

**Editora Quartier Latin do Brasil**  
Rua Santo Amaro, 349 - CEP 01315-001  
Vendas: Fone (11) 3101-5780  
Email: vendas@quartierlatin.art.br  
Site: www.quartierlatin.art.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.** Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

**ROBSON MAIA LINS**

*Mestre e Doutorando em Direito Tributário pela PUC/SP*

*Prof. da Especialização da PUC/COGEAE*

*Professor do IBET*

*Advogado*

## **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**

### **DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO**

**Editora Quartier Latin do Brasil**

São Paulo, verão de 2005

quartierlatin@quartierlatin.art.br

que o ordenamento atribui a um dado comportamento, de sorte que as pessoas saibam de antemão as conseqüências de suas próprias ações<sup>140</sup>. Diríamos, portanto, que a certeza do direito está ligada à previsibilidade do mecanismo de incidência da norma. Diante de uma determinada conduta, revela-se a nitidez da operação de subsunção (que ocorre no antecedente) e de implicação (que é a ligação entre o antecedente e o conseqüente)<sup>141</sup>.

## Capítulo IV

### Controle de Constitucionalidade Concentrado exercido pelo STF, A Regra-Matriz de Incidência Tributária (RMIT) e as Normas Individuais e Concretas

#### 4.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIn) E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC)

Nosso objeto de estudo, no que pertine às ações constitucionais de controle abstrato de constitucionalidade, fica restrito às ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) e declaratórias de constitucionalidade (ADC). Ficam de fora, por questões metodológicas, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista no art. 102, § 1º, CF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Também o controle difuso de constitucionalidade somente nos interessa na medida em que

<sup>140</sup> *idem, ibidem*.

<sup>141</sup> Dá-nos conta ALFREDO AUGUSTO BECKER (*Teoria geral do direito tributário*, 1998, p. 8) da importância da certeza jurídica. Diz o ilustre jurista que "Muito a propósito das modernas questões litigiosas tributárias é interessante lembrar que, na antigüidade o critério da sorte foi adotado, freqüentemente, como elemento de decisão à fim de se obter, a todo custo, a certeza jurídica que não se atingia de outro modo."

haja decisão judicial transitada em julgado em sentido contrário à decisão do STF em ADIn e ADC.

#### 4.1.1 A natureza dúplice da ADIn e da ADC

Se a lei ou qualquer outro ato normativo não pode ser dissociada de seu processo de produção, devemos retornar

- ingressando um pouco na seara da História do Direito - ao início do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

A Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.1965, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o controle concentrado de normas federais e estaduais, já embrionário na Representação Interventiva<sup>142</sup>. Nessa época estava instalada a polêmica no intuito de saber se a improcedência da ADIn equivaleria à pronúncia de constitucionalidade da lei ou ato normativo atacado.

A mesma polêmica continuou com a Constituição Federal de 1988, restando fortalecida a tese que sustentava que o julgamento de improcedência da ADIn equivaleria à declaração de constitucionalidade com a promulgação da Emenda Constitucional nº 03/1993, que introduziu em nosso ordenamento a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), nos atuais termos previstos no art. 102, I, a e seu § 4º<sup>143</sup>.

<sup>142</sup> A Representação Interventiva, que já tinha sido prevista na Constituição Federal de 1934, voltou com novos contornos na Constituição de 1946.

<sup>143</sup> Deve ser lembrado que o eminente jurista GILMAR FERREIRA MENDES (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1999, p. 259) já de há muito sustentava o efeito dúplice da ADIn, sendo, pois desnecessário, nesse ponto, a Emenda Constitucional nº 03/93. Diz o ilustre autor, após sustentar a desnecessidade do

Finalmente, de forma expressa, a Lei nº 9.868/99, art. 24, prescreve que:

"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."

Consagrou-se em nível legislativo infraconstitucional aquilo que já constava do sistema de controle concentrado, previsto na Constituição: o efeito dúplice<sup>144</sup>. Assim, a procedência de ADIn equivale à improcedência da ADC; e a improcedência de ADIn corresponde à procedência da ADC. Ali, decisão pela inconstitucionalidade; aqui, pela constitucionalidade.

Procurador-Geral da República restar convencido da inconstitucionalidade: "Se correta essa orientação, parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de constitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).

<sup>144</sup> Cf. análise crítica do efeito dúplice em LÊNIO LUIZ STRECK (*Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, 2002, p. 440). Diz o autor que "a questão não possui uma dimensão singela como muitos pretendem dar à matéria, uma vez que não é pacífica a idéia de que no direito comparado a ação direta de inconstitucionalidade, e não pronúncia de inconstitucionalidade (eis que sequer existe ação declaratória de constitucionalidade) possam constituir duas faces de uma mesma moeda".

#### 4.1.2 As "técnicas" de declaração de inconstitucionalidade: interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

A retirada da vigência e, eventualmente, da validade de lei ou ato normativo do sistema quando da declaração de inconstitucionalidade, via de regra, é acompanhada da retirada do enunciado prescritivo (artigo, inciso e parágrafo, ou parte dele), que, no entender do STF, serve de suporte físico para a interpretação construtiva da RMIT que se deseja espandar. É a chamada declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade. Neste caso, nulidade do texto e da norma construída a partir dele.

Hipóteses há, contudo, em que pelo menos uma das normas jurídicas construídas a partir da lei (ou ato normativo) argüida de inconstitucional está em consonância com o ordenamento jurídico. Assim, se das interpretações cabíveis na "moldura" da norma, uma delas estiver em consonância com a Constituição, o STF prescreve aquela significação como possível de ser aplicada pelos órgãos competentes e, portanto, válida. Na mesma linha, se dentre as várias interpretações possíveis, somente uma não guardar consonância com a Constituição, será esta declarada inconstitucional e as outras inconstitucionais. Na primeira hipótese, temos o emprego da técnica de interpretação conforme a Constituição; na segunda, a técnica empregada é a da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (do texto).

Apesar das semelhanças entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração sem pronúncia de nulidade, de inconstitucionalidade parcial<sup>145</sup>, em rigor, somente nesta última

<sup>145</sup> Reiteremos: a falta de pronúncia de invalidade é em relação ao texto (suporte físico) e não à norma, entendida como significação construída a partir de enunciados prescritivos.

hipótese há declaração de inconstitucionalidade das acepções (que são normas jurídicas!) incompatíveis com a Constituição. Na interpretação conforme a Constituição, não há declaração de inconstitucionalidade das outras acepções construídas a partir do texto normativo, mas declaração de constitucionalidade de uma acepção (que também é norma jurídica!). Ademais, consoante os ensinamentos de GILMAR FERREIRA MENDES,<sup>146</sup> ao doutrinar sobre as distinções entre uma e outra técnica:

*"A constatação de que uma lei determinada é compatível à Lei Fundamental não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que a Corte Constitucional não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações."*

Portanto, o alcance da interpretação conforme a Constituição não abrange interpretações examinadas, mas que não estejam contempladas na parte dispositiva da decisão como constitucional, nem as possíveis interpretações posteriores ao julgamento, podendo elas ser submetidas à nova aferição de constitucionalidade perante o STF. Por outro lado, na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, as acepções incompatíveis com a Constituição são declaradas inconstitucionais, não podendo os órgãos do Poder Judiciário, ou mesmo do Executivo, positivar a RMIT submetida àquelas

<sup>146</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *In: Jurisdição constitucional*, 1998, p. 228. Ainda sobre a interpretação conforme a Constituição e a impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade de eventuais significações futuras, vem bem a lembrança do princípio geral de Hermenêutica chamado de *inesgotabilidade dos sentidos*. Significa, em síntese, que, diante do suporte físico de um signo qualquer, os intérpretes podem construir significações infinitas.

técnicas de controle, sob pena de dar azo à interposição da ação de reclamação constitucional para o STF, de acordo com o fundamento de garantia da autoridade de suas decisões (CF, art. 102, alínea l), e representação ao órgão competente por crime de responsabilidade<sup>147</sup>.

Essas "técnicas" de controle de constitucionalidade espelham bem a distinção que o STF estabelece, propositadamente ou não, entre texto de lei ou ato normativo e significação, e suporte físico (enunciado) e as normas jurídicas (significações). Aquele está no plano físico, fenomenal; estas, no plano da consciência dos intérpretes do direito positivo. Portanto, para controlar a constitucionalidade das normas jurídicas, o STF pode ou não expulsar parte do enunciado prescritivo correspondente. Advertimos, em tempo, que a retirada dos enunciados prescritivos que, no entender do STF, servem de suporte físico para construção da norma jurídica incompatível com a Constituição não é condição suficiente, *de per se*, de expulsão da referida RMIT do sistema. Isso porque, como a norma é a significação construída na mente do intérprete e cuja estrutura é de um juízo hipotético condicional, pode ocorrer que outros enunciados (não atacados na ADIn ou ADC) sirvam

<sup>147</sup> Essa conclusão é tirada do parágrafo único do art. 28, Lei nº 9.868/99, que atribui efeito vinculante e eficácia *erga omnes* inclusive à interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Cabe frisar, no entanto, que o STF, na pena do Ministro Moreira Alves, deixou expresso que: "Essa nova orientação, além de ser mais exata, pois, quando só admitimos como constitucional uma das interpretações possíveis da lei impugnada, estamos, na realidade, declarando a inconstitucionalidade das demais; tem a vantagem de que apenas se admite constitucional a interpretação que impede a filiação total da ação direta de inconstitucionalidade." ADIn nº 581/DF, j. 12.08.92, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, RTJ, 144: 154 (destaque acrescido).

de fundamento para a constituição da norma que o STF, com simples retirada do enunciado, entendeu ter expulsado do sistema. Para evitar esse tipo de ineficácia da decisão que pronuncia inconstitucionalidade de RMIT, a parte dispositiva deve trazer, além da retirada do suporte físico, a proibição de que a RMIT seja construída a partir de outros enunciados prescritivos válidos no sistema<sup>148</sup>.

Apesar de não se referir à seara tributária convém mencionar o exemplo da Lei nº 9.494/97, que foi julgada constitucional por intermédio da ADC nº 04, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 10.09.1997, em sede de cautelar, sendo conferida à medida efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Aquela lei, dentre outras proibições, vedava a concessão de liminares contra a Fazenda Pública que importasse despesas imediatas para o Erário. No entanto, alguns Juízes, inclusive Ministros do STJ, vinham e vêm concedendo liminares que implicam despesas imediatas para a Fazenda, sem, no entanto, sequer examinarem a supracitada lei. Argumentam que o fundamento da tutela antecipada concedida está diretamente previsto na Constituição, razão por que não haveria infração ao efeito vinculante concedido pelo STF à cautelar na referida ADC.

Sem adentrar no mérito das decisões judiciais, temos que retirar deste exemplo lição sobre a qual já advertimos: é possível, com base noutros enunciados prescritivos não declarados inconstitucionais, construir normas jurídicas que foram consideradas inconstitucionais pelo STF. A perplexidade continua

<sup>148</sup> Cabe notar que não se está, à evidência, propugnando pela vinculação do legislador à decisão de inconstitucionalidade do STF, no sentido de que, com a decisão, fique o Legislativo proibido de inserir novamente no sistema a norma declarada inconstitucional. Estamos tratando de outros enunciados prescritivos já inseridos no sistema ao tempo da decisão do STF.

no sentido de entender se tais enunciados prescritivos estariam abrangidos pela eficácia subjetiva do efeito vinculante do julgamento do STF.

