



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O PAPEL DAS DIMENSÕES RETÓRICAS NAS MODULAÇÕES DOS EFEITOS  
DAS DECISÕES TRIBUTÁRIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Hudson Eduardo de Almeida Frank

Brasília  
2021



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Hudson Eduardo de Almeida Frank

## **O PAPEL DAS DIMENSÕES RETÓRICAS NAS MODULAÇÕES DOS EFEITOS DAS DECISÕES TRIBUTÁRIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para a obtenção do título de mestre em Direito.

**Área de Concentração:** Direito, Estado e Constituição.

**Linha de Pesquisa:** (II) Constituição e democracia.

**Orientadora:** Prof. Dra. Claudia Rosane Roesler.

**Coorientador:** Prof. Dr. Isaac Reis.

Brasília  
2021

Hudson Eduardo de Almeida Frank

**O PAPEL DAS DIMENSÕES RETÓRICAS NAS MODULAÇÕES DOS EFEITOS  
DAS DECISÕES TRIBUTÁRIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de mestrado

O candidato foi considerado \_\_\_\_\_ pela banca examinadora.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Doutora Claudia Rosane Roesler – Presidente  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB)

---

Professor Doutor Valcir Gassen  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB)

---

Professor Doutor Isaac Reis  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB)

---

Professor Doutor Henrique Smidt Simon  
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)



*Dedico esta dissertação de mestrado ao Deus único, santo e eterno, o Eu Sou, porque dEle, para Ele e por meio dEle são todas as coisas. A Ele, pois, toda a glória.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao grandioso e mui digno Deus pela oportunidade concedida de realizar o mestrado na Universidade de Brasília (UnB), local prestigiado, de estudos sérios, e de importância elevada para os profissionais jurídicos e toda a sociedade.

Sem Ele não teria condições de cursar as disciplinas, realizar os estudos e escrever esta dissertação. Glórias ao Senhor por sua graça infindável, sua doce misericórdia e sua grandiosa bondade.

Não haveria nada disso sem minha esposa, Kethelyn Nayara de Almeida Frank, que, além de me suportar nas horas difíceis, me apoiar nos momentos de fraqueza e de dúvidas, e me ajudar sobremaneira com sua mente brilhante, suas lindas ideias e paciência imensurável, foi quem me apresentou o programa de mestrado em Direito e quem fez o impossível para me ajudar a ingressar nele.

Sou grato aos meus pais, Hudson Eduardo da Silva Araújo e Renate Frank Araújo, que desde 1996 têm me amado incondicionalmente e cuidado de mim sobremaneira, mesmo nos momentos em que menos mereci.

Agradeço aos meus amigos, que são mais do que irmãos, que sempre têm me amparado e me lembrado dos caminhos divinos.

Finalmente, não posso deixar de gratificar aos meus orientadores, Claudia Rosane Roesler e Isaac Reis, que aceitaram o desafio de me acompanharem nessa jornada e de empreender juntamente comigo a respeito dos caminhos da retórica no Direito. Suas lições, recomendações, e correções foram e são o motivo desta pesquisa ser o que é.

*Porque o amor do dinheiro é raiz de todos os males; e alguns, nessa cobiça, se desviaram da fé e a si mesmos se atormentaram com muitas dores.*

Sagradas Escrituras, Primeira Epístola de Timóteo,  
Capítulo 6, Versículo 10.

## RESUMO

O trabalho se insere no âmbito do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF), tanto o difuso, quanto o concentrado, e visa compreender quais as estratégias e linhas retóricas esse tribunal adota, prefere e mais utiliza no contexto de decisões que envolvam os contribuintes, empresas e pessoas físicas, e a União, e também explicar os resultados obtidos. Esta pesquisa surge como uma maneira de investigar retoricamente decisões que envolvem tributos e que receberam a modulação dos efeitos, uma vez que os estudos sobre esse assunto ainda engatinham no âmbito jurídico. Para que o empreendimento fosse posto em prática, foi utilizada a Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD), a fim de prospectar ocorrências retóricas nas decisões selecionadas, a partir dos indicadores criados especificamente para esta análise. Para a escolha dessas decisões, foi utilizado o método de pesquisa não probabilístico de amostra por quotas: nada mais é do que uma seleção intencional, onde o pesquisador procura obter uma porção que seja similar à população em algum aspecto. Neste caso, são consideradas várias características do universo pesquisado, como sexo, idade e tipo de trabalho; a amostra pretende incluir proporções similares de pessoas com as mesmas particularidades, e nesta pesquisa foi feito com um grupo de decisões unidas pela modulação de efeitos em matéria tributária. Com o estudo, constatou-se que o STF prefere utilizar igualmente técnicas de persuasão voltadas para as emoções e para os sentimentos (*pathos*), bem como e para a despersonalização de argumentos (*logos*).

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal (STF); controle de constitucionalidade; retórica; decisões; tributos; Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD); dimensões; ocorrências; indicadores; *ethos*; *pathos*; *logos*.



## ABSTRACT

The work falls within the scope of constitutionality control of the Supremo Tribunal Federal (STF), both diffuse and concentrated, and aims to understand which strategies and rhetorical lines this court adopts, prefers and uses more in the context of decisions involving the taxpayers, companies and individuals, and the Federal Government, and also explain the results obtained. This research emerges as a way to rhetorically investigate decisions that involve taxes and that received the modulation of effects, since studies on this subject are still crawling in the legal field. For the project to be put into practice, the Empirical-Rhetorical Discourse Analysis (ERDA) was used in order to prospect rhetorical occurrences in the selected decisions, based on the indicators created specifically for this analysis. To choose these decisions, the non-probabilistic research method of sampling by quotas was used: it is an intentional selection, where the researcher seeks to obtain a portion that is similar to the population in some respect. In this case, several characteristics of the researched universe are considered, such as gender, age and type of work; the sample intends to include similar proportions of people with the same particularities, and this research was carried out with a group of decisions united by the modulation of effects in tax matters. With the study, it was found that the STF also prefers to use persuasion techniques aimed emotions and feelings (pathos), as well as for the despersonalization of arguments (logos).

**Key words:** Supremo Tribunal Federal (STF); constitutionality control; rhetoric; decisions; taxes; Empirical-Rhetorical Discourse Analysis (ERDA); dimensions; occurrences; indicators; ethos; pathos; logos.

## LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AERD	Análise Empírico-Retórica do Discurso
AgR	Agravo Regimental
ALPR	Assembleia Legislativa do Estado do Paraná
CE	Estado do Ceará
CNI	Confederação nacional da Indústria
Confaz	Conselho Nacional de Política Fazendária
CR	Constituição da República
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos de Declaração
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPI	Imposto Sobre Produtos Industrializados
ISS	Imposto sobre Serviços
MG	Estado de Minas Gerais
MI	Mandado de Injunção
MTA	Moderna Teoria da Argumentação
PA	Estado do Pará
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PGR	Procurador Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
SE	Estado de Sergipe
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
<b>1 O DISCURSO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>16</b>
<b>1.1 A garantia da supremacia da constituição.....</b>	<b>16</b>
<b>1.2 O controle difuso .....</b>	<b>21</b>
1.2.1 O caso Marbury vs. Madison .....	22
1.2.2 O Recurso Extraordinário .....	25
1.2.3 O Mandado de Injunção .....	26
1.2.4 Efeitos da decisão no controle difuso.....	27
<b>1.3 O controle concentrado.....</b>	<b>28</b>
1.3.1 As ações diretas .....	28
1.3.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade .....	28
1.3.1.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade .....	31
1.3.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão .....	32
1.3.1.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	34
1.3.2 Efeitos da decisão no controle concentrado .....	36
<b>1.4 A tópica da modulação de efeitos.....</b>	<b>37</b>
<b>1.5 O discurso do controle de constitucionalidade em matéria tributária .....</b>	<b>39</b>
<b>2 A RETÓRICA .....</b>	<b>47</b>
<b>2.1 A retórica na história .....</b>	<b>47</b>
<b>2.2 A sistemática retórica .....</b>	<b>51</b>
2.2.1 Invenção ( <i>heurésis</i> ) .....	51
2.2.2 Disposição ( <i>taxis</i> ).....	53
2.2.3 Elocução ( <i>lexis</i> ).....	54
2.2.4 Ação ( <i>hyprocrisis</i> ).....	55
<b>2.3 O direito e a retórica .....</b>	<b>56</b>
<b>3 METODOLOGIA .....</b>	<b>59</b>
<b>3.1 O método de pesquisa não probabilístico de amostra por quotas .....</b>	<b>59</b>
<b>3.2 As decisões selecionadas .....</b>	<b>60</b>
<b>3.3 A Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD) .....</b>	<b>61</b>
<b>4 ANÁLISE DAS DECISÕES COLETADAS.....</b>	<b>68</b>
<b>4.1 Controle difuso .....</b>	<b>68</b>
4.1.1 RE n. 559.943-4/RS .....	68
4.1.2 RE n. 680.089/SE.....	70
4.1.3 RE n. 593.849/MG .....	73
<b>4.2 Controle concentrado.....</b>	<b>75</b>
4.2.1 ADI n. 429/CE .....	75
4.2.2 ADI n. 4.481/PR.....	79
<b>4.3 Resultados .....</b>	<b>81</b>
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>88</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>91</b>
<b>ANEXO A – DECISÕES ANALISADAS.....</b>	<b>98</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se insere no âmbito do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF), tanto o difuso, quanto o concentrado, e visa compreender quais as estratégias e linhas retóricas esse tribunal adota, prefere e mais utiliza no contexto de decisões que envolvam os contribuintes —empresas e pessoas físicas— e a União.

A modulação dos efeitos das decisões judiciais do STF tem aumentado com o passar dos anos, em ambos os controles de constitucionalidade, como se verá. O alcance desses julgados, respeitados os limites em cada uma das modalidades, atinge um grande número de pessoas, físicas ou jurídicas, e também muito impactam o ordenamento pátrio e a própria sociedade.

Torna-se de extrema relevância a atuação dos magistrados que tomam tais decisões colegiadamente, os ministros do STF. Contudo, a maneira como decidem, isto é, como concatenam as suas razões e os seus motivos, possui não somente caráter puramente argumentativo, mas também outras facetas, com uma série de elementos que constituem o discurso proferido.

Como é natural, a atividade dos tribunais superiores, principalmente a do STF, reservam maior atenção, na medida que atuam de modo significativo na resolução de conflitos entre os demais Poderes, entre os grupos sociais, e entre a sociedade civil organizada e o Estado, especialmente para aqueles que dependem direta e indiretamente do sistema tributário nacional. Isto, principalmente, pois a sua produção de julgados relevantes, com efeitos *erga omnes* e com a própria repercussão geral.

O enfoque dado à atuação judicial é muitas vezes decorrente das análises *standards* das teorias da argumentação jurídica, que buscam, sobretudo, critérios de correção das decisões judiciais. Isto não significa dizer que se tenta revelar ou explicar por quais motivos uma decisão foi tomada, mas apenas como deveria, partir de modelos de análise e de avaliação em casos concretos, ser realizado o processo decisório<sup>1</sup>.

Contudo, mais e mais se percebe que esse sistema não funciona meramente por regras formais e lógicas, ou meramente com *scripts* de um modelo universal aplicado a casos reais, mas também por elementos como a retórica, nem sempre tão evidentes.

É certo que os assuntos relacionados à argumentação jurídica são cruciais para a realidade brasileira, principalmente aqueles voltados para as decisões judiciais, uma vez que o

---

<sup>1</sup> ROESLER, Claudia. Análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac. Retórica e argumentação: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 28.

Brasil possui um Poder Judiciário muito atuante e uma carga imensa de processos a serem por ele julgados.

Assim, a abordagem será mais descritiva do que prescritiva: não se busca a análise de decisões judiciais com a pretensão de correção, mas sim como os discursos jurídicos dos ministros do STF colegiadamente constituem redes de significado. Isto é, a evidenciação das “técnicas retóricas efetivamente usadas, as variações do discurso, as repetições e como os juristas e, sobretudo os juízes, jogam com as cartas que têm em mãos quando se trata de resolver problemas jurídicos”<sup>2</sup>.

O presente trabalho é relevante socialmente, pois traz à tona —amparado na Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD)— a maneira como decisões do STF são tomadas, isto é, quais aspectos são mais utilizados nesses textos, se de ordem de *ethos*, ou de ordem patética ou de ordem textual-racional, principalmente no que diz respeito à modulação de efeitos na seara tributária e o lugar comum que ocupa.

A presente investigação é importante para a academia, pois o assunto acerca das cargas retóricas utilizadas nas decisões deve ser, cada vez mais, debatido nesse espaço. O trabalho contribuirá com a pesquisa e o desenvolvimento no conhecimento científico referentes a esse objeto, principalmente para dar continuidade ao estudo realizado por Reis<sup>3</sup>.

Esse trabalho pretende trazer, ainda, não apenas um maior domínio, mas também avanços nos atuais conceitos da retórica, especialmente no que diz respeito às categorias de *ethos*, de *pathos* e de *logos*, amplamente presentes, cada uma em sua medida, nas decisões judiciais, e também na produção de julgados do STF.

Parte-se da ideia de que o STF, ao decidir, não dá simplesmente argumentos jurídicos, nem mesmo somente econômicos, políticos ou sociais. Há muito mais no dito e no não dito do que regras de argumentação, silogismos, lógica e a operabilidade hermenêutica do direito e das leis.

Quando se discursa, e não é diferente com o STF, utiliza-se em alguma medida a retórica. As decisões de modulação de efeitos, nos controles difuso e concentrado, não saem ilesas dessa realidade e, muitas vezes, podem ser, na verdade, propositalmente imersas nela.

---

<sup>2</sup> ROESLER, Claudia. Análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac. Retórica e argumentação: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 33.

<sup>3</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

A modulação de efeitos é para o ordenamento jurídico um *topos*<sup>4</sup>, de modo que assume o papel de lugar comum apto a guiar excepcionalmente os impactos e as consequências de uma decisão judicial, uma vez que possui alta carga retórica e poder de persuasão<sup>5</sup>.

O principal objetivo desta pesquisa, desse modo, consiste em fazer uma análise retórica dos discursos exarados no âmbito das decisões de controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, exatamente no campo tributário, para que haja o entendimento e a explicação do discurso proferido pelo STF acerca da modulação de efeitos operada na seara acima mencionada. Pretende-se entender, ao falar-se em tributos, quais são as técnicas de persuasão preferidas utilizadas dentro das dimensões retóricas.

Busca-se averiguar, portanto, quais e como são as estratégias retóricas utilizadas, a partir das categorias do *ethos*, do *pathos* e do *logos* para chegar-se ao temperamento dos efeitos dessas decisões sobre tributos.

O trabalho utiliza, portanto, a Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD), a fim possibilitar a identificação das estratégias e características retóricas de uma determinada instituição, no caso, o STF, e de um discurso jurídico presente no ordenamento brasileiro, a modulação de efeitos das decisões.

Longe de afastar todas as possibilidades que esta metodologia proporciona, optou-se por realizar apenas a análise textual das decisões coletadas, por uma questão pragmática, uma vez que o fator tempo é limitado. Isto não impede que seja realizado um futuro estudo com as gravações das sessões realizadas no julgamento dos processos aqui pesquisados o que, inclusive, é incentivado como continuidade do presente trabalho.

Para que seja possível a investigação, conceitua-se a argumentação jurídica como um amplo campo retórico, do qual os argumentos são apenas um pedaço, na medida em que

---

<sup>4</sup> O termo *tópos* é o singular de *topoi*, e significa “lugar comum”. Esta palavra advém da tópica aristotélica, presente no Organon, e parte da ideia de sentidos comuns, que são passíveis de discussão. Cf. MATTA, José Eduardo Nobra. O pensamento tópico: a contribuição de Viehweg para a Jusfilosofia Pós-Positivista. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, jul./set., 2001. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_210.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_210.pdf)>. Acesso em: 8 jun. 2021. Theodor Viehweg é quem elabora a principal obra sobre a tópica, ao retomar o pensamento grego clássico de Aristóteles. O papel central da tópica é “encontrar premissas que serão utilizadas no raciocínio jurídico”, de modo que “serve ao jurista prático, em especial, para encontrar os argumentos utilizáveis na justificação concreta de uma decisão” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004, p. 159. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/985/R163-10.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 8 jun. 2021.

<sup>5</sup> No presente trabalho é utilizado intencionalmente o termo “persuasão” que, para Perelman, é “[...] mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação”, de modo que, ainda segundo o autor, por exemplo, “de nada adianta convencer uma criança 'se não se sabe persuadi-la” PERELMAN, Chaïm. O império retórico. Porto: ASA, 1993, p. 30. Cf. OLIVEIRA, Eduardo Chagas. Persuasão: o componente pragmático da argumentação. Caderno CRH, Salvador, n. 25, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/nZsHZmXR6YyzCXry9PyZRYt/?lang=pt#>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

“se preocupa com a linguagem e a comunicação humanas enquanto construtoras de sentido e de realidades simbólicas [...] construídas dentro de comunidades que aceitam aqueles padrões como racionais”<sup>6</sup>.

É partir de Aristóteles que a técnica retórica, empírica, formaliza-se de forma teórica, sem se olvidar da importância de sua aplicação prática na sociedade democrática de sua época<sup>7</sup>.

Santos<sup>8</sup> aborda uma comparação entre dois momentos do pensamento de Aristóteles com relação à Retórica: o primeiro, exposto no Capítulo I do Livro I da Retórica, em que as emoções têm um papel periférico, externas à discussão e fora do núcleo do problema debatido; o segundo, no Capítulo II da mesma obra, em que as emoções agora são meios legítimos de convencimento e passam também a ser classificadas e estudadas, o que constitui um instrumental teórico para que o orador tenha domínio emocional do seu auditório<sup>9</sup>.

A abordagem ética das emoções no pensamento aristotélico é identificada por Santos no livro *Ética a Nicômaco*, em que “o sentir corretamente as emoções” é uma das características da formação virtuosa do indivíduo<sup>10</sup>. Contudo, o autor aduz que o indivíduo virtuoso não tende a dialogar com o retórico, pelas diferenças na utilização das emoções propostas por Aristóteles para cada um<sup>11</sup>.

A partir de Adeodato, Reis utiliza as expressões R1, R2 e R3 para falar de Retórica, respectivamente, como cosmovisão (material), como estratégias de persuasão (estratégica) e como instrumento de análise de discursos (analítica)<sup>12</sup>. Nesta linha, o presente trabalho caminha no sentido de tratar a retórica como um instrumento de análise de discursos, o que não diminui, afasta ou descarta as duas outras porções.

---

<sup>6</sup> ROESLER, Claudia. Análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac. *Retórica e argumentação: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 22.

<sup>7</sup> BRENTON, Philippe; GILLES, Gauthier. *História das teorias da argumentação*. Lisboa: Bizâncio, 2001, p. 41.

<sup>8</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018.

<sup>9</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 154.

<sup>10</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 153.

<sup>11</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 152.

<sup>12</sup> REIS, Isaac. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha*. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 30.

Os elementos discursivos serão, portanto, esquadrihados a partir da perspectiva aristotélica de *logos*, *pathos* e *ethos*, a fim de analisar qual é e como é o esforço persuasivo retórico para se modular o efeito de decisões em matéria tributária.

Autores como João Maurício Adeotado<sup>13</sup>, Katharina Sobota<sup>14</sup> e Isaac Reis<sup>15</sup> dão cabo a estudos cuja finalidade tem sido investigar a retórica utilizada nas decisões judiciais e o que ela diz sobre as cortes.

Inicialmente, será elaborado o marco teórico que dá suporte à pesquisa, com o propósito de explicar a modulação de efeitos nos controles de constitucionalidade concentrado e difuso, bem como os termos gerais das teorias da argumentação jurídica e da retórica.

Uma vez estabelecida a importância e a relevância da retórica, bem como o nível de sentido em que ela será utilizada e as dimensões a partir das quais serão definidos os indicadores, passa-se à explicitação dos caminhos metodológicos utilizados. Passada esta fase, serão tratadas as decisões coletadas.

Por fim, será analisado o mapa retórico criado a partir da pesquisa realizada sobre a retórica nas decisões escolhidas do STF e feita a leitura retórica a partir dos resultados alcançados, para assim chegar às conclusões do trabalho.

---

<sup>13</sup> ADEODATO, João M. Por um novo realismo jurídico: o retórico. In: REIS, Isaac (org.). Diálogos sobre retórica e argumentação. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 31-42.

<sup>14</sup> SOBOTA, Katharina. Rhetorisches Seismogramm – eine neue Methode in der Rechtswissenschaft. Juristenzeitung. Vol. 47, 1992, Issue 5, p.231-237. (Tradução para o português de Isaac Reis).

<sup>15</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013.



## 1 O DISCURSO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para que haja a compreensão necessária acerca da forma como o STF opera as dimensões retóricas de *ethos*, *pathos* e *logos*, principalmente no que diz respeito às modulações de efeito em matéria tributária, há de se elucidar os principais pilares e conceitos existentes dentro do discurso vigente e majoritário do controle de constitucionalidade no Brasil.

Para tanto, passe-se, primeiramente, pela supremacia de uma constituição e a necessidade de sua defesa diante das diversas incompatibilidades que podem vir a surgir com outras normas do ordenamento.

Em segundo lugar, traz-se o discurso vigente e o modelo adotado no Brasil, acerca do controle de constitucionalidade, que é misto e que se divide entre o difuso e o concentrado, de modo a destrinchar a sua origem, os seus aspectos, os seus caminhos e os seus modelos.

Em seguida, é apresentada a tópica da modulação de efeitos das decisões, a fim de explicar o discurso prevalente no ordenamento jurídico brasileiro e o seu modo de funcionamento.

Por fim, discute-se a respeito do campo sobre o qual esta pesquisa fará a análise, qual seja o controle de constitucionalidade em matéria tributária.

### 1.1 A garantia da supremacia da constituição

No conceito de Hans Kelsen<sup>16</sup>, a norma fundamental, no sentido adotado pelo autor austríaco de norma mais importante do sistema<sup>17</sup>, é aquela pela qual todas as normas do ordenamento jurídico possuem validade e eficácia: quase em todos os casos, uma constituição. No Brasil, temos a Constituição da república (CR), de modo que é nela que se busca o fundamento de validade de todas as normas existentes<sup>18</sup>.

Ao partir desse pressuposto, Norberto Bobbio<sup>19</sup> afirma que os conteúdos normativos necessitam de coerência com o todo, com o ordenamento jurídico que os envolve. Nesse sentido há ou deveria haver a garantia da supremacia da constituição, de modo que todas as normas devem não somente estar de acordo com a norma fundamental, mas também apontar para ela:

---

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 221.

<sup>17</sup> Para Kelsen, existe um outro conceito de norma fundamental: neste sentido, ela seria a norma hipotética, que dá um fundamento meramente pensado ao ordenamento e tem a função de fechá-lo. KELSEN, Teoria Pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 215-217.

<sup>18</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. ed. rev. E atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 21.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010 (Justiça e direito).

O reconhecimento da supremacia da constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.<sup>20</sup>

Esse cenário talvez seja o mais utópico, pois a realidade é outra: muitas vezes o que se tem é, em verdade, a violação da CR. Surge, então, com as sociedades democráticas, a necessidade de se controlar aquilo que foge ao que deveria ser —a conformidade com a norma fundamental—, a primordialidade de se consertar a inconstitucionalidade e os vícios.

A origem formal do constitucionalismo moderno está ligada às constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, pelas quais se busca limitar o poder do estado e a sua organização, a partir da previsão de direitos e garantias fundamentais<sup>21</sup>.

E para combater-se as desconformidades com a norma fundamental, representada pela constituição, é que surge a classificação das inconstitucionalidades, que podem ser verificadas a partir de diferentes elementos ou critérios<sup>22</sup>, como o momento em que ela são apuradas, ou pela omissão ou pela comissão estatal, ou, ainda, o processo de sua elaboração ou o seu próprio conteúdo.

Os primeiros tipos de desacordos com a constituição advêm da relação formal e material com a norma fundamental: isto é, no primeiro caso, há a produção de uma norma com divergência com a competência ou com o procedimento estabelecido constitucionalmente<sup>23</sup>; no

---

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Pedro Gonet. Curso de direito constitucional. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 1.185. 9788553618088. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

<sup>21</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 29.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 47.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 48.

segundo caso, o conteúdo normativo de um ato primário<sup>24</sup> está em contrariedade com alguma norma substantiva<sup>25</sup> prevista na CR<sup>26</sup>.

Dentro do grupo das inconstitucionalidades formais ou objetivas, apresentam-se as subcategorias *orgânica*, relacionada com as regras de competência para a edição do ato, e *formal propriamente dita*, traduzida pela inobservância do processo legislativo próprio.

Já a incompatibilidade material é expressa pelo confronto entre a norma e a Constituição no quesito substantivo, ou de seu conteúdo com algum princípio constitucional.

Existem outros tipos de inconstitucionalidade, como a por ação ou a por omissão. Como a dita lei maior é uma norma jurídica, ela possui imperatividade, pois é dotada de um imperativo ou comando, que, em regra, permite ou proíbe determinada conduta<sup>27</sup>. Assim, fugir ao que a CR determina é ser omissos, ou comissos, no caso de ela vetar algum comportamento ou ação.

Especificamente no caso da omissão inconstitucional, existem dois remédios jurídicos cuja finalidade é justamente reparar esse problema: o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da CR<sup>28</sup>, para “a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora”<sup>29</sup>; e a ação de inconstitucionalidade por omissão, insculpida no art. 103, §2º da CR<sup>30</sup>, para “o controle por via principal e em tese das omissões normativas”<sup>31</sup>. Ambos serão elucidados em item próprio.

Não pode fugir do alcance das inconstitucionalidades as omissões, sejam elas totais ou parciais, pois também são alvo do controle de constitucionalidade. A inconstitucionalidade negativa, ou por omissão, é, por sua vez, uma característica das “constituições-dirigentes-

---

<sup>24</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, “atos normativos primários são aqueles que, como a lei, têm aptidão para inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 48.

<sup>25</sup> Quanto à natureza, normas substantivas são aquelas que definem e regulam relações jurídicas e, assim, criam direitos e impõem deveres. Cf. DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 350-351

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 48.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 53.

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso LXXI. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 13 jul. 2020.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 55.

<sup>30</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 103, §2º. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 13 jul. 2020.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 55.

vinculativas”, especialmente as normas de eficácia limitada<sup>32</sup>, de modo que a omissão estatal, ao deixar de cumprir a Constituição, constitui-se de comportamento que se reveste de maior gravidade político jurídica, pois a inércia do Poder Público assim também ofende não só a norma fundamental, mas os direitos que nela se fundamentam<sup>33</sup>.

A primeira ocorre quando o legislador tem o dever jurídico de atuar, mas abdica-se inteiramente de fazê-lo, o que acarreta um vazio normativo na matéria<sup>34</sup>. Há uma absoluta inércia do órgão responsável, seja ele administrativo ou legislativo, pela ação que deve dar efetividade à norma constitucional<sup>35</sup>

Diante desta situação podem ser tomados três caminhos, segundo Luís Roberto Barroso<sup>36</sup>:

- (a) o reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente;
- (b) apenas declarar a inexistência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la;
- (c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.

Por outro lado, tem-se a omissão parcial, em que há uma conduta positiva ou comissiva, porém incompleta, de modo que não atende na íntegra ao comando da CR, o que leva também à violação dos direitos e princípios nela contidos<sup>37</sup>.

Esta por sua vez está dividida em duas espécies: a omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. De início, tem-se que é dito “que a omissão é relativa quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, ao privá-la de um benefício, em violação ao princípio da isonomia”<sup>38</sup>. De igual modo, existem três possíveis tipos de solução para esta omissão<sup>39</sup>:

---

<sup>32</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 123.

<sup>33</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 123.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 57.

<sup>35</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 125.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 57.

<sup>37</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 127.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 58.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 58-59.

- (a) a declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação;
- (b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias;
- (c) a extensão do benefício à categoria dele excluída.

Na hipótese da omissão parcial propriamente dita, “o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe era imposta”<sup>40</sup>. Desse modo, a essa modalidade se aplica a fórmula da declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei.

Outras classificações são as inconstitucionalidades total ou parcial, direta ou indireta e superveniente ou originária, entre outras.

Segundo Pinheiro<sup>41</sup>, é o caso, quanto à extensão, de desconformidade total (quantitativa) quando a inconstitucionalidade atinge todo o ato do texto, ou seja, não há nada na norma que possa ser conservado, de modo que ela inteiramente necessita ser retirada do ordenamento jurídico por incompatibilidade com a CR. Já na hipótese parcial (qualitativa), é oriunda de princípios maiores, como a *presunção de constitucionalidade* e a *conservação dos atos jurídicos*, de modo que a inconstitucionalidade somente afeta parcela da norma.

A depender do modo como a antinomia entre um texto normativo e a Constituição ocorre, tem-se a inconstitucionalidade direta ou indireta<sup>42</sup>: diz-se que ocorre a primeira quando a norma é frontalmente contrária ao dispositivo constitucional e indireta quando o ato, antes de contrastar com a Constituição, entra em conflito com uma lei.

---

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 60.

<sup>41</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 129.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 61.

Se está a analisar a constitucionalidade em relação ao momento de sua ocorrência, então se poder ter a classificação originária ou superveniente, de modo que a primeira ocorre quando “é editado [ato normativo infraconstitucional] durante a vigência de determinada norma constitucional e é incompatível (formal ou materialmente), dar-se-á a chamada inconstitucionalidade originária”<sup>43</sup>. No segundo caso, é superveniente se “uma nova norma constitucional surge e com ela se torna desconforme um ato preexistente, e ainda no caso de mudança fática e mutação constitucional”<sup>44</sup>.

Estabelecido o raciocínio quanto à supremacia da CR, a saber os aspectos de coerência normativa com a qual as normas infraconstitucionais devem valer-se perante ela, bem como os tipos de inconstitucionalidade mais recorrentes e importantes, cumpre discorrer sobre os mecanismos de controle de constitucionalidade que operam no direito brasileiro.

## 1.2 O controle difuso

Esta modalidade de controle de constitucionalidade também é conhecida como controle *concreto, incidental*<sup>45</sup> ou *prejudicial* pois é exercido com o desempenho “normal” da função jurisdicional, isto é, em casos concretos, em que há a existência de um conflito de interesses entre partes, que resultou em uma ação judicial ou um processo, mas que neles se suscita indiretamente a constitucionalidade de determinado ato ou fato<sup>46</sup>.

Nesse sentido, diz-se incidental ou prejudicial porquanto o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não é o objeto principal da causa, nem mesmo configura a providência postulada, mas sim o reconhecimento do direito das partes envolvidas. Entretanto, é preciso que o órgão jurisdicional supere a questão da (in)constitucionalidade para que se forme o juízo principal, de modo que aquela é pressuposto lógico e necessário para a solução do problema principal<sup>47 e 48</sup>.

---

<sup>43</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 110.

<sup>44</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 110.

<sup>45</sup> Para Bruno Pinheiro, “o controle difuso é exercido de forma incidental (controle difuso/incidental), existindo, contudo, [...] controle incidental exercido em ação do controle concentrado, razão pela qual fazemos a advertência que não devem ser confundidas, por não serem sinônimos, as modalidades difusa e incidental de controle”. PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 169.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 135.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 135.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 1076. 9788553619344. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619344/>>. Acesso em: 8 jul. 2021.

Nessa modalidade, permite-se a qualquer órgão do Judiciário o controle de constitucionalidade, pois atividade inerente à jurisdição, de modo que assim se tem uma competência difusa a todos os estes organismos judiciais.

Cumprido ressaltar que

No controle difuso o juiz não declara, como objeto da ação, a inconstitucionalidade da lei, e sim deixa de aplicá-la ao caso concreto submetido a exame (declaração *incidenter tantum*), não está sujeito a maiores formalidades.

Os tribunais (Plenário ou Órgão Especial), órgãos de segunda instância ou superiores, conforme preceituado pelo art. 97 da Constituição da República, é que podem declarar a inconstitucionalidade de um lei ou ato normativo – [a chamada] reserva de plenário (grifos aditados)<sup>49</sup>.

Assim, a provocação do controle difuso-incidental de constitucionalidade pode ser feita pelo autor da ação ou pelo réu, visto que partícipes de um processo *inter partes*, com a finalidade de desatar uma controvérsia, na defesa de seus direitos subjetivos, onde se busca a solução de um conflito de interesses; desse modo, tem-se a instigação por via de exceção<sup>50</sup>.

Feitas essas considerações iniciais a respeito da fiscalização direta ou difusa de constitucionalidade, passa-se a breve recordação do caso basilar que traçou as balizas para o referido modelo de controle.

### 1.2.1 O caso Marbury vs. Madison

Em 1800, foram realizadas eleições nos Estados Unidos da América (EUA), em que o Presidente John Adams e os seus aliados federalistas foram derrotados, nos Poderes Executivo e Legislativo, pela oposição republicana de Thomas Jefferson<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 169.

<sup>50</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 120-121.

<sup>51</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshal e o controle de constitucionalidade. Revista Legislativa do Senado, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez., 2006, p. 40. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

Para manter a influência política, John Adams e o Congresso, de maioria federalista, elaboraram uma lei de reorganização do Judiciário federal denominada *the Circuit Court Act*, em que “a) reduzia-se o número de ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; [e] b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado”<sup>52</sup>.

Logo adiante, uma outra lei (*the Organic Act of the District of Columbia*) autorizou o Presidente derrotado, mas ainda em posse do cargo, a nomear quarenta e dois juizes de paz, que foram confirmados pelo Senado estadunidense<sup>53</sup>.

John Adams assinou os atos de investidura no último dia do seu governo e colocou sob responsabilidade de seu Secretário de Estado, John Marshall, entregá-los aos juizes nomeados. Contudo, o também nomeado para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte, não teve tempo de entregar as *commissions* dos novos juizes, porquanto a tarefa tinha de ser realizada no único dia restante do governo federalista. Desse modo, alguns dos nomeados ficaram sem receber os atos de investidura<sup>54</sup>.

