabamos de ver.

As decisões em ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e em ação declaratória de constitucionalidade (ADC) têm caráter dúplice, o que significa dizer que a procedência da ADI equivale à improcedência da ADC; desse modo, a improcedência da ADI corresponde à procedência da ADC: no primeiro caso, decisão pela inconstitucionalidade; no segundo, pela constitucionalidade. Passemos à análise de cada ação.

266 *Direito*, cit., p. 172.

267 RE 83.119/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DECORRENTE DE EXPORTAÇÕES INCENTIVADAS. EXPRESSÃO: 'CORRESPONDENTE AO PERÍODO-BASE DE 1989', CONTIDA NO CAPUT DO ART. 1º DA LEI N. 7.988, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1989, ENQUANTO REFERIDA AO INC. II DO MESMO DISPOSITIVO. Inconstitucionalidade que se declara, sem redução de texto, por manifesta incompatibilidade com o art. 195, § 6º, da Constituição Federal (princípio da anterioridade mitigada). Recurso não conhecido" (DJ, de 14-2-1997).

4.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADI)

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é aquela que tem como objeto a norma geral e abstrata entendida como inconstitucional. Por ser uma ação sem partes, autor/réu, lide, direitos controversos envolvidos, alguns princípios como o contraditório e a ampla defesa não são aplicados. Dessa maneira, doutrinariamente existe posição no sentido de não se tratar de uma ação, mas sim de um remédio constitucional de controle legal.

A defesa da ADI será feita pelo Advogado-Geral da União, conforme prescreve, art. 103, § 3º, da CF; ele funciona como defensor da presunção de constitucionalidade, mas nada impede que se oponha à lei manifestando-se pela sua inconstitucionalidade²⁶⁸.

Os legitimados, ativos para a propositura da ação, segundo o art. 103, I a IX, da CF, são divididos em dois grupos pela doutrina: os primeiros são chamados universais, que são aqueles que podem propor a ação a qualquer hipótese: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e os legitimados especiais, que são aqueles que só podem propor a ADI se a norma ou lei impugnada tiver relação direta com seus interesses jurídicos ou de seus filiados, ou seja, relevância temática, os quais são: o Governador do Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Também teremos a presença obrigatória do Procurador-Geral da República, que deverá emitir parecer, sendo ou não autor do pedido, e a presença facultativa do *amicus curie* (órgão ou entidade, terceiros na ação que tenham interesse quando a matéria for de relevante discussão).

Na ADI, os legitimados passivos são os órgãos responsáveis pela elaboração da lei, que se pretende ver inconstitucional. Podem ser objeto de ADI emenda constitucional (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches), lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória (reedição ou conversão em lei quando mantida a mesma redação não prejudica a ação), decretos legislativos e resoluções, decretos autônomos (que inovam autonomamente a ordem jurídica com força de lei), legislação estadual e tratados internacionais.

Apenas atos normativos e leis federais ou estaduais podem ser objeto da ação direta de constitucionalidade (não cabe contra ato judicial). Com

268 ADI 3.082/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e ADI 1.616-4/PE, Rel. Min. Maurício Corrêa.

relação às leis municipais, não podem ser arguidas via ADI, apenas via de exceção em controle difuso, mesmo porque seria inviável ao Supremo Tribunal Federal analisar a inconstitucionalidade em controle concentrado de mais de cinco mil municípios.

No Brasil, em direito tributário, temos um caso raro²⁶⁹: a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional. Isso porque, nesse caso, o magistrado age contra a vontade de uma maioria qualificada, três quintos do Congresso Nacional²⁷⁰. Nesse sentido, podemos concordar com Vilhena²⁷¹: "Ao decidir sobre a constitucionalidade ou não de uma emenda à Constituição o magistrado deve sentir-se submetido a uma pressão ainda mais forte, por parte do princípio democrático, do que quando decide sobre a constitucionalidade de uma lei ordinária".

No dispositivo da ação direta de inconstitucionalidade a causa de pedir é o enunciado da lei (que se afirma em desconformidade com a Constituição); e o pedido, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, é a inconstitucionalidade da lei.

4.4.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

É modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, que visa à declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma omissão, um não fazer legitimado pela Constituição.

Isso significa dizer que a Constituição prevê um comando que obriga a atuação positiva de determinado Poder ou órgão competente para editar lei ou ato normativo, sem o qual o comando Constitucional não pode ser eficaz ou é parcialmente eficaz (omissão total ou parcial). Assim, a declaração do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o Poder Público

269 Segundo Conrado Hübner Mendes (*Controle de constitucionalidade*, p. 146, nota de rodapé): "O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional indiano, até onde sei, são os únicos tribunais do mundo a terem declarado a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional (agradeço essa constatação ao Prof. Dimitri Dimoulis). Apesar de outros sistemas constitucionais também preverem cláusulas pétreas, o STF foi um dos primeiros a ter tido esta ousadia. O curioso é que a Constituição de 1988 não lhe conferiu esta competência. O art. 102, I, é a base de sua atribuição para exercer a jurisdição constitucional. No entanto, refere-se apenas ao controle de 'lei ou ato normativo'. Extrair desta expressão a competência para julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais parece um razoável desvio daquilo que o constituinte originário lhe reservou".

270 No mesmo sentido, VIEIRA, *A Constituição*, cit., p. 233.

271 *A Constituição*, cit., p. 233.

ou órgão da Administração Pública sane sua inércia e edite a lei ou ato normativo omisso²⁷².

Não é qualquer inércia do Poder Legislativo que configura inconstitucionalidade por omissão, e sim uma omissão constitucionalmente ilegítima, pois sabe-se que legislar é um ato discricionário do Poder Legislativo.

O Supremo fica vinculado ao pedido da ação, mas não fica vinculado à causa de pedir, pois pode, tendo em vista sua função de guardião da Constituição, analisar a norma objeto da ação com relação a todo o sistema.

Esse tipo de ação vem suprir as lacunas normativas (conforme vimos no Capítulo 3, item 3.2) nos casos em que a Constituição impõe ao Poder Legislativo a edição de normas necessárias à efetivação do comando constitucional. Desse modo, nas hipóteses em que a edição de uma lei é necessária para o comando normativo constitucional, sua omissão é caso típico de inconstitucionalidade por omissão. Por esse motivo não há de se mencionar usurpação de competência entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, pois o Poder Judiciário só atuará nos casos em que a Constituição previamente estabeleça a necessidade da edição de lei ou ato normativo que se quedou inerte pelo Poder competente e que em um segundo momento passou a ser de responsabilidade do Judiciário, não configurando interferência na separação de Poderes.

Os legitimados para a propositura da ação serão os mesmos elencados no art. 103 da CF (assim como ocorre com a ADI), os quais estão divididos em universais e especiais: os primeiros são aqueles que podem propor a ação a qualquer hipótese: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e os legitimados especiais são aqueles que só podem propor a ADI se a norma ou lei impugnada tiver relação direta com seus interesses jurídicos ou de seus filiados (a chamada pertinência temática), os quais são: o Governador do Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com relação à legitimidade passiva, será o próprio órgão ou pessoa que deveria ter editado a lei que a Constituição elegeu e que não cumpriu o comando constitucional.