Entendemos que o julgamento do STF, declarando constitucional ou inconstitucional uma determinada norma, veda que a mesma norma seja constituída a partir de qualquer outro texto normativo, mesmo que não indicado nas petições iniciais da ADin e ADC, nem na respectiva decisão, mas desde que postos no sistema até o respectivo julgamento da ação de controle de constitucionalidade. Da mesma forma, se declarada constitucional determinada norma construída a partir de determinado texto, não será dado ao Judiciário e ao Executivo deixarem de aplicar a norma a pretexto de construir outra, a partir de outros enunciados prescritivos, que discipline a conduta em sentido contrário à examinada pelo STF.

Na doutrina, essa propriedade da decisão da Suprema Corte é chamada de *efeito transcendente*, isto é, o efeito que transcende aos enunciados prescritivos que serviram de base para a construção da norma declarada constitucional ou inconstitucional.

#### 4.1.3 Efeito vinculante e sua estrutura normativa

Expusemos no início do trabalho aquele esquema em que a norma jurídica completa é composta pela primária, dispositiva ou sancionatória, e pela secundária (ou processual). Esta prevê a possibilidade de acesso ao Judiciário, para que este, por intermédio de um processo, emita outra norma, que, na hipótese de controle de constitucionalidade, é de estrutura, na modalidade de revisão sistêmica ou de produção normativa.

Nos limites dessa proposta, o efeito vinculante<sup>149</sup> de que são dotadas todas as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, merece especial atenção, porquanto, doutrina e jurisprudência dissertam sobre ele sempre com o timbre da vagueza e da ambigüidade. Por isso, procuramos nos itens seguintes, sem a pretensão de inovar, oferecer, pelo menos no plano sintático, três acepções da expressão "efeito vinculante", úteis ao desenvolvimento deste trabalho.

#### 4.1.3.1 EFEITO VINCULANTE COMO NORMA JURÍDICA

A doutrina constitucional pátria, à semelhança da alemã, define o efeito vinculante numa perspectiva puramente pragmática, eficaz, não raro identificando o instituto com a "força de lei" e com a coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Pensamos que, paralelamente à perspectiva pragmática, a análise sintática traz outros subsídios para um razoável equacionamento da questão, contribuindo sobremaneira para

<sup>149</sup> O efeito vinculante está previsto em nível constitucional no art. 102, § 2º, nos seguintes termos:

"Parágrafo segundo. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

No nível infraconstitucional a lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único, prevê o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* nos seguintes termos:

"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".

elidir não só dificuldades definidoras do efeito vinculante, como também do *erga omnes*. GILMAR FERREIRA MENDES<sup>150</sup>, percebendo a distinção das duas categorias, cuidou logo de asseverar que:

*"(...) não parece subsistir dúvida de que também o legislador constituinte, tal como fizera a Emenda Roberto Campos, procurou distinguir a eficácia erga omnes (eficácia contra todos) do efeito vinculante, pelo menos no que concerne à ação declaratória de constitucionalidade"*.

Não temos dúvida de que são categorias jurídicas distintas, mas que se relacionam na dinâmica da autoprodução normativa do direito. Todavia, sem descurar dos aspectos pragmáticos e semânticos, pensamos que as distinções e conexões entre as duas categorias são mais perceptíveis ao jurista dogmático sob a perspectiva sintática.

Nessa trilha, tendo em vista a completude compósita da norma jurídica – normas primária e secundária –, a expressão "efeito vinculante" merece maior acuidade no trato, visto que três das suas acepções de base apresentam-se como norma jurídica. Assim é que se tem efeito vinculante podendo ser: (i) norma primária dispositiva; (ii) primária sancionatória; ou ainda (iii) secundária ou processual.

Tratemos da plurivocidade, esquadrihando a normatividade insita a cada significação.

Numa primeira acepção, efeito vinculante designa a norma primária dispositiva, com a seguinte estrutura:

<sup>150</sup> MENDES, Gilmar Ferreira *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1999, pp. 437 e ss.

*Hipótese*: dada a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade da RMIT, pelo STF, em controle concentrado;

*Conseqüente*: deve ser a não-incidência ou incidência da RMIT, respectivamente, pelos órgãos competentes.

Note-se que o "dever-ser" intraproposicional, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade, está modalizado em "proibido", impedindo-se que o Estado-Administração e o próprio Poder Judiciário de outras instâncias produzam, quando inserto no sistema o efeito vinculante de declaração de inconstitucionalidade da RMIT, norma individual e concreta dela derivada. De outro lado o "dever-ser" intraproposicional proíbe, quando da declaração de constitucionalidade, que os outros órgãos do Poder Judiciário e do Executivo deixem de positivar a RMIT sob o fundamento da inconstitucionalidade.

A expressão "efeito vinculante" na sua segunda acepção, denota norma primária sancionatória. Ela está estruturada da seguinte forma:

*Hipótese*: dada a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade da RMIT e dada a sua aplicação ou inaplicação, respectivamente, pelos órgãos competentes;

*Conseqüente*: deve ser a sanção por descumprimento de dever funcional.

Por fim, em função da possibilidade de descumprimento das duas normas de efeito vinculante primário, vem a norma secundária (ou processual), prevendo a possibilidade de ação<sup>151</sup>

<sup>151</sup> A ação é chamada de reclamação constitucional, que, segundo MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS (*Reclamação constitucional no direito brasileiro*, p. 520) é "ação de cognição, porque busca

ao STF na hipótese de Juiz ou Tribunal aplicarem a RMIT declarada inconstitucional, ou, inversamente, deixarem de aplicá-la, ao fundamento de inconstitucionalidade, quando o STF já tenha declarado constitucional.

Tem a norma geral do efeito vinculante sancionatório a seguinte estrutura:

*Hipótese:* dada a aplicação ou inaplicação da RMIT declarada pelo STF inconstitucional ou constitucional, respectivamente, em controle concentrado;

*Conseqüente:* deve ser a possibilidade de ingresso no STF com reclamação constitucional.

GILMAR FERREIRA MENDES<sup>152</sup>, comentando o alcance subjetivo para além das "partes" no processo constitucional de controle de constitucionalidade, asseverou que "em relação aos órgãos do Poder Judiciário, convém observar que eventual desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal legitima a propositura da reclamação, pois estará caracterizada, nesse caso, inequívoca lesão à autoridade de seu julgado (CF, art. 102, I, II)". Em sentido contrário, mas diante de outra realidade jurídico-positiva, ponderou ALFREDO BUZAID<sup>153</sup> que:

uma sentença de mérito, mas incorpora um momento cautelar, e é executável diretamente, *in natura*". Mesmo antes da Lei de Controle o STF admitia reclamação constitucional contra decisão judicial que aplicasse lei já declarada inconstitucional, exigindo que as partes fossem as mesmas e que a decisão que aplicara a lei declarada inconstitucional fosse da própria pessoa política produtora.

<sup>152</sup> *Op. cit.*, p. 451.

<sup>153</sup> BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, 1958, p. 84.

"O juiz brasileiro decide, segundo sua convicção, a causa, que lhe é submetida. Não está sujeito a outro império que não seja o da lei. A jurisprudência dos Tribunais superiores constitui um excelente roteiro. Por isso os juizes a consultam, a fim de verificar a hermenêutica da lei. Todavia, a jurisprudência não tem efeito vinculativo".

Além dessas acepções que significam normas jurídicas, o efeito vinculante tem mais dois espectros semânticos importantes, quais sejam: relação jurídica e dever jurídico.

Sobre essas acepções trata o tópico seguinte.

#### 4.1.3.2 EFEITO VINCULANTE NA ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA

As três acepções da expressão efeito vinculante mencionadas no item imediatamente precedente são normas jurídicas em sentido estrito, cada uma com hipótese e conseqüente ligados pela causalidade jurídica ou imputação<sup>154</sup>. Mas o efeito vinculante também guarda correlação semântica com as relações jurídicas previstas nos conseqüentes de cada uma das três normas de efeito vinculante acima expostas. A essa significação chamaremos de efeito vinculante relacional.

Na mesma linha, o efeito vinculante também guarda correção com o dever jurídico que têm o Judiciário e o Executivo em cada uma daquelas relações jurídicas. A esta acepção chamaremos de dever jurídico vinculante.

Trabalhando mais um pouco o efeito vinculante relacional, temos que, no conseqüente da norma jurídica primária

<sup>154</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1999, p. 87; e VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, 1997, p. 95.

dispositiva de efeito vinculante, há critérios para a constituição de relação jurídica. Esta, como qualquer outra relação jurídica em sentido estrito, compõe-se de: (i) sujeito ativo, (ii) sujeito passivo; (iii) prestação; (iv) dever jurídico do sujeito passivo realizar a prestação em favor do sujeito ativo; e (v) direito subjetivo de que é portador o sujeito ativo de exigir do sujeito passivo a realização da prestação. É toda essa estrutura que compõe o efeito vinculante relacional.

Já o dever jurídico vinculante significa o dever que têm os Poderes Judiciário e Executivo de não aplicar a RMIT declarada inconstitucional pelo STF ou de aplicá-la,<sup>155</sup> quando declarada constitucional. E nesse sentido o dever jurídico vinculante contrapõe-se, dentro da estrutura relacional, ao efeito *erga omnes* (direito subjetivo) que têm todos os administrados de não sofrer a incidência da RMIT declarada inconstitucional ou

<sup>155</sup> Na hipótese de declaração de constitucionalidade, com efeito vinculante, o Estado-Administração e o Estado-Juiz, este quando provocado, tem o dever-poder jurídico de aplicar RMIT, porquanto no direito público, máxime em direito tributário, a atividade da Administração, independentemente do efeito vinculante atribuído pelo STF, é vinculada à lei. Assim, nessa relação uniplurívoca, o agente público tem o dever de positivizar a RMIT perante a Administração, e tem o direito de positivá-la em face do contribuinte. O descumprimento das prescrições pelo agente administrativo sujeita-o, de um lado, na responsabilidade funcional, de outro, na decadência do direito de lançar o tributo contra o contribuinte. Há, todavia, na Lógica Deontica, um outro sentido para a expressão "dever-poder", que não o aqui proposto, que poderia ser sintetizado na expressão: tudo que está obrigado está permitido; ou seja, se há o dever de praticar uma ação ou omissão há o direito de praticá-la. No que toca à atividade jurisdicional também ela é vinculada, no sentido de não poder afastar a positividade da RMIT, sob o argumento de inconstitucionalidade, pela Administração ou pelo administrado (no "autolancamento"). Mas isso por obra do efeito vinculante atribuído à declaração de constitucionalidade.

de vê-la positivada quando declarada constitucional. Na estrutura da relação jurídica em sentido estrito prevista no conseqüente das normas primárias (S, R S,,) o "efeito vinculante" é o dever jurídico que tem o sujeito passivo da relação (efeito vinculante relacional), no caso o Estado-Administração ou o Estado-Juiz, de não positivizar a RMIT declarada inconstitucional pelo STF ou de positivá-la, quando declarada constitucional.

O item seguinte trata especificamente do efeito *erga omnes*.

#### 4.1.4 A eficácia *erga omnes* e sua estrutura normativa

As mesmas incertezas semânticas que norteiam o efeito vinculante também pairam sobre o efeito *erga omnes*. Mas, de forma geral, é bem aceita a idéia de que o efeito *erga omnes* é o alcance subjetivo da decisão de inconstitucionalidade (e de constitucionalidade), visto que uma decisão acerca da constitucionalidade de uma norma vincularia todos os administrados. Veja-se: nesse sentido, o efeito *erga omnes* é vinculante, esclarecendo-se que a vinculação é quanto à sujeição passiva dos administrados sujeitos à incidência da RMIT.

O efeito *erga omnes* da decisão também é chamado de força de lei<sup>156</sup>, o que, em nosso sentir, reforça o caráter da generalidade daquele efeito. Assim, diferentemente do efeito *inter partes* vigente no controle difuso, a decisão no controle concentrado produz efeitos *erga omnes*, o que nos autoriza a dizer que o critério para distinguir tais efeitos é a extensão ou não da decisão às

<sup>156</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1999, p. 437. Pensamos que a expressão "força de lei" significa o atributo da generalidade da decisão, atributos comuns à lei.