Ao tomar Posse, Thomas Jefferson orientou o seu Secretário de Estado, James Madison, a não entregar as *commissions* aos juizes de paz restantes. Entre eles, havia um juiz chamado William Marbury, que não havia sido empossado; por isso, propôs ação judicial (*writ of mandamus*) para ter o seu direito prevalecido, com base em uma lei de 1789, denominada de *The Judiciary Act*, que atribuiu à Suprema corte a competência originária para processar e julgar ações daquele tipo<sup>55</sup>.

Em um contexto conturbado politicamente, a Suprema Corte estadunidense só se reuniu para julgar o caso de *Marbury vs. Madison* no ano de 1803.

---

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 26.

<sup>53</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshal e o controle de constitucionalidade. Revista Legislativa do Senado, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez., 2006, p. 40. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

<sup>54</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshal e o controle de constitucionalidade. Revista Legislativa do Senado, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez., 2006, p. 40. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 26.



O caso foi a primeira<sup>56</sup> decisão em que a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, ao negar a aplicação de leis que, de acordo com sua interpretação, eram inconstitucionais<sup>57</sup>.

O Juiz Marshall, ao desenvolver o seu voto, divide-o da seguinte maneira: primeiro, demonstrou que Marbury tinha direito à investidura no cargo<sup>58</sup>, segundo, que se havia tal direito, necessariamente teria de haver um remédio jurídico para assegurá-lo<sup>59</sup> e, por fim, enfrentou duas questões distintas: saber se o *writ of mandamus* era o caminho próprio e, se positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo<sup>60</sup>:

À primeira questão respondeu afirmativamente. O *writ of mandamus* consistia em uma ordem para a prática de determinado ato. Marshall, assim, examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo. Sustentou, então que havia duas categorias de atos do Executivo que não eram passíveis de revisão judicial: os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvessem atribuída a sua exclusiva discricionariedade. Fora essas duas exceções, [...] o Judiciário poderia determinar seu cumprimento. Estabeleceu, dessa forma, a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade.

Ao enfrentar a segunda questão [...], Marshall chegou à questão central do acórdão: pode a Suprema corte deixar de aplicar, por inválida, uma lei inconstitucional?

---

<sup>56</sup> “De fato, havia precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês, ou em cortes federais inferiores e estaduais”. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 27-28.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 27.

<sup>58</sup> *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): “It is, then, the opinion of the Court: 1st. That by signing the commission of Mr. Marbury, the President of the United States appointed him a justice of Peace and that the appointment conferred on him a legal right to the office for the space of five years” (É, assim, a opinião desta Corte: Primeiro. Que ao assinar o ato de investidura do Sr. Marbury, o Presidente dos Estados Unidos nomeou-o juiz de paz e que esta nomeação confere a ele o direito ao cargo pelo prazo de cinco anos. Tradução livre).

<sup>59</sup> *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): “2nd. That, having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission; a refusal to deliver which is a plain violation of that right for which the laws of his country afford him a remedy” (Segundo. Que, tendo o título jurídico para o cargo, ele tem como consequência direito ao ato de investidura; e a recusa em entregá-lo a ele é uma clara violação a esse direito, para qual as leis desse país conferem-lhe o remédio jurídico. Tradução livre).

<sup>60</sup> *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): “3. It remains to be inquired whether he is entitled to the remedy for which he applies? This depends on —1st. The nature of the writ applied for; and 2nd. The power of this court” (3. Ele tem direito ao remédio jurídico que postula? Isso depende —primeiro, da natureza jurídica do *writ* postulado; e segundo, da competência desta Corte. Tradução Livre).

[...] Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: “todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E por fim, [...] *é o Poder judiciário o intérprete final da Constituição*: “é enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis”<sup>61</sup>.

Apesar das inúmeras críticas realizadas a essa decisão, o caso foi inaugural no controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, de modo que deixou firmado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela e de todos os Poderes Estatais e da Competência do Judiciário como o seu intérprete final, que pode invalidar os atos que lhe sejam contrários<sup>62</sup>.

Tem-se, assim, um grande exemplo de controle difuso de constitucionalidade, em que, no caso concreto, houve a existência de um conflito de interesses entre partes, que resultou em uma ação judicial ou um processo, mas que neles se suscitou, nesse caso pelo *justice Marshall*, indiretamente a constitucionalidade de determinado ato ou fato.

A inserção desse sistema no contexto brasileiro se deu com a Constituição Republicana de 1891, inspirada no modelo estadunidense, onde foi implementado o controle difuso, passível de exercício por qualquer juiz singular ou tribunal na solução dos casos concretos<sup>63</sup>.

A seguir, tem-se como se dá a via difusa-incidental no Brasil, representada neste trabalho por meio do Recurso Extraordinário, ferramenta dirigida ao STF, apesar de este sistema poder ser realizado por qualquer juiz ou tribunal.

### 1.2.2 O Recurso Extraordinário

O Recurso Extraordinário (RE) é uma maneira de o STF analisar, em instância extraordinária, possíveis violações à norma constitucional, com a ressalva de que, nessa modalidade de recurso, não se admite mais a discussão de fatos e provas, mas somente de

---

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 29-30.

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 32.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 84.

direito<sup>64</sup>, em princípio, constitucional. Ademais, é necessário que essa questão seja prequestionada, isto é, deve figurar na decisão recorrida, ainda que de maneira implícita<sup>65</sup>.

O recurso possui previsão constitucional no artigo 102, inciso III, alíneas *a, b, c e d* da CR<sup>66</sup>. Para que seja conhecido e, então, levado a julgamento, o recorrente deve demonstrar que a questão constitucional transcende os limites subjetivos do respectivo processo<sup>67</sup>, conforme os parâmetros determinados pelo artigo 1.035, §1º do Código de Processo Civil (CPC)<sup>68</sup>, onde é necessária a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.

É importante ressaltar que há, no artigo 97 da CR, a chamada regra da *reserva de plenário* ou *full bench*, que condiciona a validade das decisões sobre constitucionalidade dos tribunais à análise pela maioria absoluta de seus membros ou por órgão especial. Assim, tem-se o quórum para a instauração dessa análise no STF de, no mínimo, oito ministros e, para a declaração de inconstitucionalidade, seis ministros.

Qualquer ato normativo primário do Poder Público pode ser alvo do RE, inclusive ato anterior à CR de 1988<sup>69</sup>. Já os efeitos do referido recurso serão *erga omnes* e vinculantes a todo o Poder Judiciário, não mais limitado às partes, conforme a mudança no sistema brasileiro de constitucionalidade, trazida pela Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, como se verá a seguir.

### 1.2.3 O Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção (MI) “destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia

---

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1963]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1963]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>>. Acesso em 24 jul. 2020.

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 102, inciso III, alíneas *a, b, c e d*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 24 jul. 2020.

<sup>67</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 290.

<sup>68</sup> BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105/2015. Art. 1035, §1º. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2020.

<sup>69</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 302.

ilegítima do Poder Público”<sup>70</sup>. A sua previsão se encontra no art. 5º, inc. LXXI da CR<sup>71</sup> e é regulado pela Lei n. 13.300/2016<sup>72</sup>.

A admissão do MI tem sido realizada para o controle de omissões do Poder Público quanto à prática de atos concretos que impossibilitam o exercício de direitos fundamentais<sup>73</sup>. Trata-se de “ação de caráter mandamental constitutiva, [que não se limita] à declaração de mora na regulamentação de direito constitucional, sendo a omissão premissa da decisão que viabiliza o exercício de direito enquanto não editada a norma faltante”<sup>74</sup>.

Por os direitos fundamentais possuírem aplicação imediata, o objeto do MI é garantir o exercício de um direito inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora. Desse modo, o seu fim não é a obtenção da declaração da mora, mas justamente garantir o gozo de tal direito até que a norma seja editada.

#### 1.2.4 Efeitos da decisão no controle difuso

Ao falar de efeitos da decisão no controle difuso, surgem duas questões: a eficácia subjetiva e a eficácia objetiva. No caso do controle difuso exercido por tribunais que não o STF, quando este julga com repercussão geral<sup>75</sup> reconhecida, o primeiro ponto se limita às partes envolvidas no processo. Já o segundo, demarca-se pelo que foi pedido, de modo que o magistrado ou tribunal não podem ir além dele (decisões *citra petita*, *extra petita* ou *ultra petita*): “portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido”<sup>76</sup>.

Há, ainda, um terceiro tipo de efeito que necessita ser comentado. Trata-se da eficácia temporal da decisão.

---

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 185.

<sup>71</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso LXXI. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 24 jul. 2020.

<sup>72</sup> BRASIL. Lei do Mandado de Injunção (2016). Lei n. 13.300/2016. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm)>. Acesso em 30 jul. 2020.

<sup>73</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 349.

<sup>74</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 349.

<sup>75</sup> A repercussão geral foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, que adicionou novo parágrafo ao art. 102 da CR, onde se institui novo requisito de admissibilidade para o RE. A partir dessa modificação, tais recursos, quando admitidos, passam a ter efeitos *erga omnes*, isto é, para a toda a sociedade. Vale lembrar que no controle difuso de constitucionalidade, as consequências da decisão valem somente para o Poder Judiciário, e não para o Legislativo e para o Chefe do Executivo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 167.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 176.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>77</sup>, o fenômeno da inconstitucionalidade se situa no campo da nulidade, de modo que uma lei inconstitucional conseqüentemente será nula. Por isso é possível dizer que a decisão que reconhece a inconformidade constitucional é de natureza declaratória. A implicação disso, em regra, é de que a nulidade da norma deve ser considerada desde o seu nascimento.

À exceção desse caminho comum, tem-se a modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, que será tratada em tópico específico adiante.

### 1.3 O controle concentrado

Também denominado de *abstrato*<sup>78</sup>, *principal* ou *em tese*, o controle concentrado de constitucionalidade, diferentemente dos meios regulares de jurisdição —em que se julga a lide entre partes com pretensões antagônicas—, destina-se a um pronunciamento acerca da própria lei, isto é, configura-se como “um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador”<sup>79</sup>, mas sim um contexto abstrato, uma circunstância em tese.

No juízo por via principal, a questão da constitucionalidade de uma lei é o próprio objeto da ação. Por isso é que se realiza, pelo STF, a fiscalização abstrata das normas do poder público em confronto com a Constituição da República (CR), uma vez que o tema constitucional é o principal na demanda<sup>80</sup>.

#### 1.3.1 As ações diretas

##### 1.3.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

Também conhecida como ação genérica, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 16/1965, à Constituição de 1946, onde era

---

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 177.

<sup>78</sup> Para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, não se confundem os controles de constitucionalidade abstrato e concentrado: enquanto no primeiro não há a existência de partes e sua instauração independe da demonstração da subsistência de um interesse jurídico específico, o segundo é exercido diretamente pelo STF. Conf. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. ed. rev. e atual. Salvador Juspodivm, 2018, p. 37-38.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 221.

<sup>80</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 195.

denominada de *representação*<sup>81</sup>. Esta ação, todavia, diferencia-se das demais, tanto as regidas pela Constituição, no artigo. 5º, inciso XXXV<sup>82</sup>, quanto as regidas pelas demais leis processuais.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), não existem pretensões individuais e nem tutela de direitos subjetivos, de modo que o pedido dessa ação é a declaração de inconstitucionalidade, e o pressuposto para o seu julgamento, tão somente a análise da constitucionalidade da norma impugnada<sup>83</sup>.

Segundo Bruno Pinheiro<sup>84</sup>, “é uma ação constitucional que tem por finalidade a defesa da constituição, através da análise de compatibilidade entre as normas constitucionais —parâmetro de controle— e atos normativos primários —objeto de controle—, atos com fundamento de validade diretamente na constituição”.

Configura-se como processo de natureza objetiva, de modo que o controle de constitucionalidade é exercido de maneira abstrata, sem qualquer relação com caso concreto. Não há, portanto, uma lide, isto é, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, pois o que existe é a defesa da ordem jurídico-constitucional em abstrato, onde o ato é impugnado em tese, sem se relacionar com questões subjetivas e individuais<sup>85</sup>.

A ADI é cabível para declarar a inconstitucionalidade das normas elencadas no art. 59 da CR, inclusive as normas constitucionais secundárias<sup>86</sup>, as emendas constitucionais e os tratados internacionais, excetuadas<sup>87</sup>: as normas constitucionais originárias, as leis ou atos normativos municipais e do Distrito Federal, editados sobre matéria de competência municipal, os atos normativos já revogados e os anteriores à Constituição, os decretos, as Propostas de Emenda à Constituição (PECs) ou meros projetos legislativos, os atos normativos de efeitos

---

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 223.

<sup>82</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso XXXV. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 24 jul. 2020.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 1.171. 9788553619344. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619344/>>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>84</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 408.

<sup>85</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 408-409.

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 1.187. 9788553619344. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619344/>>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>87</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. ed. rev. e atual. Salvador Juspodivm, 2018, p. 57-58.

concretos, destituídos de qualquer normatividade, as respostas a consultas eleitorais e os atos normativos cuja incompatibilidade tenha surgido somente após alguma reforma constitucional.

Em sede de ADI, não existem partes contrapostas no sentido formal, mas sim legitimados, ativo e passivo, comumente denominados pelo STF como requerente (autor do pedido) e requerido (órgão do qual emanou a norma impugnada)<sup>88</sup>.

Importante destacar que aos legitimados passivos cabe somente prestar informações sobre o ato impugnado, e não a defesa dele, que compete precipuamente ao Advogado-Geral da União<sup>89</sup>.

Já quanto aos legitimados ativos, a CR traz em seu artigo 103<sup>90</sup>, de maneira taxativa, o rol de requerentes da ADI: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República (PGR), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Independentemente de a CR fazer qualquer distinção entre os legitimados acima mencionados, a jurisprudência do STF exige de alguns deles (*legitimados especiais*) a demonstração de pertinência temática, e de outros não (*legitimados universais*)<sup>91</sup> e <sup>92</sup>. Os *especiais* são a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional.

Há ainda algumas restrições que o STF tem imposto quanto às expressões *entidades de classe* e *de âmbito nacional*. Quanto à primeira, “exige-se que os filiados da entidade estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional. Não preenchem tal exigência associações que reúnam membros pertencentes a categorias profissionais ou econômicas diversas”<sup>93</sup>. Já a segunda, “exige-se, para o reconhecimento de seu caráter nacional,

---

<sup>88</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 457.

<sup>89</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 458.

<sup>90</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 103. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 1 ago. 2020.

<sup>91</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 459.

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 233.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 233.

que a entidade possua filiados em pelo menos nove Estados da Federação, em analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos”<sup>94</sup>.

Há, ainda, que se falar em capacidade postulatória, que não se confunde com a legitimidade *ad causam*<sup>95</sup>. Significa dizer que aqueles que não possuem esta última necessitam constituir advogado para a propositura da ADI. Dentre os legitimados, não contém capacidade postulatória o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional.

### 1.3.1.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A finalidade dessa medida é muito clara, de modo que se pretende com ela o afastamento da incerteza jurídica e o estabelecimento de uma orientação homogênea sobre a matéria<sup>96</sup>. Essa ferramenta de controle de constitucionalidade serve, assim, para resolver não só problemas de incompatibilidade com a CR, mas também para unificar entendimentos de um mesmo tribunal, no caso de haver um número significativo de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria<sup>97</sup>:

Sua razão de ser, e que lhe fornece a nota singular em face das demais ações diretas, consiste em solucionar, definitivamente, a dúvida ou incerteza existente a respeito da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, surgida em virtude de grave controvérsia judicial travada em sede de controle incidental, mas visando a confirmação da lei ou do ato questionado e a declaração de sua constitucionalidade.<sup>98</sup>

É importante lembrar que a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) é oriunda do poder constituinte derivado reformador, de maneira que não nasceu originariamente com a ADI, mas sim com a EC n. 3/1993.

Assim como a ADI, também configura “processo de natureza objetiva, abstrato, pois a norma é sujeita a controle em tese, sem relação com questões subjetivas (individuais),

---

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 232.

<sup>95</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 459-460.

<sup>96</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 308.

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 308.

<sup>98</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 319.



não há lide, não há conflito de interesses o sentido processual”<sup>99</sup>. A ADC enfrentou severas críticas<sup>100</sup> quando de seu surgimento no mundo jurídico, pelo o que foram afastadas pelo STF no julgamento da ADC n. 1-DF.

Foi disciplinada pela Lei n. 9.868/1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF. Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea *a*, da CR<sup>101</sup>, compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, pelo o que cabe processar e julgar a ADC de lei ou de norma.

Os legitimados ativos, requerentes, são, conforme a EC n. 45/2004, os mesmos legitimados ativos da ADI. Quanto à legitimidade passiva, “a rigor, ela inexistente. Se na ação direta de inconstitucionalidade é possível atribuir tal condição aos órgãos dos quais emanou o ato impugnado, na declaratória de constitucionalidade isso não faria sentido”<sup>102</sup>.

### *1.3.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*

A despeito do que já foi comentado, tem-se por violação constitucional não só a atuação inconstitucional, mas também as omissões que vão contra a Constituição, de modo que “é tão inconstitucional uma ação normativa estatal com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma”<sup>103</sup>. Poder-se-á falar em inconstitucionalidade negativa, pois decorrente de uma conduta negativa inconstitucional<sup>104</sup>.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) se trata de uma medida de controle concentrado de constitucionalidade, que possui a finalidade, portanto, de defender objetivamente a CR contra omissões que lhe diminuam a carga de eficácia e também lhe inviabilizem a concretização<sup>105</sup>. Como dito, é processo de natureza objetiva, que tende a declarar a mora do órgão responsável pela edição do ato faltante<sup>106</sup>.

---

<sup>99</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 542.

<sup>100</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. ed. rev. e atual. Salvador Juspodivm, 2018, p. 70.

<sup>101</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 102, inciso I, alínea *a*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 1 ago. 2020.

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 311.

<sup>103</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 267.

<sup>104</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 568.

<sup>105</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 558.

<sup>106</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 558.

Sua fundamentação se encontra no artigo 103, §2º e inciso I a IX da CR<sup>107</sup>, com tratamento infraconstitucional e regulamentação pela lei 9.868/1999, com redação de alteração decorrente da lei n. 12.063/2009.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>108</sup>, “a omissão inconstitucional pode se dar no âmbito dos três Poderes, pela inércia ilegítima em adotar-se uma providência (i) normativa, (ii) político-administrativa ou (iii) judicial”. Quanto à segunda e à terceira, respectivamente, pode-se remediar pela via do mandado de segurança e da ação civil pública, bem com pelo sistema de recursos instituídos pelo direito processual<sup>109</sup>, de modo que a ADO cuida especificamente de omissões normativas.

É dizer que, há casos em que o legislador não possui a faculdade discricionária para legislar, por imposição da CR, de modo que necessita atuar positivamente, mediante a edição da norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional<sup>110</sup>.

Por essa razão, é importante frisar que “as normas que servem como parâmetro de controle na ação direta por omissão são: as normas constitucionais não autoaplicáveis ou normas de eficácia limitada ou normas constitucionais dependentes de regulamentação<sup>111</sup>.”

Pela similaridade dos instrumentos, cabe diferenciar a ADO do mandado de injunção: enquanto a primeira se encontra no campo do controle abstrato de constitucionalidade, em processo de natureza objetiva, o segundo se configura como remédio constitucional de natureza subjetiva<sup>112</sup>. A ADO tem por objeto de controle “a própria violação ao dever constitucional de legislar, é a omissão, em si, na regulamentação da CR”<sup>113</sup>, o mandado de injunção tem por objeto a “tutela do direito subjetivo, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de regulamentação”<sup>114</sup>.

---

<sup>107</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 103, §2º, inciso I a IX. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 5 ago. 2020.

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 328.

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 328.

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 329.

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 329.

<sup>112</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 558

<sup>113</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 579.

<sup>114</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 580.

São legitimados ativos da ADO os mesmos da ADI e da ADC com os mesmos requisitos e especificações existentes nestas outras ações diretas. Quanto à legitimidade passiva, “recai ela sobre a pessoa ou órgão responsável pela reprodução do ato exigido pela Constituição e que não foi editado”<sup>115</sup>.

#### 1.3.1.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a CR de 1988<sup>116</sup> e somente veio a ser regulamentada com a edição da Lei n. 9.882/1999, que dispôs sobre o seu processo e julgamento.

O objetivo da ADPF é “suprir lacunas do sistema de controle concentrado de constitucionalidade e, também, possibilitar que questões antes discutidas apenas pela via do controle difuso/concreto [...] sejam discutidas também, em abstrato”<sup>117</sup> para garantir maior efetividade na defesa da CR, “pela ampliação dos atos passíveis de controle pela via [principal], através de processo de natureza objetiva, cuja decisão terá efeito *erga omnes* e vinculante”<sup>118</sup>.

Segundo a sua configuração jurídico-constitucional, a ADPF é destinada a proteger os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, entendidos a partir da noção de valores que estão diretamente ligados aos princípios supremos do Estado e da sociedade<sup>119</sup>. A ideia de preceito está relacionada à noção de “comando”, de “mandamento”, de “ordem”, de modo que aqui há de se falar em hierarquia axiológica<sup>120</sup>, pois há a existência de preceitos normativos da Constituição que, “em razão dos valores superiores que consagram, são mais fundamentais que outros”<sup>121</sup>.

Assim, conceitua-se preceito fundamental como “toda norma constitucional — norma-princípio e norma-regra— que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado”<sup>122</sup>.

---

<sup>115</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 335.

<sup>116</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 102, §1º. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 6 ago. 2020.

<sup>117</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 581.

<sup>118</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 581.

<sup>119</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 333.

<sup>120</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 333.

<sup>121</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 333.

<sup>122</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 334.

Vale ressaltar que o conceito de “descumprimento”, para efeito de ADPF, é mais amplo do que nas situações da ADI e da ADO, de modo que vai além de atos normativos e da desconformidade entre o comportamento estatal e a Constituição. Além de compreender também uma violação indireta ao texto constitucional, alberga atos não normativos, como os atos jurídicos concretos ou individuais e os fatos materiais, além de decisões judiciais, bem como atos decorrentes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas e jurídicas privadas<sup>123</sup>.

Segundo a doutrina<sup>124</sup>, existem duas espécies dessa ação: a) a arguição autônoma e b) a arguição incidental. A primeira possui a sua previsão no artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.882/1999 e a segunda, no parágrafo único, inciso I, do mesmo artigo. A arguição autônoma tem por pressuposto geral a inexistência de qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade, isto é, possui caráter de subsidiariedade. Também é exigido a ameaça ou violação a preceito fundamental e que haja um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la<sup>125</sup>.

Já a arguição incidental pressupõe a existência de um litígio, de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário e os “seus outros requisitos [...] incluem, além da subsidiariedade e da ameaça ou lesão a preceito fundamental, a necessidade de que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional e (ii) se trate de lei ou ato normativo — e não qualquer ato do Poder Público”<sup>126</sup>.

Os legitimados são os mesmos da ADI, da ADC e da ADO, com os mesmos requisitos e especificações existentes nestas outras ações diretas. Quanto à legitimidade passiva, cabe ao órgão ou agente ao qual se imputa a violação do preceito fundamental a prestação de informações, como ocorre com os demais processos objetivos de defesa da ordem constitucional<sup>127</sup>.

Cabe fazer apenas uma ressalva quanto à possibilidade da legitimação popular na ADPF, questão dividida entre duas correntes.

A primeira corrente “entende que, com o veto à legitimação direta, popular-individual (veto ao inciso II do artigo 2º da Lei 9.882/1999) [...] concentrou-se o direito de

---

<sup>123</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 337.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 357.

<sup>125</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 358.

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 358-359.

<sup>127</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 378..

propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental nos mesmos legitimados da ADI”<sup>128</sup>. Assim, no caso da ADPF incidental, caberia ao ofendido representar ao PGR.

A segunda corrente “entende ser possível, mesmo com o veto à legitimação popular, a interposição direta pela pessoa lesada ou ameaçada de lesão. [...] Logo no caso de arguição incidental, qualquer pessoa interessada (envolvida em processo judicial) poderia submeter a questão constitucional fundamental diretamente ao STF”<sup>129</sup>.

### 1.3.2 Efeitos da decisão no controle concentrado

Os efeitos da decisão são opostos a todos, isto é, *erga omnes*. As ações de natureza declaratória possuem também caráter dúplice, “o que significa que, a procedência da ação implica a declaração de inconstitucionalidade do ato, já a improcedência do pedido, implica a declaração de constitucionalidade”<sup>130</sup>.

É válido anotar também que tem prevalecido a tese da nulidade do ato inconstitucional<sup>131</sup>, em que:

O tribunal (controle concentrado) declara em abstrato (controle principal) que determinado ato (objeto de controle) é inconstitucional, a decisão opera consequências em todos os planos do ato normativo (em regra), declarando sua in(validade), retira o mesmo do ordenamento jurídico (existência) com efeitos *ex tunc* e *erga omnes* (eficácia) e vinculante.<sup>132</sup>

A decisão do STF que pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos imediatos no plano normativo, isto porque, ao atuar como legislador negativo, o tribunal priva a lei de eficácia e aplicabilidade<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 626.

<sup>129</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 626.

<sup>130</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 508.

<sup>131</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 509.

<sup>132</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 509.

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 293.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>134</sup>, os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade abstrato, especialmente no caso da ADI, são, em regra, retroativos (*ex tunc*), gerais, (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes.

O limite objetivo da coisa julgada é a matéria decidida; desse modo, uma vez que ocorra a eficácia preclusiva, já não mais é possível o ajuizamento de outra ação Direita para obter nova manifestação do tribunal a respeito da (in)constitucionalidade do mesmo dispositivo<sup>135</sup>. Por outro lado, são efeitos objetivos da decisão na ADI a perda da vigência (*existência* mais *eficácia*) e a restauração da vigência de lei anteriormente afetada pelo dispositivo considerado inconstitucional<sup>136</sup>.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada no controle principal, as pessoas e órgãos elencados no art. 103 da CR<sup>137</sup> atuam em nome próprio, mas na defesa de interesses da coletividade, motivo pelo qual a decisão no controle concentrado possui caráter geral, e não apenas entre partes do processo.

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma em ação do controle concentrado “reveste-se de autoridade de coisa julgada, com sua eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio STF”<sup>138</sup>.

#### 1.4 A tópica da modulação de efeitos

Se considerado que o vício da inconstitucionalidade é reconhecido como congênito à norma, os efeitos da decisão que a declara retroagem ao momento do seu ingresso no ordenamento jurídico, por isso se classificam como *ex tunc*<sup>139</sup>. Existem, contudo, casos excepcionais em que o STF tem recusado o efeito retroativo a suas decisões.

Tal situação veio regulamentada pelo art. 27 da Lei n. 9.868/1999<sup>140</sup>, que permite, mediante quórum qualificado, dar temperamento aos efeitos temporais da decisão:

---

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 266.

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 269.

<sup>136</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 272-273.

<sup>137</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 103. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14 ago. 2020.

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 275.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019, p. 281.

<sup>140</sup> BRASIL, Lei n. 9.868/1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

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

A adoção da modulação temporal se justifica legalmente quando a consequência da declaração de inconstitucionalidade com efeitos para trás (*ex tunc*) for tão, ou ainda mais, grave que o gerado pelo ato inconstitucional<sup>141</sup>. Isto é, quando existem razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Pode, portanto, o STF limitar a eficácia *erga omnes* dos efeitos da decisão em sede de controle abstrato, para dela excluir certas situações<sup>142</sup>. Já no controle difuso incidental, tem-se admitido a aplicação da manipulação dos efeitos temporais da decisão de declaração de inconstitucionalidade, por aplicação analógica<sup>143</sup>.

Devido à natureza excepcional da modulação dos efeitos, parte da doutrina<sup>144</sup> tem se preocupado com a imposição de limites a sua aplicação.

Para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira<sup>145</sup>, “o uso indevido da modulação pode representar estímulo à prática de atos inconstitucionais, decorrente da tolerância com a violação à Constituição, já que, ao preservar os seus efeitos, o tribunal desestimula um controle preventivo mais rígido da constitucionalidade da norma”, o que concorre para o enfraquecimento da ordem constitucional, inclusive a violação a direitos fundamentais<sup>146</sup>.

São as restrições à aplicação do temperamento dos efeitos: as cláusulas pétreas, e nelas os direitos fundamentais, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o princípio da irretroatividade da lei tributária.<sup>147</sup>

A modulação de efeitos é para o ordenamento jurídico um *topos* apto a abalar a ideia de sistema ou o caráter sistemático dos mecanismos de controle, pois “é capaz de permitir

---

<sup>141</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 200.

<sup>142</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 259.

<sup>143</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 201.

<sup>144</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. ed. rev. e atual. Salvador Juspodivm, 2018, p. 182.

<sup>145</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. ed. rev. e atual. Salvador Juspodivm, 2018, p. 182.

<sup>146</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. ed. rev. e atual. Salvador Juspodivm, 2018, p. 182.

<sup>147</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. ed. rev. e atual. Salvador Juspodivm, 2018, p. 182.

que um conjunto normativo declarado inconstitucional seja considerado válido, mas continue a ser observado por tempo indeterminado”<sup>148</sup>.

O lugar comum “modulação de efeitos” chegou, por exemplo, a criar o debate do surgimento de uma possível espécie de “mutação informal” alargada da Constituição, de modo que nele haveria maior participação da Corte Constitucional, principalmente no campo do controle de constitucionalidade, o que modificaria a tradicional rigidez da separação dos Poderes<sup>149</sup>, mas a Ideia foi superada com a normatização do referido “instituto”.

Existem ainda aqueles<sup>150, 151 e 152</sup> que entendem por certa a limitação da modulação de efeitos a apenas aquelas decisões contrárias ao Estado, uma vez que a segurança jurídica — um dos requisitos autorizadores da utilização do temperamento dos efeitos — deveria voltar-se primariamente para a proteção dos contribuintes.

## 1.5 O discurso do controle de constitucionalidade em matéria tributária

Para falar do controle de constitucionalidade em matéria tributária, é necessário tecer alguns comentários sobre os tipos de decisão proferidas pelo STF quando este declara a inconformidade de um ato normativo com a CR.

A **declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto** ocorre quando a Corte Constitucional compreende que a norma questionada está em conflito com a Constituição se aplicada em certas situações, mas constitucional em outras<sup>153</sup>. É o que ocorre, por exemplo, quando uma lei, ao instituir tributo, não observa o princípio da anterioridade: “nesse caso, a aplicação da lei será inconstitucional somente no mesmo exercício em que foi criada, mas

---

<sup>148</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Do *topos* do sistema ao *topos* da ponderação na interpretação constitucional. In: REIS, Isaac (Org.) Diálogos sobre retórica e argumentação. Curitiba: Alteridade, 2018.

<sup>149</sup> MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, 162, 2004.

<sup>150</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária. In: Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas - EMPEJUD: Poder Judiciário: estrutura, desafios e concretização dos direitos, I, 2016, Maceió, p. 821-822. Disponível em: < <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/194>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

<sup>151</sup> NEUMANN, Leo Souto. Modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária. Rio Grande, RS, 80f. Trabalho de conclusão de curso - Universidade Federal de Rio Grande, 2016.

<sup>152</sup> TOURINHO, Daniel Gazzaneo. Segurança jurídica e modulação de efeitos em matéria tributária: uma análise crítica. In: Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas - EMPEJUD: decisão judicial: processo decisório e precedentes, II, 2017, Maceió, p. 182. Disponível em: < <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/258> >. Acesso em: 16 jul. 2021.

<sup>153</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 686. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMGIRO8>>. Acesso em: 15 ago. 2020.



poderá e deverá ser aplicada nos demais exercícios quando verificada a ocorrência do fato gerador do tributo”<sup>154</sup>.

O caso da **interpretação conforme a constituição** ocorre porque a lei comporta vários significados, que são construídos por meio da interpretação dada: “o sentido da lei não é insito ao seu texto, estando pronto para ser ‘descoberto’ pelo intérprete, mas construído por este através do uso dos métodos de interpretação conjugado com as pré-compreensões e a realidade social que amoldam o direito”<sup>155</sup>. Aqui tem-se, por exemplo, a situação da ADI n. 1600<sup>156</sup>, julgada em 26/11/2001, em que o STF estendeu benefício fiscal concedido de forma restrita em contraposição à isonomia tributária.

A **declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade** ocorre quando o STF “declara o ato inconstitucional (plano da validade), o pedido para a ‘declaração de inconstitucionalidade’ é julgado procedente, contudo o ato é mantido no ordenamento jurídico (plano da existência), apto a produzir efeitos (plano da eficácia), sempre tendo como fundamento razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”<sup>157</sup>. Isto é, mantém-se o ato já declarado inconstitucional (inválido) vigente no ordenamento.

Já as **decisões aditivas** ocorrem “quando o Supremo Tribunal Federal modifica a norma submetida a sua análise para que se adequue às finalidades do ordenamento jurídico e à CR, evitando a criação de um vazio normativo perante a inação do legislativo”<sup>158</sup>. Segundo Bruno Pinheiro<sup>159</sup>, “nessa técnica o tribunal reconhece que o ato objeto de controle fica aquém do que deveria, portanto, emite decisão de caráter aditivo, alargando o texto do ato objeto de fiscalização ou o seu âmbito de aplicação”.

---

<sup>154</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 686. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMGIRO8>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>155</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 700. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMGIRO8>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>156</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1600/UF – União Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1670841>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

<sup>157</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 218.

<sup>158</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 820. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMGIRO8>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>159</sup> PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 227.

A técnica da **modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade**, como dito outrora, passou a ser acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Lei n. 9.868/1999, que em seu art. 27 previu que o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em razão da preservação da segurança jurídica ou de excepcional interesse social<sup>160</sup>.

Em âmbito tributário, o referido temperamento foi utilizado pelo STF, por exemplo, em sede de recurso extraordinário em caráter geral, sobre o direito de crédito do Imposto de Produtos Industrializados (IPI) decorrente de matéria prima sujeita à alíquota zero; bem como sobre os prazos de prescrição e decadência dos créditos previdenciários e isenção da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) para as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada.<sup>161</sup>

Superada a análise de alguns dos exemplos de técnicas de decisão utilizadas no controle de constitucionalidade em matéria tributária, vale também mencionar os efeitos das decisões com eficácia vinculante proferidas pelo STF, também no âmbito do controle de constitucionalidade de normas tributárias.