272 Em controle difuso, temos o mandado de injunção, que visa determinar que direitos e garantias assegurados pela Constituição sejam regulamentados pelos sujeitos competentes. Nesse caso, em face da omissão constitucional, a parte poderá pleitear ao juiz que seja garantido o seu direito de gozo que tenha sido privado em decorrência da omissão. O tribunal poderá determinar que a parte assim procede sem estar ferindo a separação de poder, pois aqui haverá uma decisão concreta.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão será proferida uma decisão judicial reconhecendo a inércia de um órgão administrativo competente ou de um Poder legitimado pelo sistema para edição de uma norma jurídica tributária. A decisão apenas reconhece a inércia, mas não aplica qualquer tipo de sanção, servindo apenas como uma comunicação. A única sanção possível seria a estabelecida no art. 37, § 6º, da CF²⁷³. Vale notar que o § 2º do art. 103 da CF estabelece:

§ 2º: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Registra-se, assim, uma diferença com relação ao sujeito passivo: sendo um Poder (Legislativo, Executivo ou até mesmo Judiciário), não há sanção para eventual descumprimento – o Supremo Tribunal Federal apenas dá ciência aos Poderes para que tomem as providências cabíveis; mas, se for um órgão administrativo (Receita Federal, v. g.), deve-se respeitar o que estatui o art. 103, § 2º. Nesse sentido é a lição de Barroso²⁷⁴:

Pela literalidade da previsão do art. 103, § 2º, são duas possibilidades. Se o sujeito passivo na ação for um dos Poderes, o pedido é limitado a que lhe seja dada ciência da ocorrência da omissão inconstitucional, para a adoção das providências necessárias. Embora o STF já tenha admitido a fixação de prazo, ressaltou que se tratava de mera indicação, sem estabelecer consequências para o caso de eventual descumprimento. Por outro lado, sendo a omissão imputável a um *órgão administrativo*, a decisão terá caráter de uma verdadeira *ordem*, cabendo a ele adotar as providências necessárias no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização.

A doutrina faz distinção entre a omissão inconstitucional total e parcial, embora a Constituição ou as normas infralegais não o faça. A omissão total é aquela em que há uma abstenção completa do Poder ou órgão público quanto à edição de lei que a Constituição previu como necessária para a prática de algum direito, o que dependerá de a norma ser ou não autoaplicável; sendo, o Supremo Tribunal Federal poderá fazê-la incidir sem a norma omitida; não sendo, o Tribunal terá de declarar a mora legislativa do órgão responsável para que a norma seja editada. A omissão parcial é aquela em que o legislador

273 Art. 37, § 6º: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

274 *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 244.

atuou de modo insuficiente ou deficiente. O exemplo mais emblemático, que não é tributário, mas serve para fins didáticos, é a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial do salário-mínimo (ADI 1.458/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Mesmo que os valores estabelecidos não cumpram com as exigências constitucionais (art. 7º, IV, da CF), o Poder Judiciário fica mitigado a exigir que o Poder Público edite um valor de salário-mínimo que cumpra as exigências constitucionais sem interferir nas políticas públicas.

Esse tipo de ação não tem prazo prescricional, e a decisão sobre constitucionalidade possibilita que em outro momento a norma possa tornar-se inconstitucional e o Supremo seja provocado a apreciar novamente sua inconstitucionalidade. É nesse sentido, também, o entendimento de Clève²⁷⁵.

4.4.3 Ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

A ação declaratória de constitucionalidade é aquela por meio da qual se pleiteia ao Supremo Tribunal Federal uma decisão que imprima “timbres de constitucionalidade”²⁷⁶ a uma norma que possua questionamento de compatibilidade com o sistema constitucional no qual está inserida.

Essa ação tem como objetivo que o Supremo Tribunal Federal reconheça expressamente que a norma infraconstitucional extraiu seu fundamento de validade da Constituição, sendo com ela compatível, uma vez que haja no âmbito judicial interpretações divergentes. Assim, o pedido se restringe ao reconhecimento da constitucionalidade, uma vez existente controvérsia judicial que ponha em dúvida a validade da norma infraconstitucional federal. A controvérsia judicial, com decisões divergentes, é imprescindível para que o Supremo não se torne órgão de consulta de aferição da compatibilidade de normas infraconstitucionais com a Constituição, e nesse sentido pode-se afirmar que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) é instrumento de segurança jurídica para o sistema que contém norma infraconstitucional com dúvida sobre sua compatibilidade direta com a Constituição Federal, ou seja, validade.

Isso porque todas as leis possuem presunção de validade e apenas no caso de questionamento dessa validade é que pode o Supremo pronunciar-se sobre o caso.

A ação declaratória de constitucionalidade, assim como a ação direta de inconstitucionalidade, é ação objetiva sem partes e sem contraditório, apesar

275 *A fiscalização*, cit., p. 161.

276 TAVARES, *Tribunal*, cit., p. 100.

de permitir que outros interessados apresentem pareceres para defender sua posição de inconstitucionalidade.

Na questão de ordem levantada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1/DF suscitou-se pelo Supremo Tribunal Federal justamente as questões de constitucionalidade da própria ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e seus procedimentos, que posteriormente foram disciplinados pela Lei n. 9.868, em 10 de novembro de 1999.

Os legitimados para a propositura da ação são os mesmos da ADI, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, ou seja, os sujeitos prescritos no art. 103, I a IX. Não há necessidade de que a ação seja proposta contra (sujeito passivo) o órgão que elaborou a lei, da mesma forma que não há atuação do Advogado-Geral da União, apenas do Procurador-Geral da República, diferentemente do que ocorre com a ADI, como vimos. Proposta a ação, não mais poderá haver desistência do pedido.

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal apenas pode ter como objeto lei ou ato normativo federal, que são da mesma natureza dos da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), quais sejam: emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória (reedição ou conversão em lei quando mantida a mesma redação não prejudica a ação), decreto legislativo e resoluções, decretos autônomos (que inovam autonomamente a ordem jurídica com força de lei) e tratados internacionais.

Na parte dispositiva do acórdão da ação declaratória de constitucionalidade, a causa de pedir é o enunciado da lei, e o pedido, a declaração de que a lei está em conformidade com a Constituição. A ação declaratória de constitucionalidade visa que a lei seja mantida no ordenamento jurídico, e nesse caso precisa que o órgão do Judiciário aplique a norma de “reconhecimento” hartiana, e diga que a norma é válida.

Na ação declaratória de constitucionalidade, não há processo de conhecimento, e portanto não há falar em análise dos fatos da incidência, assim como já mencionado. O objetivo é que a sentença enuncie que a norma pertence ao ordenamento jurídico. É oportuno destacar que não há efeito condenatório, porque não se conhece dos fatos, não podendo constituir direitos subjetivos; também não se exige atribuição de valor à causa, indicação de provas ou requerimento de citação, nem identificação do réu, visto que inexistente defesa.