"partes"<sup>157</sup>, no caso do efeito *inter partes*, ou aos demais administrados, quando se tratar de efeito *erga omnes*. Essa assertiva serve também ao efeito vinculante (dever jurídico vinculante), dado que este corresponde, da perspectiva estatal, ao efeito *erga omnes*.

A abordagem feita acima é eminentemente pragmática, porquanto lida com os efeitos da decisão em relação a seus destinatários imediatos. Útil, portanto, para elucidar o conteúdo semântico das expressões "efeito vinculante" e eficácia *erga omnes* da decisão.

Para nosso campo de investigação e para mantermos a coerência interna deste trabalho, o enfoque sintático dos dois efeitos é essencial. É nessa perspectiva que tomamos o efeito *erga omnes* como o direito subjetivo de que são titulares os administrados de não ter positivada contra si RMIT declarada inconstitucional; ou como o dever jurídico de sofrer a incidência da RMIT, se declarada constitucional.

Noutro dizer, os administrados têm o direito subjetivo de não figurarem no pólo passivo de relação jurídica tributária derivada de RMIT declarada inconstitucional pelo STF. Inversamente, há também efeito *erga omnes* quando o administrado tem o dever jurídico de suportar a positividade da RMIT pelo Estado-Administração e pelo Estado-Juiz, na hipótese do STF declará-la constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Nessa hipótese, os administrados devem suportar figurar no pólo passivo de uma relação jurídica tributária derivada

<sup>157</sup> Reitere-se aquela distinção feita pela doutrina, ainda que não concordemos, entre processo subjetivo, que é o processo tradicional, em que o conflito gira em torno de direitos subjetivos, e o processo objetivo, em que se protege imediatamente o direito objetivo.

da RMIT, desde que, evidentemente, o próprio direito positivo, como veremos alhures, não imponha outros obstáculos ao direito do Fisco realizar a RMIT, tal qual a decadência do direito de lançar.

Em arremate do raciocínio proposto, o efeito *erga omnes* pode, dentro da relação jurídica e em correspondência ao efeito vinculante relacional, tanto ser dever jurídico quanto direito subjetivo do administrado, dependendo da RMIT ser declarada constitucional ou inconstitucional, respectivamente.

Assim, ao efeito vinculante relacional da perspectiva da Administração e do Poder Judiciário corresponde o efeito *erga omnes* em relação aos administrados.

Considerando a declaração de inconstitucionalidade, teríamos:

Sa → não positividade da RMIT ← Sp

Onde,

Sa = sujeito ativo (administrados);

→ = efeito *erga omnes* (direito subjetivo);

← = efeito vinculante (dever jurídico);

não positividade da RMIT = objeto da relação.

Inversamente, na hipótese de declaração de constitucionalidade, teríamos:

Sa → positividade da RMIT ← Sp

Onde,

Sa = sujeito ativo (Estado);

→ = efeito vinculante (direito subjetivo);

← = efeito *erga omnes* (dever jurídico);

positividade da RMIT = objeto da relação.

#### 4.1.5. Ainda sobre o efeito vinculante: a declaração de constitucionalidade

Tem objetivo específico esse nosso retorno ao assunto tratado nos itens precedentes. É que nesta empreitada iremos tratar apenas do efeito vinculante da declaração de constitucionalidade no controle abstrato de constitucionalidade da RMIT.

O relevo da questão pode ser dimensionado na explicação à seguinte indagação: antes de o STF declarar constitucional a RMIT em controle abstrato, a referida norma não teria efeito vinculante? E mais: há alguma distinção entre o efeito vinculante da RMIT e o da norma introduzida pela decisão do STF?

De fato, antes da declaração de constitucionalidade pelo STF, a RMIT apresenta aquela estrutura hipotética condicional constituída de um antecedente e de um conseqüente. Neste, há critérios para a constituição da relação jurídica tributária, que é o instrumento que o direito positivo usa para vincular os comportamentos intersubjetivos. Portanto, há efeito vinculante na RMIT, porque há critérios para constituição da relação jurídica tributária, que, quando constituída, será composta de sujeitos ativo e passivo, e o objeto. Dessarte, antes da declaração de constitucionalidade em controle abstrato, a RMIT já pode ser válida, vigente e eficaz, tendo efeito vinculante.

Com a declaração de constitucionalidade adiciona-se ao efeito vinculante insito à RMIT outro efeito vinculante, este da norma introduzida pela decisão do STF pela constitucionalidade. É precisamente este efeito vinculante que possibilita a aplicação de duas outras normas (que também possuem a dimensão de efeito vinculante, só que em acepções distintas desta): a de natureza primária dispositiva, que prevê aplicação de pena por descumprimento de dever funcional; e outra de natureza processual, que prevê a possibilidade da parte prejudicada com o

descumprimento da decisão do STF, bater às portas da Egrégia Corte por intermédio de um instrumento chamado reclamação constitucional, *ex vi* do art. 102, I, L, da Constituição Federal, pedindo a prevalência da decisão da Corte Maior.

Quando se diz que com a declaração de constitucionalidade da RMIT não se tem mudança qualitativa da situação jurídica, é preciso deixar claro que não se trata de mudança em relação à vigência e validade da norma, mas há sim um outro efeito vinculante decorrente da declaração de constitucionalidade.

#### 4.2.A NORMA INTRODUZIDA PELA CAUTELAR, A RMIT E OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUÍDOS E OS NÃO-CONSTITUÍDOS

Como dissemos, é possível que o STF, em análise superficial e não-exauriente<sup>158</sup>, conceda cautelar, quer ratificando a constitucionalidade da RMIT, quer afirmando sua inconstitucionalidade<sup>159</sup>. Para tanto, deve-se observar a presença dos requisitos necessários ao deferimento de qualquer provimento de tutela provisório, quais sejam, a relevância dos fundamentos invocados (*fumus boni iuris*) e a garantia do efetivo resultado do processo ao final (*periculum in mora*)<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> Cf. ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Manual de direito processual civil*, 2001, v. 2, p. 396.

<sup>159</sup> Na verdade, a cautelar como norma introduzida não constitui a inconstitucionalidade da RMIT. Ela constitui a suspensividade da eficácia técnico-sintática (conseqüente da norma introduzida), sendo que o antecedente da norma introduzida contém a inconstitucionalidade. Quer dizer: o motivo da suspensão técnica da RMIT é a sua aparente inconstitucionalidade.

<sup>160</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, 2001, p. 61. Sobre esses requisitos o autor cita a ADIn

Numa e noutra hipótese a cautelar é o veículo introdutor de outra norma. Esta norma introduzida, todavia, tem funções distintas, conforme seja pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da RMIT.

Se pela constitucionalidade, a cautelar introduzirá norma que tem a seguinte estrutura:

Hipótese: dado o fato da RMIT resultar de procedimento e órgão competentes e não contrariar o conteúdo da Constituição;

Conseqüente: deve ser sua constitucionalidade.

Nesse caso, a medida de urgência não inova a estrutura normativa da RMIT. Contudo, se acrescentar-se à cautelar o efeito vinculante, outras são as conseqüências que detalharemos em seguida. Por enquanto, mantenhamos a atenção apenas no provimento em si.

Se, todavia, a cautelar for pela inconstitucionalidade da RMIT, será outro o conteúdo da norma, conforme demonstraremos no item seguinte.

#### 4.2.1 A suspensão de eficácia técnica da RMIT

Hipótese bem mais complexa em termos normativos ocorre quando a cautelar descreve no seu antecedente a inconstitucionalidade e prescreve no conseqüente a ineficácia técnico-sintática da RMIT. Com efeito, nessa hipótese, a Lei nº 9.868/99 prevê a possibilidade de que a medida cautelar em ADIn e ADC suspenda a aplicação e a eficácia técnico-sintática da RMIT.

nº 463, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 137:559 como importante precedente do Supremo Tribunal Federal.

Trazendo a questão para os lindes do Direito Tributário, especificamente em relação à RMIT, tem-se que a concessão de cautelar introduz norma jurídica no sistema de direito positivo tributário. Urge, portanto, cotejar o(s) aspecto(s) que relaciona(m) a norma introduzida pela cautelar naquelas ações de controle de constitucionalidade concentrado e a RMIT. Enfim, a suspensão seria da validade, da eficácia técnico-semântica ou técnico-sintática, ou ainda seria da vigência ou da validade?

Estamos convencidos de que a suspensão é sempre da eficácia técnico-sintática da RMIT.

Explicando.

Com efeito, a norma introduzida pela cautelar, ainda que provisória, impede o agente competente de realizar a incidência da RMIT. Prescreve, portanto, a ineficácia técnico-sintática da RMIT.

Questão distinta diz respeito ao antecedente da norma introduzida pela cautelar e seus fundamentos para que a eficácia técnico-sintática da norma tributária seja suspensa (conseqüente). É que o STF, ao suspender essa eficácia, pode invocar a inexistência (ou probabilidade de inexistência, já que o juízo é provisório) de qualquer atributo da norma. Não são raros acórdãos mencionarem que a norma atacada parece "invalidável" ou que "não seria norma vigente", ou ainda que "não apresentaria" a própria eficácia técnico-sintática suspensa pela decisão.

Nesse passo, é crível sustentar que a concessão de cautelar pela inconstitucionalidade nas ações de controle concentrado de constitucionalidade veicula norma que sempre suspende a eficácia técnico-sintática da RMIT. Esta proposição pode ser constatada na análise do enunciado-enunciado do texto

normativo da decisão, precisamente no conseqüente da norma introduzida. Há sempre a prescrição de que a RMIT não deve ser aplicada.

Já os fundamentos do deferimento da suspensão da eficácia técnico-sintática, identificados no antecedente normativo, podem ser de diversas ordens: norma de duvidosa validade, norma que não teria sequer alcançado vigência ou até norma que não apresenta eficácia técnico-sintática (ou semântica). Esses fundamentos podem ser verificados também no enunciado-enunciado da norma introduzida, mas precisamente no seu antecedente. É neste membro da norma jurídica em que se relata em linguagem o seu defeito, exurgindo daí, por imposição da causalidade jurídica, a suspensão da eficácia técnico-sintática.

Em arremate, fazendo uma comparação com as estruturas possíveis das relações jurídicas, a norma veiculada pela cautelar seria bi-unívoca, do tipo:

Hipótese: (i) dado que a RMIT não foi produzida pelo órgão competente ou procedimento adequado ou que regule conduta de forma incompatível com a Constituição; (ii) problema com a vigência; ou (iii) problema com a eficácia-técnica; Conseqüente: deve ser a suspensão da sua eficácia técnico-sintática

Veja-se que vários antecedentes são possíveis, mas o conseqüente da norma introduzida pela cautelar de inconstitucionalidade é sempre o mesmo

#### 4.2.1.1 AINDA ACERCA DA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA TÉCNICO-SINTÁTICA DA RMIT

De fato, se combinarmos o antecedente inserto na alínea (iii) do subitem 4.2.1 (*hipóteses*) com o conseqüente proposto, a seguinte norma será construída:

Hipótese: dado a existência de problemas de ineficácia técnico-sintática ou semântica da RMIT;

Conseqüente: deve ser a suspensão da sua eficácia técnico-sintática.