Em um primeiro momento fala-se da repetição do indébito tributário em decorrência da declaração da inconformidade com a CR. Ao interpretar o Código Tributário Nacional (CTN), especificamente o artigo 168, inciso I<sup>162</sup>, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), corte que também pode operar a modulação de efeitos da decisão, decidiu que, se decorrido o lapso temporal de 5 (cinco) anos previsto na referida legislação, a posterior declaração de inconstitucionalidade da exação pelo STF não terá o condão de beneficiar o contribuinte que pagou o tributo indevidamente<sup>163</sup>:

O direito à repetição só se tornou exercitável, e conseqüentemente, a obrigação da Fazenda só se tornou exigível a partir da declaração de inconstitucionalidade, portanto, é a partir deste momento que se inicia o prazo prescricional. Deste modo, a

---

<sup>160</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 847-860. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>161</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 860. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>162</sup> BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Lei n. 5.172. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>163</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1010. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

declaração de inconstitucionalidade altera a qualificação jurídica do pagamento realizado, resultando daí o início da fluência do prazo de 05 (cinco) anos para repetir o indébito (a partir do trânsito em julgado da decisão com eficácia erga omnes).<sup>164</sup>

Ao falar-se da coisa julgada tributária, é necessário mencionar os efeitos do pronunciamento do STF acerca da (in)constitucionalidade de uma norma. Nesse momento, também é importante destacar os casos que envolvam a relação jurídico-tributária instantânea ou continuativa.

Na primeira hipótese, quando da não ocorrência do trânsito em julgado, não haverá maiores problemas para a aplicação de posterior entendimento firmado pelo STF. Contudo, no caso de a decisão individual estar albergada pela coisa julgada, o pronunciamento ulterior desse tribunal somente surtirá efeitos nos casos de relações jurídicas continuativas. Isso porque

reportando-se a decisão transitada em julgado à relação jurídica instantânea, tem-se que o fato gerador da obrigação tributária já se consumou no tempo, estando cristalizado no passado, e, conseqüentemente, a decisão judicial que declarou a inexistência de relação jurídico-tributária em virtude de sua inconstitucionalidade teve o condão de extinguir o crédito tributário, nos termos do art. 156, [inc. X] do CTN (grifos aditados).<sup>165</sup>

No caso de a decisão transitada em julgado ser favorável ao contribuinte, ao considerar inconstitucional a cobrança de determinado tributo, ela não pode mais ser alterada, nem mesmo posteriormente, pois a retroação do *decisum* do STF com o objetivo de rescindir a coisa julgada contraria os princípios da segurança jurídica, da boa-fé na relação entre o Fisco e o contribuinte e da confiança deste no provimento jurisdicional que lhe foi favorável.<sup>166</sup>

Em termos de relações jurídicas continuativas, contudo, impõem-se solução diferenciada, uma vez que esses tipos se referem a “esquemas de agir” que se repetem e se

---

<sup>164</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1042. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMGIRO8>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>165</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1140. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMGIRO8>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>166</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1140. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMGIRO8>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

prolongam no tempo.<sup>167</sup> É o caso, por exemplo, da consideração da inconstitucionalidade da cobrança ou majoração do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) ou do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), tributos cujos fatos geradores ocorrem sucessivamente no tempo.

A ulterior decisão do STF que altere o entendimento e declare a constitucionalidade de suas exações produzirá efeitos *ex nunc* (para frente), isto é, a partir de seu trânsito em julgado. Os fatos geradores pretéritos, realizados sob o abrigo da decisão transitada em julgado, possuem, assim, a relação jurídica tributária declarada inexistente, por força de decisão judicial, o que impede de serem revistos após novo entendimento do STF.

A coisa julgada “permanece enquanto se mantiverem as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença”. No caso de sobrevir alteração, tal decisão perde a sua força de lei entre as partes.<sup>168</sup> Também vale destacar que a “cessação dos efeitos da decisão que transitou em julgado apenas ocorre para o futuro, após o trânsito em julgado da decisão [do STF] que emitiu novo entendimento acerca da matéria, o que possibilita a propositura de ação revisional”.<sup>169</sup>

Há hipóteses, todavia, em que não necessariamente a decisão judicial é favorável ao contribuinte. Nesses casos, dever-se-ia atentar para o princípio da segurança jurídica, amplamente difundido no ordenamento jurídico brasileiro<sup>170</sup>. Isto não só por sua imprescindibilidade para o Estado Democrático de Direito, mas também por o direito tributário se tratar de um ramo “mais protetivo”, “na proporção que se vincula aos direitos fundamentais do contribuinte, expostos sob a forma de limitações ao poder de tributar”<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1167. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>168</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1198. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>169</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1213. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>170</sup> Conferir o Preâmbulo da CR, bem como o *caput* do artigo 5º da CR.

<sup>171</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1575. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

Isto porque, para alguns, o direito tributário possuiria como cerne a proteção do contribuinte e a limitação do poder de tributar do Estado, as balizas constitucionais funcionariam materialmente como direitos fundamentais para os cidadãos.<sup>172 e 173</sup>

É o caso, por exemplo, da superação do precedente anteriormente benéfico ao contribuinte. Nessas circunstâncias, é de imperiosa importância a subsistência do mencionado princípio, bem como a proteção da confiança, a boa-fé objetiva e a irretroatividade em matéria tributária<sup>174</sup>:

Em resumo, considera-se apta a gerar a proteção da confiança do contribuinte a decisão do STF que, transitada em julgado, deu resposta à questão jurídica geral pano de fundo da demanda. Destarte, a alteração dessa razão de decidir no julgamento de caso que envolve a mesma questão de fundo sinaliza a superação do precedente. Logo, havendo a superação da jurisprudência, é imperioso que a confiança do contribuinte seja assegurada, em observância aos preceitos da boa-fé e da irretroatividade em matéria tributária.<sup>175</sup>

Nesta perspectiva, uma vez que a superação do precedente pode trazer prejuízos aos contribuintes, só poderia operar para o futuro, sem efeitos retroativos, com base nos princípios e garantias acima referidos.

Para além desta maneira de conceber o Direito tributário, é necessária a análise da modulação dos efeitos das decisões judiciais em matéria tributária.

Esta modificação dos efeitos pode se dar no caso da declaração de inconstitucionalidade de norma tributária que estabeleça exação tributária ou sua majoração, ou

---

<sup>172</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1798. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

<sup>173</sup> Diferentemente da concepção liberal, em que há um sistema tributário baseado na justiça, onde são fixadas bases de incidência que garantam a propriedade como direito, o libertarianismo vulgar “defende que o tributo pode ser considerado uma forma de roubo, trabalho escravo ou expropriação”. FONSECA, Tiago da Silva. Dos fundamentos para um sistema tributário baseado na justiça. Revista FESDT, Porto Alegre, n. 11, nov. 2019, p. 3. Disponível em: < <https://www.fesdt.org.br/docs/revistas/11/artigos/11.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2021.

<sup>174</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1632. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

<sup>175</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1675. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

a afirmação da inconformidade com a CR de norma que conceda a isenção ou outro benefício fiscal ao contribuinte.

No primeiro caso,

impõe-se a aplicação dos efeitos retroativos à decisão do Supremo Tribunal Federal, máxime em observância ao princípio da nulidade das leis inconstitucionais [...]. Este princípio só pode ser relativizado se o Tribunal se encontrar diante de normas constitucionais que resguardem a segurança jurídica ou outro interesse social.<sup>176</sup>

Já na segunda situação, é imperiosa a incidência dos efeitos prospectivos à decisão do STF, “em função da existência da segurança jurídica a ser tutelada (na vertente da proteção à confiança)”<sup>177</sup>.

Para que ocorra a chamada modulação dos efeitos, é necessária a observância a dois requisitos legais, a saber, a segurança jurídica e o excepcional interesse social. São componentes da segurança jurídica a certeza e a estabilidade: “ao se avaliar a certeza, depreende-se o imperativo de conhecimento quanto à norma jurídica a ser aplicada, bem como a previsibilidade das implicações atreladas à ocorrência da hipótese normativa”<sup>178</sup> e, “no que se refere à estabilidade, verifica-se a imprescindibilidade de o ordenamento jurídico manifestar continuidade no decorrer do tempo, sem alterações injustificadas ou previstas”<sup>179</sup>.

Quanto ao excepcional interesse social, a sua indeterminação “pode tornar a interpretação do conceito inesperada, o que somado à ausência de definições da doutrina permite inferir que é dos próprios doutrinadores e do meio acadêmico a responsabilidade de conceituar essa noção.”<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1810. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>177</sup> CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 1882. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>178</sup> SILVA, Denise Magalhães da. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade da norma tributária. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 63.

<sup>179</sup> SILVA, Denise Magalhães da. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade da norma tributária. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 63.

<sup>180</sup> SILVA, Denise Magalhães da. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade da norma tributária. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 71.

No cenário jurídico tributário brasileiro, autores como Becker<sup>181</sup>, Andrade<sup>182</sup> e Scaff<sup>183</sup> rejeitam veemente a modulação dos efeitos da decisão contra o contribuinte. Já para Piscitelli<sup>184</sup> e Meneses<sup>185</sup>, há a viabilidade de utilização dos argumentos de arrecadação, com ressalvas.<sup>186</sup>

O controle de constitucionalidade brasileiro é do tipo misto, pois engloba tanto a esfera difusa, concreta, incidental ou prejudicial, quanto a seara concentrada, abstrata ou principal. Ambas as vertentes operam para que a supremacia da constituição seja garantida, isto é, para que as leis, ou até mesmo certos dispositivos constitucionais, guardem sintonia com o núcleo fundamental constitucional, como visto neste capítulo.

Dentro das variadas hipóteses e instrumentos do controle do constitucionalidade, encontra-se a modulação dos efeitos da decisão. Isso porque, em regra, quando se decide pela inconstitucionalidade de uma norma, as consequências da sua exclusão do mundo jurídico geram efeitos retroativos (ver item 1.5). Essa situação ocorre quando existem razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, de modo que se justifica quando o efeito da declaração de inconstitucionalidade com efeitos para trás (*ex tunc*) for tão, ou ainda mais, grave que o gerado pelo ato inconstitucional.

Ao tratar-se do controle de constitucionalidade em matéria tributária, há um campo fértil para a ocorrência do mencionado fenômeno —ou *topos*— da modulação dos efeitos da decisão. Diante desse cenário, passa-se ao estudo da retórica, como instrumental apto para dar continuidade à presente pesquisa, de modo que, posteriormente, analisar-se-á a partir dela uma série de decisões do STF nos controles de constitucionalidade, em sede do temperamento dos efeitos do julgamento em matéria tributária.

---

<sup>181</sup> BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2007, p.133-138.

<sup>182</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 31-32.

<sup>183</sup> SCAFF, Fernando Facury. Risco orçamentário não é importante para modulação de decisões tributárias. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-13/risco-orcamentario-nao-importante-modulacao-decisoes-tributarias>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>184</sup> PISCITELLI, Thatiane. Quais consequências importam na justificação de uma decisão: análise do ponto de vista das alegações relativas à arrecadação tributária. In: CARVALHO, Ana Carolina Papacosta Conde de. et al. Derivação e posituação no Direito Tributário. Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2011, p. 1129-1149.

<sup>185</sup> MENESES, Clara Marcelle Alves. Modulação das decisões tributárias do Supremo: autopoieses e o argumento econômico no controle de constitucionalidade. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 18, n. 115, jun./set., 2016, p. 435-458. Disponível em: <[https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1309?TSPD\\_101\\_R0=9a1b546110f3cd556e96b697d1ca5ee0xa600000000000000fc4b9db1ffff0000000000000000000000000060b7c2a2001597ea4e08282a9212ab2000253f710e9671762e7fa7c8d4829dd3da8bdadca78cba6f96a7c298dac0700e3708c8e796450a28003173399cb68b35b1730b66e821eded5802b84131545869c6ee6c2e8b9f7d5f8ba52472061ba2c169](https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1309?TSPD_101_R0=9a1b546110f3cd556e96b697d1ca5ee0xa600000000000000fc4b9db1ffff0000000000000000000000000060b7c2a2001597ea4e08282a9212ab2000253f710e9671762e7fa7c8d4829dd3da8bdadca78cba6f96a7c298dac0700e3708c8e796450a28003173399cb68b35b1730b66e821eded5802b84131545869c6ee6c2e8b9f7d5f8ba52472061ba2c169)>. Acesso em: 2 jun. 2021

<sup>186</sup> SILVA, Denise Magalhães da. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade da norma tributária. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 81-84.

## 2 A RETÓRICA

### 2.1 A retórica na história

O termo “rhêtorikê” aparece pela primeira vez em Górgias, de Platão, no início do século IV a.C., e provavelmente a palavra foi inventada por este autor grego<sup>187</sup>, que buscou “descrever aquelas atividades em que a fala era utilizada em público para fins de convencimento, especialmente perante assembleias, tribunais e demais ocasiões especiais<sup>188</sup>.”

Para Sócrates, a retórica é “[...] uma arte de conduzir almas através das palavras, mediante o discurso [...]”<sup>189</sup> e, posteriormente, para Aristóteles, é “[...] a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir”<sup>190</sup>.

Não se pode deixar de lado a participação central de Córax e Tísias, uma vez que a eles é atrelada a fundação da retórica, que teria ocorrido por volta de 426 a.C., com a expulsão dos tiranos da Sicília<sup>191</sup>. Neste momento, as pessoas dessa região necessitaram aprender a discursar perante tribunais e assembleias a fim de reaver as suas propriedades tomadas pelo regime ditatorial. Diante disto, os autores sicilianos organizaram os preceitos teóricos que almejavam o sucesso da fala em público em um método, por meio da divisão do discurso, do uso de argumentos e de probabilidades<sup>192</sup>.

Conforme Santos<sup>193</sup>, a partir deste manual, Aristóteles resumiu estas ideias em seu *Synagoge Technon* (Coleção de Artes), que passou a ser o referencial teórico sobre o assunto<sup>194</sup>. A partir disto, a retórica retorna novamente ao seu auge apenas com os fundadores da Moderna Teoria da Argumentação (MTA), sendo eles Viehweg, Toulmin e Perelman-Tyteca<sup>195</sup>.

O primeiro autor, apesar de não explorar o vínculo entre as emoções e a argumentação jurídica, resgata o pensamento de Aristóteles e de Cícero a fim de demonstrar

---

<sup>187</sup> TIMMERMAN, David M.; SCHIAPPA, Edward. Classical greek rhetorical theory and the disciplining of discourse. New York: Cambridge University Press, 2010, p 9.

<sup>188</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 15. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>189</sup> PLATÃO. Fedro, trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 2000, p. 90.

<sup>190</sup> ARISTÓTELES, Retórica, trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 12.

<sup>191</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 16. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>192</sup> CICERO. Brutus. trad. J. L. Hendrickson, Cambridge/London: Harvard University Press, 46, 1962, p. 49.

<sup>193</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 16. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>194</sup> GAGARIN, Michael. Background and origins: oratory and rhetoric before the sophists. in: WORTHINGTON, Ian (ed.). A companion to greek rhetoric. Oxford: Blackwell publishing, 2007, p. 30.

<sup>195</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 62. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.



que o saber jurídico ou a “ciência do Direito”, cujo termo preferido é a “Jurisprudência”, possui uma estrutura tópica<sup>196</sup>, de modo que

A partir da alusão de Vico, o problema que move a investigação de Viehweg desdobra-se na pergunta sobre a possibilidade de a sistematização dedutiva, pretendida pelos modelos matematizantes de ciência que predominaram a partir do século XVII, ser inadequada para organizar o saber jurídico e dele retirar ou nele ocultar características fundamentais.<sup>197</sup>

De modo semelhante, o modo de análise proposto por Toulmin “realiza uma crítica ao modo pelo qual a lógica formal vinha sendo aplicada ao campo da argumentação”<sup>198</sup>. O seu objetivo se preocupou em desenvolver um modelo de análise a fim de possibilitar a “[...] transformação da lógica, de ciência formal em ciência prática”<sup>199</sup>.

Perelman-Tyteca propõem a quebra com o racionalismo cartesiano, de modo que “a publicação de um tratado consagrado à argumentação e sua vinculação a uma velha tradição, a da retórica e da dialética gregas, constituem uma ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriunda de Descartes [...]”<sup>200</sup>.

Apesar de retomarem o pensamento clássico, criticarem e romperem com o discurso hegemônico sobre a racionalidade baseada na lógica cartesiana, os precursores da MTA não analisaram profundamente o papel das emoções no discurso.

Em contraste com estes autores, em 1992, Douglas Walton publicou a obra “O lugar da Emoção no Argumento”, que dedicou-se a aprofundar a forma pela qual as falácias compreendem o fenômeno das emoções. Assim, uma boa teoria da argumentação deveria não somente tratar e posicionar-se sobre as emoções, mas também levá-las a sério.<sup>201</sup>

---

<sup>196</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 63. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>197</sup> ROESLER, Cláudia. Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade. Arraes Editores: Belo Horizonte, 2013, p. 23.

<sup>198</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 65. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>199</sup> BRÉTON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. História das teorias da argumentação. trad. Maria Carvalho. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2001, p. 75-76.

<sup>200</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1.

<sup>201</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 74. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Segundo Oliver Reboul<sup>202</sup>, a retórica é “a arte de persuadir pelo discurso” e, por discurso, tem-se “toda produção verbal, escrita ou oral, constituída por uma frase ou por uma sequência de frases, que tenha começo e fim e apresente certa unidade de sentido”<sup>203</sup>. A sua vez, persuadir é levar alguém a crer em algo<sup>204</sup>.

Assim, a retórica possui quatro funções<sup>205</sup>: (i) argumentação e oratória, consistente nos meios persuasivos racionais (competência da razão); (ii) hermenêutica, relacionada à interpretação necessária para a produção do discurso, seja para compreender aqueles que lhe fazem face, seja para entender a quem se fala; (iii) heurística, que diz respeito à descoberta da vida, do que se parece ser o mais verossímil, é o esclarecimento para aquele que dá a palavra final; e (iv) pedagógica, uma vez que a retórica é utilizada para ensinar segundo um plano.

Ottmar Ballweg<sup>206</sup>, por sua vez, fala em retórica material, retórica prática e retórica analítica: com a primeira “preenchemos as funções básicas da vida comum, tais como orientação e ordenação, regularidade e vinculação duradoura, posicionamento e relacionamento”, de modo que criamos sistemas linguísticos, que constituem o vocabulário filtrado da linguagem comum. A segunda leciona “o emprego transcendente dos meios retóricos imanentes à linguagem, objetivando a transmissão das *doxai* tal como estas são reunidas nas dogmáticas, na intenção de persuadir, convencer ou fazer crer”. Já a terceira retórica se diferencia das demais por não estar submetida aos constrangimentos delas, quais sejam a obrigatoriedade: de estabelecer normas, de decidir, de fundamentar e de interpretar.

Já para João Maurício Adeodato, “[...] a retórica é uma maneira de ‘experimentar’ o mundo, com as associações que o verbo acarreta, a exemplo de ‘olhar’, ‘sentir’, ‘pensar’, ‘provar’, ‘julgar’. É uma maneira, de ao mesmo tempo observar e estar no ambiente”<sup>207</sup>.

As três acepções principais propostas por Adeodato constituem a retórica como método, como metodologia e como metódica: na primeira, há o cuidado dos “fatos”, “que são

---

<sup>202</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. XIV.

<sup>203</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. XIV.

<sup>204</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. XV.

<sup>205</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito).

<sup>206</sup> BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, v. 39, n. 163, jul./set., 1991, p. 175-185.

<sup>207</sup> ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do Direito. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2020. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/02/João-Maur%C3%ADcio-Adeodato.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

os relatos intersubjetivos sobre outras relações comunicativas”<sup>208</sup>. A segunda possui caráter reflexivo e, assim, constitui um primeiro grau de meta-retórica: “ela observa como funciona a retórica material e verifica que fórmulas dão certo, construindo uma pragmática finalística e normativa da comunicação”<sup>209</sup>. Por fim, a terceira concepção tem como finalidade possuir uma visão descritiva e abstrair-se de preferências axiológicas, ao passo que “analisa a relação entre como se processa a linguagem humana e como as pessoas acumula experiências e desenvolvem estratégias para utilizá-la de modo mais eficiente”<sup>210, 211</sup>.

Reis<sup>212</sup> propõe uma tripartição da retórica e, dentro dessa concepção, existem: a retórica como cosmovisão (R1), a retórica como persuasão (R2), e a retórica como instrumento de análise de discursos (R3).

A primeira noção se baseia em uma “indissociável e radical vinculação com a linguagem”<sup>213</sup>, a partir da virada linguística ocorrida no séc. XX, que redefiniu as relações entre sujeito, linguagem e mundo. Para esta concepção, o que é denominado conhecimento é, na verdade, o conjunto de convenções linguísticas intersubjetivas, que são precárias, circunstanciais, autorreferentes e conflituosas. Assim, racionalidade se torna a possibilidade do controle público dos acordos retóricos sobre a realidade<sup>214</sup>.

Já o segundo significado de retórica está associado ao conjunto de estratégias de persuasão<sup>215</sup>: “envolve a tópica, as teorias da argumentação, o uso de figuras de linguagem, as teorias científicas e políticas”. Não menos importante que a primeira noção, de cosmovisão, a

---

<sup>208</sup> ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do Direito. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2020. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/02/João-Maur%C3%ADcio-Adeodato.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

<sup>209</sup> ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do Direito. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2020. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/02/João-Maur%C3%ADcio-Adeodato.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

<sup>210</sup> ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do Direito. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2020. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/02/João-Maur%C3%ADcio-Adeodato.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

<sup>211</sup> ADEODATO, João Maurício. Retórica Analítica como metódica jurídica. Argumenta – UENP, Jacarezinho, jan./jun., 2013, p. 11-29. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/18>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

<sup>212</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 30.

<sup>213</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 31.

<sup>214</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 31.

<sup>215</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 34.

retórica está constantemente a ela atrelada, de forma que busca sempre conformá-la, em um processo contínuo de retroalimentação<sup>216</sup>.

O terceiro sentido utilizado é a retórica como instrumento de análise de discursos. Assim, “procura explicitar, desocultar pressupostos implícitos tanto na retórica R1 quanto nas estratégias de convencimento (R2), principalmente quando elas se manifestam sob a forma de generalizações parciais, estáticas ou objetivas”<sup>217</sup>. Ao que interessa o presente estudo, acolhem-se as funções argumentativa e hermenêutica de Oliver Reboul, bem como a tripartição retórica, em suas noções persuasiva e analítica.

No item a seguir, traz-se à pesquisa a estrutura da retórica elaborada pelo autor acima mencionado, momento em que é sistematizada em quatro partes, uma das quais trata exatamente dos conceitos de *ethos*, de *pathos* e de *logos*, essenciais para o deslinde do presente estudo.

## 2.2 A sistemática retórica

Conforme Reboul<sup>218</sup>, a retórica pode ser dividida em quatro partes, quais sejam: a invenção (*heurésis*), a disposição (*taxis*), a elocução (*lexis*) e a ação (*hypocrisis*). A primeira compreende a busca, pelo orador, de todos os argumentos e de outros meios de persuasão para o seu discurso. A segunda é a ordenação desses elementos argumentativos, a terceira refere-se ao estilo do discurso, a sua escrita e, por fim, a quarta parte é a execução do discurso em si.

### 2.2.1 Invenção (*heurésis*)

Para compreender a invenção, faz-se necessário investigar os chamados três gêneros do discurso: o judiciário, o deliberativo (ou político) e o epidíctico. Distinguem-se pelo auditório ao qual são dirigidos, de modo que o primeiro é direcionado ao tribunal, o segundo à Assembleia (Senado) e o terceiro a espectadores de discursos de aparato. Quanto ao tipo de ato, se diferenciam entre acusação e defesa, (des)aconselhamento, e censura ou louvor. O tempo

---

<sup>216</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 34.

<sup>217</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 35.

<sup>218</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 43-44.

também caracteriza cada um dos três discursos, de modo que o judiciário se refere ao passado, o deliberativo sobre o futuro e o epidíctico se situa no presente<sup>219</sup>:

(...) o tipo de argumentação dos três não é o mesmo. O judiciário, que dispõe de leis e se dirige a um auditório especializado, utiliza de preferência raciocínios silogísticos (entimemas), próprios a esclarecer a causa dos atos. O deliberativo, dirigindo-se a um público mais móvel e menos culto, prefere argumentar pelo exemplo, que, aliás, permite conjecturar o futuro a partir dos fatos passados (...). Quanto ao epidíctico, recorre sobretudo à amplificação, pois os fatos são conhecidos pelo público, e cumpre ao orador dar-lhes valor, mostrando a sua importância e nobreza.<sup>220</sup>

Cabe ressaltar que, um dos objetivos do presente trabalho é justamente averiguar o desvio dos discursos jurídicos da utilização de raciocínios silogísticos (entimemas), para o uso mais exacerbado de outros elementos retóricos. Ainda dentro da invenção (*heurésis*), portanto, fala-se em *ethos*, em *pathos* e em *logos*, que, para Reboul<sup>221</sup>, são considerados como argumentos e, para o presente trabalho, consistirão os campos retóricos que serão preenchidos por indicadores.

*Ethos* é a característica de ser o elemento retórico que se refere ao caráter do orador, seja a legitimidade obra dele ou por atribuição de o receptor crer que quem discursa é digno de crédito<sup>222</sup>. É o caráter de que o orador deve revestir-se para inspirar confiança no auditório<sup>223</sup>. Na reconstrução metodológica de indicadores operada por Isaac Reis, *ethos* assume o seguinte conceito:

Estratégias de *ethos* (representado pela letra maiúscula E) são aquelas que buscam persuadir o auditório por meio da exploração de características ligadas, direta ou indiretamente, ao sujeito do discurso, à instituição em nome da qual ele atua ou à função que exerce, performando aspectos de credibilidade, legitimidade, competência ou especial qualidade técnico-científica, cultural, política ou moral.<sup>224</sup>

---

<sup>219</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 44-45.

<sup>220</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 46.

<sup>221</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 47.

<sup>222</sup> ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Col. Os pensadores), p.45.

<sup>223</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 48.

<sup>224</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 138.

A segunda perspectiva, o *pathos*, apresenta-se como aquela que se utiliza de “recursos como o ritmo, os silêncios, a musicalidade, as figuras retóricas oratórias para despertar e manipular (aqui, sem qualquer conotação pejorativa) emoções, sentimentos e sensações do auditório”<sup>225</sup>. São as tentativas que o orador faz a fim de gerar em seus ouvintes emoções, uma vez que “os julgamentos que emitimos variam segundo experimentamos sentimentos de angústia ou júbilo, amizade ou hostilidade”<sup>226</sup>.

Se por um lado a retórica (ou aquele que age retoricamente) se utiliza da legitimidade ou das emoções do auditório, por outro, há de se falar na dimensão que mais é “impessoal”, o *logos*, aquele que, na reconstrução metodológica de indicadores realizada por Isaac Reis, produz

impressão de objetividade, de racionalidade, de aceitabilidade, coerência e lógica interna do discurso, produzindo o efeito de sentido que essas características independem do emissor. Normalmente, remissões à tradição, à universalidade e à neutralidade são os meios pelos quais as estratégias de *logos* se apresentam com maior eficácia na prática jurídica.<sup>227</sup>

O Estagirita<sup>228</sup> define este último elemento como aquele mais relacionado à parte objetiva do discurso, à sua organização. Está diretamente atrelado às manifestações que focam na sistematicidade do discurso, para que nele haja validade e coerência<sup>229</sup>.

### 2.2.2 Disposição (*taxis*)

A disposição (*taxis*), como dito, é a ordenação dos elementos retóricos: “é um lugar, ou seja, um plano tipo ao qual se recorre para construir o discurso”<sup>230</sup>. Ao longo do tempo, os diversos autores apresentaram muitas divisões da *dispositio*, que podem variar de duas a sete partes. Aqui, toma-se a concepção de Reboul, em que há quatro partes: exórdio, narração, confirmação e peroração.

---

<sup>225</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 138.

<sup>226</sup> ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Col. Os pensadores), p. 45-46.

<sup>227</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 138-139.

<sup>228</sup> ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Col. Os pensadores), p. 46.

<sup>229</sup> ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Col. Os pensadores), p. 46.

<sup>230</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 55.

O primeiro se destina a iniciar o discurso, e possui a função de tornar o auditório dócil, atento e benevolente<sup>231</sup>. A segunda se dedica à exposição dos fatos referentes à causa<sup>232</sup>. A terceira se caracteriza pelo conjunto de provas seguida por uma refutação<sup>233</sup> e, por último, a quarta é o que põe fim ao discurso<sup>234</sup>.

### 2.2.3 Elocução (*lexis*)

A elocução é “o ponto em que a retórica encontra a literatura. Todavia, antes de ser uma questão de estilo, diz respeito à língua como tal”<sup>235</sup>. Isto porque a retórica criou uma sistemática “puramente funcional”, em que tudo o que é inútil é excluído, onde o mínimo efeito de estilo é justificado pela exigência de persuadir<sup>236</sup>.

Prevalecem três regras dentro da elocução, relativas ao assunto, ao auditório e ao orador. A primeira regra é: “o melhor estilo, ou seja, o mais eficaz, é aquele que se adapta ao assunto”<sup>237</sup>. Nesse sentido, conforme Reboul<sup>238</sup>, os latinos distinguiam três gêneros de estilo: o nobre (*grave*), o simples (*tenue*) e o ameno (*medium*). Assim, o orador eficaz é aquele que adota o estilo que convém ao assunto.

Essas regras levam em consideração que “para que um argumento se desenvolva, é preciso, de fato, que aqueles a quem ela se destina lhe prestem alguma atenção”, de modo que não será efetiva se não prender o interesse de um público indiferente.<sup>239</sup>

A segunda regra é a da clareza, de modo que se deve adaptar o estilo ao auditório. Ser claro, portanto, é “pôr-se ao alcance de seu auditório concreto”<sup>240</sup>. A terceira regra está

---

<sup>231</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 55.

<sup>232</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 56.

<sup>233</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 57.

<sup>234</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 59.

<sup>235</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 61.

<sup>236</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 62.

<sup>237</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 62.

<sup>238</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 62.

<sup>239</sup> PERELMAN, Chaïm; OLDBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. rev. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 20-21.

<sup>240</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 63.

atrelada ao próprio orador, que deve ser vivaz em seu discurso<sup>241</sup>: “para ser vivaz, é preciso observar regras de estilo bem precisas. Primeiro a escolha das palavras, sempre que possível concretas (...). Depois, o ritmo das palavras (...). Finalmente, a brevidade”<sup>242</sup>.

#### 2.2.4 Ação (hyprocrisis)

A ação é essencial, porque, sem ela, o discurso não atingiria o público: “a ação é o arremate do trabalho retórico, a proferição do discurso”. Em grego, ação é traduzida por *hypocrisis* que, antes de adquirir seu sentido pejorativo, significava a “interpretação do adivinho” e, posteriormente, “a interpretação do ator, a ação teatral”.<sup>243</sup>

Assim como o hipócrita original e o ator, que fingem sentimentos que não possuem, também o faz o orador, pois pode exprimir o que não sente e, se não o fizer, trairia a sua mensagem: “o fato é que o orador sincero não pode deixar de ‘representar’ segundo regras semelhantes às do ator”.<sup>244</sup>

Uma vez elaborada a sistemática retórica e o seu funcionamento, a partir dos termos propostos por Isaac Reis, João Maurício Adeodato, Oliver Reboul e Chaïm Perelman e Lucie Oldbrechts-Tyteca, tem-se material teórico suficiente para classificar o termo “discurso”, utilizado nesta dissertação. Por exemplo, ao nomear o Capítulo 1 como “O discurso do controle de constitucionalidade”, a pretensão é significar o que se tem por um “dogma” sedimentado, aceito e amplamente utilizado, como, na verdade, um lugar comum (*topos*) existente no âmbito jurídico brasileiro.

Como foi dito na introdução do presente trabalho, os lugares comuns (*topoi*) representam os sentidos comuns, que são passíveis de discussão e se inserem dentro da tópica, ao passo que, nos termos da obra de Theodor Viehweg<sup>245</sup>, “são os que nos podem ajudar, em relação a cada problema, a obter raciocínios dialéticos”.

No item a seguir, traz-se o panorama da relação entre o Direito e a Retórica, de modo a possibilitar a conexão entre essas esferas de conhecimento/pensamento.

---

<sup>241</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 63.

<sup>242</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 63.

<sup>243</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 67.

<sup>244</sup> REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito), p. 67.

<sup>245</sup> VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, Departamento de imprensa Nacional, 1979, p. 27.



## 2.3 O direito e a retórica

A partir do que foi elaborado no item 2.1, muitas são as relações entre o direito e a retórica, que têm sido construídas desde a antiguidade clássica. A própria formação desta segunda está estritamente atrelada ao discurso jurídico. Neste momento, pretende-se evidenciar a conexão existente entre ambos a partir de um ponto de vista que entende a retórica como uma maneira de estabelecimento de significados, a partir dos sentidos comuns.

Viehweg se preocupou em relacionar a tópica e a jurisprudência, a partir do pensamento teórico de Aristóteles e de Cícero. Assim, a jurisprudência não só possui uma estrutura tópica, mas também é uma técnica de pensamento que enfatiza os problemas<sup>246</sup>, de modo que “a função dos *topoi* [...] consiste, pois, no fato de servir à discussão dos problemas<sup>247</sup>.”

Conforme Medeiros<sup>248</sup>, Viehweg entendia que “as ciências da natureza consistem em uma *práxis*, onde correspondem a formas discursivas cujos modos alegadamente ‘evidentes’ de demonstração e análise —o próprio método científico— também constituem cânones históricos e retoricamente construídos”. Assim, “o direito não existe [...] como uma realidade completa, mas é constituído pela associação dos diversos relatos hegemônicos que se consolidam em diversos tempos e lugares por aqueles que, além de interpretar a realidade, prescrevem como os discursos serão interpretados”<sup>249</sup>.