A decisão que reconhece a constitucionalidade da norma também gera efeito vinculante aos órgãos do Judiciário e do Executivo, apesar de não ter havido mudança na situação normativa, que antes era válida, vigente e eficaz, e, com a declaração na ação declaratória de constitucionalidade, continua com o mesmo *status*; ainda assim, gera efeito vinculante, pois em um

dado momento houve dúvida sobre a validade da lei e a confirmação deve vincular os demais órgãos.

No caso de não reconhecimento do pedido de constitucionalidade e declarando-se que a norma é inconstitucional, apesar do nome *declaratória*, constitui-se uma nova situação de fato, ou seja, cria-se uma nova norma ou uma segunda norma; a norma declarada inconstitucional continua existindo, mas tem sua vigência e eficácia suspensas, embora continue válida. Tanto é verdade que todas as normas individuais e concretas que se criaram com fundamento de validade da norma agora inconstitucional necessitam de uma nova norma para retirar-lhes a validade.

4.4.4 Medida cautelar

Como providência de caráter excepcional, o pedido de medida cautelar é cabível em ação direta de inconstitucionalidade, assim como na ação declaratória de constitucionalidade, sempre após uma análise prévia e superficial do pedido, devendo para tanto apresentar a plausibilidade jurídica da tese exposta, a possibilidade do perigo em decorrência da demora da decisão, a possibilidade de serem os danos irreparáveis, a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão prevista no ordenamento.

A concessão do pedido cautelar gera efeito vinculante ao próprio Supremo, que deve suspender o curso de mais processos sob a mesma matéria em andamento, mas a denegação do pedido não traz efeitos aos demais processos. Também a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal vem entendendo que tem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública²⁷⁷.

Também a concessão terá eficácia *erga omnes* e será concedida com efeito *ex nunc*; todavia, de acordo com a Lei n. 9.868/99, em seu art. 11, § 1º, o Supremo Tribunal Federal poderá dar-lhe eficácia retroativa, se assim entender.

Os arts. 10 e seguintes da Lei n. 9.868/99 preveem a possibilidade de deferimento de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade desde que seja por maioria absoluta de seus membros, bem como a possibilidade de eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deverá conceder eficácia retroativa (*ex tunc*).

A seu turno, o art. 21 do mesmo dispositivo legal prevê, do mesmo modo, a possibilidade de deferimento de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade (ADC), desde que seja por maioria absoluta de

seus membros, para que os juízes e os tribunais suspendam, até o julgamento final, os processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação. A suspensão perdurará por apenas cento e oitenta dias, para que a ação declaratória seja julgada pelo tribunal; caso a ação não seja julgada dentro dos cento e oitenta dias, a eficácia da medida cautelar será suspensa. O cabimento de liminar em ADC foi pacificado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4.

Foi o que ocorreu na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 18) da inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e do Programa de Integração Social/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), proferida em 13-8-2008 e reiterada em 4-2-2009 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que por nove votos concedeu liminar. A liminar suspende, até o julgamento da ADC, por cento e oitenta dias, todos os processos judiciais que questionam na Justiça a obrigatoriedade de excluir da base de cálculo do ICMS a Cofins e o PIS/PASEP prevista na Lei federal n. 9.718/98. Com a decisão, todos os processos que estavam sendo julgados em controle difuso também serão atingidos pelo efeito da decisão. Não há ainda a decisão sobre a questão posta, que é muito aguardada pelos contribuintes e que certamente muito enriqueceria a análise aqui elaborada, pois certamente será rica em detalhes, dada a repercussão que vem causando no mundo jurídico.

Tratando de ação direta de inconstitucionalidade, o art. 11, § 2º, da Lei n. 9.868/99 dispõe que “a concessão da medida cautelar [em ADI] torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”. Esse artigo foi um dos mais criticados e encontra-se com dois pedidos de inconstitucionalidade (ADI 2.258-0 e ADI 2.154-2)²⁷⁸. Isso porque, declarada inconstitucional uma lei que tenha revogado lei anterior, a decisão de revogação restaura a norma revogada, o que não ocorrerá caso haja “expressa manifestação em sentido contrário” do Supremo Tribunal Federal. A Corte poderá, nesse caso, entender que a lei que fora revogada pela norma declarada inconstitucional padeça também de inconstitucionalidade e, assim, não atribuir efeito repristinatório à norma revogada.

²⁷⁸ Esse artigo, juntamente com o art. 27, encontra-se com dois pedidos de inconstitucionalidade: a ADI 2.258-0 interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, distribuída em 4-8-2000, e a ADI 2.154-2, interposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, distribuída em 22-2-2000, ambas com relatoria do Ministro Menezes Direito, com pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia.

²⁷⁷ MC na Reclamação n. 2.256-1, Rel. Min. Gilmar Mendes.

4.4.5 Efeitos da decisão em controle concentrado

Os efeitos de uma decisão proferida nos processos subjetivos (difusos), de praxe, só alcançam as partes do processo. Mas, no caso das ações objetivas (de controle concentrado) em que as partes não atuam em interesse próprio, agindo como substituto processual (atuam em nome próprio mas no interesse da sociedade em geral), os efeitos não podem ser *inter partes*, mas, sim, *erga omnes*.

O efeito *erga omnes* é aquele, de natureza subjetiva, que alcança todas as pessoas sob a égide da lei, independente de serem parte do processo.

A decisão que declara a inconstitucionalidade ou não de uma ADI é irreversível, cabendo apenas embargos de declaração do requerente ou requerido. A decisão gera efeitos retroativos, *ex tunc*, mas, em face do excepcional interesse social e por razões de segurança jurídica, o Supremo poderá restringir os efeitos da decisão. Também são vinculantes e *erga omnes*.

Os efeitos da ADI por omissão são os mesmos, vinculante e *erga omnes*, da ADI, com exceção dos efeitos temporais, que não podem retroagir ao momento inicial da ausência de norma, isto porque nunca saberíamos qual o exato momento em que a norma deveria ter sido editada.

4.4.5.1 Diferença entre nulidade *ex tunc* e anulabilidade *ex nunc*

O tema da nulidade e anulabilidade merece comentários, em se tratando de controle concentrado, haja vista que não há dispositivo constitucional atribuindo expressamente eficácia *ex tunc* às decisões proferidas no controle jurisdicional de constitucionalidade. "Jurisprudência e doutrina sempre se orientam no sentido da nulidade *ipso jure* da lei declarada inconstitucional"²⁷⁹, quer seja no bojo de um julgamento de procedência quer no de improcedência de ação direta de inconstitucionalidade – ADI e de ação declaratória de constitucionalidade – ADC.

Os argumentos doutrinários da teoria da nulidade recorrem ao precedente do caso *Marbury versus Madison* do modelo de controle de constitucionalidade americano que foi incorporado ao modelo brasileiro, o qual argumentava que, se assim não fosse, haveria uma afronta direta ao princípio da supremacia da Constituição.