E logo surgirá a perplexidade: como pode, sob o argumento de que RMIT não apresenta eficácia técnico-sintática, pretender-se suspender a eficácia técnico-sintática da norma? Daí, no início desse trabalho, a ênfase dada à linguagem como único modo do Direito se expressar. E não qualquer linguagem; mas apenas a competente. Assim, enquanto não for produzida a linguagem competente, "constituindo" a ineficácia técnico-sintática da norma tributária, ela se apresenta com esse atributo. É preciso que um órgão competente (STF), por intermédio de procedimento adequado (ADIn ou ADC), constitua a ineficácia técnico-sintática da norma tributária, como o faz o provimento cautelar.

Do contrário, por maior prestígio e seriedade que o intérprete da norma jurídica ostente na comunidade jurídica, não tem sua opinião natureza normativa, nem sequer é fonte do direito. É nessa linha que PIMENTA BUENO<sup>161</sup> ensina: "(...) Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou Juiz, e por estudo pode

<sup>161</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*, 1978, p. 69.

o Jurisconsulto formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era possuidor dessa mesma vontade e inteligência; e isso seria certamente irrisório”.

Um exemplo pode melhor elucidar a questão. Se tomarmos em linha de conta que o Sistema Constitucional Tributário estabelece, em algumas hipóteses, hierarquia normativa entre a lei complementar<sup>162</sup> e a ordinária, de modo que sem aquela esta não pode instituir licitamente o tributo, temos que admitir que a produção da lei ordinária antes que a lei complementar tenha sido produzida enseja um problema relacionado à ineficácia técnico-sintática. É dizer: a falta de lei complementar torna sem eficácia técnico-sintática a lei ordinária; advindo, daí, inconstitucionalidade. Nesse caso, eventual cautelar suspensiva da eficácia técnico-sintática da RMIT instituída pela lei ordinária (conseqüente) teria no antecedente o relato em linguagem da ineficácia técnico-sintática da RMIT.

#### 4.2.2 A concessão da cautelar: créditos tributários constituídos e os não constituídos

De logo, é prudente deixar claro que se toma em linha de conta dois marcos temporais quando do deferimento da cautelar: (i) a ocorrência/não-ocorrência do evento jurídico tributário e (ii) entre os eventos já ocorridos, quais créditos tributários foram constituídos e quais não foram constituídos.

<sup>162</sup> Cf. sobre o assunto BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*, 1975.

Este cenário, apenas aparentemente simples, tem desafiado o jurista dogmático a realizar a intersecção entre a “Ciência e a experiência”, e entre a “teoria e a prática”<sup>163</sup>. Com efeito, a estabilidade das normas individuais e concretas postas no ordenamento por derivação da RMIT e o respectivo crédito tributário, de um lado; e, de outro, a estabilidade das relações jurídicas impeditivas da ponência de tais normas no sistema jurídico, provoca uma espécie de tensão no sistema jurídico nem sempre de fácil solução. Contribui para o agravamento (ou abrandamento, dependendo da perspectiva) do problema a circunstância de que o próprio Direito Tributário, para estabilizar as expectativas normativas e reduzir a complexidade do sistema jurídico-positivo<sup>164</sup>, cuidou de estabelecer prazos de decadência e de prescrição para que o crédito tributário seja constituído (arts. 150, § 4º; 173, CTN), e, uma vez constituído, que seja executado (CTN, art. 174). De outro lado, também cuidou de fixar limites à repetição do indébito por parte do sujeito passivo, pela decadência e pela prescrição, nos termos dos arts. 168 e 169 do CTN. Daí a clarividente importância de se divisar esses estágios do crédito tributário quando do deferimento da cautelar e da decisão de mérito.

Mas, antes, estudemos um pouco os efeitos da cautelar sobre as normas individuais e concretas.

##### 4.2.2.1 O EFEITO VINCULANTE, EX NUNC E A EFICÁCIA ERGA OMNES DA CAUTELAR

Já deixamos assente no item 4.1.3.2, *supra*, que o efeito vinculante é o membro da relação jurídica correspondente ao dever jurídico do Fisco e do Judiciário aplicarem a RMIT, quando

<sup>163</sup> GUIBOURG, Ricardo. *Derecho, sistema e realidad*. 1996, *passim*.

<sup>164</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, 1983, p. 47

ela é declarada constitucional, ou o dever jurídico de não aplicá-la, quando declarada inconstitucional. De outro lado, completando a bimetridade do pólo da relação jurídica vinculante, há o efeito *erga omnes*, que corresponde ao dever jurídico dos súditos suportarem a incidência da RMIT, quando julgada constitucional, ou o direito subjetivo de não suportarem tal incidência, se julgada inconstitucional a RMIT.

Pois bem, nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99, e na esteira da jurisprudência do STF<sup>165</sup>, a cautelar concedida em ADIn tem efeito *ex nunc*, isto é, vinculam os atos a serem praticados a partir de sua concessão, salvo se o Tribunal entender que deva dar efeito *ex tunc*. Noutras palavras, o efeito *ex nunc* significa que as normas individuais e concretas produzidas com base na RMIT cuja eficácia técnico-sintática fora suspensa pela cautelar, independentemente de terem sido produzidas por ato administrativo (lançamento) ou por ato do sujeito passivo (autolancamento), não devem ser desfeitas, mesmo que não haja nenhum empecilho ligado à decadência e à prescrição.

#### 4.2.2.2 OS PRAZOS DE DECADÊNCIA E DE PRESCRIÇÃO DO DIREITO DO FISCO

Em matéria tributária, seja nas hipóteses de lançamento seja nas de constituição do crédito pelo próprio sujeito passivo

<sup>165</sup> A ADIn-MCA 1434/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 20.08.1996, publicado em 22.11.96 decidiu que "A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia *ex tunc*, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). A excepcionalidade da eficácia *ex tunc* impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar.

(autolancamento), a cautelar suspensiva da eficácia técnico-sintática da RMIT pode também influenciar no curso do prazo do direito do Fisco lançar (art. 173, CTN) e do direito de cobrar judicialmente o crédito (art. 174, CTN). Concedida a cautelar de inconstitucionalidade, com efeito vinculante, o Fisco fica sem o direito de realizar o lançamento do tributo, e se já realizado, fica impedido de exercitar o direito de, coativamente, enquanto perdurar a cautelar de inconstitucionalidade, buscar a realização do crédito tributário.

Nesse contexto, sobressai a importância do cotejamento dos aspectos ligados à decadência do direito de lançar em relação aos créditos ainda não constituídos e à prescrição do direito de cobrar em relação aos créditos já constituídos.

Entendemos que o STF, ao deferir a cautelar suspensiva da eficácia técnico-sintática da RMIT, com efeito vinculante, suspende o curso do prazo decadencial em relação aos créditos ainda não constituídos, e o prescricional, em relação aos créditos já constituídos, ainda que não conste tal comando expressamente na parte dispositiva da decisão<sup>166</sup>. É como se, diante da cautelar de inconstitucionalidade com efeito vinculante, as normas de decadência (arts. 173 e 150, § 4º do CTN) e as de prescrição (art. 174 do CTN), para o caso específico daquela RMIT atacada pelo controle concentrado de constitucionalidade, restassem com as res-

<sup>166</sup> Apesar de entendermos que os prazos de decadência e de prescrição restam suspensos mesmo sem que tal providência tenha sido expressa na parte dispositiva da decisão, não hesitamos em afirmar a utilidade de que tal providência seja disposta expressamente. Aliás, os órgãos estatais responsáveis pela edição da lei ou ato normativo argüido inconstitucional, já na audiência a que se refere o art. 10 da Lei nº 9.868/99, estão aptos a requerer que o STF, caso entenda pelo deferimento da cautelar suspensiva da eficácia técnica-sintática da RMIT, suspenda igualmente a eficácia das normas de decadência e de prescrição.

pectivas eficácias técnico-sintática suspensas<sup>167</sup>. É uma medida de contracautela cujo objetivo é eliminar os riscos advindos da suspensão da eficácia técnico-sintática da RMIT, quais sejam, os fatos jurídicos decadenciais e prescricionais.

Reconhecemos que a proposta apresentada está gizada em traços fortes e que, inversamente, muitos outros argumentos pesam em contrário. Pensamos, todavia, estar ela plenamente fundamentada no próprio direito posto, conforme as razões já delineadas.

Com efeito, a decisão cautelar do STF suspensiva da eficácia técnico-sintática da RMIT, com efeito vinculante, tem a potencialidade de causar, quando da eventual decisão de mérito pela constitucionalidade, outras inconstitucionalidades decorrentes da estabilização de relações jurídicas, via de regra operada pela decadência e pela prescrição se esses prazos não forem suspensos. Daí a ingente necessidade de se suspender também a eficácia técnico-sintática das normas de decadência construídas a partir do art. 173 do CTN, para os créditos ainda não constituídos; e das normas de prescrição construídas a partir do art. 174 do CTN, para os créditos já constituídos.

<sup>167</sup> Participa deste entendimento TEORI ALBINO ZAVASCKI (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, 2001, pp. 75-76), embora com outro fundamento, qual seja, o princípio do não-prejuízo. Diz o ilustre processualista: "Na verdade, a medida antecipatória deferida nas ações de controle concentrado importa a suspensão da eficácia do preceito normativo questionado, ou a imposição dela, o que significa, também, inibição da eficácia da eventual norma em sentido diferente. Ou seja, a liminar atua inclusive no plano da incidência da norma, inibindo, assim, não apenas o exercício dos direitos eventualmente sujeitos a prazos decadenciais, mas o próprio surgimento deles. Suspensa a incidência, não tem sequer início o prazo (decadencial) para o exercício do direito." E na página 76 arremata: "Assim, qualquer que seja a hipótese, não há como computar-se o prazo decadencial no período de vigência da liminar deferida na ação de controle concentrado."

Portanto, o STF, ao suspender a eficácia técnica da RMIT, ao argumento de que ela estaria – em juízo precário e provisório – contrária à Constituição, teria que, para evitar a fluência dos prazos decadencial ou prescricional e, com isso, gerar situações futuras de inconstitucionalidade, suspender também a eficácia técnico-sintática dos arts. 173 e 174 do CTN, restringindo, evidentemente, o alcance dessa suspensão aos sujeitos ativo e passivo contemplados na RMIT igualmente com a eficácia suspensa.

Providência desse jaez evita que o STF, em eventual decisão de mérito pela constitucionalidade da RMIT, prescreva que os prazos de decadência e de prescrição comecem a fluir a partir da referida decisão final de mérito, o que representaria uma medida, a nosso sentir, em descompasso com a dinâmica do sistema normativo.

Destaque-se ainda que, a suspensão da eficácia técnico-sintática das normas de decadência e de prescrição teria o condão de estabilizar as expectativas normativas geradas pela inserção da cautelar no ordenamento, já que, nessa hipótese, a Administração e o Judiciário ficam impedidos de constituir a obrigação tributária por meio do lançamento.

Evita-se com isso que, ao final do processo, o STF, ao julgar constitucional a RMIT, venha a surpreender os administrados com a "reabertura" dos prazos de decadência e prescrição cujos respectivos fatos jurídicos (decadência e prescrição) já ocorreram. Realiza-se, dessa forma, a um só tempo, os sobreprincípios da certeza do direito, da segurança jurídica e o da indisponibilidade dos bens públicos, preservando-se, de resto, a estabilidade das relações sociais, finalidade precípua do direito positivo.

#### 4.2.2.3 OS PRAZOS DE DECADÊNCIA E DE PRESCRIÇÃO DO DIREITO DO SUJEITO PASSIVO REPETIR O INDÉBITO

A mesma linha de argumentação, por coerência, deve ser seguida na hipótese do STF conceder cautelar de constitucionalidade nas ações de controle concentrado, com efeito vinculante, em relação às normas de decadência e de prescrição do direito do sujeito passivo repetir o indébito tributário. Isso porque, ao conceder a cautelar de constitucionalidade com efeito vinculante, ficam o Judiciário das outras instâncias e o Fisco impedidos de, ao argumento da inconstitucionalidade, constituir e devolver ao sujeito passivo o indébito tributário.