Para Sobota<sup>250</sup>, “o processo decisório jurídico não é governado por normas universais, mas sim moldado e constituído por tais padrões mutáveis e auto-organizados, os quais se encontram frequentemente articulados como regras, mas são, de fato, apenas ‘regularidades’”. Por isso, ainda segundo a autora<sup>251</sup>, quem deseja descobrir os padrões básicos da comunicação normativa deve analisar a retórica dos magistrados e dos advogados.

Regularidades, diferentemente de normas gerais e permanentes que explicam e controlam a natureza, bem como a descrevem universalmente, assim se caracterizam: “são parte

---

<sup>246</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso*. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 64. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>247</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 39.

<sup>248</sup> MEDEIROS, Bruno Franco Candido. *O que os juízes acham persuasivo? Uma análise empírico-retórica de decisões proferidas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de dano moral*. Brasília, DF, 492f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2018, p. 24.

<sup>249</sup> MEDEIROS, Bruno Franco Candido. *O que os juízes acham persuasivo? Uma análise empírico-retórica de decisões proferidas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de dano moral*. Brasília, DF, 492f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2018, p. 26.

<sup>250</sup> SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm!. *International Journal for semiotics of law*. IV/10, 1991, trad. João Maurício Adeodato, p. 2.

<sup>251</sup> SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm!. *International Journal for semiotics of law*. IV/10, 1991, trad. João Maurício Adeodato, p. 2.

de toda ação, elas organizam essas ações e são produzidas pelas mesmas. (...) O processo decisório jurídico não é governado por normas universais, mas sim moldado e constituído por tais padrões mutáveis e auto-organizados”<sup>252</sup>.

Assim, o direito não possui um significado nativo, de modo que a “as associações feitas em torno dele, tais como norma, sistema, conduta em interferência subjetiva, interesse são relatos de diferentes tempos e lugares buscando atribuir-lhe um sentido hegemônico”<sup>253</sup>. Isto é, procura-se sempre, pelos operadores, um lugar comum, um *topos*, para a definição de Direito e do seu conteúdo, o que não se dá por natureza.

Vale lembrar que o controle de constitucionalidade e a modulação de efeitos das decisões são considerados nesse estudo como dentro desse âmbito, ou seja, não possuem um significado fixo ou “nativo”, mas sim aberto, cuja a ideia é dada por quem discursa ou pelo discurso que se faz vencedor e predominante.

Isto participa do que Sobota denomina de “teias linguísticas”<sup>254</sup>, que são compostas por opiniões baseadas na linguagem. Segundo a autora, são articuladas, produzidas e influenciadas pelo significado dos sentidos.

Identificar como o STF, personificado pelos 11 ministros que o compõem, elabora e reconstrói partes dessa “rede”, mediante a evidenciação de como os seus membros colocam-se à frente dos litígios tributários, estratégica e argumentativamente, é imprescindível para entender os mecanismos de persuasão que este tribunal opera.

Entende-se, assim como explica Sobota<sup>255</sup>, que existe um catálogo de “constrangimentos” que moldam a produção do direito, em razão de certas funções assumidas pelo sistema social. Conforme relembra Medeiros,

Ora, incumbe ao Direito, consoante se convencionou e para que produza resultados pragmáticos, oferecer respostas certas e determinadas para problemas jurídicos sobre os quais controvertem as partes – emerge, portanto, o constrangimento de decidir, de dar cabo ao conflito existente. Desse modo, compete ao Direito tornar finita, nos autos, a complexidade infinita existente fora deles, o que apenas é possível mediante a utilização de mecanismos fornecidos pela própria linguagem, a exemplo da força ordenadora da gramática e da adoção de um estilo caracterizado por uma semântica

---

<sup>252</sup> SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm!. *International Journal for semiotics of law*. IV/10, 1991, trad. João Maurício Adeodato, p. 2.

<sup>253</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 35.

<sup>254</sup> SOBOTA, Katharina. The rethorical construction of law. *International Journal for the semiotics of law*. V/13, 1992, p. 41.

<sup>255</sup> SOBOTA, Katharina. The rethorical construction of law. *International Journal for the semiotics of law*. V/13, 1992.

altamente flexível, os quais, por conseguinte, moldam a produção do próprio Direito.<sup>256</sup>

A partir desta perspectiva da relação entre o direito e a retórica, passa-se a seguir à explicação da metodologia utilizada para a coleta e a análise das decisões tributárias com modulação de efeitos, a fim de entender a utilização do *topos* modulação de efeitos e explicar as técnicas de persuasão mais utilizadas pelos ministros do STF dentro das dimensões de *ethos*, de *pathos* e de *logos*.

---

<sup>256</sup> MEDEIROS, Bruno Franco Candido. O que os juízes acham persuasivo? Uma análise empírico-retórica de decisões proferidas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de dano moral. Brasília, DF. 492f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2018, p. 27.

### 3 METODOLOGIA

#### 3.1 O método de pesquisa não probabilístico de amostra por quotas

Uma vez estabelecida a importância e a relevância da retórica, bem como o nível de sentido em que ela será utilizada e as dimensões a partir das quais serão definidos os indicadores, passa-se à explicitação dos caminhos metodológicos utilizados.

Para produzir o corpo de decisões a serem analisadas, utilizou-se o método de pesquisa não probabilístico de amostra por quotas. Isso porque essa metodologia sugere que se o grupo de decisões são representativos em termos de características, também pode ser expressivo em termos de informação<sup>257</sup>.

A amostragem por quotas nada mais é do que uma seleção intencional, onde o pesquisador procura obter uma porção que seja similar à população em algum aspecto. Neste caso, são consideradas várias características do universo pesquisado, como sexo, idade e tipo de trabalho; a amostra pretende incluir proporções similares de pessoas com as mesmas particularidades<sup>258</sup>, e aqui o faz com um grupo de decisões unidas pela modulação de efeitos em matéria tributária.

Essa coleta foi realizada a partir do mecanismo de pesquisa de jurisprudência do STF<sup>259</sup>, onde foram inseridos os termos “tributário” e “modulação”, sem a adição dos operadores de pesquisa disponíveis: e, ou, não, “”, “”, “~”, “\$, “?”, “()”.

A base de procura foi limitada aos acórdãos, pois são as decisões colegiadas em que há o pronunciamento de vários ministros, e com o julgamento até o dia 25 de maio de 2021, marco temporal final escolhido para a busca. Para o controle difuso e o concentrado, foram selecionadas as seguintes classes disponíveis: “RE”, “AI”, “ARE” e “AC” para o primeiro, e “ADI” e “ADPF” para o segundo.

---

<sup>257</sup> OLIVEIRA, Tânia Modesto Veludo de. Amostragem não probabilística: adequação de situações para uso e limitações de amostras por conveniência, julgamento e quotas. *Administração On Line Prática - Pesquisa - Ensino*. São Paulo, v. 2, n. 3, jul/set 2001, p. 6. Disponível em: < [https://pesquisa-eaesf.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/veludo\\_-\\_amostragem\\_nao\\_probabilistica\\_adequacao\\_de\\_situacoes\\_para\\_uso\\_e\\_limitacoes\\_de\\_amostras\\_por\\_conveniencia.pdf](https://pesquisa-eaesf.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/veludo_-_amostragem_nao_probabilistica_adequacao_de_situacoes_para_uso_e_limitacoes_de_amostras_por_conveniencia.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2020.

<sup>258</sup> OLIVEIRA, Tânia Modesto Veludo de. Amostragem não probabilística: adequação de situações para uso e limitações de amostras por conveniência, julgamento e quotas. *Administração On Line Prática - Pesquisa - Ensino*. São Paulo, v. 2, n. 3, jul/set 2001, p. 6. Disponível em: < [https://pesquisa-eaesf.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/veludo\\_-\\_amostragem\\_nao\\_probabilistica\\_adequacao\\_de\\_situacoes\\_para\\_uso\\_e\\_limitacoes\\_de\\_amostras\\_por\\_conveniencia.pdf](https://pesquisa-eaesf.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/veludo_-_amostragem_nao_probabilistica_adequacao_de_situacoes_para_uso_e_limitacoes_de_amostras_por_conveniencia.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2020.

<sup>259</sup> STF. Pesquisa de jurisprudência. 2021. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em 15 jul. 2021.

Desta forma, a pesquisa retornou, de forma aproximada, todas as decisões<sup>260</sup> em que ocorreu a modificação dos efeitos no STF.

### 3.2 As decisões selecionadas

De acordo com a busca realizada e após seleção minuciosa daquelas em que a modulação de efeitos não foi aprovada ou não estavam relacionadas à matéria tributária, foram encontradas 15 decisões, nos controles de constitucionalidade difuso<sup>261</sup> concentrado<sup>262</sup> de, respectivamente, 123 e 31 julgados, que foram decididas entre os anos de 1968 e 2019.

Dentre essas decisões, foram excluídas 10: o Recurso Extraordinário (RE) n. 62.582/PB, os segundos Embargos de Declaração (EDs) no Agravo Regimental (AgR) no RE n. 596.411/MG, os EDs no RE n. 643.247/SP e a ADI n. 3.550/RJ, por suas baixas quantidades textuais —o que poderia inviabilizar ou até mesmo enviar o resultado dos indicadores—, bem como os REs ns. 560.626-1/RS e 556.664-1/RS, por possuírem a mesma relatoria (Ministro Gilmar Mendes), por se tratarem da mesma matéria, inclusive com o mesmo relatório, mesmos votos e mesmo dispositivo.

A segunda Medida Cautelar (MC) em Petição (PET) n. 2.859/SP, apesar de versar sobre a modulação de efeitos, não continha matéria tributária aparente, motivo pelo qual foi necessário realizar a sua eliminação do corpo de decisões encontradas.

Ademais, também foi retirada a análise da ADI n. 4.628/DF, por ter assunto idêntico ao do RE n. 680.089/SE, em que se discute a (in)constitucionalidade do Protocolo do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) n. 21/2011 e, por conseguinte, a validade da cobrança

---

<sup>260</sup> STF, Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=RE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=AI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ARE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=AC&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADPF&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADI&julgamento\\_data=-25052020&page=1&pageSize=10&queryString=tributario%20modulacao&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=RE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=AI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ARE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=AC&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADPF&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADI&julgamento_data=-25052020&page=1&pageSize=10&queryString=tributario%20modulacao&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 2 maio 2020.

<sup>261</sup> STF, Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=RE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=AI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ARE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=AC&julgamento\\_data=-25052020&page=1&pageSize=10&queryString=tributario%20modulacao&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=RE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=AI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ARE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=AC&julgamento_data=-25052020&page=1&pageSize=10&queryString=tributario%20modulacao&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 2 maio 2020.

<sup>262</sup> STF, Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADPF&julgamento\\_data=-25052020&page=1&pageSize=10&queryString=tributario%20modulacao&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADPF&julgamento_data=-25052020&page=1&pageSize=10&queryString=tributario%20modulacao&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 2 maio 2020.

do ICMS pelo Estado destinatário da mercadoria. Nesse sentido, constatou-se que também a discussão sobre a modulação de efeitos possui o mesmo teor daquele extraordinário.

Ainda, a ADI n. 4.171/DF e a ADPF n. 190/SP foram removidas pela baixa quantidade de ocorrências encontradas no documento do acórdão, o que, mais uma vez, poderia inviabilizar ou até mesmo enviesar o resultado desta pesquisa.

O tema foi escolhido por dois motivos: o primeiro, porque os dados específicos sobre essa categoria de julgados não existem no sítio eletrônico do STF, durante a realização do presente trabalho, de forma delineada, a não ser na “Pesquisa Pronta”; e o segundo, pois busca-se angariar maiores estudos sobre a modulação de efeitos em matéria tributária, o que, pela leitura prévia do resultado da ferramenta do STF, demonstrou relevante quantidade de ocorrências.

Uma vez na posse das referidas decisões, foi a elas aplicada a metodologia da AERD, elaborada por Isaac Reis<sup>263</sup>, a fim de identificar quais indicadores retóricos estão presentes e em quais das dimensões *ethos*, *pathos* e *logos* se encaixam, para uma posterior análise do mapa retórico que se formou a partir dos referidos julgados.

### 3.3 A Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD)

A AERD, proposta por Isaac Reis<sup>264</sup>, foi escolhida por permitir a identificação das estratégias e características retóricas de uma determinada instituição, no caso, o STF, e de um discurso jurídico presente no ordenamento brasileiro, a modulação de efeitos das decisões.<sup>265</sup> Isto é, busca-se na presente pesquisa elementos que permitam mostrar os aspectos de uma determinada prática retórica.

Esta metodologia foi também utilizada por Bruno Franco Candido Medeiros, cuja dissertação de mestrado intitulada de “O que os juízes acham persuasivo? Uma análise empírico-retórica de decisões proferidas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho em

---

<sup>263</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição para a pesquisa de base em Direito. In: CONPEDI/UFSC (Org.) Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 70-90. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad801013f6b931f3>>. Acesso em: 2 maio 2020.

<sup>264</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018.

<sup>265</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 123.

matéria de dano moral”<sup>266</sup> buscou “identificar determinadas estratégias retóricas empregadas pelos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho (TST), nas ocasiões em que ‘ficam vencidos’ no exame de controvérsias relativas ao dano moral”. A interessante conclusão deste trabalho se dá com a constatação de que os ministros do TST se preocuparam mais em utilizar estratégias emocionais ao tentarem persuadir os seus pares.

Como enunciado na introdução, o presente trabalho é resultado da análise textual das decisões pesquisadas. Isto não exclui a gama de possibilidades que o instrumento metodológico empírico-retórico possibilita, como por exemplo, a análise aprofundada das gravações das sessões de julgamento.

A AERD, originalmente, possui os seguintes passos: i) definição do corpus da análise; ii) investigação do contexto do discurso; iii) leitura exploratória; iv) primeira leitura retórica (identificação de estratégias retóricas de *ethos*, *pathos* e *logos*); v) segunda leitura retórica (nomeação dos indicadores de cada dimensão retórica [*ethos* – E, *pathos* – P e *logos* – L]); vi) contabilização das ocorrências; vii) representação das ocorrências em um “mapa retórico”; e viii) atribuição de significado ao mapa retórico. A modificação realizada nesta metodologia consistiu na criação de indicadores específicos para o presente caso, como a própria metodologia citada indica<sup>267</sup>.

Tem-se por ocorrência ou indicador, ambos sinônimos para esta pesquisa, as unidades-chave que identificam, por meio da AERD, a existência de elementos pertencentes às três dimensões retóricas acima elencadas. Podem ser uma, duas ou mais palavras, uma frase, um parágrafo ou qualquer outro bloco de informações.

É possível que o leitor constate a existência de partículas que se enquadrem dentro desta categorização e não sejam considerados como ocorrências/indicadores, isto porque, no presente trabalho, somente são assim considerados aquelas e aqueles que estão e são relacionados à modulação de efeitos em matéria tributária, que é assunto secundário nestas decisões de mérito.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> MEDEIROS, Bruno Franco Candido. O que os juízes acham persuasivo? Uma análise empírico-retórica de decisões proferidas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de dano moral. Brasília, DF. 492f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2018.

<sup>267</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 140.

<sup>268</sup> Um exemplo dessa situação pode ser observado na página 22 do documento da decisão no RE n. 559.943/RS, em que a Ministra Relatora Cármen Lúcia cita o art. 146, inc. III, da CR, a fim de demonstrar que a União possui constitucionalmente a competência para dispor sobre as normas gerais tributárias. Essa arguição poderia facilmente ser considerada pelo leitor como uma ocorrência, uma vez que, como se verá, é um indicador de *logos* o argumento de codificação. Contudo, como ressaltado, esse registro, muito embora

Estas partículas, que aqui são textuais, são construídas a partir dos passos *iv* e *v* do instrumento empírico-retórico: com base nas leituras, é feita a averiguação das partes textuais, que reforçam a característica persuasória do discurso proferido nas decisões. Adiante serão explicitadas, explicadas e exemplificadas cada uma destas ocorrências.

Vale lembrar que as três dimensões possuem o mesmo peso para a análise, assim como são iguais entre si cada um dos indicadores, de modo que o que pode evidenciar a preferência dos ministros por uma ou outra técnica de persuasão é a quantidade numérica de vezes que elas são encontradas nas decisões analisadas.

É importante trazer para a presente pesquisa as regras da metodologia empírico-retórica, de maneira que algumas situações possivelmente conflituosas na contagem possam ser melhor dirimidas a fim da obtenção do resultado mais preciso. Portanto,

- a) Como regra geral, a unidade de ocorrência corresponde ao parágrafo em que ela é identificada. O pesquisador pode fazer referência a ela pelo número da página ou, numerando as linhas, indicar, além do número da página, o início e o final, de modo mais específico;
- b) Ocorrendo mais de uma vez e de modo independente duas ocorrências de um mesmo indicador na mesma página do texto analisado, ele será contabilizado mais de uma vez;
- c) Quando uma ocorrência ocupa um parágrafo que, tendo iniciado em uma página, prolonga-se para além dela, sem que, no entanto, haja solução de continuidade, ela é contabilizada uma vez e referida ao intervalo de páginas respectivo;
- d) Quando uma ocorrência não corresponde direta e claramente a um bloco de texto (como uma ironia, por exemplo), o pesquisador deve definir os limites dentro dos quais esse efeito de sentido é percebido, indicando ou a página ou o intervalo de páginas correspondente.<sup>269</sup>

Para os indicadores de *ethos* (E), adotou-se os seguintes, baseados naqueles propostos por Reis<sup>270</sup>: (i) interrupção, (ii) autoridade da Corte, (iii) explicação defensiva, (iv) reconhecimento de autoridade e (v) elogios e adjetivações.

A interrupção é marcada pela quebra da fala de um ministro por outro, de modo que a autoridade do primeiro é posta em confronto com a do segundo. Um exemplo desse primeiro

---

seja sobre o Direito Tributário, não está relacionado à modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, que configura o *topos* analisado na pesquisa.

<sup>269</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 140-141.

<sup>270</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 138.



indicador está na ADI n. 429/CE, página 25 do documento da decisão: o Ministro Relator Luiz Fux interrompe o Ministro Teori Zavascki, que iria fazer um esclarecimento, antes mesmo de fazê-lo.

Na mesma decisão, página 15, há também o surgimento do ocorrência retórica da autoridade da Corte, uma vez que, ao tratar dos efeitos prospectivos da liminar, o Ministro Relator dá como argumento para a sua cassação o fato de o STF não corroborar a tese anteriormente seguida para fins de concessão.

Já a explicação defensiva consiste em uma afirmação da autoridade do ministro que a profere, uma vez que é utilizada como meio de assentar a sua posição e a sua hierarquia perante os demais pares, como se vê no RE n. 559.943/RS, página 58 do documento da decisão, na fala do Ministro Presidente Gilmar Mendes.

O reconhecimento de autoridade ocorre quando um ministro defende de ataques e questionamentos o posicionamento de outro, em julgamento, a fim de manter uma relação intencional. Um exemplo da ocorrência desse indicador está no RE n. 680.089/SE, em que o Ministro Gilmar Mendes sai em defesa do posicionamento e falas adotados pelo Ministro Luiz Fux, em diálogo com o Ministro Marco Aurélio, na página 29 do documento da decisão.

O último indicador da dimensão de *ethos* são os elogios e as adjetivações, que constituem, assim como o reconhecimento de autoridade, uma maneira de um ministro angariar o apoio de seus pares, por meio de reforços positivos. Isso ocorre, por exemplo, na página 429 do documento da decisão do RE n. 559.943/RS, quando a Ministra Cármen Lúcia diz que o Ministro Gilmar Mendes “bem demonstrou” que a competência para legislar sobre a prescrição e a decadência tributárias é da União.

Como indicadores de *pathos* (P), tem-se, ainda baseado em Reis<sup>271</sup>: (i) argumento *ad terrorem*, (ii) personificação e prosopopeia, (iii) argumento de sobrecarga do contribuinte, (iv) indagação ou afirmação ignorada e (v) ironia.

O primeiro componente de *pathos* é o argumento *ad terrorem*, que tem por finalidade aterrorizar o auditório, ao colocar como consequência de determinada ação uma situação “catastrofizada”. Isso ocorre, por exemplo, no RE n. 680.089/SE, onde o Ministro Marco Aurélio afirma que a “a modulação, a essa altura, apenas causará problemas, implicações inúmeras”.

---

<sup>271</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 156-157.

A personificação e a prosopopeia consistem em atribuir sensações, comportamentos, sentimentos, qualidades e/ou características de seres animados (essencialmente humanas) aos objetos inanimados ou seres irracionais. É visível tal indicador na página 66 do documento da decisão do RE n. 559.943-4/RS, em que o Ministro Marco Aurélio afirma que a edição de normas sabidamente inconstitucionais, que se vale da “morosidade da justiça”, ferem a constituição praticamente de morte.

Já o argumento de sobrecarga do contribuinte tem por finalidade apelar para a situação daqueles que pagam os tributos, de modo que tende a também “catastrofizar” essa realidade com a afirmação de que haverá desequilíbrio financeiro, como se vê na página 15 do documento da decisão da ADI n. 4.481/PR.

Ao ignorar uma indagação ou afirmação realizada, tem-se verdadeiro desprezo pela posição ou entendimento do ministro ignorado, o que configura uma estratégia patética, pois é capaz de gerar emoções naquele que é ignorado. Um exemplo é quando o Ministro Marco Aurélio é deixado de lado em sua fala, pela Ministra Presidente Cármen Lúcia, na página 96 do documento da decisão do RE n. 593.849/MG.

O último indicador da dimensão de *pathos* é a ironia, que consiste em dizer o contrário do que se quer dar a entender. Isso ocorre, por exemplo, no RE n. 559.943-4/RS, página 40 do documento da decisão.

A última dimensão retórica (o *logos*), conforme Reis<sup>272</sup>, apresenta, nesse estudo, os seguintes indicadores: (i) apelo à jurisprudência, (ii) argumento do cotidiano, (iii) regra hermenêutica, (iv) argumento baseado em princípios gerais e (v) argumento de codificação.

O primeiro indicador de *logos* é, o apelo à jurisprudência, a fim de despersonalizar o posicionamento daquele/a ministro/a que vota. Um exemplo dessa ocorrência está na página 35 do documento da decisão da ADI n. 429/CE.

Ao ilustrar a situação que poderia ocorrer caso todas as assembleias legislativas e câmaras de vereadores deliberassem sobre a prescrição e decadência, respectivamente, no caso ICMS e do Imposto Sobre Serviços (ISS), o Ministro Marco Aurélio se utiliza de um exemplo do cotidiano, no RE n. 559.943/RS, página 65 do documento da decisão, coloca em cena uma situação prática do dia a dia.

Por regra hermenêutica se entende aquelas situações em que é utilizado um padrão de conduta de interpretação, seja baseado na congruência, seja baseado na igualdade, como por

---

<sup>272</sup> REIS, Isaac. Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 156-157.

exemplo, aplicar a coerência entre o que foi decidido em outros julgados, como foi feito no RE n. 680.089/SE, na página 24 do documento da decisão.

Argumentos baseados em princípios gerais ocorrem quando um entendimento é amparado, por exemplo, na segurança jurídica, o que está explícito no voto do Ministro Relator Edson Fachin, no RE n. 593.849/MG, página 42 do documento da decisão.

O último indicados da dimensão de *logos* é o argumento de codificação, quando o ministro decide com base em um dispositivo, seja ele constitucional, legal ou infralegal. Um exemplo dessa ocorrência está na página 27 do documento da decisão da ADI n. 429/CE.

É necessária a realização de uma diferenciação entre o indicador argumento *ad terrorem* e a ocorrência argumento baseado em princípios gerais. Isto porque pode haver certa confusão na classificação como *pathos* ou *logos*, principalmente nos casos que surgiram na análise, relativos à (in)segurança jurídica na modulação de efeitos em matéria tributária.

No primeiro, há a utilização da segurança jurídica como estratégia de persuasão a fim de catastrofizar a situação em debate na decisão, como ocorreu na página 61 do RE n. 559.943/RS, em que o Ministro Presidente Gilmar Mendes afirma que acolhe o pedido da modulação de efeitos em virtude dos efeitos catastróficos que a decisão em contrário ocasionaria, enquanto na segunda, apenas é elencado o princípio como forma de persuadir, a título de exemplo, a decisão do Ministro Edson Fachin baseada neste axioma, na página 99 do RE n. 593.849/MG.

O quadro geral de dimensões e indicadores selecionados para a mensuração das estratégias retóricas nas decisões escolhidas possui o resultado com a configuração representada no esquema abaixo:

**Tabela 1** – quadro geral de dimensões e indicadores selecionados para a mensuração das estratégias retóricas nas decisões escolhidas.

DIMENSÃO	INDICADOR
<i>ETHOS</i> (E)	E1: interrupção
	E2: autoridade da corte
	E3: explicação defensiva
	E4: reconhecimento de autoridade
	E5: elogios e adjetivações
<i>PATHOS</i> (P)	P1: argumento <i>ad terrorem</i>
	P2: personificação e prosopopeia
	P3: argumento de sobrecarga do contribuinte
	P4: indagação ou afirmação ignorada
	P5: ironia
<i>LOGOS</i> (L)	L1: apelo à jurisprudência
	L2: argumento do cotidiano
	L3: regra hermenêutica
	L4: argumento baseado em princípios gerais
	L5: argumento de codificação

Fonte: elaboração própria com base na Análise Empírico-Retórica do Discurso constitucional: uma contribuição para a pesquisa de base em Direito.<sup>273</sup>

A presença dos indicadores permitiu, então, a realização da contabilização de ocorrências de cada um, em cada uma das três dimensões retóricas (E, P e L). O resultado obtido possibilitou a elaboração do “mapa retórico”, que será exposto e analisado em seguida, a fim de que se atribua significado aos dados coletados.

<sup>273</sup> REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição para a pesquisa de base em Direito. In: CONPEDI/UFS, Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis, CONPEDI, 2014, p. 70. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad801013f6b931f3>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

## 4 ANÁLISE DAS DECISÕES COLETADAS

Neste momento, passa-se à análise das decisões sobre a modulação dos efeitos em matéria tributária, prospectadas conforme a metodologia selecionada, nos termos do capítulo 3 desta dissertação.

Adotou-se, como regra geral para a marcação dos respectivos indicadores, a consideração do número da página presente no documento da decisão, e não aquele relativo à quantidade de páginas do acórdão.

### 4.1 Controle difuso

#### 4.1.1 RE n. 559.943-4/RS

O RE n. 559943-4/RS, julgado em 12/06/2008, com publicação em 05/12/2008, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, tem como Recorrente o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Recorrida a Abdalla Husein Humad ME; versa sobre REs interpostos contra acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) que, no julgamento de apelações cíveis, declararam a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, estes que definiam, respectivamente, os prazos decadencial e prescricional de dez anos para a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos.

A grande controvérsia que envolve este caso está em definir no que consistem as normas gerais sobre prescrição e decadência tributárias, isto é, se a disciplina desses dois institutos está reservada à lei complementar ou se apenas parte dela estaria (e, então, qual seria essa parte).

Ao final do julgamento, foram os mencionados arts. da Lei n. 8.212/1991 declarados inconstitucionais, por disporem sobre prescrição e decadência, matérias restritas à lei complementar.

Ademais o Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, deliberou por aplicar efeitos *ex nunc* à decisão, com o esclarecimento de que a modulação aplica-se tão somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008, não abrangidos, portanto, os questionamentos e os processos já em curso.

**Tabela 3** – Indicadores no RE n. 559.943/RS.

DIMENSÃO	INDICADOR	OCORRÊNCIAS	N. OC.	N. OC/DIM.	%
ETHOS (E)	E1: interrupção	61.	1	2	2
	E2: autoridade da corte	—	0		
	E3: explicação defensiva	58.	1		
	E4: reconhecimento de autoridade	—	0		
	E5: elogios e adjetivações	—	0		
PATHOS (P)	P1: argumento <i>ad terrorem</i>	61.	1	6	6
	P2: personificação e prosopopeia	66.	1		
	P3: argumento de sobrecarga do contribuinte	67.	1		
	P4: indagação ou afirmação ignorada	—	0		
	P5: ironia	40; 48; 57.	3		
LOGOS (L)	L1: apelo à jurisprudência	—	0	2	20
	L2: argumento do cotidiano	65	1		
	L3: regra hermenêutica	—	0		
	L4: argumento baseado em princípios gerais	—	0		
	L5: argumento de codificação	56.	1		
<b>TOTAIS</b>			10	10	100

Fonte: elaboração própria.

A decisão em comento apresenta 10 ocorrências retóricas. Desse modo, 2 se encontram em E, sendo 1 em E1 e 1 em E3. Outras 6 se localizam em P, 1 em P1, 1 em P2, 1 em P3 e 3 em P4. As 2 restantes estão em L, e se distribuem em 1 em L2 e 1 em L4.

Isso corresponde a 20% de elementos de autoridade, 60% de indicadores em *pathos* e 20% de componentes de *logos*.

Nesta decisão só foi encontrada uma interrupção (E1), na página 61, em que o Ministro Menezes Direito é interrompido pelo Ministro Presidente Gilmar Mendes no exato momento em que mencionava que um dos advogados não teria feito o pedido de modulação dos efeitos da decisão expressamente. A fala do segundo ministro possuiu a intenção de cortar o primeiro, pois afirma que houve pedido do Recorrente para o temperamento de forma explícita.

Apenas uma ocorrência retórica de explicação defensiva (E3) pôde ser detectada, na página 58, e consiste no pronunciamento do Ministro Presidente Gilmar Mendes a fim

reafirmar a sua defesa do modelo bifásico para a apreciação da modulação dos efeitos da decisão.

Há apenas um argumento *ad terrorem* (P1) na decisão, na página 61, e diz respeito ao acolhimento do pedido, de forma parcial, pelo Ministro Presidente Gilmar Mendes, “tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica” que o caso ofereceria.

O indicador da personificação e prosopopeia também é encontrado somente uma vez, na página 66, em que o Ministro Marco Aurélio afirma que a edição de normas sabidamente inconstitucionais, que se vale da “morosidade da justiça”, ferem a constituição praticamente de morte.

Esse mesmo ministro faz menção à sobrecarga do contribuinte (P3), na página 67, ao dizer que não vê com bons olhos a modulação no caso em que acabaria por diminuir a eficácia da CR, principalmente no caso em que há o prejuízo para o contribuinte.

A ironia é a ocorrência que aparece mais vezes na dimensão de *pathos*, isto nas páginas 40, 48 e 57. Na primeira, o Ministro Cezar Peluzo afirma que não teve “a felicidade de ser citado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Na segunda página, o Ministro Marco Aurélio é irônico ao dizer que “nem sempre” diverge, ante o seu histórico de não acompanhar os seus pares, principalmente ao que concerne às modulações das decisões. Por fim, na página 57 o mesmo ministro citado acima “volta atrás” de sua fala registra que sua “sina é realmente divergir”, pois não caberia acionar o temperamento dos efeitos no encerramento da votação.

Na dimensão de *logos*, tem-se duas ocorrências, respectivamente, nas páginas 65 e 56: a primeira, relacionada ao argumento do cotidiano (L2), em que o Ministro Marco Aurélio instiga o exercício de se imaginar 27 assembleias legislativas a deliberar sobre o ICMS e a sua prescrição e a sua decadência, e a segunda, relativa ao argumento de codificação (L5), onde ainda o referido ministro, ao labutar para que não houvesse a modulação, alega haver, na lei, a necessidade de oito votos (dois terços), para a votação.

Tais resultados, portanto, permitem afirmar que a decisão do STF relatada pela Ministra Cármen Lúcia no RE n. 560.626/RS tem caráter mais acentuado para as partes de *pathos*, com resquícios de elementos de autoridade (*ethos*) e de indicadores retóricos de *logos*.

#### 4.1.2 RE n. 680.089/SE

O RE n. 680.089/SE, julgado em 17/09/2014, com publicação em 03/12/2014, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tem como Recorrente o Estado de Sergipe (SE) e Recorrida a B2W – Companhia Global do Varejo; versa sobre a defesa da constitucionalidade

das regras estabelecidas no Protocolo Confaz n. 21/2011 e, por conseguinte, a validade da cobrança do ICMS pelo Estado destinatário da mercadoria.

Isto é, a controvérsia dos autos é relativa à possibilidade de o Estado de destino efetuar a cobrança de ICMS, nos casos em que a mercadoria é adquirida de forma não presencial em outra unidade federativa por consumidor final não contribuinte do imposto. Desse modo, coloca-se em questão a constitucionalidade do referido protocolo do Confaz.

Isso porque o sistema constitucional em vigor (art. 155, §2º, inc. VII, *b*, da CR) determina que as vendas interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte sujeitam-se ao recolhimento do ICMS apenas no Estado de origem, com a aplicação de alíquota interna, diferentemente do que ocorre quando se trata de operações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final contribuinte do imposto (art. 155, §2º, VII, *a*, da CR).

Já o objetivo central do referido protocolo é a instituição de fórmula de partilha das receitas do ICMS incidente nas aquisições não presenciais realizadas por consumidor final não contribuinte do imposto, celebradas por internet, *telemarketing* ou em *showroom*, entre o Estado de origem e o de destino.

**Tabela 4** – Indicadores no RE n. 680.089/RS.

DIMENSÃO	INDICADOR	OCORRÊNCIAS	N. OC.	N. OC/DIM.	%
<i>ETHOS</i> (E)	E1: interrupção	—	0	1	12,50
	E2: autoridade da corte	—	0		
	E3: explicação defensiva	—	0		
	E4: reconhecimento de autoridade	29.	1		
	E5: elogios e adjetivações	—	0		
<i>PATHOS</i> (P)	P1: argumento <i>ad terrorem</i>	24; 25; 27; 28.	4	6	75
	P2: personificação e prosopopeia	—	0		
	P3: argumento de sobrecarga do contribuinte	—	0		
	P4: indagação ou afirmação ignorada	—	0		
	P5: ironia	26; 29.	2		



LOGOS (L)	L1: apelo à jurisprudência	—	0	1	12,50
	L2: argumento do cotidiano	—	0		
	L3: regra hermenêutica	24.	1		
	L4: argumento baseado em princípios gerais	—	0		
	L5: argumento de codificação	—	0		
<b>TOTAIS</b>			8	8	100

Fonte: elaboração própria.