Nesse sentido podemos destacar o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no Recurso Extraordinário 364.304 (AgR), julgamento em 3-10-2006, DJ de 6-11-2006:

²⁷⁹ MARIANO, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 30.

A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual "the constitutional statute is not law at all", significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a ideia da situação "ainda constitucional", deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o "apelo ao legislador" e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e *ipso jure* a lei, com todas as consequências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade *tout court*? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões – e haveria outras igualmente relevantes – parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

O sistema de controle de constitucionalidade austríaco, de Kelsen, contudo, entendia que as leis inconstitucionais eram apenas anuláveis²⁸⁰, seriam válidas até que um órgão competente declarasse sua inconstitucionalidade,

²⁸⁰ KELSEN, *Teoria pura do direito*, cit., p. 290-299.

porque no sistema austríaco o controle de constitucionalidade era exercido pela Corte Constitucional, que era um órgão com função legislativa; com isso a declaração de inconstitucionalidade retirava a validade da lei.

Mas o que vemos é a predominância nos julgados do Supremo Tribunal Federal da teoria da nulidade da norma, com exceção nos casos de modulação dos efeitos da decisão, o que foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 2.215-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 17-4-2001, *DJ* de 26-4-2001:

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental.

Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.

Essa posição de eminência da Lei Fundamental – que tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto da Constituição – estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade (com eficácia *ex nunc* ou eficácia *ex tunc*), ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição.

Tal diversidade de opiniões nada mais reflete senão visões doutrinárias que identificam, no desvalor do ato inconstitucional, “vários graus de invalidade” (Marcelo Rebelo de Sousa, *O Valor Jurídico do Ato Inconstitucional*, vol. I/77, 1988, Lisboa). (...) Cumprir enfatizar, por necessário, que, não obstante essa pluralidade de visões teóricas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – apoiando-se na doutrina clássica (...) ainda considera revestir-se de nulidade a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Carta Política (*RTJ* 87/758 – *RTJ* 89/367 – *RTJ* 146/461 – *RTJ* 164/506, 509).

Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República (*RTJ* 55/744 – *RTJ* 71/570 – *RTJ* 82/791, 795): “Recurso extraordinário. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo Supremo Tribunal Federal.

Alegação de direito adquirido. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte” (*RE* 122.202-MG, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJU* de 8-4-94).

Mostra-se inquestionável, no entanto, a despeito das críticas doutrinárias que lhe têm sido feitas (...) que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição jurisprudencial, que, ao estender a teoria da nulidade aos atos inconstitucionais, culmina por recusar-lhes qualquer carga de eficácia jurídica.

Também no julgamento do Agravo de Instrumento n. 631.533, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 12-3-2007, *DJ* de 18-4-2007:

No AgrRE 395.902, relatado por Celso de Mello, em decisão prolatada junto à 2ª Turma, decidiu-se que o caso seria de não recepção de norma pré-constitucional, e que consequentemente não se aplicaria a regra do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Naquela ocasião, determinou-se que “(...) Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica de modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional”. Acompanho Celso de Mello, porém quero deixar consignado que, no meu entender, a técnica de modulação dos efeitos pode ser aplicada em âmbito de não recepção. O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *the unconstitutional statute is not law at all*, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. (...) Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração

de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio. No caso presente, não se cuida de inconstitucionalidade originária decorrente do confronto entre a Constituição e norma superveniente, mas de contraste entre lei anterior e norma constitucional posterior, circunstância que a jurisprudência do STF classifica como de não recepção. É o que possibilita que se indague se poderia haver modulação de efeitos também na declaração de não recepção, por parte do STF. Transita-se no terreno de situações imperfeitas e da "lei ainda constitucional", com fundamento na segurança jurídica. (...) Entendo que o alcance no tempo de decisão judicial determinante de não recepção de direito pré-constitucional pode ser objeto de discussão. E os precedentes citados comprovam a assertiva. Como demonstrado, há possibilidade de se modularem os efeitos da não recepção de norma pela Constituição de 1988, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional. Não obstante, não vislumbro justificativa que ampare a pretensão do recorrente, do ponto de vista substancial, e no caso presente, bem entendido.

A nulidade é a condição da norma, que, uma vez reconhecida como nula, deixa de surtir efeitos desde sua origem. A anulabilidade, por sua vez, deixa de surtir efeitos desde o momento do seu reconhecimento, não retroagindo à sua origem e sim a partir da data do reconhecimento. O reconhecimento da nulidade ou anulabilidade, segundo a doutrina, tem relação com o ato declaratório ou constitutivo, gerando respectivamente os efeitos *ex tunc*, e *ex nunc*.

Com a adoção da teoria da linguagem, segundo a qual todos os atos são constituídos pela linguagem, a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade de fato nada declara, mas, sim, constituem uma nova situação de direito. Desta feita, não faremos essa ligação entre os efeitos declaração, *ex tunc*, e constituição, *ex nunc*.

A decisão em ADI e ADC produzirá efeitos contra todos (*erga omnes*) e terá efeitos *ex tunc*, retroagindo desde a data da lei que fora "declarada" inconstitucional ou constitucional, além dos efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.

Afirmamos, mais de uma vez, que a constitucionalidade tem relação direta com a validade da norma, mas com ela não se confunde, pois somente normas válidas podem participar do sistema; em outras palavras, apenas normas válidas pertencem ao sistema, e se pertencem ao sistema, são normas válidas. Quando dizemos que uma norma é inconstitucional significa que essa norma não está compatível com o sistema, mas é norma válida, porque continua existindo no sistema. A declaração com efeitos *ex tunc* vai dizer: a norma "X" existente deve ter seus efeitos suspensos desde seu nascimento,

porque está incompatível com o sistema constitucional, portanto é inconstitucional. Ou, no efeito *ex nunc*: a norma "Y" existente deve deixar de surtir efeito deste a data "h", pois sempre foi incompatível com o sistema constitucional, mas seus efeitos devem ficar suspensos desde a data "h".

4.4.5.2 Modulação dos efeitos em controle concentrado

A regra geral em controle de constitucionalidade concentrado é que os efeitos da decisão são *erga omnes* e *ex tunc*. Com o advento da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que introduziu a técnica já edificada no direito alemão e no português da "declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade", a vigente regra de que é nula a lei declarada inconstitucional em controle de constitucionalidade encontra-se atualmente com a ressalva legal estabelecida pelo art. 27 da referida lei.

Isso porque já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de dois terços de seus membros, que por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse nacional, os efeitos da nulidade da decisão poderão ser restritos ao trânsito em julgado da declaração (*ex nunc*) ou ainda em outro momento, a ser fixado pelo julgador. Assim prescreve a Lei n. 9.868/99²⁸¹:

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

A modulação dos efeitos aplica-se nos casos de declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, assim estabelece o art. 27 da Lei n. 9.868/99. Contudo, como mencionamos ao tratar do controle difuso, embora com cautela os efeitos da decisão vêm sendo aplicados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de grande repercussão em que se comprove a necessidade com base na segurança jurídica e no excepcional interesse social.