Assim, na concessão da cautelar, seria prudente que o STF, como contracautela, suspendesse, de forma expressa, a eficácia técnico-sintática das normas que estipulam os prazos de decadência e de prescrição em relação à repetição do indébito, construídas, basicamente, com os enunciados dos arts. 168 e 169 do CTN.

#### 4.3 A NORMA INTRODUZIDA PELA DECISÃO DE MÉRITO, A RMIT E OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUÍDOS E NÃO-CONSTITUÍDOS

A decisão de mérito, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, pode ser pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da RMIT. Num e noutro caso, a decisão tem potencialidade para mexer no arquétipo normativo da RMIT e nas normas individuais e concretas derivadas.

A esse tema serão dedicados os itens seguintes deste Capítulo, procurando identificar como a RMIT se relaciona com a decisão de mérito, bem como a situação dos créditos tributários

constituídos nas normas individuais e concretas e a prescrição do direito de cobrá-los judicialmente. Quanto aos créditos não constituídos, analisaremos a possibilidade de ainda sê-lo, considerando o influxo do prazo de decadência.

#### 4.3.1 Validade, vigência e eficácia da RMIT

A decisão de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade tem provocado polêmica na doutrina e na jurisprudência, especialmente no que pertine à validade, vigência e eficácia da norma objeto do controle. Pensamos que tais polêmicas estão muito mais ligadas à falta de coerência na definição de tais conceitos do que propriamente no embate de idéias claramente contrárias. Falta, portanto, a estipulação clara dos conceitos de validade, vigência e eficácia das normas jurídicas para, só então, cogitar-se acerca da decisão no controle de constitucionalidade dos atributos das normas jurídicas.

Na tentativa de manter fidelidade aos conceitos de validade, vigência e eficácia que adotamos no início deste trabalho, temos que divisar, à semelhança do que traçamos em relação à cautelar, a decisão de mérito nas ações de controle concentrado quando há declaração de constitucionalidade e quando há declaração de inconstitucionalidade<sup>168</sup>.

Quando a decisão é pela constitucionalidade, temos que a RMIT ganha sobre o seu comando normativo uma nova norma que, neste caso, é de estrutura. E mais: como as decisões de mérito têm, necessariamente, efeito vinculante, temos que o STF, além de ratificar o comando normativo já válido no sistema por

<sup>168</sup> Enfatizando a necessidade dessa distinção temos ADA PELLEGRINI GRINOVER (*A marcha do processo*, 2000, p. 7); ao estudar a ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional.

força da presunção de validade da RMIT, cria condições para incidência da norma de efeito vinculante sancionatória. Isso porque o Executivo e o Judiciário não podem afastar a validade da RMIT, deixando de aplicá-la ao caso concreto. Esses órgãos estão abarcados pela eficácia subjetiva do efeito vinculante.

#### 4.3.1.1 QUANDO HÁ DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

As normas gerais e abstratas que ingressam no sistema de direito positivo, e não é diferente em relação à RMIT, carecem de processo de positivação para atingir o nível das normas individuais e concretas. É aqui, precisamente, que o direito positivo mais se aproxima do mundo da realidade social<sup>169</sup>, porque passa a dispor de instrumento hábil para disciplinar as condutas intersubjetivas: a relação jurídica. Com efeito – e já estamos reiterando a informação pela importância do tema – só há relação jurídica em sentido estrito quando o processo de derivação normativa atinge o nível das normas individuais e concretas. Antes, no nível geral e abstrato, há apenas critérios de constituição da relação jurídica em sentido estrito.

Na generalidade e abstração das normas temos critérios para que o aplicador do direito constitua as normas individuais e concretas; nestas, não temos mais critérios, mas elementos que constituem a relação jurídica.<sup>170</sup>

<sup>169</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*. 2002, p. 365.

<sup>170</sup> Na tarefa da aplicação do direito KARL LARENZ (*Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, p. 519) deixa claro o papel criativo do Poder Judiciário, ao ensinar que "A interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do Direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento".

.. Pois bem, o acórdão do STF, ao constituir a inconstitucionalidade da RMIT, introduz norma que se entrenchoca com ela, mutilando a sua vigência futura (desde que não preveja a possibilidade de continuar a surtir efeitos<sup>171</sup>), e, eventualmente, retirando-a do sistema, ceifando-lhe a validade.

Assim, a decisão de mérito pela inconstitucionalidade, à semelhança do que dissemos em relação à cautelar, pode inserir no ordenamento jurídico várias normas, a saber:

*Antecedente:* (i) problema com a vigência; (ii) problema com a eficácia técnico-sintática ou semântica; e (iii) problema com a validade;

*Conseqüente:* (i) deve ser a retirada da vigência futura (vigor); (ii) ou deve ser a retirada da vigência futura e da validade.

A vigência futura (ou vigor) da RMIT é sempre retirada pela declaração de inconstitucionalidade, mas a validade somente é extirpada quando a RMIT ainda não tenha entrado em vigor, ou se já em vigor, quando for possível retirar todas as normas individuais e concretas derivadas da RMIT declarada inconstitucional, nos termos do item 4.3.2.2, *infra*.

<sup>171</sup> Com efeito, a Lei nº 9.868/99, em seu art. 27, parte final, prevê a possibilidade de que, por maioria de dois terços dos membros, o STF preveja um outro momento para que a declaração de inconstitucionalidade surta efeitos. Até esse momento, continuaria surtindo efeitos a RMIT declarada inconstitucional. Apesar de estar no sistema a referida norma, entendemos passível de declaração de inconstitucionalidade, porquanto essa "ultratividade" deferida pelo STF tem potencial violador dos princípios da legalidade (limite objetivo) e da proibição do enriquecimento sem causa (valor).

#### 4.3.1.2 QUANDO HÁ DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

A declaração de constitucionalidade da RMIT pode ser precedida das seguintes medidas no campo normativo: (i) não-concessão de cautelar; (ii) cautelar de constitucionalidade; e (iii) cautelar de inconstitucionalidade.

De outro lado, no mundo fenomênico, é factível a ocorrência de eventos tributários: (i) antes da cautelar de inconstitucionalidade; (ii) depois da cautelar de constitucionalidade; (iii) antes da decisão de mérito de constitucionalidade quando não tenha sido deferida cautelar. Também há créditos tributários constituídos: (i) antes do deferimento da cautelar; (ii) depois da cautelar de constitucionalidade; e (iii) antes da decisão de mérito de constitucionalidade, sem que tenha sido deferida cautelar. Enfim, há uma gama de variáveis normativas relativas ao processo de controle concentrado e ao estágio de positivação da RMIT que merece ser considerada.

Nesse quadro, o que parece simples, porque apenas há ratificação da constitucionalidade da RMIT, torna-se complexo, de um lado, em função das possibilidades normativas que antecedem a decisão de mérito pela constitucionalidade; de outro lado, pelo inevitável curso do tempo, que é tomado como fato jurídico cuja conseqüência mais notável é a estabilização das relações jurídicas. É nesse contexto que sobressaem os fatos jurídicos da decadência do direito de lançar e a prescrição do direito de cobrar o crédito tributário.

#### 4.3.2 Os créditos tributários constituídos e a decisão de mérito

O julgamento da ADIn e da ADC pode ser pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da RMIT. Se a decisão for pela constitucionalidade, considerando os créditos tributários já

constituídos, não há maiores dificuldades, pois não há obstáculo à proposição e regular andamento da execução fiscal.

Quando se tratar de decisão de inconstitucionalidade, e considerando insertos no sistema os créditos tributários, a questão se resolve pelo exame das possibilidades e alcance do disciplinamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do item 4.3.2.2, *infra*.

#### 4.3.2.1 O EFEITO VINCULANTE E A EFICÁCIA ERGA OMNES DA DECISÃO DE MÉRITO

Nos termos do parágrafo único do art. 28 da Lei no 9.868/99, que apenas reitera o que está disposto na Constituição Federal, art. 102, § 2o, e na esteira da jurisprudência do STF, a decisão de mérito em ADIn e ADC tem efeito vinculante<sup>172</sup>. Significa dizer que os órgãos das outras instâncias do Poder Judiciário e os demais órgãos do Poder Executivo devem se portar de acordo com a decisão do STF.

Também, o efeito é *ex tunc*, o que significa que as normas individuais e concretas produzidas com base na RMIT declarada inconstitucional, independentemente de terem sido produzidas por ato administrativo (lançamento) ou por ato do sujeito passivo (autolancamento) devem ser desfeitas, desde que não operadas a decadência e a prescrição.

<sup>172</sup> Afora os dispositivos da Constituição Federal e da Lei nº 9.868/99 que prescrevem o efeito vinculante da decisão em ADIn e ADC pela inconstitucionalidade de determinada norma, entendemos que tal efeito decorre também de levarmos em consideração os ensinamentos que contêm a matéria Teoria Geral do Direito. Ora, se a declaração de inconstitucionalidade retira a vigência futura (ou vigor) e, em algumas hipóteses, a validade da norma, não se pode aceitar a idéia de que outros órgãos (inclusive o próprio STF) realizem a incidência de norma sem vigência e sem validade.

**4.3.2.2 ART. 27 DA LEI Nº 9.868/99: EFEITO EX TUNC E O DISCIPLINAMENTO NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF E A PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS**

Outra vez voltamos à “carga emotiva” de que falara CARLOS SANTIAGO NINO em relação à norma declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade. A doutrina e a jurisprudência têm se debatido sobre esse tema no afã de encontrar caminhos seguros para disciplinar os efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional. Dizem alguns, transportando para o direito constitucional a teoria dos atos jurídicos, tratar-se de ato normativo inexistente<sup>173</sup>, outros entendem ser nulo<sup>174</sup>, e outros ainda entendem ser anulável<sup>175</sup>, sempre correlacionando a

<sup>173</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 388.

<sup>174</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 377, aduz que “no sistema jurídico brasileiro, a técnica da decretação de nulidade da lei ou de outra regra jurídica por infração à Constituição é de origem norte-americana. A técnica que serve ao princípio da legalidade é de origem mais remota e ligada, essencialmente, ao velho direito luso-brasileiro. Os atos públicos, ainda concebidos como enunciados de regras jurídicas, se ofendem à lei, são ilegais, e, pois, nulos”. Também com argumentos semelhantes CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*, 1956, v. I, p. 430.

<sup>175</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1999, p. 304. É interessante anotar os comentários de LOURIVAL VILANOVA (*Causalidade e relação no direito*, 2000, p. 307), sobre o pensamento kelseniano. Diz o saudoso jurista pernambucano que “se ocorrer defeituosidade no percurso procedimental, a norma gerada não nasce nula. É anulável, o que requer outro procedimento, normativamente estruturado, para desconstituir a norma impugnável”. Mais adiante arremata: “substancialmente, o mesmo ocorre com a norma inconstitucional que violar o processo de produção”.

espécie de vício com a possibilidade ou não de manutenção dos efeitos<sup>176</sup> do ato declarado inconstitucional no ordenamento jurídico.

Muitos sustentam, ora assentados na teoria da inexistência ora na nulidade, a automática expulsão de tais normas do sistema. É nessa linha que caminha VICENTE RÁO quando afirma, sob o argumento de manter a unidade hierárquica do sistema normativo, que:

*“(...) a validade do sistema decorre da subsunção das normas inferiores às superiores, estando assim todo o sistema submetido à observância da norma fundamental orientadora de tal ordem jurídica. De sorte que, quando esta se modifica, revogam-se todas as leis, decretos, regulamentos anteriores, pelo fato de – sendo a Constituição a norma máxima do sistema e devendo o mesmo estar em total concordância com os ditames nela propugnados – todas as normas que vigiam validamente antes do seu aparecimento e que a partir de sua existência com ela discordam acharem-se a partir da data de sua entrada em vigor automaticamente revogadas”.*<sup>177</sup>

<sup>176</sup> Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 1999, p. 117.