A decisão em comento apresenta 8 ocorrências retóricas. Desse modo, 1 se encontra em E, sendo em E4. As outras 6 se localizam em P, 4 em P1 e 2 em P4. A última restante está em L, em L3.

Isso corresponde a 75% de indicadores em *pathos* e, simultaneamente, 12,50% de elementos de autoridade e de componentes de *logos*.

Nesta decisão, só foi encontrada uma ocorrência de *ethos*, correspondente ao reconhecimento de autoridade (E4), na página 29, em que o ministro Gilmar Mendes ratifica a fala do ministro Luiz Fux ao responder o ministro Marco Aurélio sobre a proposta de modulação apresentada pelo ministro relator.

Os argumentos *ad terrorem* (P1) são os indicadores com maior ocorrência no julgado e apresentam 4 aparições: na página 24, o ministro Marco Aurélio afirma que a modulação de efeitos no caso em análise pelo STF configuraria uma “reforma tributária mediante meio impróprio, com transgressão da Carta da República”, o que surtiria efeitos em determinado espaço de tempo. Já na página 25, esse mesmo ministro comenta que o temperamento dos efeitos da decisão poderiam gerar problemas e implicações inúmeras.

Outro argumento *ad terrorem* que é lançado está na página 27 e também é um pronunciamento do ministro Marco Aurélio, onde diz que haveria a provocação de inúmeros outros casos com a modulação de efeitos, como algo “prejudicial”.

O último indicador de “catastrofização” se encontra na página 28 e é realizado pelo próprio relator, o ministro Luiz Fux, em que aduz que se for dado o simples efeito *ex tunc* (consequências e resultados da decisão apenas para o passado), se instalaria um caos.

Ainda na dimensão de *pathos* existem mais duas ocorrências, dentro do indicador de ironia (P5), correspondentes a uma fala do ministro Ricardo Lewandowski, em que é irônico ao afirmar que não seria um problema o aumento do número de ações no Estado do Pará (PA), pois este ente federativo teria um bom corpo de procuradores, aptos a lidar com o número de demandas.

A segunda ironia (P5) é enunciada pelo ministro Marco Aurélio, onde diz estar quase seduzido com a proposta de modulação de efeitos, após o ministro Gilmar Mendes explicar que as ações em curso seriam ressalvadas da modulação de efeitos.

Na dimensão de *logos* há apenas uma ocorrência, que está na página 24, correspondente ao indicador de regra hermenêutica (L3), em que, novamente, o ministro Marco Aurélio afirma que a modulação de efeitos causaria uma incongruência entre o que havia sido decidido antes e o que haveria de se concluir no caso.

Tais resultados, portanto, permitem afirmar que a decisão do STF relatada pelo Ministro Gilmar Mendes no RE n. 680.089/SE tem caráter mais acentuado para as partes de *pathos*, com resquícios de elementos de autoridade (*ethos*) e de indicadores retóricos de *logos*.

#### 4.1.3 RE n. 593.849/MG

O RE n. 593.849, julgado em 19/10/2016, com publicação em 31/03/2017, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, tem como Recorrente a empresa Parati Petróleo LTDA e Recorrido o Estado de Minas Gerais (MG). Participam da ação como *amicus curiae* várias entidades e organizações; versa sobre a discussão da possibilidade de restituição ou complementação do ICMS pago a maior na hipótese de o fato gerador ser menor que o presumido.

**Tabela 5 – Indicadores no RE n. 593.849/MG**

DIMENSÃO	INDICADOR	OCORRÊNCIAS	N. OC.	N. OC/DIM.	%
<i>ETHOS</i> (E)	E1: interrupção	—	0	0	0
	E2: autoridade da corte	—	0		
	E3: explicação defensiva	—	0		
	E4: reconhecimento de autoridade	—	0		
	E5: elogios e adjetivações	—	0		
<i>PATHOS</i> (P)	P1: argumento <i>ad terrorem</i>	—	0	3	37,50
	P2: personificação e prosopopeia	106	1		
	P3: argumento de sobrecarga do contribuinte	—	0		
	P4: indagação ou afirmação ignorada	96; 100.	2		
	P5: ironia	—	0		

LOGOS (L)	L1: apelo à jurisprudência	—	0	5	62,50
	L2: argumento do cotidiano	—	0		
	L3: regra hermenêutica	—	0		
	L4: argumento baseado em princípios gerais	42; 98; 98; 99; 125.	5		
	L5: argumento de codificação	—	0		
<b>TOTAIS</b>			8	8	100

Fonte: elaboração própria.

A decisão em comento apresenta 8 ocorrências retóricas. Desse modo, 3 estão em P, e se distribuem em 1 em P2 e 2 em P4. As 5 últimas estão em L, em L4.

Isso corresponde a 37,50% de indicadores de *pathos* e 62,50% de componentes de *logos*.

Nesta decisão há somente uma ocorrência em *ethos*, no indicador de elogios e adjetivações (E5), na página 107, em que o ministro Marco Aurélio afirma que a ministra presidente Cármen Lúcia ocupa este cargo com muita honra.

Dentro da dimensão retórica de *pathos* existem 3 ocorrências retóricas, nos indicadores de personificação e prosopopeia (P2) e de indagação ou afirmação ignorada (P4). Na primeira, o ministro Marco Aurélio compara a utilização da modulação de efeitos em processo subjetivo a um parto forçado, em que o feto seria maltratado. Nos outros dois indicadores: o ministro acima mencionado faz um comentário de que nem sempre diverge, mas é ignorado pela ministra presidente, que segue com a votação da modulação de efeitos, e, depois, é novamente deixado de lado ao indagar sobre as consequências do temperamento da decisão para aqueles que “acreditaram na Constituição”.

Os argumentos baseados em princípios gerais (L4) foram os que mais apareceram, estão dentro do *logos*, e se basearam no axioma da segurança jurídica. Na página 42, o ministro Luís Roberto Barroso enuncia a violação à segurança jurídica, como princípio que decorre do Estado de Direito e que também configuraria um direito fundamental.

Na página 98 existem duas ocorrências de argumentos baseados em princípios gerais (L4): o ministro relator Edson Fachin enuncia a segurança jurídica como um princípio basilar a fim de medir a questão da modulação de efeitos, bem como o fato de que este temperamento seria “relevante para dar segurança jurídica prospectiva à eficácia”. Na página 99, o relator menciona novamente a segurança jurídica nos mesmos termos.

Na página 125, o ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, baseia a modulação de efeitos na segurança jurídica, como forma “constitucionalmente mais adequada” para a superação da interpretação consolidada do STF.

Tais resultados, portanto, permitem afirmar que a decisão do STF relatada pelo Ministro Edson Fachin no RE n. 593.849/MG tem caráter mais acentuado para os indicadores retóricos de *logos*, seguido de partes de *pathos*.

## **4.2 Controle concentrado**

### **4.2.1 ADI n. 429/CE**

A ADI n. 429/CE, julgada em 20/08/2014, com publicação em 30/10/2014, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, tem como Requerente o Governador do Estado do Ceará (CE), e Intimada a Assembleia Legislativa do Estado do CE; versa sobre a impugnação da Constituição Estadual, que concedia isenções tributárias para alguns produtos e determinadas pessoas físicas e jurídicas.

A ADI foi julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 193 e seu parágrafo único, do art. 201 e seu parágrafo único, do parágrafo único do art. 273 e do inc. III do art. 283. Estes dispositivos dispensavam o ICMS de microempresas, produtos agrícolas pertencentes à cesta básica, produzidos por pequenos e microprodutores rurais que utilizassem apenas a mão de obra familiar e que vendessem diretamente para os consumidores finais. Além disso, também estavam isentos do referido imposto estadual as empresas privadas que tivessem até 5% de deficientes no seu quadro funcional, bem como a confecção e comercialização de aparelhos de fabricação alternativa para as pessoas portadoras de deficiência.

Quanto ao parágrafo 2º do art. 192, que previa a isenção do ICMS aos implementos e equipamentos destinados aos deficientes físicos auditivos, visuais, mentais e múltiplos, e também aos veículos automotores de fabricação nacional com até 90HP de potência, adaptados para o uso de pessoas portadoras de deficiência, os ministros declararam a proposta inconstitucional, mas sem a pronúncia de nulidade, com a concessão da modulação de efeitos *ex nunc*, por um prazo de 12 (doze) meses a partir da publicação da ata do julgamento, para que a matéria fosse levada ao Confaz.

Vale lembrar que, para a marcação dos respectivos indicadores, considerou-se o número de páginas do acórdão, e não aquele relativo à quantidade de páginas no documento da decisão.

**Tabela 6 – Indicadores na ADI n. 429/CE**

DIMENSÃO	INDICADOR	OCORRÊNCIAS	N. OC.	N. OC/DIM.	%
ETHOS (E)	E1: interrupção	25; 26; 35.	4	8	47
	E2: autoridade da corte	15; 22.	2		
	E3: explicação defensiva	40-41.	1		
	E4: reconhecimento de autoridade	32.	1		
	E5: elogios e adjetivações	43.	1		
PATHOS (P)	P1: argumento <i>ad terrorem</i>	—	0	0	0
	P2: personificação e prosopopeia	—	0		
	P3: argumento de sobrecarga do contribuinte	—	0		
	P4: indagação ou afirmação ignorada	—	0		
	P5: ironia	—	0		
LOGOS (L)	L1: apelo à jurisprudência	35.	1	9	53
	L2: argumento do cotidiano	26.	1		
	L3: regra hermenêutica	26; 29; 29; 29; 29-30; 36.	6		
	L4: argumento baseado em princípios gerais	—	0		
	L5: argumento de codificação	27.	1		
<b>TOTAIS</b>			17	17	100

Fonte: elaboração própria.

A decisão em comento apresenta 17 ocorrências retóricas. Desse modo, 8 se encontram em E, sendo 4 em E1, 2 em E2, 1 em E3 e 1 em E5. As outras 9 estão em L, e se distribuem em 1 em L1, 1 em L2, 6 em L3 e 1 em L4.

Isso corresponde a 47% de elementos de autoridade e 53% de componentes de *logos*.

Nesta decisão, foram identificadas 9 ocorrências em *ethos*. As interrupções (E1) estão nas páginas 25, 26 e 35. Na primeira, o ministro Teori Zavascki é interrompido pelo ministro relator Luiz Fux, enquanto enunciava o seu pensamento a respeito dos dispositivos questionados na ADI, que possuíam liminar, e agora poderiam ser alvo da modulação de efeitos. Nesse sentido o relator corta a fala e afirma que quanto a esta questão “não há problema”.

Os dois indicadores na página 26 dizem respeito a uma sequência de falas entre os ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Na primeira ocorrência, a fala do ministro Luís Roberto Barroso, que não havia entendido a proposição do ministro Gilmar Mendes, é interrompida por este último ministro, em que ele próprio indaga qual o tipo de efeito a decisão teria. Na segunda ocorrência, o ministro Teori Zavascki interrompe a fala do ministro Gilmar Mendes, que tinha tentado entender os rumos do julgamento nestas falas anteriores.

Na página 35, o ministro Dias Toffoli é interrompido pelo ministro presidente Ricardo Lewandowski, no embate sobre o termo inicial da modulação e efeitos.

Há 2 ocorrências de autoridade da corte (E2), uma na página 15, em que o ministro relator Luiz Fux apresenta que o entendimento do STF não corroboraria a tese de que os Estados e o Distrito Federal (DF), para conceder as isenções do ICMS, devem passar pela deliberação do Confaz, e a outra na página 22, onde o Ministro Relator Luiz Fux reafirma a decisão pela modulação de efeitos com base nesse mesmo entendimento.

O ministro Luís Roberto Barroso se explica defensivamente (E3) nas páginas 40 e 41, onde, para de deixar “registrado”, afirma que a modulação de efeitos será operada pela singularidade do caso ao proteger as pessoas deficientes.

A última ocorrência na dimensão de *ethos* é um elogio (E5), constante na página 43. Neste indicador, o ministro relator Luiz Fux parabeniza o ministro presidente Ricardo Lewandowski por ter julgado 4 ADIs em uma hora de sessão.

Não há nenhuma ocorrência retórica em *pathos* nesta decisão.

Por fim, tem-se a dimensão de *logos*, que apresentou a maior parte dos indicadores neste julgado.

Há um apelo à jurisprudência (L1), na página 35, visto que o relator Dias Toffoli menciona que em outros casos, o termo inicial para a modulação de efeitos não seria a partir da sessão de julgamento, mas logo em seguida é interrompido.

O ministro Gilmar Mendes afirma na página 26 que a situação dos deficientes físicos, quanto à concessão de isenção do ICMS, consiste uma “corrida”, de modo que é necessário “enfrentar uma montanha russa para cumprir esses requisitos”. Isso configura um argumento do cotidiano (L2), pois traz para a realidade comum o ponto central do convencimento.

A regra hermenêutica (L3) é o indicador com maior incidência na decisão: conta com 6 ocorrências. Na página 26, o ministro Dias Toffoli diz que “cada caso é um caso”, em

referência ao princípio hermenêutico de que cada situação jurídica possui as suas próprias particularidades.

Existem 3 ocorrências retóricas de L3 na página 29, todas do ministro Marco Aurélio: a primeira consiste em uma medida de resguardar-se a congruência do voto em outra ADI, a segunda configura a necessidade da higidez constitucional e a terceira regra de tratamento isonômico entre as situações postas.

Por fim, o último indicador presente na decisão se encontra na página 27, referente ao argumento de codificação (L5), em que o ministro Gilmar Mendes traz ao debate que o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 autorizaria a vigência da norma impugnada pelo período de 12 meses.

Tais resultados, portanto, permitem afirmar que a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux tem caráter mais acentuado para os indicadores retóricos de *logos*, seguido de elementos de autoridade do julgador ou do tribunal a qual faz parte (*ethos*), com nenhum resquício patético (*pathos*).

#### 4.2.2 ADI n. 4.481/PR

A ADI n. 4.481/PR, julgada em 11/03/2015, com publicação em 19/05/2015, sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, tem como Requerente a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e Intimados o Governador do Estado do PR e a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná (ALPR); versa sobre a impugnação dos arts. 1º ao 8º e 11 da Lei Estadual n. 14.985/2006, bem como o parágrafo único do art. 1º da referida legislação, alterado pela Lei n. 15.467/2007, que instituiu benefício fiscal relativo ao ICMS se a deliberação prévia dos Estados e do DF, no Confaz.

Os referidos arts. e parágrafo único estabelecem hipóteses em que o estabelecimento industrial poderia se beneficiar com a suspensão do pagamento do ICMS, bem como as regras para a efetivação dessa benesse fiscal.

O Tribunal decidiu que o *caput* do art. 1º e o seu inc. I não seriam inconstitucionais, pois apenas estabeleciam a suspensão do pagamento do ICMS incidente sobre a importação de matéria-prima de material intermediário, transferido o recolhimento para o momento da saída dos produtos industrializados do estabelecimento importador. Isto é, o diferimento do recolhimento do valor devido relativo ao imposto não significa qualquer redução ou dispensa da monta devida e, desse maneira, não configura benefício fiscal.

Cabe mencionar que o art. 5º também foi declarado constitucional, uma vez que o momento de pagamento do ICMS, no desembarço aduaneiro, coincide com aquele em que se reputa ocorrido o fato gerador desse tributo, nos termos do art. 12, inc. XI, da Lei Complementar (LC) n. 87/1996.

Acerca dos arts. 1º, inc. II e parágrafo único, e 2º a 4º e 6º a 8º e 11 da Lei estadual n. 14.985/2006 foi considerada a sua inconstitucionalidade, pois existente o benefício fiscal nesses dispositivos, ao se conceder maneiras específicas de pagamento parcelado sem a incidência de juros e multa e a redução artificial do valor do tributo, bem como por alguns desses arts. sobre aspectos dos demais.

Vale lembrar que, para a marcação dos respectivos indicadores, considerou-se o número de páginas do acórdão, e não aquele relativo à quantidade de páginas no documento da decisão.



**Tabela 7 – Indicadores na ADI n. 4.481/PR**

DIMENSÃO	INDICADOR	OCORRÊNCIAS	N. OC.	N. OC/DIM.	%
ETHOS (E)	E1: interrupção	—	0	5	62,50
	E2: autoridade da corte	—	0		
	E3: explicação defensiva	26; 31.	2		
	E4: reconhecimento de autoridade	20; 21; 23.	3		
	E5: elogios e adjetivações	—	0		
PATHOS (P)	P1: argumento <i>ad terrorem</i>	—	0	2	25
	P2: personificação e prosopopeia	—	0		
	P3: argumento de sobrecarga do contribuinte	15.	1		
	P4: indagação ou afirmação ignorada	—	0		
	P5: ironia	23.	1		
LOGOS (L)	L1: apelo à jurisprudência	—	0	1	12,50
	L2: argumento do cotidiano	—	0		
	L3: regra hermenêutica	—	0		
	L4: argumento baseado em princípios gerais	16.	1		
	L5: argumento de codificação	—	0		
<b>TOTAIS</b>			8	8	100

Fonte: elaboração própria.

A decisão em comento apresenta 8 ocorrências retóricas. Desse modo, 5 se encontram em E, sendo 2 em E3 e 3 em E4. Outra está em L, e se distribui em L3. As duas restantes se encontram em L, especificamente 1 em L3 e a outra em L4.

Isso corresponde a 62,50% de elementos de autoridade, 25% de indicadores de *pathos* e 12,5040% de componentes de *logos*.

Nesta decisão foram identificadas 5 ocorrências em *ethos*. As primeiras, nas páginas 26 e 31, dizem respeito à explicação defensiva (L3). Na primeira, o ministro Marco Aurélio se impõe contra a fala do ministro Ricardo Lewandowski, para dizer que precisa da palavra para “expressar o convencimento sobre a matéria”. Na segunda, o ministro relator Luís Roberto Barroso se explica quanto ao crédito biográfico de sua fala sobre a ponderação dos mandamentos constitucionais.

Os indicadores com maior ocorrência foram os de reconhecimento de autoridade (E4), encontrados nas páginas 20, 21 e 23 que, respectivamente, são relativas: à fala do ministro

Luiz Fux, quanto à mudança de entendimento adotado pelo STF no caso de que a lei que rege o recurso é a lei na data da sessão de julgamento; à defesa do ministro Teori Zavascki, pelo ministro Celso de Mello, relativamente ao pronunciamento quanto ao termo inicial da modulação de efeitos; e ao posicionamento do ministro Dias Toffoli em concordância com o entendimento do ministro relator Luís Roberto Barroso.

Dentro da dimensão retórica de *pathos* existem duas ocorrências: o primeiro indicador, argumento de sobrecarga do contribuinte (E3), está na página 15 e é relativo à fala do ministro relator Luís Roberto Barroso sobre o impacto injusto para os contribuintes se não ocorresse a modulação dos efeitos da decisão, uma vez que a norma impugnada vigorara por 8 anos; o segundo indicador, ironia (E5), está na página 23: a ministra Cármen Lúcia enuncia que “cada caso é um caso”, a fim de ironizar as falas anteriores relativas a esse respeito.

Por fim, na dimensão de *logos* há somente um indicador, relativo ao argumento baseado em princípios gerais, que se encontra na página 16. O ministro relator traz como violados os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

Tais resultados, portanto, permitem afirmar que a decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso tem caráter mais acentuado para os elementos de autoridade do julgador ou do tribunal a qual faz parte (*ethos*), com alguns resquícios patéticos e somente um indicador retórico de *logos*.

### 4.3 Resultados

De um modo geral, pôde-se observar o seguinte resultado dos julgados analisados, quanto à dimensão predominante em cada um e sua porcentagem:

**Tabela 8** – Dimensões predominantes dos julgados analisados

DECISÃO	RELATOR(A)	DIMENSÃO PREDOMINANTE
RE n. 559.943/RS	Ministra Cármen Lúcia	P (60%)
RE n. 680.089/SE	Ministro Gilmar Mendes	P (75%)
RE n. 593.849/MG	Ministro Edson Fachin	L (62,50%)
ADI n. 429/CE	Ministro Luiz Fux	L (53%)
ADI n. 4.481/PR	Ministro Roberto Barroso	E (62,50%)

Fonte: elaboração própria

Vê-se, portanto, que apenas o *pathos* e o *logos* apresentaram prevalência hegemônica. Isso permite concluir que os ministros relatores e seus pares, ao decidirem pelo temperamento das consequências das decisões sobre tributos, sejam favoráveis aos

contribuintes ou ao Estado, utilizaram-se igualmente do apelo às emoções e da despersonalização (*logos*) e, como última medida, os recursos de autoridade (*ethos*).

Ao se falar em tributos, isto é, no fim das contas, sobre assuntos econômicos, não houve preferência pela utilização de técnicas de persuasão de apenas uma dimensão, mas sim o uso de duas, de maneira equilibrada. Contudo, se observada a distribuição das ocorrências encontradas, percebe-se que a maioria dos indicadores se situam em apenas uma decisão específica. Isto permite afirmar que, ao contrário das dimensões, as unidades-chave que configuram os elementos retóricos são utilizadas enfaticamente cada uma conforme a necessidade que o caso concreto exigiu.

Uma outra maneira de constatar-se este resultado se dá pela comparação do número de indicadores em cada dimensão de cada decisão com o total universal de ocorrências coletadas dentro de todos os processos analisados. Para isso, denominou-se os acórdãos analisados, respectivamente, de 1, 2, 3, 4 e 5.

**Tabela 9** – Número universal de indicadores no trabalho

DIMENSÃO	INDICADOR	1	2	3	4	5	N. OC.	N. DE OC./DIM	%
<i>ETHOS</i> (E)	E1: interrupção	1	0	0	4	0	5	17	32,70
	E2: autoridade da corte	0	0	0	2	0	2		
	E3: explicação defensiva	1	0	0	1	2	4		
	E4: reconhecimento de autoridade	0	1	0	0	3	4		
	E5: elogios e adjetivações	0	0	1	1	0	2		
<i>PATHOS</i> (P)	P1: argumento <i>ad terrorem</i>	1	4	0	0	0	5	17	32,70
	P2: personificação e prosopopeia	1	0	1	0	0	2		
	P3: argumento de sobrecarga do contribuinte	1	0	0	0	1	2		
	P4: indagação ou afirmação ignorada	0	0	2	0	0	2		
	P5: ironia	3	2	0	0	1	6		

LOGOS (L)	L1: apelo à jurisprudência	0	0	0	1	0	1	18	34,60
	L2: argumento do cotidiano	1	0	0	1	0	2		
	L3: regra hermenêutica	0	1	0	6	0	7		
	L4: argumento baseado em princípios gerais	0	0	5	0	1	6		
	L5: argumento de codificação	1	0	0	1	0	2		
<b>TOTAIS</b>							52	52	100

Fonte: elaboração própria

O número elevado de interrupções (E1), 5, demonstra que na discussão da decisão 4 (ADI n. 429/CE) houve a maior necessidade de obstruir-se a fala de alguns ministros, a fim de persuadir os demais pares a respeito da modulação de efeitos.

A explicação defensiva (E3) e o reconhecimento de autoridade (E4) possuíram número melhor distribuído entre todas as decisões analisadas, apesar de inferior aos demais indicadores de *ethos* já mencionados.

Com relação à patética, sobressaem-se tanto o argumento *ad terrorem* (P1), com 5 ocorrências, e a ironia (P5), com 6 ocorrências. A “catastrofização” foi prevalente apenas na decisão 2 (RE n. 680.089/SE), o que expõe, nesse caso, o uso demasiado de alegações a fim de aterrorizar o auditório e os demais ministros. O segundo indicador foi encontrado de forma melhor distribuída nas decisões 1 (RE n. 559.943/RS), 2 (RE n. 680.089/SE) e 5 (ADI n. 4.481/PR), o que evidencia o seu estabelecimento como uma ferramenta de persuasão mais corriqueira.

Os demais indicadores de *pathos*, personificação e prosopopeia (P2), argumento de sobrecarga do contribuinte (P3) e indagação ou afirmação ignorada (P4), foram encontrados, cada, duas vezes em todas as decisões analisadas e possuíram, assim, o mesmo número de ocorrências.

Na dimensão de *logos* não foi diferente: regra hermenêutica (L3) e argumento baseado em princípios gerais (L4), indicadores mais ocorrentes, 7 no primeiro e 6 no segundo, apareceram de maneira concentrada em apenas uma decisão cada um deles, respectivamente, 4 (ADI n. 429/CE) e 3 (RE n. 593.849/MG).

Apelo à jurisprudência (L1), argumento do cotidiano (L2) e argumento de codificação (L5) quase não foram encontrados, o que não permite a elaboração de maiores conclusões.

Desse modo, em suma, constatou-se que o *topos* da modulação dos efeitos das decisões tributárias, de acordo com os julgados analisados, tem se formado a partir da prevalência hegemônica de *pathos* e de *logos*, principalmente dos indicadores acima ressaltados.

A partir do resultado obtido com a verificação das ocorrências retóricas nas decisões selecionadas pela pesquisa, pode-se caminhar para a explicação dos dados coletados, de modo a dar significado para a predominância destas duas dimensões em relação ao *ethos*.

Sobre a dimensão de *pathos*, esta pesquisa traz importante constatação. Isto se dá graças à Psicologia, especificamente a psicologia social e a psicologia econômica, por darem cabo a estudos e a ideias que explicam a relação do ser humano com os assuntos econômicos.

Vale lembrar que o presente trabalho não tem nenhuma pretensão de avaliar psicologicamente os ministros do STF que decidiram nos casos em análise, para não ocorrer o que se denomina de psicologismo<sup>274</sup>. Contudo, é válido mencionar que existem peculiaridades que podem influenciar sobremaneira a cosmovisão e a cultura desses indivíduos, o que torna o assunto econômico muito sensível não só a eles, mas a todos nós.

Segundo Marcelo Fernandes Pires dos Santos<sup>275</sup>, é necessária a adoção da abordagem emotiva no direito, para que haja a compreensão do fenômeno jurídico, uma vez que o direito tem por uma de suas finalidades a proteção de seres passíveis de vulnerabilidade, de modo que “as emoções são respostas às mais diversas fragilidades existentes no ser humano”. Assim, o “ordenamento jurídico apenas adquire contorno após a seleção das condutas e dos bens (materiais e imateriais) em virtude dos quais as nossas respostas emotivas são relevantes”.

Neste mesmo caminho perseguido por Santos<sup>276</sup>, é válida a complementação da presente pesquisa com os estudos desenvolvidos na Psicologia, uma vez que “o tema das emoções é, desde a antiguidade, profundamente conectado com a psicologia”.

As mudanças associadas à riqueza ou ao bem-estar são mais importantes que os valores absolutos<sup>277</sup>. Dessa forma, os indivíduos respondem às decisões difíceis, em que há

---

<sup>274</sup> Por psicologismo se compreende, no presente estudo, a tentativa de alcançar as reais intenções que os julgadores utilizam e possuem, em seu íntimo, ao decidirem.

<sup>275</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso*. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 106. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>276</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso*. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 142. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>277</sup> BANDELJ, Nina; WHERRY, Frederick F.; ZELIZER, Viviana A. *Money Talks: explaining how Money really works*. Princeton: Princeton University Press, 2017.

conflitos de escolha, por meio de uma limpeza moral<sup>278</sup>, que aqui se dá pela utilização de variadas estratégias retóricas de persuasão.

Harding e Pribam<sup>279</sup> relembram que as civilizações ocidentais têm considerado as emoções e o sentimentalismo como antíteses da razão e da racionalidade. Outrossim, analistas econômicos interessados no comportamento econômico racional têm amplamente ignorado o papel das emoções<sup>280</sup>. Isso corrobora o mito de que na realidade judicial brasileira, principalmente no STF, os ministros persuadem somente a partir de razões atreladas à autoridade e à legitimidade ou argumentos despersonalizados e puramente racionais.

Isso porque, segundo Matthews e Wells<sup>281</sup>, “as emoções servem como um dos principais mecanismos para restringir e direcionar nossa atenção e, portanto, enquadrar nossas decisões”. Estes autores afirmam também que o processo de seleção de meios ideais para objetivos desejados são orientados pelas emoções, de modo que elas ajudam a selecionar a gama de alternativas plausíveis.

Conforme Bandelj<sup>282</sup>, algumas evidências experimentais mostram que, apesar da disponibilidade de informações necessárias para tomar uma decisão com base no raciocínio analítico, as pessoas recorrem a uma tomada de decisão com base em seus sentimentos. A utilização dos indicadores argumento *ad terrorem* (P1) e ironia (P5), evidencia que as emoções e os sentimentos não estão aquém das outras estratégias ditas “racionais” ou ligadas à lógica, mas

[...] reconhece-se que o fenômeno emotivo faz parte do discurso porque decidimos, também, com base em emoções em importantes momentos de nossas vidas. A abertura para a sensibilidade da ocasião, para as nossas próprias emoções e para as emoções dos outros pode permear, de maneira saudável, decisões importantes em sociedade.<sup>283</sup>

---

<sup>278</sup> BANDELJ, Nina; WHERRY, Frederick F.; ZELIZER, Viviana A. *Money Talks: explaining how Money really works*. Princeton: Princeton University Press, 2017.

<sup>279</sup> HARDING, J.; PRIBAM, E. D. *Losing our cool? Following Williams and Grossberg on emotions*. Cultural Studies, London, v. 18, n. 46, 2004, p. 863-993. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/0950238042000306909>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

<sup>280</sup> ELSTER, J. *Emotions in organizations*. London, Sage.

<sup>281</sup> MATTHEWS, G.; WELSS, A. W. *Attention and emotion: a clinical perspective*. Hillsdale, Lawrence Erlbaum, 1994.

<sup>282</sup> BANDELJ, Nina. *Emotions in economic action and interaction*. Theory and Society, Springer, 2009. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11186-009-9088-2.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

<sup>283</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso*. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 74. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Micheli defende que as emoções podem ser argumentáveis, de modo que elas mesmas podem ser o objeto do discurso e, conseqüentemente, de construção argumentativa: “a este respeito, os falantes argumentam a favor ou contra uma emoção: eles dão razões para fundamentar por que eles sentem (ou não sentem) esta emoção e por que ela deveria (ou não deveria) ser legitimamente sentida”<sup>284</sup>.

A grande recorrência na utilização de indicadores de *pathos* demonstra que essas unidades-chave possuem alta carga persuasiva, quando o assunto é modulação de efeitos em matéria tributária. Isso pode ser explicado não só pela sensibilidade que os assuntos econômicos trazem ao ser humano, motivo para “apelar” às emoções, mas também pela própria ideia de persuasão que, conforme Oliveira<sup>285</sup>,

[...] visa *vencer o colutor*, impor a sua opinião perante um auditório, e essa vitória se dá por meio de procedimentos capazes de alterar significativamente o conjunto de crenças deste último, fazendo-lhe reconhecer a superioridade —ainda que inexistente ou ilusória— dos “argumentos” apresentados pelo orador a favor de suas próprias ideias.

Vale lembrar que a adesão do indivíduo-alvo ao que se tenta persuadir, no presente caso, à operação ou não da modulação de efeitos em matéria tributária, é voluntária, uma vez que, a persuasão consiste em “motivar as outras pessoas para que elas aceitem voluntariamente a forma de ver as coisas com os olhos daquele que fala”.<sup>286</sup>

O resultado da análise das decisões pesquisadas evidenciam que as técnicas de persuasão utilizadas são adaptadas para a situação em debate. Ora, ao utilizarem-se mais das dimensões de *pathos* e de *logos*, especialmente esta primeira, os ministros do STF trazem à tona o que tem sido mais efetivo para fazer os seus pares a agirem de acordo com as suas ideias.

---

<sup>284</sup> MICHELI, Raphaël. Emotions as objects of argumentative constructions. *Argumentation Journal*, 2010b, vol. 24, Issue 1, 1–17, p. 13. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Emotions-as-Objects-of-Argumentative-Constructions-Micheli/92bb6dff03769861b908fcce1a4ad7119d3e0420>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>285</sup> OLIVEIRA, Eduardo Chagas. Persuadir ou convencer?. In: SEMOC - Semana de Mobilização Científica, VIII, 2005, Salvador. Repositório online. Salvador: Universidade Católica de Salvador, 2005, p. 3. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2657/1/Persuadir%20ou%20convencer.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

<sup>286</sup> OLIVEIRA, Eduardo Chagas. Persuadir ou convencer?. In: SEMOC - Semana de Mobilização Científica, VIII, 2005, Salvador. Repositório online. Salvador: Universidade Católica de Salvador, 2005, p. 4. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2657/1/Persuadir%20ou%20convencer.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

Há, inclusive, uma questão pragmática sobre persuasão, sobretudo no contexto tributário, que possui viés econômico, uma vez que no processo persuasivo “ocorre a apresentação de um conjunto de modos de entendimento que devem ser assimilados à custa dos benefícios [ou malefícios] que serão conquistados ao adotar essa conduta”<sup>287</sup>. Isto demonstra, por exemplo, a utilização dos argumentos *ad terrorem*, relacionados à estabilidade ou à instabilidade jurídica, econômica ou social que determinada realização ou não da modulação de efeitos acarretará.

Como demonstrou Santos<sup>288</sup>, as emoções participam em vários níveis da constituição do direito e de sua prática, ao contrário do que muitos tentam fazer parecer, de modo que a abordagem que considera a dimensão de *pathos* no discurso permite a melhor compreensão da dinâmica da persuasão no fenômeno jurídico, o que possibilita novas formas de crítica à maneira pela qual o direito é estruturado e praticado.

Neste jogo de interesses persuasivo<sup>289</sup>, os conteúdos emotivos presentes na dimensão de *pathos* têm sido cada vez mais relevantes para a aderência dos ministros do STF à operabilidade da modulação de efeitos.

Por sua vez, a dimensão de *logos*, que está estritamente relacionada à despersonalização e à objetificação dos elementos persuasivos, em contraposição ao *ethos* e ao *pathos*, ainda tem bastante influência no modo como os ministros do STF decidem, sobre a modulação de efeitos em matéria tributária. Isto se deve sobretudo à força que o projeto do discurso lógico-racional possui e como ele está enraizado na comunidade jurídica, mas de maneira alguma afasta a relevância que as emoções possuem.