Outra crítica que se levanta com a questão da polêmica modulação dos efeitos da decisão é que mais uma vez o poder de "temporalizar o tempo"²⁸² fica com o Supremo Tribunal Federal, mas não se pode esquecer de que esse

281 No mesmo sentido, art. 11 da Lei n. 9.882/99, que trata do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, que não será abordada neste trabalho.

282 MOUSSALLEM, *Revogação*, cit., p. 150.

poder se encontra limitado a um *quorum* qualificado: exigência em modular os efeitos mediante dois terços dos membros do Tribunal, demonstrando que todo poder é limitado.

Vemos que não é sempre que o Supremo Tribunal Federal aplica o dispositivo, o qual exige razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social²⁸³. Por isso que bem esclarece Barroso²⁸⁴: "Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal".

Faz-se necessário repetir que o referido art. 27 da Lei n. 9.868/99 encontra-se com dois pedidos de declaração de inconstitucionalidade: ADI 2.154-2 e ADI 2.258-0, que até a presente data²⁸⁵ se encontram no gabinete da Ministra Cármen Lúcia, que pediu vista.

Na decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 2.728(ED), Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-10-2006, DJ de 5-10-2007, sobre distribuição da parcela de arrecadação de ICMS que pertence aos municípios, em que a lei estadual disciplinou a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal, sendo que a matéria é expressamente reservada à lei complementar (CF, art. 161, I), não foi aplicado o efeito prospectivo sob a justificativa de que não houve pedido formal para a modulação dos efeitos, prevalecendo a regra de nulidade desde a data da lei proclamada inconstitucional.

Não ocorre a prejudicialidade da ação quando a lei superveniente mantém em vigor as regras da norma anterior impugnada e sua revogação somente se dará pelo implemento de condição futura e incerta. 3. ICMS. Distribuição da parcela de arrecadação que pertence aos Municípios. Lei estadual que disciplina a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal. Matéria expressamente reservada à lei complementar

283 O último precedente encontrado foi da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.458, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em que, por decisão unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais as normas instituídas em 2004 pelo Estado de Goiás que dispõem sobre o sistema de conta única de depósitos judiciais. O acórdão também modulou os efeitos da decisão que foi em 21-2-2008, para que ela passe a ser aplicada apenas sessenta dias depois da sua publicação. Essa solução foi proposta pelo relator da ADI, Ministro Eros Grau, com o objetivo de dar ao governo de Goiás tempo suficiente para desarmar o sistema por ele estruturado, em que a administração dessa conta estava subordinada à Secretaria Estadual de Fazenda.

284 *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 118.

285 ADI 2.258-0, 14-8-2008.

(CF, artigo 161, I). Vício formal insanável que precede a análise de eventual ilegalidade em face da Lei Complementar federal 63/90. Violação direta e imediata ao Texto Constitucional. 4. Cuidando-se de defeito de forma que, pelas mesmas razões, atinge outros dispositivos não impugnados na inicial, impõe-se à aplicação da teoria da inconstitucionalidade consequencial. 5. Parcela relativa a um quarto da participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS (CF, artigo 158, parágrafo único, inciso II). Matéria reservada à lei estadual. Afrenta formal não configurada. Inexistência de desrespeito ao princípio da isonomia. Ação procedente em parte.

4.4.5.3 Efeito vinculante

Efeito vinculante é aquele que obriga aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, da CF), a acatar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, o art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99:

Art. 28, parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

O Supremo Tribunal Federal está inexoravelmente vinculado às decisões por ele produzidas em controle abstrato de constitucionalidade. Só poderá rever seus posicionamentos nos casos de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou em face de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes²⁸⁶. Note-se que a decisão não vincula os órgãos do Poder Legislativo, pois, desse modo, haveria um engessamento desse Poder.

Nessa mesma linha de raciocínio, determinada lei tributária, num dado momento histórico, pode ser declarada constitucional em sede de ADC, e, futuramente, após mudança na realidade fática, ser declarada inconstitucional por meio de ADI. Mas simples mudança dos membros do tribunal não enseja alteração de lei já apreciada anteriormente. Nesse sentido foi o voto do Ministro Carlos Mário Velloso, no julgamento de Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1/DF:

A declaração de constitucionalidade da lei não impede, a meu ver, diante de alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, a

286 RE 105.012-8, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 12-7-1988.

propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Penso que esta é uma posição que a Corte Constitucional deve assentar. É que (...) hoje, a lei pode ser constitucional, amanhã, não.

O instrumento cabível caso não seja respeitado o efeito vinculante da decisão pelos tribunais ou órgão da Administração Pública é a reclamação ao Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, I, da CF, para que se garanta a autoridade com força vinculante da decisão.

Com relação ao efeito vinculante, urge consignar que várias hipóteses podem ser encontradas nas demais instâncias do Poder Judiciário, no caso de reconhecimento em controle difuso da constitucionalidade da norma, conflitando assim com o reconhecimento da inconstitucionalidade em controle concentrado, e havendo o efeito vinculante da decisão proferida em controle concentrado:

(i) com prazo para recurso – o contribuinte deve pleitear a reforma da sentença de primeiro grau ao tribunal com base no reconhecimento da inconstitucionalidade em controle concentrado²⁸⁷;

(ii) sem prazo para recurso, mas com prazo para ação rescisória (art. 495 do CPC) – deverá o contribuinte propor ação rescisória com base no art. 485, V, do CPC (“violar literal disposição de lei”), no prazo de dois anos da decisão transitada em julgado, haja vista a não aplicação da Súmula 343 do STF²⁸⁸ no caso de controle de constitucionalidade, requerendo nova norma individual e concreta com efeito revogatório para desconstituir a decisão anteriormente proferida (nesse caso, se proferida a decisão em ação rescisória com base na decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado); a nova sentença retira a validade da sentença anteriormente proferida (norma individual e concreta, desconstituindo norma individual e concreta). É de lembrar que, se no curso da declaração de inconstitucionalidade houver medida cautelar com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o prazo decadencial da ação rescisória se suspende também;

(iii) sem prazo para recurso e sem prazo para ação rescisória (art. 495 do CPC): nada poderá ser feito pelo contribuinte que é detentor de uma decisão que está sob o manto da coisa julgada, a qual, com base no princípio da segurança jurídica, representa para o ordenamento jurídico limites processuais (assim como: decadência, direito adquirido, ato jurídico perfeito), e, nesse caso, “permanecem no sistema, mas com outro

287 Cabe inclusive em matéria de embargos de declaração, quando for a decisão de inconstitucionalidade, conforme os arts. 741 e 745 do Código de Processo Civil.