<sup>177</sup> GILMAR FERREIRA MENDES (*Jurisdição constitucional*, 1998, p. 256), sustenta que este entendimento tem respaldo constitucional. Diz o eminente Professor com a acuidade que lhe é peculiar que “o princípio do Estado de Direito, fixado no art. 1º, a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, consagrada no § 1º do art. 5º da CF, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, ressaltam a supremacia da Constituição. Do art. 5º, LXXI, da CF, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer um direito constitucional, garantido em virtude da omissão dos órgãos

Não estamos, pois, com RÃO nesse ponto. Além de sustentarmos a necessidade de retirada das normas individuais e concretas que ainda puderem sê-lo, entendemos que nem todos os atos podem ser retirados pelo STF na decisão de inconstitucionalidade, nem por outras autoridades competentes e pelo procedimento adequado em função da declaração de inconstitucionalidade<sup>178</sup>. Assim, em princípio, permanecem essas normas no ordenamento; umas ainda passíveis de expulsão; outras não. Essa situação é que tem gerado controvérsias no direito pátrio. Concordamos, neste ponto, com a solução proposta por GILMAR FERREIRA MENDES<sup>179</sup>, quando, mesmo tendente a aceitar a teoria da nulidade da lei inconstitucional, afirma que:

*"Conseqüência lógica da declaração de nulidade ex tunc da norma inconstitucional deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela. Todavia, essa depuração total (Totalbereinigung) não se verifica nem nos sistemas que, como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as*

legislativos, o direito de reivindicar uma atividade legislativa mediante a propositura do mandado de injunção, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionais assegurados, vinculam os órgãos estatais".

<sup>178</sup> Cf. nesse sentido REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 126), ao sustentar que "reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar ex tunc, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito e sua própria finalidade". Também conferir SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 55.

<sup>179</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, 1988, p. 192.

*conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, nem naqueles que, como o brasileiro, utilizam as fórmulas gerais de preclusão" (destaque acrescido).*

Ademais, não é estranha à grande maioria dos constitucionalistas que o processo objetivo não tutela direitos subjetivos<sup>180</sup>, até porque não há relação jurídica no nível das normas gerais e abstratas, não sendo, pois, da índole da decisão resultante tratar amplamente das relações jurídicas construídas a partir de norma declarada inconstitucional.

Conforme assentado, no exercício de competência do controle abstrato de constitucionalidade, o STF insere no sistema jurídico norma geral e concreta, quando decide pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade. Na primeira hipótese, a norma introduzida ratifica, "calibra"<sup>181</sup> a constitucionalidade da RMIT, e como é dotada de efeito vinculante, nenhum órgão do Executivo ou do Judiciário (exceto o próprio STF, noutro processo) pode deixar de aplicar a RMIT sob o fundamento de sua inconstitucionalidade. De outro lado, quando declarada a inconstitucionalidade da RMIT, duas possibilidades são factíveis: (a) que sejam mantidos todos (ou alguns) efeitos da RMIT postos ou a serem postos no sistema cujos eventos tenham ocorridos até o "seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."<sup>182</sup> ou (b) que todos os efeitos gerados pela RMIT

<sup>180</sup> ZENO VELOSO (*Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2000, p. 61) aduz que "na ação direta de inconstitucionalidade não se estará julgando uma relação jurídica específica, uma situação particularizada, mas a validade da norma, in abstracto. Portanto, tem por objeto a regra jurídica, em si mesma, sem considerar sua aplicação a um caso concreto."

<sup>181</sup> A expressão "calibração" é usada por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

<sup>182</sup> Lei nº 9.868/99, art. 27, parte final.

declarada inconstitucional sejam retirados do sistema jurídico positivo. Na primeira hipótese o STF, ao declarar a inconstitucionalidade, retirou a vigência futura (ou vigor) da RMIT; na segunda, retirou também a validade.

Pois bem, cremos que na hipótese "b" retromencionada, considerando que a norma introduzida pela decisão do STF, neste caso, retira da RMIT sua relação vinculativa com o sistema jurídico (validade), a decisão do STF tem necessariamente efeito vinculante (no sentido relação jurídica vinculante), visto que tanto o Judiciário das instâncias ordinárias está proibido de autorizar a aplicação da RMIT, quanto o próprio Estado-Administração está igualmente proibido de, *sponte sua*, aplicar a referida RMIT por meio de lançamentos. E a razão é que não se aplica norma sem validade.

De outro lado, quando o STF permitir que alguns ou todos os efeitos (reiteramos: que são normas jurídicas individuais e concretas) derivados da RMIT permaneçam no ordenamento jurídico, aí temos que redimensionar o alcance do efeito vinculante da decisão, já que alguns (ou todos) atos normativos permaneceram no sistema jurídico, mesmo diante de uma declaração de inconstitucionalidade com ou sem pronúncia de nulidade.

Nesse arcabouço ganha relevância a questão dos efeitos normativos (i. é, das normas individuais e concretas) produzidos (ou com as condições de produção já cumpridas) pela derivação da RMIT declarada inconstitucional<sup>183</sup> antes da decisão de mérito e o possível disciplinamento desses efeitos pelo STF.

<sup>183</sup> Restringem-se as ponderações às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade da RMIT, uma vez que, sendo a decisão pela constitucionalidade, mesmo que no curso da ADIn/ADC haja sido deferida liminar pela inconstitucionalidade. O disciplinamento dos efeitos ao final poderá recair sobre a possibilidade de introduzir novas normas no Sistema e não de retirar as que foram postas.

Atualmente, o tema é regido pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99<sup>184</sup>, que está assim enunciado:

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou de 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 seu membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Interpretamos este enunciado da seguinte forma: (i) existindo razões de segurança jurídica, ou (ii) existindo excepcional interesse social, e (iii) alcançada a maioria de dois terços dos membros, poderá o STF restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou fixar outro momento a partir do trânsito em julgado para que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos. Os dois primeiros requisitos são alternativos; o terceiro é cumulativo com um dos dois primeiros.

Ocupa-nos neste momento a questão da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

<sup>184</sup> Não é nosso objetivo examinar a constitucionalidade desse dispositivo, porquanto estamos imbuídos apenas do ânimo de tornar possível sua aplicação, considerando os limites constitucionais estabilizadores de normas jurídicas (v.g. coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido). Mesmo assim convém mencionar o lúcido entendimento de PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA (*Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, 2002, p.99) no sentido de que, além de inútil é inconstitucional o art. 27 da Lei nº 9.868/99, pois "Os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade indiscutivelmente são aspectos substanciais da decisão, escapando, por tal motivo, à regulamentação por lei ordinária."

No que atina ao disciplinamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o enunciado legal é expresso no sentido de que a regra é o não disciplinamento dos efeitos ocorridos durante a vigência da norma declarada inconstitucional, o que implica dizer que, em princípio, não devem ser mantidos<sup>185</sup> no sistema jurídico. Apenas se razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social e tendo sido alcançada a maioria de dois terços é que tais efeitos (alguns ou todos) podem ser mantidos.

Vê-se ainda os resquícios da teoria da nulidade *ab initio* da norma declarada inconstitucional, devendo, por isso, todos os seus efeitos serem retirados da ordem jurídica.<sup>186</sup>

Assim, os efeitos referidos, que são normas jurídicas individuais e concretas, somente permanecem no ordenamento jurídico se, declarado inconstitucional seu fundamento de validade, houver excepcional interesse social ou razões de segurança jurídica. Transportando para o Direito Tributário, a declaração de inconstitucionalidade da RMIT implicaria, necessariamente, a

<sup>185</sup> Nesse sentido LÊNIO LUIZ STRECK (*Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, 2002, p. 541) ao examinar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. Diz o eminente autor que "está-se diante, pois, de uma espécie de 'inconstitucionalidade por tempo certo' ou 'inconstitucionalidade interrompida', quebrando a tradição de dar efeito *ex tunc* às ações diretas de inconstitucionalidade."

<sup>186</sup> Demonstra a mesma preocupação SACHA CALMON NAVARRO COELHO (*O controle da constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*, 1999, p. 203), ao assinalar que "...restou arraigado o dogma de que as decisões da Suprema Corte, quer as pronunciadas no sistema difuso, quer as prolatadas no sistema concentrado - o que é grave - possuem sempre efeito *ex tunc*. A combinação desse efeito com a possibilidade de rescisórias, mesmo sem ofensa à literal disposição de lei, como predicado no CPC, é simplesmente devastadora para a segurança jurídica dos jurisdicionados, sem falar na inutilização do processo difuso de controle de constitucionalidade..."

retirada das normas individuais e concretas derivadas daquela RMIT e veiculadas por atos administrativos de lançamentos tributários ou por autolançamento do sujeito passivo, a menos que excepcional interesse social ou razões de segurança jurídica laborem em contrário<sup>187</sup>.

Portanto, o alcance da remoção dos efeitos jurídicos da RMIT declarada inconstitucional é de fundamental importância para se saber acerca da retirada ou não da sua validade. Se a decisão do STF retirar todas as normas individuais e concretas derivadas da RMIT, entenderemos que, junto com a vigência (item seguinte), também resta ceifada a relação de pertinencialidade da RMIT com o sistema, restando, portanto, inválida.

Essa linha de argumentação levaria o intérprete mais apressado a concluir que faltante um daqueles requisitos ou não sendo alcançada a maioria de dois terços, o STF, automaticamente, retiraria a validade das normas individuais e concretas derivadas da RMIT declarada inconstitucional. E mais: que a referida RMIT não mais estaria apta a ser positivada e gerar novas normas individuais e concretas, se os "eventos tributários"<sup>188</sup> tiverem ocorrido antes da declaração de inconstitucionalidade.

É que a dicção do art. 27 da Lei nº 9.868/99 não prescreve tudo acerca da retirada dos efeitos da RMIT declarada inconstitucional. Há outros limites impostos pela Constituição Federal que

<sup>187</sup> Como será melhor aprofundado, a retirada dos efeitos pelo STF da norma declarada inconstitucional deve obedecer a limites constitucionais, v. g., o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e direito adquirido.

<sup>188</sup> Usamos a expressão "eventos tributários" por falta de melhor expressão. Com efeito, só pode ser "jurídico" e "tributário" o fato jurídico, enquanto enunciação-enunciada. O evento é do mundo real, fenomenológico, consumível no tempo e no espaço, não sendo de boa técnica predicá-lo de "jurídico" nem muito menos de "tributário".

sequer o STF pode olvidar em suas decisões de inconstitucionalidade. É o caso do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Presentes uma dessas formas de preclusão, que têm o condão de estabilizar direitos subjetivos, mesmo que ausente algum daqueles requisitos exigidos pelo art. 27 da referida lei, não poderá o STF com a decisão de inconstitucionalidade simplesmente "limpar" o sistema jurídico<sup>189</sup>. Portanto, ao invés de concordar com MOREIRA ALVES<sup>190</sup>, que reconheceu expressamente que a validade de uma lei declarada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição, entendemos exatamente o contrário: o não reconhecimento de validade de uma norma jurídica declarada inconstitucional, implicando assim manutenção de efeitos passados na ordem jurídica, quando presentes certas razões de natureza constitucional (v.g. direito adquirido, coisa julgada, e ato jurídico perfeito) é um imperativo do princípio da supremacia da Constituição.

Daí a importância crucial de se buscar um exame mais acurado desses limites constitucionais impostos à invalidação de normas jurídicas pelo controle abstrato de normas pelo Supremo Tribunal Federal. É o que pretendemos fazer nos itens seguintes.