---

<sup>287</sup> OLIVEIRA, Eduardo Chagas. Persuadir ou convencer?. In: SEMOC - Semana de Mobilização Científica, VIII, 2005, Salvador. Repositório online. Salvador: Universidade Católica de Salvador, 2005, p. 5. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2657/1/Persuadir%20ou%20convencer.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

<sup>288</sup> SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015, p. 109. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>289</sup> OLIVEIRA, Eduardo Chagas. Persuadir ou convencer?. In: SEMOC - Semana de Mobilização Científica, VIII, 2005, Salvador. Repositório online. Salvador: Universidade Católica de Salvador, 2005, p. 5. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2657/1/Persuadir%20ou%20convencer.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2021.



## CONCLUSÕES

O entendimento a respeito da relação entre dinheiro e “catastrofização” —leia-se, principalmente, utilização de argumento *ad terrorem* para alegação da grande possibilidade ofensa à segurança jurídica— é de suma importância, uma vez que se trata de uma área técnica, onde poderia se esperar, por exemplo uma maior ocorrência de indicadores de despersonalização, o que não ocorreu.

Como visto, pretendeu-se com o presente estudo a realização da análise retórica dos discursos exarados no âmbito das decisões tributárias, dentro dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, para evidenciar e explicar o discursos proferidos pelo STF acerca da modulação de efeitos, a fim de angariar maior conhecimento a respeito das técnicas de persuasão preferidas utilizadas pelos ministros.

A partir deste objetivo, foi necessário expor o discurso do controle de constitucionalidade hegemônico e predominante no cenário jurídico brasileiro, constituído por suas modalidades difusa e concreta, a partir da literatura majoritária, bem como demonstrar também a tópica da modulação de efeitos —que é uma maneira de encontrar premissas que serão utilizadas no raciocínio jurídico—, e como ambos têm caminhado dentro do direito tributário.

Após o esclarecimento sobre o surgimento dos controles de constitucionalidade difuso e concreto, bem como os principais mecanismos que os viabilizam e os efeitos das suas decisões, foram apresentadas alguns tipos de técnicas de julgamento relacionadas às decisões tributárias, dentre elas o temperamento das decisões no tempo.

Neste sentido, definiu-se também a modulação de efeitos, para o ordenamento jurídico brasileiro, como um *topos* —que nada mais é do que a ideia de um senso comum passível de discussão—, de modo que ela assume o papel de lugar comum apto a guiar excepcionalmente os impactos e as consequências de uma decisão judicial, uma vez que possui alta carga retórica e poder de persuasão.

Percorreu-se na história o pensamento de autores que trataram sobre a Retórica, como Sócrates, Platão, Aristóteles, Córax, Tísias, Viehweg, Toulmin, Perelman-Tyteca, Walton, Reboul, Adeodato e Reis. Também foi explorada as concepções retóricas e as suas partes, onde evidenciou-se as dimensões retóricas de *ethos*, de *pathos* e de *logos*, bem como a relação entre o Direito e a Retórica, da perspectiva que entende o estabelecimento de significados, a partir do sentidos comuns, como uma maneira de interpretar e de prescrever o discurso.

As metodologias utilizadas para a coleta e a análise das decisões foram, respectivamente, o método de pesquisa não probabilístico de amostra por quotas, que nada mais é do que uma seleção intencional, onde o pesquisador procura obter uma porção que seja similar ao objeto pesquisado em algum aspecto, e a AERD, que permitiu a identificação das estratégias e características retóricas do STF, e do discurso jurídico da modulação de efeitos das decisões.

Como resultado, chegou-se a um universo de 5 decisões, após a exclusão de outros 10 julgados, conforme os métodos utilizados e explicados no capítulo 3, que foram examinadas a partir de indicadores criados especificamente para esta análise, pertencentes às dimensões de *ethos*, de *pathos* e de *logos*. Constatou-se que a segunda e a terceira foram igualmente predominantes, o que permitiu concluir que as emoções têm um papel tão importante quanto os recursos que possuem a aparência de racionalidade quando o assunto é modulação de efeitos em decisões tributárias.

Vale constatar que, apesar de a dimensão de *logos*, que está estritamente relacionada à despersonalização e à objetificação dos elementos persuasivos, em contraposição ao *ethos* e ao *pathos*, ocorrer igualmente às emoções no resultado obtido, o projeto do discurso lógico-racional não é mais o único prevalente no fenômeno jurídico no que concerne o direito tributário e a suas modulações de efeitos.

Este resultado coloca à prova as teorias e os pensamentos, principalmente das civilizações ocidentais, de que as emoções e o sentimentalismo são antíteses da razão e da racionalidade, movimento que tem excluído as questões emocionais da argumentação jurídica e da retórica. Há, portanto, um senso comum dos juristas de que em um assunto tão técnico como este, se encontraria maior ocorrência de *logos*, o que foi colocado por terra, uma vez que demonstrou que os ministros do STF têm utilizado os recursos de *pathos* de maneira veemente, de modo equivalente às táticas de persuasão que buscam a aparência de racionalidade.

Isto se deve, principalmente, ao fato de que a própria criação e manutenção do direito se dá pela participação das emoções, em vários níveis de constituição do fenômeno jurídico e de sua prática, bem como à sensibilidade que os assuntos econômicos trazem quando estão em discussão, o que revela que somente a lógica e que os argumentos despersonalizados não dão conta, sozinhos, de persuadirem os demais ministros e o próprio auditório.

Conforme visto, a Psicologia tem a contribuir também para esta explicação (sem incorrer neste trabalho no psicologismo), no sentido de demonstrar que apesar da disponibilidade de informações necessárias para tomar uma decisão com base no raciocínio analítico, as pessoas recorrem a uma tomada de decisão com base em seus sentimentos, pois as

emoções servem como um dos principais mecanismos para restringir e direcionar nossa atenção e, portanto, enquadrar nossas decisões.

A própria ideia de persuasão, no sentido dado por Perelman de levar o colocutor a agir conforme as ideias apresentadas pelo orador, reforça o peso retórico que as emoções têm assumido no discurso jurídico, sobretudo no direito tributário, de modo que a recorrente utilização das emoções pelos ministros do STF evidenciam que a dimensão de *pathos* tem sido eficaz para a operabilidade da modulação de efeitos no contexto econômico.

Assim, firma-se a conclusão de que o estudo da retórica, principalmente das emoções, é imprescindível para o operador do direito e para aqueles que buscam compreender o discurso jurídico, uma vez que permite entender como e porquê os julgadores têm decidido de determinada maneira, com a utilização de determinados argumentos e estratégias de persuasão.

## BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. Por um novo realismo jurídico: o retórico. In: REIS, Isaac (org.). **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 31-42.

ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do Direito. **Instituto Brasileiro de Estudos Tributários**, 2020. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/02/João-Maur%C3%ADcio-Adeodato.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

ADEODATO, João Maurício. Retórica Analítica como metódica jurídica. **Argumenta – UENP**, Jacarezinho, jan./jun., 2013, p. 11-29. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/18>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Col. Os pensadores).

ARISTÓTELES. **Retórica**. trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 12.

ANDRADE, Fábio Martins de. O consequencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)**, n. 172, janeiro, 2010, p. 34.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 31-32.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 39, n. 163, jul./set., 1991, p. 175-185.

BANDELJ, Nina. *Emotions in economic action and interaction*. **Theory and Society**, Springer, 2009. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11186-009-9088-2.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BANDELJ, Nina; WHERRY, Frederick F.; ZELIZER, Viviana A. **Money Talks: explaining how Money really works**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 13 jul. 2020.

BRASIL, **Lei n. 9.868/1999**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil [2015]. **Lei n. 13.105/2015**. Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) >. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. Lei do Mandado de Injunção (2016). **Lei n. 13.300/2016**. Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm)>. Acesso em 30 jul. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1600/UF – União Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1670841>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1963]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 282**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1963]. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>>. Acesso em 24 jul. 2020.

BRENTON, Philippe; GILLES, Gauthier. trad. Maria Carvalho. **História das teorias da argumentação**. Lisboa: Bizâncio, 2001.

BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010 (Justiça e direito).

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/985/R163-10.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. **Eficácia vinculante no controle de constitucionalidade em matéria tributária**: repetição de indébito, ação rescisória, superação do precedente e modulação de efeitos. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, n. p. 686. E-Book. ISBN 978-85-8245-306-3. Disponível em: < <https://ler.amazon.com.br/?asin=B01BMG1RO8>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CAVALCANTE, Priscilla Emanuelle de Melo. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária. In: **Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas - EMPEJUD: Poder Judiciário: estrutura, desafios e concretização dos direitos**, I, 2020, online. Disponível em: < <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/194>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

CICERO. **Brutus**. trad. J. L. Hendrickson, Cambridge/London: Harvard University Press, 46, 1962, p. 49.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DIAS, Jean Carlos. Argumentos de política no controle judicial: uma análise a partir das doutrinas de Ronald Dworkin e Neil MacCormick. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coords.) **Direito e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 191.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ELSTER, J. *Emotions in organizations*. London, Sage.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Do *topos* do sistema ao *topos* da ponderação na interpretação constitucional. In: REIS, Isaac (Org.) **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

FONSECA, Tiago da Silva. Dos fundamentos para um sistema tributário baseado na justiça. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 11, nov. 2019. Disponível em: <<https://www.fesdt.org.br/docs/revistas/11/artigos/11.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2021.

FREUD, Sigmund [1908]. **Caráter e erotismo anal**. Tradução de J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1978.

FURNHAM, Adrian. Attitudinal correlates and demographic predictors of monetary beliefs and behaviours. **Journal of Organizational Behavior**, New Jersey, v. 17, issue 4, 1996. Disponível em: <[https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/\(SICI\)1099-1379\(199607\)17:4%3C375::AID-JOB767%3E3.0.CO;2-8](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/(SICI)1099-1379(199607)17:4%3C375::AID-JOB767%3E3.0.CO;2-8)>. Acesso em: 22 jun. 2021.

GAGARIN, Michael. Background and origins: oratory and rhetoric before the sophists. in: WORTHINGTON, Ian (ed.). **A companion to greek rhetoric**. Oxford: Blackwell publishing, 2007, p. 30.

HARDING, J.; PRIBAM, E. D. *Losing our cool? Following Williams and Grossberg on emotions*. **Cultural Studies**, London, v. 18, n. 46, 2004, p. 863-993. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/0950238042000306909>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEITE-LAUER, Iani Dias et al. Valores humanos e significado do dinheiro: um estudo correlacional. **Psico**, Porto Alegre, v. 45, n. 1, jan./mar. 2014, p. 15-25. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/revistapsico/article/view/12243/11405>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshal e o controle de constitucionalidade. **Revista Legislativa do Senado**, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez., 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MATTHEWS, G.; WELSS, A. W. **Attention and emotion: a clinical perspective**. Hillsdale, Lawrence Erlbaum, 1994.

MATTA, José Eduardo Nobra. O pensamento tópico: a contribuição de Viehweg para a Jusfilosofia Pós-Positivista. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, jul./set., 2001. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_210.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_210.pdf)>. Acesso em: 8 jun. 2021.

MEDEIROS, Bruno Franco Candido. **O que os juízes acham persuasivo? Uma análise empírico-retórica de decisões proferidas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de dano moral**. Brasília, DF. 492f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2018.

MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, 162, 2004.  
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Pedro Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9788553618088. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

MENESES, Clara Marcelle Alves. Modulação das decisões tributárias do Supremo: autopoieses e o argumento econômico no controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 115, jun./set., 2016, p. 435-458. Disponível em: <[https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1309?TSPD\\_101\\_R0=9a1b546110f3cd556e96b697d1ca5ee0xa60000000000000000fc4b9db1ffff00000000000000000000000060b7c2a2001597ea4e08282a9212ab2000253f710e9671762e7fa7c8d4829dd3da8bdadca78cba6f96a7c298dac0700e3708c8e796450a28003173399cb68b35b1730b66e821eded5802b84131545869c6ee6c2e8b9f7d5f8ba52472061ba2c169](https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1309?TSPD_101_R0=9a1b546110f3cd556e96b697d1ca5ee0xa60000000000000000fc4b9db1ffff00000000000000000000000060b7c2a2001597ea4e08282a9212ab2000253f710e9671762e7fa7c8d4829dd3da8bdadca78cba6f96a7c298dac0700e3708c8e796450a28003173399cb68b35b1730b66e821eded5802b84131545869c6ee6c2e8b9f7d5f8ba52472061ba2c169)>. Acesso em: 2 jun. 2021.

MICHELI, Raphaël. **Emotions as objects of argumentative constructions**. *Argumentation Journal*, 2010b, vol. 24, Issue 1, 1–17. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Emotions-as-Objects-of-Argumentative-Constructions-Micheli/92bb6dff03769861b908fccc1a4ad7119d3e0420>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

MOUREIRA, A. **Valores e dinheiros: um estudo transcultural das relações entre prioridades de valores e significado do dinheiro para indivíduos**. Brasília, DF. Tese de Doutorado não publicada - Universidade de Brasília, 2000.

NEUMANN, Leo Souto. **Modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária**. Rio Grande, RS, 80f. Trabalho de conclusão de curso - Universidade Federal de Rio Grande, 2016.

OLIVEIRA, Eduardo Chagas. Persuadir ou convencer?. In: **SEMOC - Semana de Mobilização Científica**, VIII, 2005, Salvador. Repositório online. Salvador: Universidade Católica de Salvador, 2005. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2657/1/Persuadir%20ou%20convencer.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

OLIVEIRA, Eduardo Chagas. Persuasão: o componente pragmático da argumentação. **Caderno CRH**, Salvador, n. 25, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/nZsHZmXR6YyzCXry9PyZRYt/?lang=pt#>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

OLIVEIRA, Tânia Modesto Veludo de. Amostragem não probabilística: adequação de situações para uso e limitações de amostras por conveniência, julgamento e quotas. **Administração On Line Prática - Pesquisa - Ensino**. São Paulo, v. 2, n. 3, jul/set 2001, p. 6. Disponível em: <[https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/veludo\\_-\\_amostragem\\_nao\\_probabilistica\\_adequacao\\_de\\_situacoes\\_para\\_uso\\_e\\_limitacoes\\_de\\_amostas\\_por\\_conveniencia.pdf](https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/veludo_-_amostragem_nao_probabilistica_adequacao_de_situacoes_para_uso_e_limitacoes_de_amostas_por_conveniencia.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PERELMAN, Chaïm. **O império retórico**. Porto: ASA, 1993.

PERELMAN, Chaïm; OLDBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. rev. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINHEIRO, Bruno. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 125.

PISCITELLI, Thatiane. Quais consequências importam na justificação de uma decisão: análise do ponto de vista das alegações relativas à arrecadação tributária. In: CARVALHO, Ana Carolina Papacosta Conde de. et al. Derivação e positivação no Direito Tributário. **Congresso Nacional de Estudos Tributários**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 1129-1149.

PLATÃO. Fedro, trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 2000, p. 90.

REBOUL, Oliver. **Introdução à retórica**. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito).

REIS, Isaac. **Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha**. Recife, PE, 265f. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição para a pesquisa de base em Direito. In: CONPEDI/UFSC (Org.) Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis: **CONPEDI**, 2014, p. 70-90. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad801013f6b931f3>>. Acesso em: 13 jul. 2020.



REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Cláudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018.

ROESLER, Cláudia. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: tópica, discurso, racionalidade. Arraes Editores: Belo Horizonte, 2013, p. 23.

ROESLER, Cláudia. Análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?. In: ROESLER, Cláudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac. **Retórica e argumentação**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018.

SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. **Retórica, a Teoria da Argumentação e pathos**: o problema das emoções no discurso. Brasília, DF, 151f. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Cláudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.) **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 1076. 9788553619344. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619344/>>. Acesso em: 8 jul 2021.

SCAFF, Fernando Facury. **Risco orçamentário não é importante para modulação de decisões tributárias**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-13/risco-orcamentario-nao-importante-modulacao-decisoes-tributarias>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

SCHOPENHAUER, A. **O mundo como vontade e representação**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p. 121.

SILVA, Denise Magalhães da. **A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade da norma tributária**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 63.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm!. *International Journal for semiotics of law*. IV/10, 1991, trad. João Maurício Adeodato.

SOBOTA, Katharina. Rhetorisches Seismogramm – eine neue Methode in der Rechtswissenschaft. *Juristenzeitung*. vol. 47, 1992, Issue 5, p.231-237. (Tradução para o português de Isaac Reis).

SOBOTA, Katharina. The rethorical construction of law. *International Journal for the semiotics of law*. V/13, 1992, p. 41.

STF. **Pesquisa de jurisprudência**. 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em 15 jul. 2021.

TÁVORA, G. **As relações entre significado do dinheiro e significado do salário para motoristas e cobradores de empresa de transporte público**. PA. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal do Pará, 2003.

TELES, Tayson Ribeiro. A complexa relação egoística entre o homem e o dinheiro: uma análise teórica a partir da filosofia e da psicologia. **Revista destaques Acadêmicos**, Lajeado, v. 9, n. 2., 2017. Disponível em: <  
<http://univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/1402>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

TIMMERMAN, David M.; SCHIAPPA, Edward. *Classical greek rhetorical theory and the disciplining of discourse*. New York: Cambridge University Press, 2010, p 9.

TOURINHO, Daniel Gazzaneo. Segurança jurídica e modulação de efeitos em matéria tribuária: uma análise crítica. In: **Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas - EMPEJUD: decisão judicial: processo decisório e precedentes, II**, 2017, Maceió. Disponível em: <  
<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/258> >. Acesso em: 16 jul. 2021.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, Departamento de imprensa Nacional, 1979.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**, trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

## **ANEXO A – DECISÕES ANALISADAS**

12/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
ADVOGADO(A/S) : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
RECORRIDO(A/S) : ABDALLA HUSEIN HUMAD ME

**EMENTA:** DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI N. 8.212/1991. ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ARTIGOS 173 E 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Constituição da República de 1988 reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência, nos termos do art. 146, inciso III, alínea b, *in fine*, da Constituição da República. Análise histórica da doutrina e da evolução do tema desde a Constituição de 1946.

2. Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, por disporem sobre matéria reservada à lei complementar.

3. Recepcionados pela Constituição da República de 1988 como disposições de lei complementar, subsistem os prazos prescricional e decadencial previstos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional.

4. Declaração de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991.

5. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do



*Supremo Tribunal Federal*

RE 559.943 / RS

Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, **em conhecer do recurso extraordinário e a ele negar provimento, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/1977.** Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Em seguida, o Tribunal adiou a deliberação quanto aos efeitos da modulação, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falou pela Recorrente o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Na sessão seguinte, o Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, **deliberou aplicar efeitos ex nunc à decisão, esclarecendo que a modulação aplica-se tão-somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11.6.2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso, nos termos do voto da Relatora.**

Brasília, 12 de junho de 2008.

*Carmen Lucia*  
CARMEN LÚCIA - Relatora

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
ADVOGADO(A/S) : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
RECORRIDO(A/S) : ABDALLA HUSEIN HUMAD ME

R E L A T Ó R I O

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Recurso extraordinário, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social com base nas alíneas a e b do inciso III do artigo 102 da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, com fundamento nas Arguições de Inconstitucionalidade ns. 2000.04.01.092228-3 e 2004.04.01.026097-8.

2. É esta a redação dos dispositivos legais declarados inconstitucionais:

*"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;*

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.*

*Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos."*

3. No que respeita ao artigo 45 da Lei n. 8.212/1991, o Tribunal a quo declarou a sua inconstitucionalidade nos seguintes termos:*ph*

**RE 559.943 / RS**

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - CAPUT DO ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91.

É inconstitucional o **caput** do artigo 45 da Lei n. 8.212/91 que prevê de 10 anos para que a Seguridade Social apure e constitua seus créditos, por invadir área reservada à lei complementar, vulnerando, dessa forma, o art. 146, III, b, da Constituição Federal" (Arguição de Inconstitucionalidade n. 2000.04.01.092228-3).

Quanto ao artigo 46 da mesma lei, foi esse o entendimento do Tribunal a quo:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 174 DO CTN. LEI 8.212/91, ART. 46. INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM O ART. 146, III, 'B', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. As contribuições de Seguridade Social, instituídas com suporte legitimador nos arts. 149 e 195 da Carta Política, revelam índole tributária, sobressaindo, por conseguinte, sua submissão aos ditames que disciplinam o Sistema Tributário Nacional talhado pelo Constituinte de 1988.

2. Assentando o art. 146, III, da Lei Maior que cumpre à lei complementar a tarefa de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência (alínea 'b'), e não havendo qualquer questionamento quanto à natureza jurídica de tributo envergada pelas contribuições previdenciárias, diante da ordem constitucional inaugurada em 1988, resulta vedado ao legislador ordinário imiscuir-se nesse mister. O art. 46 da Lei 8.212/91, portanto, assumindo feição de lei ordinária, não poderia dispor a respeito do prazo de prescrição para a cobrança das contribuições devidas à Seguridade Social. Tendo invadido campo temático reservado à lei complementar, mostra-se incompatível com os ditames constitucionais. *A*

RE 559.943 / RS

3. Não se pode aceitar o argumento segundo o qual apenas o tratamento geral em torno da prescrição adstringir se ia à lei complementar, não existindo veto constitucional a que o legislador ordinário disponha, especificamente, sobre o prazo que se lhe deve emprestar. Deveras, a se enveredar por esta senda, estar se-ia reconhecendo que a matéria em destaque não se conforma às normas gerais de direito tributário (CF, art. 146, inciso III). Noutras palavras, não exigiria tratamento uniforme em todos entes políticos da Federação, permitindo que cada Estado, cada Município, disponha, por intermédio de seus Poderes Legislativos, a respeito de qual o lapso inercial que corresponderá à extinção do crédito tributário pela ocorrência da prescrição. Este raciocínio, por certo, não se coaduna com a **ratio** que animou o Constituinte ao fazer inserir de maneira expressa, o vocábulo 'prescrição' na alínea 'b' do inciso III do art. 146, dentre os temas que devem sujeitar-se à disciplina uniformizante traduzida pela lei complementar federal.

4. A circunstância de haver disposição contida no Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66, art. 174) - que, sabidamente, fora recepcionado pela Carta de 1988 com estatura de lei complementar -, prevendo prazo diverso daquele agasalhado no art. 46 da Lei de Custeio, não transporta a questão para o plano da legalidade. Com efeito, é o legislador constituinte quem demarca o campo temático a ser preenchido pela referida espécie legislativa, incidindo na pecha de inconstitucionalidade o legislador ordinário que se proponha a fazê-lo. É dizer, lei ordinária que verse sobre tema reservado, por expressa previsão constitucional, à lei complementar, desvela-se inconstitucional. Eventual descompasso com lei complementar já em vigor configura situação meramente secundária, decorrente lógico da incompatibilidade com o ditame da Constituição, não conjurando, mas, ao revés, confirmando, a terna de inconstitucionalidade. *d*



RE 559.943 / RS

5. Reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 46 da Lei 8.212/91" (Argüição de Inconstitucionalidade n. 2004.04.01.026097-8).

4. O Recorrente aduz que:

"A norma-princípio, em contraposição à norma-regra, admite aplicação em maior ou menor escala.

A norma regra se aplica ou não se aplica; não admite meio-termo.

Aqui se situa o prazo prescricional de 5 (cinco) anos fixado no art. 174 do CTN.

Ele é norma-regra e, portanto, **não é norma geral de direito tributário.**

O prazo prescricional de 5 anos estabelecido no CTN não é norma geral de direito tributário e por isso pode ser alterado por lei ordinária.

(...)

Conforme já foi sustentado pelo INSS em outra oportunidade, "... vislumbrar o tema de forma diversa seria, s.m.j., travar por completo a atividade legislativa ordinária no campo do direito tributário. Entender que toda e qualquer manifestação do poder legislativo a respeito das matérias elencadas no artigo 146, inciso III, da Carta Constitucional dependa da edição de lei complementar, seria inviabilizar, por completo, a adaptação do sistema positivo à realidade tributária vigente.

Como se sabe, a **lei complementar possui eficácia em todo o território nacional**, endereçando-se, portanto, **a balisar a atividade do legislador ordinário das três ordens de governo da Federação**, em verdade seus destinatários. Aí está, salvo engano nosso, a razão de ser da limitação constitucional, ao prever que as normas gerais serão objeto de lei complementar. **A norma geral deve articular o sistema tributário** da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas. São normas sobre

RE 559.943 / RS

como fazer normas, em sede de tributação, que devem ser incondicionalmente observadas pelos legisladores ordinários.

A lei ordinária não enfrenta a lei complementar. Não há força contrária. Ou seja, estamos diante de lei ordinária que adere à norma complementar do Texto Constitucional. Por isso dizemos que **há total compatibilidade entre a norma ordinária e as disposições do CTN**, que podem conviver de forma harmônica, não se podendo, com renovada vênica, cogitar de revogação.

(...)

*Em suma*, com base doutrinária em reconhecidos juristas e na jurisprudência pátria podemos afirmar que é constitucional a ampliação do prazo decadencial/prescricional através de lei ordinária para as contribuições previdenciárias porque:

1. As normas gerais em matéria de legislação tributária nem tudo podem fazer.
2. A alínea 'b' do inciso III do art. 146 da CF não se sobrepõe ao sistema constitucional tributário.
3. O sistema tributário nacional deve se articular com os princípios federativo, da autonomia municipal e da autonomia distrital.
4. Não é dada autorização para a lei complementar entrar na chamada 'economia interna' dos entes tributantes.
5. As normas gerais em direito tributário devem estabelecer **diretrizes e conceitos**. Não poderá descer a detalhes, retirando a autonomia das pessoas políticas tributantes.
6. Aos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 pode ser dada uma interpretação 'conforme a Constituição', entendendo-se que a norma geral em matéria de decadência/prescrição não é impeditiva de fixação de prazo diverso por outra lei.
7. A lei não deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente.
8. Quando o Juiz decide sobre constitucionalidade ele revisa a concretização da Constituição pelo legislador com base em uma concretização própria da Constituição e da Lei" (fls. 67 e 74 a 76 - grifos no original).*ℳ*

RE 559.943 / RS

5. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional no julgamento eletrônico realizado entre os dias 5 e 23.10.2007 (fls. 82-89).

6. O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário, sustentando que *"inexiste relação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária. A diferença entre estas espécies legislativas reside no campo de atuação material que lhes cabe: à lei complementar compete estipular normas gerais; à lei ordinária cabem os regramentos específicos. Não pode a lei ordinária invadir o campo de atuação da lei complementar, nem esta sobrepor-se àquela em matérias de ordem específica"* (fl. 98). E assevera, então, que:

*"Portanto, no que a lei complementar invadir a competência material da lei ordinária, nada impede que esta espécie legislativa venha a alterar aquela.*

*No caso em análise, ao fixar prazos para a decadência e a prescrição de créditos tributários, os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional adentraram competência material reservada à lei ordinária. Possível, assim, sua alteração pela Lei nº 8.212/91, nos moldes do seu art. 46.*

*(...)*

*É dizer, cada ente político tem o poder de editar as normas necessárias à consecução dos seus objetivos tributários. Nesta seara inclui-se a possibilidade da criação de regras específicas para a prescrição e a decadência de débitos tributários, de forma a salvaguardar os interesses peculiares de cada pessoa política tributante."*

É o relatório. *f*

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SULV O T O**A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. O art. 146, inc. III, alínea b, da Constituição da República dispõe que:

*"Art. 146. Cabe à lei complementar:*

*III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*

*b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;"*

A questão posta a este Supremo Tribunal, na espécie, está em definir no que consistem as normas gerais sobre prescrição e decadência tributários, ou seja, se a disciplina desses dois institutos está reservada à lei complementar ou se apenas parte dela estaria (e, então, qual seria essa parte).

2. Para os que defendem que não há espaço normativo para que a lei ordinária disponha sobre prescrição e decadência tributários, os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional devem prevalecer, pois, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar, não poderia ser derogado por lei ordinária.

Outros, defendendo a tese de que a fixação de prazos de prescrição e decadência não estaria inserida no conceito de normas gerais de direito tributário e todas as disposições legais nesse sentido, ainda que contidas em leis formalmente complementares, teriam natureza de lei materialmente ordinária.

RE 559.943 / RS

3. Tem-se no histórico de José Souto Maior Borges<sup>1</sup> sobre a disciplina legal e constitucional das normas gerais:

"No âmbito doutrinário, pode-se considerar um assunto tormentoso o estudo das normas gerais de Direito Tributário. A formulação das normas gerais de Direito Tributário, no Brasil, antecedeu a vigência da Constituição de 1946. Com efeito, são conhecidos os velhos decretos ns. 915, de 1.12.1938, e 1.061, de 20.1.1939, da União. (...)

Embora não existisse norma constitucional expressa, conferindo essa atribuição à União, naquela época ela já procurava assumir esse encargo e dar solução prática, no plano legislativo, ao problema das operações interestaduais de circulação de bens, para efeito da incidência do IVC.

Todavia, só com a Constituição de 1946 o problema das normas gerais de Direito Tributário sofreu uma formulação constitucional expressa. Todos conhecem a gênese do dispositivo. Surgiu de emenda apresentada pelo constituinte Aliomar Baleeiro, que propunha que fosse incluída na competência legislativa da União, legislar sobre Direito Financeiro. Evidentemente, coloca-se o problema de compatibilizar essa competência indiscriminada com as autonomias dos governos locais em matéria tributária e afinal, prevaleceu um dispositivo em que se determinava que a competência da União era restrita às normas gerais de Direito Financeiro. Não era uma competência ampla, porque isso seria incompatível com a sistemática da Constituição de 1946, mas já se admitia que, nessa matéria, a União poderia expedir normas com o caráter de normas gerais de Direito Tributário."

A Carta de 1967 inovou ao referir-se, especificamente, a normas gerais de direito tributário (art. 18, § 1º), deixando de se presumir a sua existência no conteúdo da expressão norma geral de direito financeiro. *ℳ*

**RE 559.943 / RS**

que a continha a Constituição de 1946. Essa inovação foi mantida pela Emenda Constitucional n. 1/1969.

No artigo antes mencionado, Souto Maior Borges ainda destacou as dificuldades existentes em se conceituar o que seriam as normas gerais de direito tributário, chegando a doutrina a produzir uma conceituação negativa, ou seja, para se delimitar e identificar as normas gerais deveria o intérprete dizer, antes, o que não seria norma geral:

*"Os estudos a respeito das normas gerais de Direito Tributário, no Brasil, praticamente começaram a partir da Constituição de 1946 e é considerado um marco que assinalou a problemática da conceituação dessas normas gerais, um trabalho publicado pelo Prof. Carvalho Pinto. Esse trabalho tem o mérito de ser o pioneiro no estudo dessas normas gerais. Todavia, foi observado por um grande mestre, o Prof. Gomes de Souza, que a dificuldade de conceituação das normas gerais era evidenciada pela consideração de que toda a formulação do Prof. Carvalho Pinto tinha sido esboçada em termos meramente negativos; noutras palavras, o Prof. Carvalho Pinto definiu o que não são normas gerais, em vez de ter dado uma conceituação das normas gerais, em si.*

*A dificuldade na conceituação de norma geral se evidencia pelo fato de o Prof. Carvalho Pinto tentar empreender essa formulação e concluir em termos negativos.*

*Essas considerações não implicam o menor demérito para o trabalho do Prof. Carvalho Pinto. Foi um admirável trabalho desbravador. Só a partir desse trabalho começou a doutrina o penoso esforço de delimitar o campo próprio para a edição de normas gerais.*

*Já na Constituição de 1946, se discutia substancialmente quais eram as matérias que poderiam ser objeto do exercício da competência da União para editar normas gerais, em matéria de prescrição de créditos da Fazenda Pública, com eficácia para os*

RE 559.943 / RS

governos estaduais e municipais (o que o Prof. Geraldo Ataliba sempre contestou); já se debatia o delicadíssimo problema da conceituação, em normas gerais, de hipóteses de incidência ('fatos geradores') de tributos de competência estadual ou municipal. Alguns autores chegavam a tomar posição diante desses problemas. Gilberto Ulhôa Canto sustentou que competia à União definir essas hipóteses de incidência e o Prof. Gomes de Souza afirmou que o problema se simplificava se se considerasse que a formulação da norma geral, definindo as hipóteses de incidência, constituiria uma regulamentação dos dispositivos constitucionais que outorgavam a competência tributária."

4. A controvérsia seguiu-se por muito tempo, tendo parte significativa da doutrina firmado posição sobre a inclusão ou exclusão de determinadas matérias no conceito de normas gerais. Importante destacar que uma das grandes preocupações que cercam as diversas conceituações das normas gerais é a compatibilização com o princípio federativo, ou seja, à autonomia tributária dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Há de se evitar que a União coarte a atuação legislativa dos demais entes federados ao argumento de estar dispondo sobre normas gerais de direito tributário. Partindo dessa premissa é que Souto Maior Borges, no artigo referido acima, observa:

"Importa fixar a natureza dessas normas gerais de direito tributário. Uma observação, a ser feita, é que, no sistema atual, há uma nítida distinção formal entre lei nacional e lei simplesmente federal. A lei nacional é uma lei, dentro de uma formulação kelseniana, que se pode definir como lei da ordem global, do Estado racional, e não da ordem parcial central, União.

A lei nacional não se aplica apenas às pessoas subordinadas a União; as pessoas recebem a lei nacional, no dizer de Geraldo Ataliba, na qualidade de súditos do Estado Federal; é a lei da ordem global, do Estado nacional, e não lei da ordem parcial<sup>A</sup>

**RE 559.943 / RS**

central, lei editada pela União e com eficácia apenas em relação às pessoas que lhe são subordinada: .

As normas gerais de direito tributário, nesse sentido, são leis de ordem nacional. Formalmente, o veículo apropriado para edição dessas normas gerais de direito tributário é a lei complementar.

(...)

Por outro lado, todas as considerações antecederites demonstram que se deve reconhecer, na análise da lei complementar, o seu caráter estrito, dentro do sistema. Da análise desses princípios constitucionais; da consideração do conceito de autonomia municipal, que é assegurado pela Constituição, da autonomia estadual (...), se tem que concluir pelo caráter absolutamente estrito das normas gerais de direito tributário.