288 STF, Súmula 343: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

fundamento de validade, tais quais a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido²⁸⁹. Há controvérsia doutrinária a esse respeito por parte daqueles que defendem que o prazo de dois anos é contado da data da publicação da ADI ou da ADC, mas essa não é a posição que adotamos, mesmo porque, aqueles que defendem que caberia ação rescisória mesmo fora do prazo de dois anos motivam-se por razões que transcendem o campo do direito, principalmente do direito tributário, e. g., prejuízo financeiro;

(iv) não havendo decisão, mas apenas norma individual e concreta do contribuinte que ainda não seja objeto de demanda judicial, poderá o contribuinte requerer ação de repetição de indébito dos últimos cinco anos²⁹⁰.

4.5 O Supremo Tribunal Federal: órgão jurídico ou político?

Sem delongas, não nos privaremos da afirmação contundente de que o Supremo Tribunal Federal é órgão jurídico, e não político. Vários são os motivos que nos levam a essa afirmação.

Primeiro porque é órgão que compõe o Poder Judiciário; não é órgão autônomo com função legislativa. Sua decisão deve fundar-se em bases jurídicas. Todo o desempenho em decidir é inerente ao Poder Judiciário: terá de analisar as normas do sistema jurídico, dentre elas os princípios; terá de fazer uma interpretação constitucional sistematizando todo o ordenamento jurídico; terá de valorar de forma objetiva levando em conta os valores de uma sociedade, e não valores pessoais; terá de respeitar as formas estabelecidas pelo sistema para julgar (relatório, fundamentação e dispositivo).

O Poder Legislativo, sim, pode ser considerado órgão político, pois sua função é de representante de uma nação. Seus membros representam um ideal político-partidário. A função legiferante, do Poder Legislativo, é considerada fonte do direito, uma vez que coloca no ordenamento jurídico normas introdutoras e introduzidas. Ou seja, os legisladores, mesmo com toda sua “falta de técnica jurídica” (porque na maioria das vezes não são operadores do direito), são os responsáveis pela dinâmica do direito, alimentando o sistema jurídico com o ingresso de normas formalmente válidas (desde que tenha competência e tenha respeitado o procedimento estabelecido para a função). Normas que possuem presunção de validade em decorrência do

289 Controle, cit., p. 240.

290 Neste sentido ver estudo de LINS, Controle, cit., p. 248.

dogma do “legislador racional”²⁹¹. Desse modo, seguindo o raciocínio, no caso de uma norma que em termos formais ou materiais não respeitou a Constituição, deve ser “despolitizada”²⁹² e juridicizada pelo controle de constitucionalidade, ou seja, adequada aos termos jurídicos; apenas um órgão jurídico poderia desempenhar esse papel.

Diferentemente do que ocorre com o legislador, o Ministro do Supremo Tribunal Federal não está vinculado a interesses político-partidários. Além de ser detentor de “notório saber jurídico”, sua fundamentação, por mais que tenha signos do sistema político (na linguagem luhmanniana, código político governo/oposição, código econômico ter/não ter), é sempre jurídica.

Por isso, coube ao Judiciário a competência para decidir sobre a constitucionalidade das normas, por ser órgão jurídico, representante do Poder Judiciário. Não se pode apenas analisar os efeitos da decisão, que por óbvio atinge todos os Poderes (Executivo, Legislativo e o próprio Judiciário), bem como os setores econômicos, políticos e sociais. Do mesmo modo, não se pode partir do pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal é órgão político sob o argumento de que os legitimados para propor a ADI ou a ADC são órgãos políticos, ou que a nomeação dos Ministros se realiza por indicação do Presidente da República²⁹³, chefe do Executivo, após sabatina do Senado, e por esse motivo seria um órgão político, mesmo porque não se pode esquecer que têm os Ministros do Supremo independência funcional em relação ao Executivo e ao Legislativo, são-lhes asseguradas a vitaliciedade e a inamovibilidade, ou seja, prerrogativas inerentes a qualquer magistrado, além das virtudes judiciais, da imparcialidade e da neutralidade, assim denominadas por Hart, no mister de examinar as alternativas que lhes são apresentadas.

291 O legislador racional, segundo Tércio Sampaio (*Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 280-281), é “uma construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo, nem com o legislador real. É uma figura intermediária, que funciona como um terceiro metalinguístico, em face da língua normativa (LN) e da língua realidade (LR)”. O autor resume as propriedades com base em Santiago Nino, quais sejam: trata-se de uma figura singular, permanente, única, consciente, finalista, omnisciente, justa, coerente, omnicomprensiva, econômica, operativa e precisa.

292 Termo utilizado por Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 157.

293 Art. 101 da CF de 1988: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Para Celso Fernandes Campilongo²⁹⁴,

a representação política tem estruturas, funções e técnicas de atuação que não lhe permitem substituir ou suprir as deficiências e lacunas dos sistemas econômico e jurídico. A economia e o direito, por sua vez, operam em bases que não se confundem com as da política. É evidente a enorme relação entre estes sistemas. Mas isso não significa que um determine o outro. Política, economia e direito podem trocar prestações, mas nunca atuar com lógicas intercambiáveis. Dito de outro modo: os sistemas sociais particulares são funcionalmente isolados e, por isso, só podem ser autocontrolados e autoestimulados. Só a política pode reproduzir o sistema político.

A confusão muitas vezes é da própria Constituição Federal, que é o instrumento multitemático que “deve abarcar conteúdos políticos, econômicos e sociais, constituindo-se o reflexo da realidade”²⁹⁵. As matérias delimitadas na Constituição, uma vez sejam objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, tornam-se jurisdicizadas. Os efeitos finais da decisão podem ser políticos, econômicos e sociais. Tratando-se de matéria tributária, no caso de haver interesses antagônicos entre contribuinte e pessoas políticas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal), os efeitos podem ser políticos ou, na maior parte, econômicos, mas o processo de decisão, a elaboração da decisão, terá de respeitar o ordenamento jurídico, os limites impostos pela norma (moldura), tendo em vista a textura aberta desta. Apesar de não existir disposição expressa no ordenamento jurídico de que o Supremo Tribunal Federal não possa dar decisões políticas, como fez a Constituição de 1934, em seu art. 68. O juiz, mesmo analisando o contexto extrajurídico, não pode esquivar-se do direito e das premissas jurídicas aqui estabelecidas quando estiver decidindo.

A Constituição, para o sistema político, é um instrumento tanto da política instrumental quanto da política simbólica, e para o sistema jurídico é uma lei fundamental. Segundo Luhmann²⁹⁶, a Constituição é uma reação à diferenciação entre direito e política ou, dito com uma ênfase ainda

294 A crise da representação política e a judicialização da política. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75.

295 OLIVEIRA, R., *Curso*, cit., p. 25.

296 LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Tradução do Prof. Menelick de Carvalho Neto. [Orig. ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jorg (orgs.). *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), p. 3.

maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles (*riallacciamento*)²⁹⁷.