<sup>189</sup> Vem bem a calhar os ensinamentos de MÁRCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ (*Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*, 1995, p. 41) que, com base na segurança jurídica, sustenta a necessidade de ponderação acerca do dogma da nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional.

<sup>190</sup> Rp. 980, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 96, p. 496 (508).

#### 4.3.2.2 A) LIMITES CONSTITUCIONAIS MATERIAIS: DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA

Nas premissas que fixamos no início deste trabalho ficou assentado o conceito de norma jurídica, de relação jurídica, de direito subjetivo e dever jurídico; enfim, fixamos as categorias com a quais trabalharíamos ao longo da empreitada.

É chegada a hora de desenhar, ainda que sem pretensões de inovar no tema, os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, precisamente no âmbito tributário<sup>191</sup>, visto que são limites<sup>192</sup> à linguagem do STF em relação à desconstituição das normas individuais e concretas postas no sistema em decorrência da positivação da RMIT declarada inconstitucional.

#### 4.3.2.2 B) DIREITO ADQUIRIDO

Direito adquirido é direito subjetivo.

Ocorre que esse direito subjetivo pode ser de duas ordens: direito à aplicação de uma norma geral e abstrata, resultando uma relação jurídica em sentido estrito; ou o próprio direito subjetivo inserto na relação jurídica surgida com a positivação da norma.

<sup>191</sup> Estamos conscientes de que tais conceitos são categoriais, pertencentes, portanto, aos quadrantes da Teoria Geral do Direito.

<sup>192</sup> Cabe bem advertir, nas palavras de GILMAR FERREIRA MENDES (*Jurisdição constitucional*, 1999, p. 192), *apud* ZAGREBELSKY, que, "em relação ao sistema italiano, o advento dos prazos de decadência e de prescrição e a formação da coisa julgada impõem limites à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade (*La giustizia costituzionale*). Só que na Itália o problema da eficácia *ex tunc* está inteiramente vinculado à possibilidade de impugnação dos atos singulares, não tendo, por isso, natureza constitucional. A amplitude da eficácia *ex tunc* é definida em lei (...)".

É comum o sujeito reunir todos os elementos de ordem fática, necessários e suficientes a desencadear a incidência da norma, mas não provocar tal mecanismo, ou mesmo provocando, não receber do órgão competente a norma individual e concreta positivada. Noutra aproximação, diríamos: a não-provocação por parte do interessado (ou a provocação sem a devida resposta da autoridade competente) não permite a constituição em linguagem do seu direito subjetivo.

Nesse caso, não se tem ainda direito subjetivo porque não há relação jurídica em sentido estrito. Há, é verdade, uma outra relação jurídica em sentido lato em que o contribuinte tem o direito subjetivo de ver positivada a norma; esta sim, quando positivada, constituidora da relação jurídica em sentido estrito, com os seus respectivos elementos, quais sejam, respectivo direito subjetivo (que é direito adquirido!), dever jurídico e prestação.

Então, somente com a norma individual e concreta é que surge o direito subjetivo, que pode ou não ser adquirido, dependendo da estabilidade que o sistema jurídico garantir àquela norma jurídica.

Nesse passo, cabe advertir que a decadência e a prescrição, impondo limites à produção de normas individuais e concretas<sup>193</sup> (e não às normas gerais e abstratas), também são utilizadas pelo sistema para estabelecer direitos adquiridos. Ou seja, não são limites ao exercício da função legislativa, porque na sua generalidade a abstração do produto – norma jurídica geral e abstrata – inova originariamente a ordem jurídica; mas o são em relação às funções administrativa e judicial<sup>194</sup>. É, precisamente,

<sup>193</sup> Cf. DE SANTI, Eurico M. Diniz. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2001, p. 143 que sustenta que a decadência e a prescrição operam sobre as fontes de produção das normas individuais e concretas.

<sup>194</sup> Cf. EURICO M. DINIZ DE SANTI (*Decadência e prescrição no direito tributário*, 2001, *op. cit.* p. 149)

nesse ponto que a decadência e a prescrição exsurtem como formas de estabilização de normas jurídicas individuais e concretas, estabelecendo, assim, direitos subjetivos.

#### 4.3.2.2 c) ATO JURÍDICO PERFEITO

Entendemos que o direito adquirido advém do ato jurídico perfeito, seja ele administrativo ou judicial. É, pois, ato de positivação do direito, saindo das normas gerais e abstratas até as individuais e concretas, em que está o direito adquirido. Esse ato jurídico perfeito pode ser praticado por diversos sujeitos competentes, inclusive pelo próprio contribuinte, mas quando praticado pelo Judiciário recebe o nome de coisa julgada.

#### 4.3.2.2 d) COISA JULGADA

O direito positivo pátrio trabalha com, pelo menos, quatro acepções da expressão coisa julgada. São elas: (i) norma geral e abstrata; (ii) relação jurídica; (iii) direito sujeito; e (iv) dever jurídico.

Como norma geral e abstrata, a coisa julgada pode ser construída a partir dos enunciados contidos na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI) e no Código de Processo Civil (arts. 467 e ss.). Do enunciado constitucional construímos o seguinte conseqüente: deve ser a imutabilidade da norma inserida pelo Poder Judiciário.

Este conseqüente pode estar ligado a dois antecedentes, quais sejam:

- 1) decisão judicial transitada em julgado da qual não decorreram 2 (dois) anos; e
- 2) decisão judicial transitada em julgado da qual decorreram 2 (dois) anos.

A coisa julgada rescindível é a primeira norma; a segunda é a coisa soberanamente julgada.

Cada coisa julgada (norma geral e abstrata) possui critérios para que as relações jurídicas sejam construídas. Estas relações jurídicas também são coisa julgada. Quando o Código de Processo Civil, art. 467, diz que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença (...)” está usando a expressão “coisa julgada material” no sentido de relação jurídica. Mas é relação jurídica de direito público em sentido *lato*, conforme os ensinamentos de LOURIVAL VILANOVA<sup>195</sup>, distinta da relação jurídica de direito material constituída pela decisão judicial, e que é imutável. Um dos sujeitos da relação em sentido estrito (aquela resultante da RMIT) tem o direito subjetivo frente ao Estado-Jurisdição de não ser retirada a relação jurídica constituída anteriormente por decisão judicial. Esta sim, relação jurídica em sentido *lato*, constituída por, no mínimo, um sujeito da relação de direito material; mas o sujeito passivo é distinto daquele da RMIT.

Acepção muito próxima da anterior é coisa julgada com um dos membros da relação jurídica – direito subjetivo. É o direito subjetivo uma espécie de direito adquirido, ou melhor, “super-adquirido”. Isso porque, no caso da coisa julgada, o ato jurídico perfeito que a possibilita não é um ato administrativo passível de revisão ou um ato do contribuinte, mas um ato judicial.

Assim, a coisa julgada, à semelhança do direito adquirido, também é um direito subjetivo, só que sua imutabilidade decorre do sujeito competente que realiza o ato jurídico perfeito, que é o Poder Judiciário.

<sup>195</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, 2000, p. 267.

Ocorre que a validade de um direito adquirido pode ser questionada no Judiciário. Já proferida decisão que transite em julgado, afirmando a validade do direito adquirido, tem-se sobre o direito adquirido uma coisa julgada.

Um exemplo pode esclarecer melhor o raciocínio.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, decorridos 5 (cinco) anos do evento tributário, opera-se a decadência do direito de lançar, fazendo surgir para o contribuinte o direito subjetivo (que em função da decadência do direito de lançar já é adquirido) de não ter contra si constituído crédito tributário decorrente daquele evento tributário. Mesmo assim, o Fisco, baseado na linha de que somente a partir da homologação é que tem início o curso do prazo de decadência previsto no art. 173, I, da CTN, efetua lançamento, sendo ele questionado no Judiciário. Proferida decisão favorável ao contribuinte e transitada em julgado a decisão, não mais cabendo ação rescisória, tem-se uma coisa julgada sobre um direito adquirido.

Nesse prisma, vemos que ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada são conceitos bastante próximos, que diferem em razão de sujeito que produz a norma individual e concreta (coisa julgada é norma produzida pelo Judiciário e direito adquirido é direito subjetivo contido numa norma individual e concreta produzida pela Administração ou pelo sujeito passivo).

No STF e no STJ, atualmente, prevalece a tese de que o prazo para o sujeito passivo repetir o indébito tributário começa a contar da publicação da decisão de inconstitucionalidade da RMIT. Esse entendimento está intrinsecamente ligado à tese da nulidade da lei declarada inconstitucional, não devendo permanecer no ordenamento nenhum efeito que tal norma tenha gerado antes do reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

## Capítulo VII

### **Decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade da RMIT e as decisões judiciais**

#### **7.1 EFEITO DA DECISÃO DO STF SOBRE AS NORMAS INTRODUZIDAS PELO JUDICIÁRIO DE INSTÂNCIAS INFERIORES**

As decisões do STF em controle de constitucionalidade concentrado nem sempre encontram as decisões judiciais de outras instâncias do Poder Judiciário em consonância com o que foi decidido pela Corte Suprema. Daí ser comum o STF decidir pela constitucionalidade da RMIT e, ao tempo da decisão, coexistirem no sistema decisões com trânsito em julgado afirmando, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da RMIT, ou, inversamente, o STF decidir pela inconstitucionalidade e, ao tempo da decisão, coexistirem outras decisões judiciais baseadas na constitucionalidade da RMIT.

### 7.1.1 As situações investigadas

Diante dessa polêmica, é objetivo deste Capítulo investigar aquelas situações em que a decisão de mérito, em ADIn e ADC, resolve a questão da constitucionalidade da RMIT em sentido contrário às decisões das outras instâncias do Poder Judiciário.

As decisões do STF em ADIn ou ADC podem surpreender as decisões judiciais em três estágios distintos: (i) em prazo recursal; (ii) transitada em julgado com possibilidade de rescisória; e (iii) transitada em julgado com escoamento do prazo da ação rescisória.

Esses estágios das decisões judiciais impõem que a análise seja feita quer no tocante ao direito do Fisco, quando tem decisão judicial fundamentada na constitucionalidade da RMIT, proferida antes da constituição do crédito tributário, quando em curso ainda o prazo de decadência, ou após a constituição do crédito, já no curso do prazo prescricional; quer em relação ao sujeito passivo da obrigação tributária, quando tem decisão judicial assentada na constitucionalidade da RMIT impeditiva da restituição do indébito.

### 7.2 NORMAS PASSÍVEIS DE IMPUGNAÇÃO POR RECURSO

Decidido o mérito da ação de repetição de indébito contrário à pretensão do sujeito passivo e sobrevivendo, antes de escoado o prazo recursal, decisão cautelar com efeito vinculante ou de mérito, o tribunal *ad quem*, se interposto o recurso cabível, fica obrigado a reformar a decisão de improcedência do Juízo *a quo*, porquanto o efeito vinculante inerente à decisão de inconstitucionalidade retira do Judiciário o "livre convencimento motivado"

atinente à constitucionalidade da RMIT. Tanto é assim que, completando a norma jurídica, se o Tribunal insistir na vigência da RMIT declarada inconstitucional, caberá ao sujeito passivo recorrer ao STF via ação de reclamação constitucional, com fundamento na necessidade de garantia da autoridade das decisões do STF (CF, art. 102, alínea I), sem olvidar das possíveis sanções para os Juízes que infringirem a norma geral e abstrata do efeito vinculante.