Uma norma - também salienta muito bem o Prof. Geraldo Ataliba - uma simples norma estabelecida na Constituição, não pode ter eficácia derogatória com relação ao sistema considerado nos seus princípios cardiais.

A cláusula do peculiar interesse municipal para regência dos seus próprios negócios - e a autonomia estadual são constitucionalmente obstáculos à expansão ilimitada e desordenada das normas gerais. Essas normas gerais têm que ser entendidas em harmonia com os princípios constitucionais. Daí porque, ao examinar as normas gerais de direito tributário, a doutrina vem evoluindo no sentido de reservar para ela um campo bastante restrito."

Souto Maior Borges afirma, ainda, que o campo restrito das normas gerais tributárias seria destinado ao preenchimento de lacunas constitucionais insuscetíveis de preenchimento pelas ordens jurídicas parciais, à solução dos conflitos de competência tributária e às limitações constitucionais ao poder de tributar. E conclui: *ℳ*



RE 559.943 / RS

"Em decorrência do que aqui ficou exposto, sustenta-se que as normas gerais de direito tributário não podem atuar como instrumento da regulação das atividades de uma pessoa pública por outra. Matéria que possa ser disciplinada em leis federais, estaduais ou municipais, sem perigo de atrito ou usurpação de competência tributária, é insusceptível de regulamentação como norma geral de direito tributário."

Ainda sob a vigência da Carta de 1969, Geraldo Ataliba<sup>2</sup> afastou algumas hipóteses de atuação das normas gerais:

"Em conclusão, as normas gerais de direito tributário não podem dispor sobre criação e extinção de tributos. Criação não, porque criação não é da lei complementar, é da ordinária; extinção também não, porque só quem tem o poder de criar uma obrigação pode ter o poder de extingui-la. Só a lei que diz como nasce um tributo pode dizer como se extingue. Só a lei estadual dirá como se extinguem as obrigações tributárias no âmbito do Estado. Só a lei municipal pode dizer como se extinguem as obrigações tributárias no âmbito do Município. Isto é matéria de direito tributário, obrigação tributária. Como não é o caso de conflito nem caso de limitação constitucional, não pode norma geral dispor sobre extinção de tributo. Não pode dispor sobre lançamento. Lançamento é ato administrativo regido pelo direito administrativo, simplesmente federal, estadual e municipal, conforme o caso; não é matéria de lei complementar. Não pode dispor sobre fiscalização, órgãos fiscais, procedimentos fiscais, porque isso tudo é matéria administrativa, portanto de lei ordinária estadual, federal, municipal e não de lei complementar. Não pode dispor sobre multas, procedimentos, penalidades, infrações, etc. que isso não é matéria tributária, é matéria nitidamente administrativa (...), portanto matéria exclusivamente de lei ordinária, federal, estadual e municipal. O que cabe às normas gerais é, *et*

RE 559.943 / RS

completando a Constituição, estabelecer normas sobre conflitos e, num segundo momento, regular as limitações constitucionais do poder de tributar."

Em artigo tido como um dos mais completos trabalhos sobre o tema, Geraldo Ataliba foi ainda mais específico quanto às matérias que não poderiam ser objeto de lei complementar sobre normas gerais de direito tributário:

"... é afastada de plano a possibilidade das normas gerais tratarem de problemas tais como ordenação de relação jurídica tributária, sujeição ativa e passiva, prazos referentes a prescrição e decadência, ato administrativo do lançamento e sua disciplina jurídica, condições para criação da obrigação tributária, forma de extinção do débito, etc. Ressalvada a possibilidade de tais normas terem quanto às matérias supra-enumeradas, caráter supletivo, o que seria perfeitamente lícito" (grifei).

Esse entendimento, no entanto, não se pacificou. Zelmo Denari<sup>4</sup> afirma o contrário ao examinar o Código Tributário Nacional, ponderando que "dentre as normas gerais de amplo alcance, que subordinam a atuação legislativa da União, Estados e Municípios, podem ser alinhadas as regras que disciplinam a competência tributária (art. 6º e seguintes) as limitações de competência tributária (art. 9º e seguintes), a instituição e cobrança de taxas (art. 77 e seguintes), a responsabilidade tributária (art. 128 e seguintes), o lançamento tributário (art. 142 e seguintes), a prescrição e a decadência tributária (art. 173 e 174)" (grifei).

Essa era a doutrina sobre normas gerais de direito tributário que existia até a promulgação da Constituição da República de 1988, dividida entre corrente dicotômica (Geraldo Ataliba, Souto Maior Borges e outros) e corrente tricotômica (Ives Gandra Martins, Hamilton Dias de Souza e outros) *de*

**RE 559.943 / RS**

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pouco se manifestou sobre esse tema, tanto antes quanto após a promulgação da Constituição da República de 1988. Alguns julgados, no entanto, devem ser citados, pois neles houve o posicionamento deste Tribunal sobre a inclusão ou exclusão de determinadas matérias no âmbito das normas gerais tributárias. São eles:

a) RE 33.812, Relator o Ministro Lafayette de Andrada, Segunda Turma, DJ 18.7.1957 (inclui no conceito de norma geral a solução legislativa para conflito entre entes federativos);

b) RE 92.209, Relator o Ministro Décio Miranda, Segunda Turma, DJ 18.4.1980, e RE 92.186, Relator o Ministro Djaci Falcão, Segunda Turma, DJ 30.3.1980 (obediência dos Estados e Municípios ao Decreto-lei n. 195/1967, por este conter normas gerais de direito tributário);

c) RE 90.471, Relator o Ministro Moreira Alves, Segunda Turma, DJ 1.6.1979, e RE 111.774, Relator o Ministro Carlos Madeira, Segunda Turma, DJ 15.4.1987 (exclusão da definição de fato gerador do âmbito normativo destinado às normas gerais);

d) AI 80.149-AgR, Relator o Ministro Rafael Mayer, Primeira Turma, DJ 27.2.1981 (não se trata de norma geral de direito tributário a limitação de ônus moratório prevista no art. 16 da Lei n. 4.862/1965).

6. A superficialidade com que a Constituição de 1946 e a Carta de 1967, em seu texto originário e com a Emenda n. e 1969 trataram as normas gerais levou Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>5</sup> a dissertar sobre a relação dessas normas com o instituto da segurança jurídica, cuja transcrição parcial faz-se necessária para chegarmos ao quadro normativo instituído pela Constituição da República de 1988: *f*

RE 559.943 / RS

"O tema segurança jurídica é, ao mesmo tempo, um dos mais simples e intrincados do direito. Sua simplicidade repousa no aspecto intuitivo que a idéia fornece, no sentido de que o direito, onde é claro e delimitado, cria condições de **certeza** e **igualdade** que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e aos atos dos outros. Seu intrincado está justamente nesta dificuldade primária do significado desse **estar senhor de seus atos e dos atos alheios** na medida em que os outros também devam estar senhores dos seus e dos **nossos** atos.

(...)

Na tradição mais liberal da doutrina jurídica, o conceito de segurança, portanto, exige que as normas jurídicas sejam **gerais**, sem, porém, que se atente para o fato de que esta generalidade pode se referir ao **conteúdo** (ações-típicas, abstratas) ou ao **destinatário** (igualdade). Isto significa, outrossim, que a segurança é função de duas variáveis, a certeza e a igualdade, que são valores distintos, podendo ser complementares ou não. Ou seja, do fato de que uma norma se dirija a todos igualmente não decorre que seu conteúdo seja certo e vice-versa. Isto traz para a própria noção de segurança uma ambigüidade que precisa ser esclarecida.

(...)

Quando se enfatiza a certeza, a segurança se torna tributária de um poder centralizador que garante a uniformidade dos conteúdos do vértice para a base do sistema. Quando se enfatiza a isonomia, a segurança será tributária de uma maior liberdade de conteúdos, exigindo-se apenas a correta uniformidade na discriminação das competências, favorecendo, pois, a livre iniciativa.

Em termos atuais, esta ambigüidade está na base das disputas entre as tendências intervencionistas e liberais na compreensão do direito. A primeira, vendo o direito como um instrumento de controle social, em sentido amplo, enfatiza a necessidade da

RE 559.943 / RS

sistematização material, vendo a segurança do cidadão como uma função de segurança do Estado. A segunda, vendo também o direito como um instrumento de controle social, enfatiza a necessidade da sistematização formal, vendo a segurança do Estado como uma função da segurança do cidadão. Para a primeira, se o Estado não estabelece, de modo uniforme, os conteúdos, o cidadão não terá certeza e, pois, estará inseguro. Para a segunda, e o cidadão não for tratado com isonomia pela autoridade competente, cujo limite de ação esteja claramente discriminado, estar-se-á gerando insegurança social.

Parece óbvio que globalmente a segurança jurídica devesse ser um resultado da complementariedade de ambas as sistematizações. Esta complementariedade, contudo, pelo que foi dito, não é automática, mas envolve risco e divergência. A divergência está na tendência mais intervencionista ou mais liberal. O risco está em que a primeira, promovendo a certeza, favorece a centralização do controle social e a diminuição da liberdade individual. A segunda, promovendo a igualdade, favorece a descentralização e diminui a eficiência dos controles.

Ora, o papel das chamadas normas gerais tributárias para a segurança do contribuinte deve ser delineado sobre este pano de fundo. Elas desempenham esta dupla função requerida pela noção de segurança (função-certeza e função-igualdade) que, não sendo idênticas nem automaticamente complementares, envolvem algumas ambigüidades que merecem ser destacadas.

(...)

A discussão em torno destas normas gerais, já mais recentemente, não esconde os problemas da segurança, em termos de igualdade e certeza, conforme mencionamos. Assim é que, Geraldo Ataliba, em seu artigo, publicado em 1969 na RDP 10/69 principia o seu texto chamando a atenção para a finalidade das normas gerais como preceitos reguladores de conflitos de competência entre os poderes tributantes, bem como dos problemas referentes a limitações constitucionais ao poder *J*

RE 559.943 / RS

geral de tributar, afirmando expressamente que 'a rigidez do sistema constitucional tributário por si só, muitas vezes, não é bastante para obviar os conflitos de competência entre as pessoas tributantes' 'ou os dissídios tributários com os contribuintes'. Donde a necessidade, prevista constitucionalmente, da emanção de normas gerais de Direito Tributário (p. 46, 47).

No que diz respeito às normas gerais há, conhecidamente, uma controvérsia na doutrina, no que diz respeito à extensão do dispositivo constitucional constante no art. 18, § 1º, da Carta Magna. Saber se as 'normas gerais' ali mencionadas devem ter por conteúdo regular limitações e conflitos de competência (teoria dicotômica) ou se, ao contrário, este conteúdo é mais específico, no sentido de codificação de princípios gerais (teoria tricotômica), é um problema, que, a nosso ver, pode esclarecer a noção de segurança e sua própria amplitude, tendo em vista a exigência de igualdade e certeza.

Assim, se atribuirmos às normas gerais uma função específica, ligada à codificação de conteúdos gerais (como se lê em Hamilton Dias de Souza in *Comentários ao Código Tributário Nacional*, São Paulo, 1975, vol. I, pp. 14 e ss.), o que se observará é que, ao vislumbrar-se nestes conteúdos um asseguramento da racionalidade e unidade do sistema, estamos indo, como diz aquele autor, ao encontro da revisão que sofrem hoje os conceitos de autonomia e federação, na direção de 'forte atração centrípeta' (ob. cit. p. 18). Ou seja, a interpretação de que há um conteúdo próprio para a expressão constitucional 'normas gerais de Direito Tributário', reforça a segurança tendo em vista a função-certeza. O que se percebe, neste sentido, é a importância do argumento segundo o qual as normas gerais podem só assim, completar a eficácia de preceitos expressos e de princípios decorrentes da Constituição, mormente quando a realidade brasileira, com sua multiplicidade de

RE 559.943 / RS

municípios e Estados-membros exige uma formulação global, garantidora de unidade e racionalidade.

Em outras palavras, a ênfase no conteúdo próprio, reforçando a **função-certeza**, encara a **segurança** como um produto da **racionalização**, material, posto que o sistema deixado ao 'sabor da oportunidade das legislações locais e da jurisprudência muitas vezes vacilante', nos conduziria antes a um 'sistema histórico' (como havia antes da edição do Código Tributário Nacional), o que nos levaria ao 'caos tributário'. Este 'caos tributário', significando insegurança, exige o reforço da tipificação genérica de alguns conteúdos e, em consequência, uma subordinação do sistema racional à função-certeza. Ou seja, a **função-certeza**, referente à tipificação abstrata dos conteúdos, se torna uma exigência do sistema racional, como um seu pressuposto, em termos de que a generalidade é, basicamente, uma questão referente ao conteúdo da norma e não ao seu endereçamento. donde a regra: o que vale de modo tipificadamente abstrato é geral.

Já a ênfase numa interpretação mais restritiva do dispositivo constitucional, em que identificam as normas gerais com a própria lei complementar, atribuindo-lhes, não um conteúdo diferente, mas sim o ali mencionado conflito entre as pessoas tributantes e os limites de sua competência, diminui o alcance da **função-certeza** contida na exigência da segurança, aumentando, por outro lado, a importância da função-igualdade. Com efeito, o decisivo, nesta segunda colocação, é a regra segundo a qual mandamentos proibitivos (normas primárias) não comportam regulamentação. Com isso, a função das normas gerais fica limitada, em termos de seu papel sistemático, à sua natureza de **norma secundária** de competência (Hart), isto é, normas que provêm a identificação, o câmbio e a aplicação das normas primárias. Destarte, seu papel sistemático não pode ser o de estatuir princípios ainda que gerais, pelo conteúdo, caso esses princípios acabem por afetar conteúdos de competência.

RE 559.943 / RS

exclusiva das ordens parciais. Ora, como diz expressamente Geraldo Ataliba: 'Nenhuma limitação, óbice ou restrição pode o Congresso impor a Estados e Municípios, seja a que título for. Nem mesmo a propósito de usar seu poder de elaborar normas gerais de Direito Tributário'.

Aquí, nos parece óbvio, a **função-certeza** da exigência de segurança passa a depender da **função-igualdade**, posto que a segurança repousa, primariamente, na generalidade enquanto isonomia no tratamento dos endereçados. Ou seja, desde que as ações-tipo estejam corretamente discriminadas em leis ordinárias (função-certeza), às **normas-gerais** (leis complementares) caberá a resolução prévia de conflitos de competência, resultando do sistema assim instaurado a segurança que há de ser o produto da competência sistematicamente discriminada. Por isso, para esta concepção as normas gerais (em termos de leis nacionais) têm muito mais a natureza de normas secundárias, donde se segue a ênfase posta na correta discriminação, e solução dos conflitos de competência entre a União, Estados e Municípios, insistindo-se sobremaneira na autonomia dos dois últimos."

7. Destaquei especialmente a teoria dicotômica, a partir da longa transcrição de textos de Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba e Tércio Sampaio Ferraz Jr. porque, tivesse a Constituição de 1988 se limitado a repetir o texto da Constituição de 1946 e das Cartas de 1967 e 1969, não haveria qualquer dificuldade para os acompanhar.

A disciplina normativa anterior à Constituição de 1988<sup>6</sup> permitia maior liberdade ao aplicador do direito em equilibrar a competência da União em produzir normas gerais sobre direito tributário e o respeito à autonomia política dos Estados e dos Municípios. Invocando o texto de Tércio Sampaio Ferraz Jr., deu-se ênfase à isonomia federativa com maior liberdade de conteúdo, "exigindo-se apenas a correta uniformidade na discriminação das competências, favorecendo, pois, a livre iniciativa" dos entes federados. *✍*



**RE 559.943 / RS**

Todavia, com o devido respeito aos que pensam de modo diverso, tenho que a Constituição de 1988 rompeu com o sistema tributário anterior no que respeita ao âmbito normativo da lei complementar sobre normas gerais. No binômio certeza-igualdade mencionado, por Tércio Sampaio, o constituinte de 1988 deu ênfase à certeza, tornando a segurança jurídica "tributária de um poder centralizador que garante a uniformidade dos conteúdos do vértice para a base do sistema".

De se atentar aos expressos termos do art. 146, inc. III, da Constituição da República:

*"Art. 146. Cabe à lei complementar:*

*III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;*
- d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, da contribuição a que se refere o art. 239."*

Parece ter havido a eleição de um modelo concentrador na União da competência para a edição de atos normativos nacionais, em detrimento daquela atribuição legislativa tributária da própria União, no âmbito federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seus respectivos espaços de atuação autônoma.

RE 559.943 / RS

8. Ciente dessa inovação normativa instituída pela Constituição de 1988, o Prof. José Souto Maior Borges' (como visto, defensor de uma corrente restritiva quanto às normas gerais) fez pesadas críticas ao conteúdo do art. 146:

"... esse dispositivo constitucional é uma barbaridade, uma verdadeira excrescência dentro da Constituição, a nosso ver, a partir do item 3º, onde compete à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) Definição de tributos e suas espécies, bem como com relação aos impostos discriminados nessa constituição de respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes. Quer dizer, um minicódigo de direito tributário dentro da Constituição Federal.

b) Obrigação, lançamento, crédito, prescrição, decadência tributária, ora, tratar de direito tributário administrativo, ou se preferir Direito Administrativo Tributário na Constituição Federal, tenha paciência! É inaceitável. Obrigação, lançamento, isso é matéria de direito administrativo e não de direito constitucional, claro o dispositivo constitucionalizou indebitamente tudo isso. Mas prescrição, decadência, temas que me parecem, com a devida venia, menores, adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, quase um pleonasma, só não é porque as sociedades cooperativas podem praticar ato não cooperativo, mas não precisava estar no texto constitucional. Esse dispositivo de certa forma, está até envolvido pelo artigo 174, § 2º, que incumbe ao poder público estimular o cooperativismo e o associativismo em geral, mas não entramos no mérito da questão.

O que gostaríamos de salientar é que tributo no Brasil é um instrumental de autonomia. Autonomia Municipal existe no Brasil e é o que há de mais admirável ao se plasmar o federalismo.

RE 559.943 / RS

brasileiro; somos a federação nos moldes tradicionais. Somos uma federação que tem como característica a sua tônica individualizadora, enquanto sistema político; é a existência do Município com um grau superlativo de autonomia que tem, que preserva a unidade nacional de um país de dimensões continentais e de continentais 'disparidades' regionais.

Tributo é instrumental de autonomia, autonomia política administrativa e financeira do município. Da consorciação desses três ingredientes resulta a autonomia constitucional do Município. A dos Estados também, pelos tributos de sua competência. Nisso consiste autonomia e autonomia é princípio. Se não preservamos as autonomias estadual municipal no Brasil iremos **solapar** o texto constitucional precisamente pelos seus alicerces, como salienta a doutrina e aí como uma metáfora aceitável que são os princípios constitucionais. Não podemos interpretar uma norma de competência abstraindo um princípio constitucional.

A função da lei complementar é intermediar, mas a lei complementar não pode ser um pretexto para coactar, para quebrar a competência tributária, por exemplo, do Estado ou do Município."

Outros aliados desse descontentamento doutrinário contra o conteúdo do art. 146, inc. III, da Constituição de 1988 chegam a concluir pelo seu total desprezo, sob os argumentos de não ser possível se valer da interpretação literal do dispositivo e deturpar o princípio federativo<sup>8</sup> ou de que o legislador não tem conhecimento jurídico necessário, razão pela qual deve o intérprete adaptar aquele dispositivo constitucional de modo a preservar a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>9</sup>.

9. Apesar dos argumentos contrários, patenteia-se uma conclusão constitucional no sentido da concentração de competências da União para dispor sobre normas gerais tributárias, nas quais se incluíram matérias que antes não eram expressamente inseridas no rol de tais atribuições.

**RE 559.943 / RS**

É um equívoco reduzir as autonomias estaduais e municipais, e até mesmo a federal (pois a União também tem a sua liberdade legislativa ordinária reduzida), à possibilidade de dispor de modo contrário à lei complementar relativamente aos temas elencados no art. 146 da Constituição da República.

10. Não pretendo, aqui, traçar os limites da lei complementar sobre a definição de fatos geradores, obrigação, lançamento e crédito tributários, por serem temas mais amplos e complexos e, assim, comportarem maior discussão sobre o que seria geral e o que seria específico.

Todavia, não há dúvida de que, relativamente à prescrição e à decadência tributárias, a Constituição de 1988 não dota de competência as ordens parciais da federação. Não é possível afirmar em que consistiria uma norma geral sobre prescrição e decadência tributárias (se é que há alguma) e o que não seria. Fica claro o objetivo da norma constitucional de nacionalizar a disciplina, vale dizer, de a ela conferir tratamento uniforme em âmbito nacional, independentemente de ser ou não norma geral.

A Constituição passa ao largo da discussão doutrinária e opta por reservar à lei complementar a disciplina da prescrição e da decadência tributárias.

11. No julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.917, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 19.9.2003, este Supremo Tribunal considerou que as formas de extinção do crédito tributário previstas no Código Tributário Nacional seriam normas gerais tributárias e, portanto, insuscetíveis de serem modificadas pela legislação estadual ou municipal.

Posteriormente, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.405, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ 17.2.2006, houve expressa mudança de entendimento deste Supremo Tribunal *et*

RE 559.943 / RS

(depois confirmada no julgamento de mérito da ADI 1.917) para concluir pela possibilidade de as entidades federativas instituir novas modalidades de extinção do crédito tributário, por não estar incluída essa atividade no conceito de norma geral.

Prescrição e decadência tributárias são modos de suspensão e extinção de crédito tributário (art. 156, inc. V, do Código Tributário Nacional) e, conforme destacou o eminente Ministro Ilmar Galvão na ADI 2.405, a Carta "de 67 não reservou à lei complementar a enumeração dos meios de extinção e de suspensão dos créditos tributários. Por igual, a de 88, salvo no que concerne à prescrição e decadência tributárias" (grifei).

12. Os arts. 44 e 45 da Lei n. 8.212/1991 (que dispõem sobre prescrição e decadência de contribuições sociais, ou seja, tributos) são inconstitucionais por disporem sobre matéria reservada a lei complementar, devendo, portanto, ser observado o que contido nos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional.

13. Pelo exposto, encaminho voto no sentido de **negar provimento ao recurso extraordinário**, mantendo o acórdão recorrido.

---

<sup>1</sup> BORGES, José Souto Maior. **Normas gerais de direito tributário**. Revista de Direito Público, Ano VII, n. 31, p. 251-281.

<sup>2</sup> ATALIBA, Geraldo. **Lei complementar tributária e alcance das disposições do código tributário nacional**. Vox Legis, Ano XII, Vol. 138, junho de 1980, p. 1-16.

<sup>3</sup> ATALIBA, Geraldo. **Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios: limites à norma geral - Código Tributário Nacional**. Revista de Direito Público, n. 10, Vol. 2, out/dez 1969, p. 45-80.

<sup>4</sup> DENARI, Zelmo. **Normas gerais de direito tributário**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 13, p. 191-199.

RE 559.943 / RS

<sup>5</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Segurança jurídica e normas gerais tributárias.** Revista de Direito Tributário, Ano V, ns. 17-18, jul/dez de 1981, p. 51-56.

<sup>6</sup> Constituição da República de 1946, art. 5º, inc. XV, alínea b: "Compete à União legislar sobre normas gerais de direito financeiro".

Carta de 1967, § 1º do art. 18: "Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar". Esse texto foi mantido pela Emenda Constitucional n. 1/1969.

<sup>7</sup> BORGES, José Souto Maior. **A função da lei complementar de normas gerais de direito tributário.** O Sistema Tributário na Revisão Constitucional. Editora Atlas: São Paulo, 1993. p. 104-105.

<sup>8</sup> FRANCO, Mônica Miranda. **A constituição como um sistema de princípios e normas - as normas gerais de direito tributário.** Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ano 7, n. 26, jan/mar de 1999, p. 170-171.

<sup>9</sup> REIS, Elcio Fonseca. **Federalismo fiscal: competência concorrente e normas gerais de direito tributário.** Editora Mandamentos: Belo Horizonte, 2000. p. 134-135.

ESTEVES, Maria do Rosário. **Normas gerais de direito tributário.** Editora Max Limonad: São Paulo, 1997. p. 96.

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943

EXPLICAÇÃO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Senhor Presidente, apenas gostaria de acentuar que, quanto ao recurso extraordinário de minha relatoria, o art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 569 - objeto de um dos recursos sob relatoria de Vossa Excelência, o RE 560.626 - não se compreende no objeto, que se restringe aos artigos 45 e 46. Os argumentos elencados são os mesmos.

Eu acrescentaria apenas que o Ministério Público, no caso especificamente de minha relatoria, também manifestou-se pelo conhecimento e pelo provimento do recurso extraordinário, sustentando inexistir relação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária e que, portanto, não seria necessária, nesse caso, lei complementar. Apenas para enfatizar o pronunciamento do Ministério Público Federal.

No mais, o relatório e os argumentos são rigorosamente os mesmos expressos por Vossa Excelência

\*\*\*\*

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, fiz um voto muito longo, mas, evidentemente, os argumentos não são muito diferentes. Não haveria sentido reprisá-los, até porque fiz um levantamento da doutrina, que realmente é muito dividida quanto ao tema, até mesmo após a promulgação da Constituição de 1988; do que seriam normas gerais em matéria tributária a partir da Constituição de 1946 e da jurisprudência do Supremo no tocante a normas gerais de Direito Tributário, especificamente normas gerais que, de alguma forma, poderiam incidir sobre este caso, pois dizem respeito às contribuições.

Não farei a leitura. Conforme bem demonstrou o Ministro Gilmar Mendes, no artigo 146, inc. III, alínea "b", a Constituição expressamente afirma:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)



b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;"

Nos artigos 173 e 174, recebido como lei complementar, o Código Tributário Nacional estabelece o prazo de 5 anos, e veio a Lei n. 8.112 e estabeleceu, como também aqui já foi dito, o prazo de dez anos tanto para a decadência quanto para a prescrição. Portanto, tratou-se, em lei ordinária, de uma matéria que tinha sido tratada por lei complementar.

A questão posta aqui era saber se havia alguma matéria, relativa à prescrição e à decadência, como **bem pôs** o Ministro Gilmar Mendes, ainda a ser tratada, portanto, em lei ordinária - não por lei complementar nacional -, ou não, uma vez que os artigos 149 e 195 da Constituição, que dizem respeito às contribuições, não são, de alguma forma, tocados porque as especificidades são tratadas naqueles dispositivos da Constituição.

Logo, tudo mais se submete ao comando geral sobre normas gerais em matéria tributária. E é exatamente o que se contém no artigo 146. Por essa razão, depois do alongado trabalho que faço, mas que repete, inclusive na jurisprudência, o que já foi afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes, concluo no seguinte sentido:

*"11. Não pretendo, aqui, traçar os limites da lei complementar sobre a definição de fatos geradores, obrigação, lançamento e crédito tributários, por serem temas mais amplos e complexos e, assim, comportarem maior discussão sobre o que seria geral e o que seria específico."*

Todavia, não há dúvida de que, relativamente à prescrição e à decadência tributárias, a Constituição de 1988 não dota de competência as ordens parciais da federação. Não é possível afirmar o que consistiria uma norma geral sobre prescrição e decadência tributárias (se é que há alguma) e o que não seria. Fica claro o objetivo da norma constitucional de nacionalizar a disciplina, vale dizer, de a ela conferir tratamento uniforme em âmbito nacional, independentemente de ser ou não norma geral.

A Constituição passa ao largo da discussão doutrinária e opta por reservar à lei complementar a disciplina da prescrição e da decadência tributárias."

Estou citando basicamente a jurisprudência que foi citada pelo Ministro Gilmar Mendes e quero apenas fazer uma referência a uma chamada feita por um dos nobres advogados.

"12. No julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.917, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 19.9.2003, este Supremo Tribunal considerou que as formas de extinção do crédito tributário previstas no Código Tributário Nacional seriam normas gerais tributárias e, portanto, insuscetíveis de serem modificadas pela legislação estadual ou municipal.

Posteriormente, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.405, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ 17.2.2006, houve expressa mudança de entendimento deste Supremo Tribunal (depois confirmada no julgamento de mérito da ADI 1.917) para concluir pela possibilidade de as entidades federativas instituírem novas modalidades de extinção do crédito tributário, por não estar incluída essa atividade no conceito de norma geral.

Prescrição e decadência tributárias são modos de suspensão e extinção de crédito tributário (art. 156, inc. V, do Código Tributário Nacional) e, conforme destacou o eminente Ministro Ilmar Galvão na

ADI 2.405, a Carta "de 67 não reservou à lei complementar a enumeração dos meios de extinção e de suspensão dos créditos tributários. Por igual, a de 88, salvo no que concerne à prescrição e decadência tributárias" (grifei).

**13.** Os arts. 44 e 45 da Lei n. 8.212/1991 (que dispõem sobre prescrição e decadência de contribuições sociais, ou seja, tributos) são inconstitucionais por disporem sobre matéria reservada a lei complementar, devendo, portanto, ser observado o que contido nos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional."

Tal como o Ministro Gilmar Mendes, nos processos de relatoria de Vossa Excelência, também encaminho voto no sentido de conhecer do recurso extraordinário e negar provimento a ele *de*

###

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

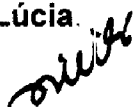
**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL**

## VOTO

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Senhor Presidente, a matéria, como Vossa Excelência disse muito bem, foi examinada na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Nós cuidamos disso no Recurso Especial nº 616.348, cujo julgamento terminou recentemente, com os embargos de declaração julgados em 19 de dezembro de 2007.

E o voto de Vossa Excelência e o da Ministra **Cármem Lúcia** dizem com muita clareza, que realmente é exigência de lei complementar. E os argumentos que foram apresentados em sentido contrário batem com a jurisprudência da nossa Corte. Acompanho o voto de Vossa Excelência, da mesma forma o faço com relação ao voto da Ministra **Cármem Lúcia**.



11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SULV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Sr. Presidente, o tema foi bem exposto da tribuna tanto pelo Procurador da Fazenda Nacional quanto pelo ilustre advogado do contribuinte. A questão central está em saber se são constitucionais os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, os quais fixam em 10 anos os prazos decadencial e prescricional das contribuições para a seguridade social.

Estou convencido, *data venia*, de que a razão está com aqueles que entendem que as normas referentes à prescrição e decadência estão sob o domínio da reserva de lei complementar. Essa, inclusive, tem sido a orientação adotada por alguns dos eminentes pares desta Corte, a exemplo do RE 456.750/SC, Rel. Min. Eros Grau, RE 552.757/RS, Rel. Min. Carlos Britto, RE 552.710/SC, Rel. Min. Marco Aurélio e RE 470.382/RS, Rel. Min. Celso de Mello. Desse último destaque pequeno, porém, eloqüente trecho da decisão proferida:

*"Cabe rememorar, neste ponto, por oportuno, considerada a natureza do presente litígio, que a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal*

Federal, ao versar o tema pertinente à tipicidade das leis, tem sempre acentuado, a esse propósito, que não se presume a necessidade de lei complementar, cuja edição - destinada a disciplinar determinadas matérias - somente se justifica naquelas hipóteses, estritas e excepcionais, previstas no texto da própria Constituição da República. Vê-se, portanto, que a necessidade de lei complementar, para a válida disciplinação normativa de certas matérias (como a de que ora se cuida), deriva de previsão constitucional expressa, como sucede no caso (CF, art. 146, III, 'b'), de tal maneira que se configurará situação de inconstitucionalidade formal, se - inobservada a cláusula de reserva de lei complementar - o tema a ela sujeito vier a ser tratado em sede de legislação simplesmente ordinária.

Daí a advertência, que cumpre sempre ter presente, formulada por GERALDO ATALIBA ('Interpretação no Direito Tributário', p. 131, 1975, EDUC/Saraiva):

'(...) só cabe lei complementar, quando expressamente requerida por texto constitucional explícito. O Congresso Nacional não faz lei complementar à sua vontade, ao seu talante. No sistema brasileiro, só há lei complementar exigida expressamente pelo texto constitucional.'  
(grifei)

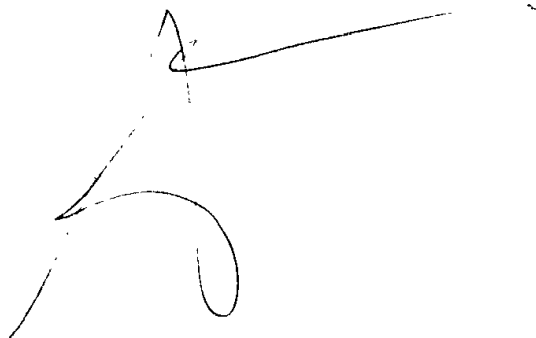
Esse entendimento, por sua vez, inteiramente aplicável ao caso, é corroborado pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal: 'Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada, a sua edição, por norma constitucional explícita.' (RTJ 176/540, Rel. Min. CELSO DE MELLO) 'Não se presume a necessidade de edição de lei complementar, pois esta é somente exigível nos casos expressamente previstos na Constituição. Doutrina. Precedentes.' (RTJ 181/73-79, Rel. Min. CELSO DE MELLO) 'É doutrina pacífica, em face do direito constitucional federal, que só se exige lei complementar para aquelas matérias para as quais a Carta Magna Federal, expressamente, exige essa espécie de lei (...).' (RTJ 113/392-401, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)"

RE 559.943 / RS

Pois bem, é pacífica a jurisprudência no sentido de que as contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm natureza tributária. Por essa razão, aplica-se a elas o disposto no art. 146, III, b, da Carta de 88, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias.

Assim, Senhor Presidente, concluo pela inconstitucionalidade formal dos dispositivos ora questionados, negando provimento aos recursos.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes. It starts with a long horizontal line on the right, curves down and left, then loops back up and right, ending with a small hook-like flourish.

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, o art. 146, III, b, da Constituição Federal é expreso em dispor que prescrição e decadência são matérias sujeitas à lei complementar de normas gerais tributárias.

Trata-se de imperativo de segurança jurídica em um sistema que outorga a todos os entes federados e aos mais de cinco mil municípios competência para instituir, fiscalizar e arrecadar tributos. A Constituição definiu que compete à União, em lei nacional, unificar o lapso de tempo que cada ente federado tem para constituir (decadência) e cobrar judicialmente o crédito tributário (prescrição).