Isso porque não se pode esquecer que matérias de cunho político também são submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, visto que é o “guardião” da Constituição, a qual também é diploma político, além de jurídico; é aquisição evolutiva da modernidade, a lei máxima que regerá os dois sistemas – o político e o jurídico –, uma vez que regula atividades políticas, divisão de Poder, competência, atuação dos partidos políticos etc. Assim, quando o Supremo enfrenta matéria política, sua função é dar uma solução jurídica, regulando condutas intersubjetivas, o que estará fazendo com base em sua formação jurídica, formal e material, juridicizando a matéria para que possa decidir juridicamente. Nesse sentido, ensina Eduardo García de Enterría²⁹⁸: “es, pues, cierto que el Tribunal decide conflictos políticos, *pero lo característicos es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos [...]*” (grifos do autor)

O raciocínio percorrido por André Ramos Tavares²⁹⁹ demonstra-se oportuno para argumento deste trabalho: “...falar sobre psicopata não transforma ninguém num doente mental...”.

Decidir matéria que apresenta contornos políticos não transforma a atividade de jurisdicional em política, da mesma forma que falar sobre um psicopata não transforma ninguém num doente mental. Não se quer dizer que se trate de decisões formalmente jurídicas e materialmente políticas. A decisão constitucional é de cunho jurídico em todos os sentidos.

297 NEVES (*A constitucionalização*, cit., p. 66-67): “A inexistência de Constituição juridicamente diferenciada conduz – na sociedade altamente complexa e contingente do mundo contemporâneo, não orientada por uma moral compartilhada globalmente e válida em todas as esferas da vida – à manipulação política arbitrária do Direito, o que impede sua positividade. A uma legislação ilimitada, que tem como consequência a quebra da autopoiese do sistema jurídico, isto é, a alopoiese da reprodução da comunicação jurídica, opõe-se à forma *interna* de hierarquização através da validade supralegal do Direito Constitucional”. A “validade e o sentido do Direito Constitucional depende da atividade legiferante e da aplicação concreta do Direito. A interna hierarquização ‘Constituição/Lei’ atua como condição da reprodução autopoiética do Direito moderno, serve, portanto, ao seu fechamento normativo operacional. Nesse sentido, enfatiza Luhmann que a ‘Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece’. ‘Sob esse ângulo, pode-se afirmar que a positividade do direito na sociedade moderna, além da distinção entre estabelecimento de norma geral (legislação) e aplicação concreta do Direito (jurisdição, administração), pressupõe a diferenciação entre Constituição e lei.’”

298 *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 178.

299 TAVARES, *Tribunal*, cit., p. 42.

É mais, “mesmo que na motivação da decisão entrem elementos extrajurídicos, o que é inevitável, ainda assim está-se perante uma decisão judicial”³⁰⁰.

Com base, mais uma vez, na teoria de Hart, vê-se que linguagem política não pode ser usada para justificar “linguagem jurídica” por serem regras diferentes e se situarem em diferentes contextos; é o chamado “jogo de linguagem”, v. g., fundamentação de decisões sobre contribuição previdenciária de inativos que usava como argumento o prejuízo ao erário, com o aumento do déficit previdenciário (código econômico/ter não ter)³⁰¹.

Interessante comentar passagem do voto-vista do Ministro Marco Aurélio (relator) no Recurso Extraordinário n. 370.682 na questão de ordem sobre a modulação dos efeitos da decisão em ação subjetiva, estendendo-se os efeitos do art. 27 da Lei n. 9.868/99:

Na espécie, em momento algum, declarou-se a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Jamais figurou, no ordenamento jurídico pátrio, o creditamento, pela alíquota final, de valor que o contribuinte não recolheu a título de imposto sobre produtos industrializados em operação anterior isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero. Até aqui o que se tem é o pronunciamento do Plenário do Supremo sobre a inexistência do direito ao crédito, e isso se fez a partir de interpretação conferida, (...) à Constituição Federal, mais precisamente ao artigo 153, § 3º, inciso II, nela contido, que a União sempre apontou como infringido.

Em síntese, pressupondo a aplicação analógica moldura semelhante à que disciplinada pela norma em relação à qual se pretende a extensão, não há campo para chegar-se ao implemento respectivo. Conclusão diversa implica não o acionamento da analogia mas a atuação do Supremo como se legislador fosse e pudesse empreender, sem a atuação do Congresso Nacional, na ordem jurídica, dispositivo viabilizador da limitação de eficácia do julgado, pouco importando a existência pretérita de lei dispondo em certo sentido.

Busquem a razão de ser do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Outra não é senão a presunção de legitimidade constitucional do ato normativo, a gerar a confiança dos cidadãos em geral no que nele previsto. (...) O preceito que se quer

300 TAVARES, *Tribunal*, cit., p. 46.

301 Nesse sentido, concorda Sonia M. B. Mendes (*A validade jurídica*, cit., p. 190), em nota de rodapé n. 539: “Ministro da Previdência alerta STF sobre inativos – ‘O ministro Amir Lando (Previdência) disse ontem ao presidente do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, que a derrubada da contribuição previdenciária de servidores inativos e pensionistas impediria o governo de arrecadar cerca de R\$ 1,9 bilhão por ano’ (Silvana de Freitas, Folha de S. Paulo, 28/05/2004)”.

aplicar por analogia, mesmo ausente a lacuna quanto ao direito questionado e objeto de decisão, pressupõe, sempre e sempre, pronunciamiento no sentido da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, reconhecimento do conflito do que disciplinado com a Constituição Federal, e, neste caso, tem-se, sem o questionamento sequer de lei específica – inimaginável, portanto, o envolvimento de declaração de inconstitucionalidade (...).

Em complemento ao raciocínio, seguem os parágrafos finais do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, único voto vencido na questão de ordem dos efeitos prospectivos, o qual, após fundamentar seu voto de maneira bem justificada juridicamente, assim diz:

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

Assim, Senhora Presidente, ante as peculiaridades do caso, e em homenagem não apenas ao princípio da segurança jurídica, mas também aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o próprio Estado Democrático de Direito, proponho que se confira efeitos *ex nunc* às decisões proferidas nos REs 353.657 e 370.682.

Impõem-se nos trechos dos votos proferidos no Recurso Extraordinário n. 370.682/SC (mesmo não sendo proferidos em controle de constitucionalidade, mas é sobre ele e seus efeitos que se discute) as premissas discutidas nas páginas deste trabalho. Não se pode negar que os efeitos econômicos e sociais são de grande monta para o contribuinte, haja vista a pesada carga tributária brasileira a que temos de nos submeter; mas, abstenendo-se do sentimento de contribuinte e analisando o fenômeno jurídico positivo, a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio traduz o sistema jurídico positivo e o papel do Supremo Tribunal Federal, enquanto o trecho da decisão do Ministro Lewandowski demonstra uma decisão com base em justificativa de outros sistemas, quais sejam, o econômico e o político.