Essa mesma conclusão aplica-se nas hipóteses em que há contra a Fazenda Pública decisão judicial pela inconstitucionalidade da RMIT, impedindo-a de constituir o tributo (nas hipóteses de lançamento) ou desobrigando o sujeito passivo de constituí-lo (autolancamento), ou ainda impedindo a proposição da execução fiscal, e o STF decide, em ADIn ou ADC, em sede cautelar com efeito vinculante ou de mérito, pela constitucionalidade da RMIT.

### 7.3 NORMAS PASSÍVEIS DE IMPUGNAÇÃO POR AÇÃO RESCISÓRIA

A sentença judicial, pondo fim ao processo (CPC, art. 162, parágrafo primeiro), pode ou não obter o atributo da coisa julgada. Não sendo passível de recurso, porque sem previsão legal, ou, se previsto, não interposto dentro do prazo legal<sup>218</sup>, forma-se a coisa julgada. Pode ser formal ou material, conforme torne imutável a decisão dentro do mesmo processo em que foi

<sup>218</sup> Advertimos apenas que a intempestividade recursal há que ser constituída, em termo de norma individual e concreta, pela decisão judicial.

proferida (coisa julgada formal) ou em qualquer processo (coisa julgada material)<sup>219</sup>.

Apenas a coisa julgada material interessa aos limites desta abordagem.

A coisa julgada<sup>220</sup> material, reiterando o que dissemos no item 4.3.2.2d) do Capítulo IV, pode alcançar dois graus, quais sejam, a coisa julgada e a coisa soberanamente julgada, ocorrendo esta quando escoado o prazo decadencial para propositura da ação rescisória (art. 495, CPC) ou quando proposta, é julgada improcedente.

Neste momento nossa atenção está voltada para a primeira hipótese.

Nesse passo, se o STF declara inconstitucional a RMIT e o sujeito passivo tem contra si decisão judicial transitada em julgado fundamentada na constitucionalidade da RMIT, tem ele – sujeito passivo – direito subjetivo público à não-aplicação da norma por parte do Judiciário (e também do Executivo), e estes órgãos têm o dever jurídico de natureza pública de não aplicarem a norma declarada inconstitucional. Eis uma típica relação de direito público<sup>221</sup> em sentido amplo, estabelecida

<sup>219</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2001, v. 5, p. 117.

<sup>220</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 1 ed., v. III, p. 696.

<sup>221</sup> Estamos utilizando a expressão “relação de direito público” no sentido lembrado por LOURIVAL VILANOVA (*Causalidade e relação no direito*, 2000, p. 253), ao ensinar que “A publicização de uma relação não é pelo seu titular”. E mais adiante conclui que “Mas o sujeito de direito público, em lugar da espécie negocial, vale-se de um ato expropriatório, a relação jurídica é outra. O ato deixa de ser contratual, para revestir-se de ato administrativo...”. Complementamos dizendo que o mesmo ocorre em relação ao ato jurisdicional no controle concentrado de constitucionalidade.

pelo Judiciário<sup>222</sup>, na declaração de inconstitucionalidade, e tendo como sujeitos passivos o Executivo e o próprio Judiciário de outras instâncias, e sujeitos ativos as pessoas sujeitas à imposição da RMIT. Esse direito é conferido pelo efeito vinculante (no sentido de dever jurídico do Judiciário e do Executivo) de a eficácia *erga omnes* (na acepção de direito subjetivo dos sujeitos passivos) da norma introduzida pelo STF no exercício do controle concentrado.

Inversamente, na hipótese de decisão judicial transitada em julgado proibindo o Fisco de realizar o lançamento ou de cobrar o crédito, assentada da inconstitucionalidade da RMIT, e sobre vindo decisão do STF em ADIn ou ADC pela constitucionalidade da RMIT, o Fisco tem o direito de constituir e cobrar o crédito tributário.

Nas duas hipóteses, contudo, é preciso saber se a decisão do STF em controle concentrado em sentido contrário às decisões judiciais de outras instâncias teria o condão de ensejar a proposição da ação rescisória.

O Supremo Tribunal examinou a questão várias vezes, ora aplicando a Súmula 343<sup>223</sup>, ora não. Quando aplicou a Súmula, tese atualmente minoritária no Excelso Pretório, o entendimento era de que a ação rescisória não se presta, pela sua natureza excepcional, a corrigir entendimento adotado em decisão judicial

<sup>222</sup> Daí a importância do estudo do cálculo normativo entre a norma introduzida pelo STF e a regra-matriz de incidência. Também a importância da discussão acerca da vinculabilidade ou não do próprio STF às suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

<sup>223</sup> Prescreve a Súmula 343 que “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.”

contrário à corrente doutrinária e jurisprudencial<sup>224</sup>. Atualmente, contudo, prevalece no STF o entendimento de que é inaplicável a Súmula 343 em matéria constitucional, sendo cabível rescisória pelo fundamento inserto no art. 485, V, CPC<sup>225</sup> (violação à literal disposição de lei).

Entendemos cabível a rescisória independentemente do texto legal ser controvertido ou não nos tribunais à época da decisão rescindenda. É que, quando o STF prescreve a incompatibilidade com a Constituição Federal, constituindo assim a inconstitucionalidade da RMIT<sup>226</sup>, ou, inversamente, prescrevendo a constitucionalidade da RMIT, cria o sentido, a significação, enfim, cria a norma (no sentido de norma introduzida). Relembremos a nossa premissa: norma é a significação (e não o texto) que o intérprete constrói a partir do contato com os enunciados prescritivos.

Nesse passo, a decisão judicial transitada em julgado que esteja em confronto com decisão do STF em controle concentrado, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, desafia a propositura de ação rescisória<sup>227</sup> pelo fundamento de “violação à literal disposição de lei”, inserta no Código de Processo Civil, art. 485, inciso V. Neste sentido são as abalizadas lições do Prof. FRANCISCO BARROS DIAS<sup>228</sup>, ao doutrinar que:

<sup>224</sup> RTJ 43/289 e 43/339.

<sup>225</sup> RTJ 101/207 e 114/361.

<sup>226</sup> Em sentido contrário ADA PELLEGRINI GRINOVER (*A marcha do processo*, 2000, p. 5) ao argumento de que os precedentes do STF apontam apenas para as hipóteses em que a decisão rescindenda é pela constitucionalidade e a decisão do STF em ADIn e ADC é pela inconstitucionalidade.

<sup>227</sup> Em sentido contrário EURICO M. DINIZ DE SANTI e PAULO CESAR CONRADO (Controle direto de constitucionalidade e repetição do indébito tributário, *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 86, 27:33).

<sup>228</sup> DIAS, Francisco Barros *Cosa julgada inconstitucional*. Dissertação de mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2001, p. 111.

“Podemos ainda dizer que, em se tratando de inconstitucionalidade do julgado ou que emprestou validade à norma inconstitucional, a rescisória seria e é cabível com fulcro no inciso V, em que prevê a hipótese de violação de disposição de lei.”

Tanto o Judiciário quanto o Executivo, por força da falta de validade (se esta for retirada) e da Lei n° 9.868/99, art. 28, parágrafo único, ficam impedidos de aplicar a norma declarada inconstitucional, ou, inversamente, ficam obrigados a aplicar a norma declarada constitucional.

Agora, é preciso lembrar que as hipóteses elencadas pelo Código de Processo Civil para cabimento da rescisória, exatamente por conformarem o desenho normativo da coisa julgada, são taxativas<sup>229</sup>, assim como taxativo é o prazo decadencial de dois anos para a interposição da ação após o trânsito em julgado.

Também há outro dado que deve ser considerado nessa conformação normativa. É que, se no curso do prazo decadencial para a propositura da rescisória sobrevier cautelar, pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade, restará suspenso o referido prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, voltando ao curso normal com o trânsito em julgado da ação de controle concentrado. Em relação aos sujeitos passivos, a cautelar de constitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, impede que o Judiciário considere tecnicamente eficaz a RMRI, constituindo o fato jurídico pagamento indevido.

<sup>229</sup> Bem a propósito ensina ADA PELLEGRINI GRINOVER (*A marcha do processo*, 2000, p. 4) que “só em casos excepcionais, taxativamente prescritos pelo legislador, prevê o ordenamento jurídico a possibilidade de desconstituir-se a coisa julgada por intermédio da ação rescisória”.

De outro lado, a cautelar de inconstitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, impede que o Judiciário considere eficaz tecnicamente a RMIT.

Eis os motivos por que a cautelar com efeito vinculante suspende o prazo decadencial<sup>230</sup>.

#### 7.4 NORMAS NÃO MAIS PASSÍVEIS DE AÇÃO RESCISÓRIA

Declarada inconstitucional a RMIT, que é norma de comportamento geral e abstrata, as normas individuais e concretas produzidas e que alcançaram um certo grau de estabilidade permanecem, em princípio,<sup>231</sup> no ordenamento jurídico. Não são eliminadas automaticamente com a retirada da vigência e da eficácia técnica da norma. Isso implica aceitar a permanência de normas individuais e concretas no ordenamento cujo fundamento imediato de validade – a RMIT – fora declarado inconstitucional, com perda de vigência e de eficácia. Permanecem no sistema, mas com outros fundamentos de validade, tais quais, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

<sup>230</sup> O STJ, REsp nº 158.004, 5ª Turma, Ministro José Dantas, DJ de 18.05.1998 já decidiu que: "Administrativo. Ação. Prescrição. Em conta o princípio da *actio nata* e da modernidade do direito, há de compreender-se ao lado do vetusto rol *numerus clausus* do art. 169 do Código Civil, a causa suspensiva da prescrição da ação, fundada na lei suspensa em seus efeitos por liminar do Supremo Tribunal Federal, concedida em ação direta de inconstitucionalidade".

<sup>231</sup> Dissemos "em princípio", porquanto o direito tem mecanismos normativos de estabilização de suas normas, que variam em conformidade com o grau (direito adquirido, no nível individual e concreto, e expectativa de direito no nível geral e abstrato) e tempo de positividade (coisa julgada, decadência e prescrição, por exemplo), além do sujeito responsável pela positividade.

Entendemos, já dissentido do conteúdo semântico da Súmula 343 do Excelso Pretório, que também nesse caso há violação à literal disposição de lei da mesma forma que no item 7.3 *supra*. Só que, desta feita, após o transcurso do prazo de 2 (dois) anos do trânsito em julgado, não há mais o mecanismo processual da rescisória para rescindir a decisão, sobrepondo-se a coisa soberanamente julgada (irrescindível) à violação à literal disposição de lei.

Vê-se o cuidado que se deve ter em relação a essas normas individuais e concretas constitutivas de relações jurídicas em sentido estrito e fixadoras da situação jurídica dos sujeitos passivos em relação ao Fisco, o que impõe considerar se o ordenamento jurídico não impediria a retirada com base noutra norma jurídica: a coisa julgada, por exemplo. Quer dizer: a coisa julgada é um limite objetivo em relação à introdução de normas pelo STF que expulsa as normas individuais e concretas do sistema ou que crie, obrigue, outros órgãos a retirá-las.

A coisa julgada é também uma norma jurídica de comportamento. Proíbe que os agentes competentes (inclusive o próprio STF) retirem do sistema jurídico as normas jurídicas individuais<sup>232</sup> após o decurso de determinado espaço de tempo. A essa proibição, perfectibilizadora da relação de direito público, alia-se o direito subjetivo dos administrados na permanência daquela norma individual e concreta e, evidentemente, a relação jurídica que irradia. Essa é a coisa julgada relação jurídica, que

<sup>232</sup> Em análise superficial temos que a norma jurídica coisa julgada age precisamente sobre o prescritor das normas individuais, prescrevendo sua imutabilidade. Sobre a hipótese, onde estão as descrições de fatos, não haveria, em princípio, a coisa julgada, porque, de acordo com o art. 469, I, do CPC, os motivos da sentença, ainda que determinantes, não fazem coisa julgada.