Na introdução do capítulo, apontamos as diferenças encontradas nos modelos de controle de constitucionalidade que serviram de base para o sistema brasileiro. O controle de constitucionalidade brasileiro não adota as teorias americana e austríaca em sua inteireza. No sistema austríaco, a Corte Constitucional é órgão com função legislativa, e uma análise com base nas

lições kelsenianas não pode ignorar essa distinção. Não foi o que fez Hugo de Brito Machado³⁰², que, com base na “teoria pura do direito” de Kelsen, diz que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei equivale a sua revogação, sendo, portanto, ato de natureza legislativa. Ou seja, entendeu exatamente o contrário: a declaração de inconstitucionalidade não tem função legislativa, não revoga norma no sistema, apenas suspende sua vigência no caso de controle concentrado e sua eficácia, no caso de controle difuso. O renomado autor certamente se esqueceu de que a fundamentação com base na doutrina de Kelsen deve guardar à mente que o mestre de Viena refere-se a Corte Constitucional que possui função legislativa, diferentemente do que ocorre com o sistema brasileiro de constitucionalidade.

A Constituição brasileira³⁰³ convive de forma bem ordenada com questões políticas e jurídicas: todas as suas disposições são elaboradas de forma abstrata, contendo uma textura aberta necessária, de modo a servir de forma eficaz às gerações futuras. Contudo, na sua função precípua de decidir, certamente o faz dentro do sistema jurídico, mesmo que as questões impostas sejam de ordem constitucionalmente política. Desse modo, o controle de constitucionalidade garante a supremacia da Constituição, e o Supremo Tribunal Federal é o órgão “guardião” desta, exerce, através do controle de constitucionalidade, a função de harmonizar as normas aos ditames da Constituição. A função do Legislativo é colocar normas no ordenamento jurídico; a função do Judiciário é reconhecer que a norma é compatível com a Constituição e, desse modo, garantir a segurança jurídica nas relações.

302 “Segundo a teoria pura do direito, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei equivale a sua revogação. Tem, portanto, a natureza de ato legislativo e, assim, tal como acontece com os atos legislativos em geral, não pode produzir efeitos retroativos, salvo em favor do cidadão. E esta é a doutrina que melhor preserva a segurança, e assim melhor realiza o objetivo fundamental de toda ordem jurídica” (MACHADO, Hugo de Brito. A supremacia constitucional como garantia do contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 68, p. 411, maio 2001).

303 Como bem salienta Cristiano Carvalho (*Teoria*, cit., p. 310), nas lições de Ney Prado: “A Constituição brasileira foi inspirada na Constituição portuguesa, denominada Constituição Dirigente, que teve por mentor o constitucionalista português Joaquim Gomes Canotilho, de formação marxista. Destarte, o Estado democrático de direito passa a ser não um fim em si mesmo, mas uma etapa para a instauração do socialismo e, posteriormente, do comunismo. Em verdade, a Constituição de 1988 não chega ao ponto de instaurar uma ordem política socialista no Brasil, simplesmente porque, ao prestigiar os direitos e garantias individuais, impossibilita, pelo menos formalmente, a instauração dessa forma de totalitarismo”.

4.6 A função do Supremo Tribunal Federal: dar segurança jurídica às relações

O princípio da segurança jurídica é princípio implícito, apenas encontrado quando da análise de todos os valores explícitos do ordenamento jurídico, levando a crer que todos os demais princípios convergem para um fim: segurança jurídica.

Decerto que esse sobreprincípio só será alcançado se outros princípios também o forem. Isso significa que os princípios da legalidade, da igualdade, da irretroatividade etc., além do respeito às normas constitucionais positivadas – ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada –, devem estar conjugados. Isso não apenas nas normas abstratas, mas também nas normas concretas.

A construção doutrinária em cima desse princípio também se mostra expressiva e, na sua maioria, remete ao enfoque de mínimo de previsibilidade que o sistema jurídico urge ter. O termo é facilmente expresso em decisões judiciais e foi expresso também na Lei n. 9.868/99. Assim, de forma abstrata, o princípio da segurança jurídica apenas se encontra em instrumento infra-constitucional. Nas normas concretas, ele realmente é sempre lembrado. É princípio fecundo que só aparece em decisão judicial.

Como órgão de composição de conflitos, primordialmente o papel do Supremo Tribunal Federal é resguardar os valores embutidos na Constituição Federal; agindo desse modo, estará gerando um sentimento de segurança, o que decorre do seu papel de “guardião da Constituição”. A maneira como se comporta o Judiciário dentro de toda a teoria que estudamos tem um único objetivo: dar segurança jurídica às relações.

O equilíbrio entre a norma, o seu conteúdo e como ela será emitida, além da necessidade de busca do passado e adequação no presente, fazendo com que a relação seja harmoniosa entre legislador, juiz e partes, é tarefa da segurança jurídica. Arremata Paulo de Barros Carvalho³⁰⁴:

Sendo assim, de nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Magna, se os órgãos a quem compete efetivá-los não o fizerem das maneiras que o bom uso jurídico requer. Não haverá respeito ao sobreprincípio da segurança jurídica sempre que as diretrizes que o realizem venham a ser concretamente desrespeitadas e tais situações infringentes se perpetuem no tempo, consolidando-se.

A segurança jurídica é aquela que direciona a atividade do aplicador do direito e, desse modo, confere estabilidade e previsibilidade às relações inter-subjetivas.

304 *Crédito prêmio de IPI*, cit., p. 32.

Capítulo 5 Casos concretos de decisões em controle de constitucionalidade das normas tributárias

5.1 Introdução

Neste capítulo serão abordadas algumas decisões proferidas em matéria tributária, no que respeita ao controle de constitucionalidade concentrado e difuso. A análise será elaborada dentro das premissas até aqui desenvolvidas. Os julgados foram escolhidos de acordo com os votos e a aplicação da teoria estudada, e não pelo seu grau de importância ou de repercussão causado na comunidade jurídica. Não, necessariamente, será realizada a análise meritória da decisão; as críticas ao mérito apenas serão feitas se forem relevantes à aplicação da teoria. O que se pretende, por fim, é a ligação da teoria à prática.

5.2 Vaguidade e ambiguidade dos signos no controle judicial de constitucionalidade: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

O primeiro caso abordado será a questão da definição da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, que equiparou, por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, o conceito de receita bruta e faturamento.

A COFINS surgiu com a Lei Complementar n. 70/91, que instituiu de forma permanente a contribuição social incidente sobre faturamento. Porém, em 27 de novembro de 1998 foi editada a Lei n. 9.718, publicada em 28 de novembro de 1998 (resultante da Medida Provisória n. 1.724/98), que, além de aumentar a alíquota da referida contribuição, pretendeu dar novo critério material para a regra matriz de incidência tributária da COFINS, deixando de abranger apenas o “faturamento” para compreender também a “totalidade das receitas aferidas pela pessoa jurídica”, denominada “receita bruta”, ignorando o significado da palavra *faturamento* e seu uso na comunidade jurídica.

Como nesse período muitas discussões ocorreram em torno do comando constitucional do art. 195, I, que se referia apenas a “faturamento”, para acabar com a discussão foi editada a Emenda Constitucional n. 20/98, em 16 de dezembro de 1998, que inseriu a alínea *b* no diploma constitucional, a qual, além do faturamento, prescreveu a possibilidade de cobrança da COFINS sobre