Assumir que a União pudesse estabelecer norma geral de caráter nacional, vinculando todos os entes federados, ao mesmo tempo em que autorizada a dispor em sentido diferente, em lei ordinária, sobre tributos federais, implicaria reconhecer a própria ineficiência da norma geral e a fragilidade do pacto federativo.



RE 559.943 / RS

Por ocasião do julgamento do RE 138.284 (rel. min. Carlos Velloso, Pleno, DJ de 28.08.1992), assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

"[...] A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, 'b'). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, 'b'; art. 149)."

Em sentido semelhante, registro o seguinte trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão, por ocasião do julgamento da ADI 2.405-MC (rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 17.02.2006):

"Com efeito, a Constituição de 67 não reservou à lei complementar a enumeração dos meios de extinção e de suspensão dos créditos tributários. Por igual, a de 88, **salvo no que concerne à prescrição e a decadência tributários.**" [Grifei]

Confiram-se, ainda, os seguintes precedentes, v.g.: RE 534.856 (rel. min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ de 22.03.2007); RE 556.577 (rel. min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJ de 30.08.2007); RE 537.657 (rel. min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ de 01.08.2007).

Assim, os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 são inconstitucionais, pois não respeitam a reserva de lei

RE 559.943 / RS

complementar para dispor sobre normas gerais em matéria tributária (art. 146, III, b da Constituição Federal de 1988).

Ante o exposto, nego provimento aos recursos extraordinários.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several vertical strokes on the left and a long, sweeping horizontal stroke extending to the right.

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Senhor Presidente, não tenho voto escrito no caso, tanto que não tive a felicidade de ser citado pelo **Ministro Ricardo Lewandowski**. De modo que terei de dizer alguma coisa para justificar meu ponto de vista.

Queria fazê-lo, porque, não obstante com grande brilho o voto de Vossa Excelência e o voto da Ministra Cármen Lúcia de algum modo hajam versado o tema, tenho outro enfoque metodológico e hermenêutico, que me parece decisivo para a controvérsia.

Qualquer instituto jurídico, qualquer um, e, por conseguinte, assim a prescrição, como a decadência podem ser tratadas normativamente, isto é, por lei, ou por outra fonte normativa, de modo genérico, ou de modo específico, ou, ainda, das duas formas. Ora, se a Constituição atribui a certa lei com dada qualidade, que é a lei complementar, competência para estabelecer normas gerais sobre dois institutos, que são a prescrição e a decadência tributárias, isso significa que a mesma lei complementar pode, na sua disciplina, tratar a prescrição e a decadência de modo geral, assim como poderia fazê-lo também de modo particular ou de modo específico.



**RE 559.943 / RS**

Com o devido respeito, não concordo com o argumento de que o tema da decadência e da prescrição só possa ser regulado normativamente do ponto de vista dos prazos. Para dar um único exemplo: o Código Civil reserva, sobre os dois temas, nada menos do que vinte artigos, que os regulam de modo genérico, sem cuidar da fixação de prazo. São os artigos que vão de 189 a 204, os quais tratam da prescrição, e os artigos 207 a 208, que aludem à decadência, e isto, sem falar dos demais artigos que cuidam de prazos específicos.

Noutras palavras, há, tanto no instituto da prescrição, como no da decadência, diversos aspectos que podem ser objeto de normas de caráter geral. Ora, o que fez a lei competente para estabelecer normas de caráter geral sobre prescrição e decadência tributária? Resolveu, por todas as razões que Vossa Excelência já aventou, mas sobretudo para evitar multiplicidade conflitante de prazos diversos nas diversas modalidades de tributos, entre os entes da federação, o que provocaria grave incerteza, tratar, *de modo geral*, a questão do prazo de decadência e de prescrição.

Se essa lei, que é competente para fazê-lo, estabeleceu que o prazo é um só, então deu *caráter geral* à norma que, com cunho unitário, disciplina a questão do prazo. De modo que nenhuma lei de menor taxinomia normativa pode modificá-la. Só outra lei complementar poderá estabelecer norma que mude essa *disciplina geral* do prazo. Isto é, pode vir a ser editada lei complementar que estabeleça, por exemplo, que os prazos de prescrição e decadência poderão ser fixados, singular e diferentemente, por lei ordinária. Assim, teríamos, nessa hipótese, uma norma geral sobre decadência e




2

**RE 559.943 / RS**

prescrição que atribuiria competência ao legislador ordinário para estabelecer prazos diferenciados para cada modalidade de crédito tributário. Mas essa é mera especulação. Não existe nenhuma norma de caráter geral e complementar que o tenha feito. Logo, é absolutamente impossível que uma lei ordinária, por mais bem intencionada que seja na sua *ratio iuris*, possa modificar os prazos previstos com *caráter geral*.

São as razões breves por que acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência, até porque, se o artigo 174 do Código Tributário Nacional não servisse de *norma de caráter geral*, não serviria de norma para coisa alguma, não teria nenhuma finalidade, nenhuma aplicação, porque estaria consagrado o princípio de que cada ente federativo poderia estabelecer prazos diferenciados, com todas as intuitivas dificuldades, contradições e instabilidades a que Vossa Excelência já se referiu.

É como voto. 

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, folgo em perceber que os antigos não estão de todo excomungados.

Presto a eles uma homenagem pelo que fizeram, em termos de ofício judicante, neste Plenário.

Voltamos a discutir - daí a importância desse instituto que é a repercussão geral -, em processo subjetivo, os grandes temas, deixando, portanto, a prática estivadora do julgamento de agravinhos, do julgamento sumário.

Não trouxe voto escrito. Tenho notas e, por isso, devo concatená-lo, nesta assentada, tomando o tempo dos Colegas, muito embora, presumindo o que normalmente ocorre, tenha imaginado, de início, como costume dizer, decisão a uma só voz do Plenário, sobre o tema desses três recursos extraordinários.

Temos, na Lei nº 8.212/91, e aí há os recursos 556.664-1 e 559.882-9, ambos do Rio Grande do Sul, os dois dispositivos evocados por Vossa Excelência e também pela relatora Cármen Lúcia. Versam o direito - e reconheço sempre que o embate Estado/contribuinte é de envergadura maior e até mesmo desequilibrado - de se apurar e constituir o crédito relativo à contribuição social. E tratam da decadência, que diz respeito ao direito em si, e da prescrição ligada à ação, a propositura da ação. Os acórdãos prolatados - creio - são no sentido da

inconstitucionalidade formal. Ter-se-ia utilizado a lei ordinária, quando o correto, segundo a dicção das cortes de origem, seria a utilização da complementar.

Vem-nos, Presidente, da Constituição Federal regra linear sobre decadência e prescrição tributárias. Uma regra que não distingue, uma regra que, de forma peremptória, remete - e o faz pela importância do tema - a disciplina sobre prescrição e decadência tributárias à lei complementar.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 146.733, relator ministro Moreira Alves, o Plenário, em 29 de junho de 1992, assentou:

"Ementa: Contribuição Social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei nº 7689/88.

- Não é inconstitucional a instituição da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, cuja natureza é tributária."

Cito esta parte do precedente para tornar estreme de dúvidas a jurisprudência, enquadrando as contribuições como de natureza tributária. E prossigue o acórdão:

"As contribuições" - Vossa Excelência se referiu a este artigo - "do art. 149 da C.F., de regra, podem ser instituídas por lei ordinária. Por não serem impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, a). No mais." - e vem a parte que nos interessa - "estão sujeitas às regras das alíneas b e c do inciso III do art. 146, C.F. Assim, decidimos, por mais de uma vez, como, v.g.," - consignou Sua Excelência o Ministro Moreira Alves - "RE 138.284/CE" - relatado por Sua Excelência - "(RTJ 143/313), e RE 146.733/SP" - também relatado pelo Ministro Moreira Alves - "(RTJ 143/684)."

Ora, o Pleno tem pronunciamentos quanto à aplicabilidade, no caso, do Código Tributário Nacional, e Vossa Excelência apontou que o diploma surgiu sob a égide da Constituição mais democrática, não há a menor dúvida, que este País já teve, a Constituição do ano em que nasci - 1946. E, ante o princípio da recepção, esse Código Tributário Nacional foi tomado como lei complementar, da mesma forma como ocorreu quanto ao Código Eleitoral.

No Livro II do Código Tributário Nacional, constata-se título a revelar que os artigos 96 a 208 - não estou aqui a cogitar das disposições finais e transitórias - tratam de normas gerais de Direito Tributário. Vemos que há regramento a versar sobre tributo, gênero, e, também, quanto à constituição do crédito tributário (artigo 173) e a prescrição para exigir-se a satisfação do crédito tributário.

No Recurso Extraordinário nº 407.190, este Plenário, em 27 de outubro de 2004, indicou que, no caso, há relativamente à multa, à prescrição, disciplina necessária mediante lei complementar.

Atuei como relator e a ementa ficou com a seguinte redação:

"TRIBUTO - REGÊNCIA - ARTIGO 146, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NATUREZA. O princípio revelado no inciso III do artigo 146 da Constituição Federal há de ser considerado



em face da natureza exemplificativa" - sequer é um artigo fechado - "do texto, na referência a certas matérias."

MULTA" - porque não há alusão em si à multa, muito embora se constate alusão a algo que é gênero, ou obrigação - "TRIBUTO - DISCIPLINA. Cumpre à legislação complementar dispor sobre os parâmetros da aplicação da multa, tal como ocorre no artigo 106 do Código Tributário Nacional." - Repito, recebido como lei complementar.

"MULTA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - RESTRIÇÃO TEMPORAL - ARTIGO 35 DA LEI Nº 8.212/91. Conflita com a Carta da República - artigo 146, inciso III - a expressão "para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1977", constante do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação decorrente da Lei nº 9.528/97, ante o envolvimento de matéria" - estou sublinhando as palavras, por osmose, e pegando um costume do Ministro Celso de Mello; o bom exemplo deve ser seguido -, "cuja disciplina é reservada à lei complementar."

Voltamos a enfrentar a matéria - e creio que a ministra Cármen Lúcia mencionou esse dado -, ao apreciar o pedido de concessão de medida acauteladora na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.917-5, do Distrito Federal, por mim relatada, com a seguinte ementa:

"CRÉDITO TRIBUTÁRIO - EXTINÇÃO. As formas de extinção do crédito tributário estão previstas no Código Tributário Nacional," - aqui nós tínhamos o envolvimento do instituto da dação em pagamento - "repcionado pela Carta de 1988 como lei complementar" - como fora antes pela de 67 - "Surge a relevância de pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade considerada lei local prevendo nova forma de extinção do crédito tributário na modalidade civilista da dação em pagamento. Suspensão de eficácia da Lei Ordinária do Distrito Federal de nº 1.624/97."

De minha parte, Presidente, estou convencido de que o artigo 146 da Constituição Federal, quando remete à lei complementar a disciplina da decadência e da prescrição, o faz em relação a todos os elementos dos dois institutos. E sabemos que o prazo, o termo

inicial do prazo, e o período a ser observado configuram substância dos institutos decadência e prescrição. Não podemos cogitar de decadência ou prescrição se não houver balizamento temporal.

No Recurso Extraordinário nº 560.626, adentramos um campo perigosíssimo de acolhimento e, mediante projeção no tempo, da imprescritibilidade, como ressaltou Vossa Excelência no voto, do crédito tributário. Por meio de decreto-lei, houve a inserção na ordem jurídica de preceito que veio simplesmente suspender a prescrição dos créditos referidos no artigo 5º.

O voto de Vossa Excelência é no sentido da inconstitucionalidade desse dispositivo, que - repito - veio a suspender, de forma extravagante, o lapso prescricional, podendo inclusive gerar a imprescritibilidade do crédito tributário.

Digo, mais uma vez, que o Código Tributário Nacional foi editado em 1966, sob a égide da Constituição de 1946, e que, mediante o artigo 18, § 1º, da Constituição de 1967, passou-se a ter a regência das normas gerais do Direito Tributário por diploma de hierarquia maior que é a lei complementar.

No Recurso Extraordinário nº 106.217-7, a Primeira Turma, em caso sob a relatoria do ministro Octavio Gallotti, a quem rendo também minhas homenagens, assentou que a única interpretação possível quanto ao artigo 40 da Lei nº 6.830/80 - e aqui se tem a recusa da suspensão da prescrição por tempo indefinido - é a de

tornar o preceito compatível com a norma da lei complementar, ou seja, do artigo 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Sua Excelência referiu-se ao que contido no artigo 5º, inciso XV, alínea "h", da Carta de 1946. Citou o saudoso mestre Aliomar Baleeiro, em "Direito Tributário Brasileiro", e concluiu pela impossibilidade de vir uma lei ordinária a revogar - e vou adiantar um pouco o convencimento sobre certo tema - lei complementar, quer abranja - esta última - matéria que deva necessariamente ser tratada mediante lei complementar, portanto, tema submetido, sob o ângulo material à lei complementar, quer tema que poderia ser tratado por lei ordinária, mas não o foi, o foi por lei complementar, como à semelhança ocorreu em 1988, em que se chegou a transportar, por exemplo, para a Carta preceito da Consolidação das Leis do Trabalho sobre prescrição trabalhista.

Presidente, não imagino uma lei complementar ou uma lei ordinária derrogando a Constituição Federal a pretexto de nesta ter-se matéria própria à lei em sentido formal e material.

Acompanho Vossa Excelência e, também, a ministra Cármen Lúcia nos votos proferidos - e vejam que nem sempre divirjo, nem sempre fico isolado no Plenário - e concluo pela inconstitucionalidade dos preceitos envolvidos na espécie, ressaltando, mais uma vez, o contentamento intelectual por vir o Supremo novamente a julgar grandes temas de interesse nacional.

É como voto.

11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

À revisão de aparte do Senhor Ministro Menezes  
Direito.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A controvérsia constitucional **suscitada** na presente causa **consiste** em saber **se** os prazos de decadência **e** de prescrição **concernentes** às contribuições previdenciárias **devem**, ou não, ser veiculados **em sede** de lei complementar, **ou**, então, **se** é possível defini-los **mediante** simples lei ordinária.

O Tribunal ora recorrido, **por entender** que as contribuições previdenciárias **qualificam-se** como espécies tributárias, **proclamou a inconstitucionalidade** dos arts. 45 (decadência) **e** 46 (prescrição), **ambos** da Lei nº 8.212/91, **que estabeleceram** o prazo comum de 10 (dez) anos **tanto** para a constituição **quanto** para a cobrança do crédito **pertinente** à seguridade social.



RE 559.943 / RS

As normas legais em questão possuem o seguinte conteúdo normativo:

"Art. 45. O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos **extingue-se** após 10 (dez) anos contados (...).

.....  
Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, **constituídos** na forma do artigo anterior, **prescreve** em 10 (dez) anos." (grifei)

Tenho para mim que se revela incensurável o acórdão ora recorrido, eis que a natureza eminentemente tributária das contribuições de seguridade social - tal como esta Suprema Corte tem reconhecido (RTJ 143/313-314, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RTJ 156/666-667, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RTJ 181/73-79, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - **impõe** que as normas referentes à decadência e à prescrição **submetam-se** ao domínio normativo da lei complementar, **considerado o que dispõe**, a esse respeito, o art. 146, III, "b", da Constituição da República.

Essa orientação jurisprudencial, que confere qualificação tributária a essa modalidade de contribuição social, tem suporte em autorizado magistério doutrinário (ROQUE ANTONIO CARRAZZA, "Curso de Direito Constitucional Tributário", p. 360, 11ª ed., 1998, Malheiros; HUGO DE BRITO MACHADO, "Curso de Direito



RE 559.943 / RS

**Tributário**", p. 315, 14ª ed., 1998, Malheiros; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, "**Curso de Direito Tributário Brasileiro**", p. 404/405, item n. 3.5, 1999, Forense; LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 314, item n. 5, 1998, Saraiva; RICARDO LOBO TORRES, "**Curso de Direito Financeiro e Tributário**", p. 338, 1995, Renovar, v.g.).

**Impõe-se reconhecer**, desse modo, **que se registra**, na matéria ora em exame, **uma clara hipótese** de reserva constitucional de lei complementar, **a impedir**, portanto, que o Estado utilize diploma legislativo de caráter **meramente** ordinário como instrumento de veiculação formal das normas **definidoras** dos prazos decadencial e prescricional **referentes** aos créditos da Seguridade Social.

**Cabe rememorar**, neste ponto, por oportuno, **considerada** a natureza do presente litígio, **que a jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal, **ao versar** o tema **pertinente** à tipicidade das leis, **tem sempre** acentuado, a esse propósito, **que não se presume** a necessidade de lei complementar, **cuja edição** - destinada a disciplinar **determinadas** matérias - **somente se justifica** naquelas hipóteses, **estritas e excepcionais**, previstas no texto **da própria** Constituição da República, **como sucede**, precisamente, no caso ora em julgamento.

RE 559.943 / RS

Vê-se, portanto, que a **necessidade** de lei complementar, para a **válida** disciplinação normativa **de certas** matérias (como a de que ora se cuida), **deriva de previsão constitucional** expressa, como sucede no caso (CF, art. 146, III, "b"), **de tal maneira que se configurará** situação de inconstitucionalidade formal, **se - inobservada** a cláusula de reserva de lei complementar - o tema a ela sujeito vier a ser tratado em sede de legislação **simplesmente ordinária**.

Daí a advertência, que cumpre **sempre** ter presente, formulada por GERALDO ATALIBA ("**Interpretação no Direito Tributário**", p. 131, 1975, EDUC/Saraiva):

"(...) **só cabe lei complementar, quando expressamente requerida por texto constitucional explícito.** O Congresso Nacional não faz lei complementar à sua vontade, ao seu talento. No sistema brasileiro, **só há lei complementar exigida expressamente pelo texto constitucional.**" (grifei)

Esse entendimento, por sua vez, **inteiramente** aplicável ao caso, **é corroborado** pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal:

"**Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada, a sua edição, por norma constitucional explícita.**"  
(**RTJ 176/540**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)



RE 559.943 / RS

**"Não se presume a necessidade de edição de lei complementar, pois esta é somente exigível nos casos expressamente previstos na Constituição. Doutrina. Precedentes."**

(RTJ 181/73-79, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**"É doutrina pacífica, em face do direito constitucional federal, que só se exige lei complementar para aquelas matérias para as quais a Carta Magna Federal, expressamente, exige essa espécie de lei (...)."**

(RTJ 113/392-401, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

Devo observar que o E. Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua colenda Corte Especial, ao declarar, "incidenter tantum", a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91 (com fundamentos que também se aplicam, por idênticas razões, ao art. 46 desse mesmo diploma legislativo), proferiu corretíssimo julgamento (AI no REsp 616.348/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI), no qual o eminente Ministro TEORI ZAVASCKI, em substancioso voto, assinalou a própria razão de ser da norma inscrita no art. 146, III, "b", da Constituição da República:

**"Não há dúvida, portanto, que a matéria disciplinada no artigo 45 da Lei 8.212/91 (bem como no seu artigo 46, que aqui não está em causa) somente poderia ser tratada por lei complementar, e não por lei ordinária, como o foi. Poder-se-ia argumentar que o dispositivo não tratou de 'normas gerais' sobre decadência, já que simplesmente estabeleceu um prazo (...).**


**Acolher esse argumento, todavia, importa, na prática, retirar a própria substância do preceito constitucional. É que estabelecer 'normas gerais (...)**



RE 559.943 / RS

sobre (...) prescrição e decadência' significa, necessariamente, **dispor sobre prazos, nada mais. Se, conforme se reconhece, a abolição desses institutos não é viável nem mesmo por lei complementar, outra matéria** não poderia estar contida nessa cláusula constitucional **que não a relativa a prazos** (seu período e suas causas suspensivas e interruptivas).

**Tem-se presente, portanto, no artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 146, III, 'b', da Carta Magna. Sendo inconstitucional, o dispositivo não operou a revogação da legislação anterior, nomeadamente os artigos 150, § 4º e 173 do Código Tributário Nacional, que fixam em cinco anos o prazo de decadência para o lançamento de tributos.**" (grifei)



**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Ministro Celso, a ementa dessa argüição de inconstitucionalidade no STJ é bem clara e é exatamente o que estamos decidindo aqui.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** É verdade, Senhor Ministro MENEZES DIREITO. A leitura da ementa consubstanciadora desse importante julgamento **proferido** pelo E. Superior Tribunal de Justiça **confirma**, integralmente, **as razões** que venho de expor.

**Também desejo ressaltar, Senhor Presidente, que o reconhecimento da inconstitucionalidade formal dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, por desrespeito** à reserva constitucional de lei complementar (**CF**, art. 146, III, "**b**"), **tem sido proclamado**, por Juízes **desta** Suprema Corte, em **sucessivas** decisões **proferidas** na




RE 559.943 / RS

resolução de controvérsia idêntica à suscitada nesta sede recursal (RE 456.750/SC, Rel. Min. EROS GRAU - RE 534.856/PR, Rel. Min. EROS GRAU - RE 540.704/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 548.785/RS, Rel. Min. EROS GRAU - RE 552.710/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 552.757/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO - RE 552.824/PR, Rel. Min. EROS GRAU - RE 559.991/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**As razões** ora expostas **também** se aplicam, **por identidade** de fundamento, **ao parágrafo único** do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77 (*"prescrição dos créditos"* da Fazenda Nacional), **este**, por ofensa ao art. 18, § 1º, da Carta Federal de 1969, **que igualmente estabeleceu**, à semelhança **do que dispõe** o art. 146, III, "b", da Constituição de 1988, **e para efeito** de sua regulação normativa, domínio **reservado** à lei complementar.

**Sendo assim**, em face das razões expostas **e acolhendo** o substancioso voto proferido pelo eminente Relator, **conheço** do presente recurso extraordinário, **para negar-lhe** provimento.

**É o meu voto.**



11/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, como viram foi suscitado da tribuna questão relativa à modulação de efeitos, mas nós não temos sequer **quorum** para deliberação sobre a matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, há precedente do Tribunal no sentido de concluir-se que, nesses casos, não ocorre simplesmente a votação, porque se verificou *quorum* para enfrentar a questão de fundo, considerados os colegas que votaram e já deixaram o recinto.

Agora, num passo subsequente, vemos que não há o *quorum*, e, na lei, exigem-se oito votos - dois terços - para a modulação. Então, não temos campo propício sequer para examiná-la.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu mesmo não me pronunciei sobre isso porque entendo ser um modelo bifásico. Primeiro, nos pronunciamos sobre a questão constitucional e, em seguida, sobre essa questão, só que agora não temos sequer **quorum** para deliberar sobre este tema, uma vez que muitos Ministros já se manifestaram e, em seguida, saíram. Portanto, eu proporia ao

**RE 559.943 / RS**

Tribunal que nós deixássemos em suspenso para amanhã eventualmente prosseguirmos no julgamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Registro, Presidente - e vejo que minha sina é realmente divergir -, que simplesmente, ante o quadro, ante a composição do Plenário, no encerramento da votação, não cabe acionar a modulação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu ouço os colegas sobre o assunto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, como o julgamento é por degraus apreciada a primeira questão, entendo que o Tribunal pode suspender o julgamento, nós continuaremos amanhã, até porque há uma terceira questão a qual proporei amanhã, trata-se do problema da súmula vinculante sobre a matéria.

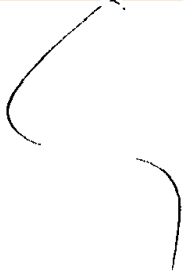
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Na verdade, o objeto de julgamento da Corte será outro diverso; nós já declaramos a inconstitucionalidade desses preceitos. Agora, caberá, tendo em vista expressa provocação feita por uma das partes...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

RE 559.943 / RS

Proclamar o resultado quanto à declaração de inconstitucionalidade e aguardar para as duas questões subseqüentes.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)** - Eu gostaria só de lembrar, a propósito, na linha do que acaba de falar o Ministro Celso de Mello, que no caso da progressão de regime, por exemplo, nós tivemos um resultado extremamente apertado quanto ao mérito, seis a cinco. E, depois, tivemos um julgamento unânime quanto à modulação de efeitos. Só para que se perceba claramente que há, aqui, um modelo bifásico bastante evidente, bastante claro.



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4**

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S) : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECDO.(A/S) : ABDALLA HUSEIN HUMAD ME

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, conheceu do recurso extraordinário e a ele negou provimento, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Em seguida, o Tribunal adiou a deliberação quanto aos efeitos da modulação, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pela recorrente o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Britto e Eros Grau e, na modulação, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 11.06.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

p/Luiz Tomimatsu  
Secretário

12/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

À revisão de apertes dos Srs. Ministros Cezar Peluso e Menezes  
Direito.

## V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -  
Ministros, nas questões que julgávamos ontem a propósito da  
prescrição em matéria da contribuição à seguridade social havia o  
pedido quanto à modulação de efeitos.

Ficamos de nos pronunciar na sessão de hoje sobre este  
tema. Há um pedido do advogado, no caso da ação do Recurso  
Extraordinário 556.664, NOVOQUIM INDÚSTRIA QUÍMICAS LTDA, quanto ao  
eventual pronunciamento, sustentação oral, concernente a este tema.

Entendo que não é necessário, porque, quando se coloca  
a questão constitucional, já está implícita essa possibilidade.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Só que já devia ter sido  
objeto de sustentação oral oportuna.



RE 559.943 / RS

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Um dos advogados, ontem, fez referência ao pedido de modulação expressamente; se o outro advogado não quis fazer...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O**  
**recorrente, inclusive, fez expressa menção.**

De modo que vou encaminhar, então, o meu pronunciamento nesse sentido; e, depois, ouço também a Ministra Cármen Lúcia.

Diante da repercussão que o assunto envolve, eu fiz outras considerações, mas vou poupar o Tribunal dessas considerações sobre o assunto.

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a **repercussão e a insegurança jurídica** que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

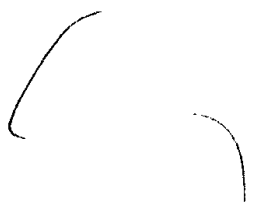
Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.



**RE 559.943 / RS**

Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, porém, com a modulação dos efeitos **ex nunc** apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.



12/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, quanto ao RE 559.943, que é da minha relatoria, acolho com os mesmos efeitos, portanto, relativos apenas para aquilo que já foi recolhido.

Confirmo o meu voto. *cl*

\*\*\*

12/06/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4 RIO GRANDE DO SUL

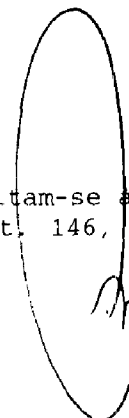
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, o Colegiado conhece meu ponto de vista sobre o instituto da modulação, especialmente em processos subjetivos.

Entendo que não cabe uma mitigação do ato judicial em termos de guarda da Constituição a ponto de se afastar do próprio sistema procedimentos por ele contemplados.

A matéria versada não é nova e o primeiro pronunciamento do Tribunal quanto à necessidade de lei complementar - recorde que a Lei nº 8.212/91 é de 24 de julho de 1991 - ocorreu em 1992. Este Plenário - já estava inclusive compondo-o -, sem voto discrepante, assentou, na dicção do relator, ministro Carlos Velloso, a indispensável observância do instrumento - lei complementar - para alcançar-se a disciplina da prescrição e da decadência. Assim, repito - e aqui não se pode cogitar de surpresa para quem quer que seja, muito menos para o Estado -, decidiu o Pleno no Recurso Extraordinário nº 138.284-8, em 1º de julho de 1992.

Consignou o ministro Carlos Velloso:

"Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao C.T.N. (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149)."



RE 559.943 / RS

E fez ver Sua Excelência que a instituição, em si, da contribuição não exige a lei complementar. Mas, no tocante ao que se quer na Constituição como disciplina linear - e, se não tivesse sido a decisão do Plenário no sentido do tratamento igualitário, ficaria a imaginar 27 assembleias deliberando sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, a prescrição e a decadência, 5.554 câmaras de vereadores o fazendo quanto ao Imposto sobre Serviços, o que haveria em termos de guerra fiscal -, assentou o Tribunal - nesse julgamento, expressamente, em 1992, daí não se poder cogitar de insegurança jurídica - que a questão da prescrição e da decadência já estava pacificada àquela época, em 1992. E diria: tornou-se pacificada tão logo veio à balha a Emenda Constitucional nº 1/69, no que remeteu a lei complementar normas gerais sobre tributos. É que tais institutos - a prescrição e a decadência - são próprios ao conceito de normas gerais.

Posteriormente, o Plenário, também relator o ministro Carlos Velloso, tributarista emérito, constitucionalista, julgando o Recurso Extraordinário nº 396.266-3-SC, fez ver que se teria como necessária a disciplina das matérias aludidas mediante lei complementar.

Ante esses precedentes, passamos nós outros a decidir monocraticamente, negando seguimento a recursos voltados a infirmar pronunciamentos de Regionais Federais no sentido da necessidade da

**RE 559.943 / RS**

lei complementar. Eu próprio assim assentei, como também, os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Eros Grau.

Indago: podemos cogitar de contexto a autorizar a modulação? A meu ver, não. E decidimos, há pouco - só que aqui os ventos beneficiam o Estado e no caso a que me refiro, o pleito se mostrou dos contribuintes -, em situação mais favorável à modulação, e ela foi rechaçada, quando examinamos a questão da alíquota zero e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O Tribunal, nessa oportunidade - e buscavam os contribuintes a modulação -, apontou que não haveria como se cogitar de insegurança jurídica porque os pronunciamentos anteriores, estes sim a favor dos contribuintes, dos beneficiários do pleito de modulação, não teriam transitado em julgado.

Ora, Presidente, neste caso concreto, em que a jurisprudência do Supremo, desde 1969, sempre foi no sentido de se ter como indispensável o trato da matéria mediante lei complementar - e a Lei nº 8.212, repito, é de 1991 -, não há premissa que leve o Tribunal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais porque, posteriormente, ante a morosidade da Justiça, se acaba chegando a um meio termo que, em última análise - em vez de homenagear a Constituição, de torná-la realmente observada por todos, amada por todos -, passa a mitigá-la, solapá-la, **feri-la praticamente de morte.**

RE 559.943 / RS

De mais a mais, os contribuintes que recolheram indevidamente o tributo não terão o prazo de dez anos para a ação de repetição de indébito! Disporão de cinco anos, o que já afasta gama enorme de contribuintes que teriam direito à devolução do que satisfeito à margem da ordem jurídica, considerada toda sorte de medidas coercitivas do próprio Estado.

Não vejo com bons olhos, Presidente, a modulação em caso que acaba por diminuir a eficácia da Constituição Federal. A modulação quando, em última análise, há o prejuízo para os contribuintes, já exasperados com a carga tributária e, também, o locupletamento do Estado.

Por isso, peço vênias para, na espécie, votar contra a modulação, com a devida vênias, repito, dos colegas que entendem de forma diversa.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a vertical line extending downwards with a small hook at the bottom.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943-4**

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S) : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECDO.(A/S) : ABDALLA HUSEIN HUMAD ME

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, conheceu do recurso extraordinário e a ele negou provimento, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Em seguida, o Tribunal adiou a deliberação quanto aos efeitos da modulação, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pela recorrente o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Britto e Eros Grau e, na modulação, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 11.06.2008.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, deliberou aplicar efeitos *ex nunc* à decisão, esclarecendo que a modulação aplica-se tão-somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso, nos termos do voto da relatora. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 12.06.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/Luiz Tomimatsu  
Secretário

17/09/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 680.089 SERGIPE**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**RECTE.(S)** : ESTADO DE SERGIPE  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE  
**RECDO.(A/S)** : B2W - COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO  
**ADV.(A/S)** : SERGIO BERMUNDES  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Recurso extraordinário. 2. Constitucional e Tributário. 3. Interpretação do art. 155, § 2º, VII, “a” e “b”, VIII, da Constituição Federal. Vendas realizadas de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto. Aplicação da alíquota interna no estado de origem. 4. Protocolo CONFAZ nº 21/2011. Inconstitucionalidade. 5. Modulação dos efeitos. 6. Repercussão geral. 7. Recurso extraordinário não provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso; por maioria, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da liminar na ADI 4.628, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de setembro de 2014.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator



**RE 680089 / SE**

*Documento assinado digitalmente*

17/09/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 680.089 SERGIPE

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES  
RECTE.(S) : ESTADO DE SERGIPE  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE  
RECDO.(A/S) : B2W - COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO  
ADV.(A/S) : SERGIO BERMUNDES  
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de Sergipe contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado assim ementado:

“Constitucional e Tributário Mandado de Segurança Preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir Rejeitada Ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda Não acolhida Ilegitimidade passiva do Gerente da Receita Reconhecimento de ofício Impetração de writ contra lei em tese Não verificada ICMS Protocolo CONFAZ nº 21/2011 Vendas realizadas de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto Art. 155, § 2º, VII, b da CF Segurança concedida.

I Versando a hipótese dos autos sobre *mandamus* preventivo, em que resta suficientemente constatada a demonstração do justo receio de lesão ao direito invocado, consubstanciado pela aquiescência do Estado de Sergipe ao Protocolo CONFAZ 21/2011, não há que se falar em carência de ação, sendo manifesto na hipótese vertente o interesse de agir da impetrante na utilização desta via mandamental, que se revela necessário e adequado à proteção da tutela almejada em juízo, sobretudo por se tratar de questão de direito que prescinde da produção de outras provas, além daquelas já

**RE 680089 / SE**

constantes dos autos, impondo-se, assim, a rejeição da aludida preliminar;

II Considerando que a autoridade superior responsável pela atuação do fisco sergipano para a cobrança tributária é o Secretário Estadual da Fazenda, que inclusive foi o representante estadual na assinatura do Protocolo CONFAZ 21/2011, revela-se patente a legitimidade deste em figurar no pólo passivo do presente *mandamus*, não devendo ser acolhida a referida preliminar;

III Afigurando-se o gerente como agente hierarquicamente subordinado ao Secretário da Fazenda, atuando como mero executor, que faz cumprir as ordens emanadas da autoridade fazendária superior, não pode se responsabilizar por eventuais atos a serem praticados, com fulcro no Protocolo CONFAZ 21/2011, sob o comando do aludido Secretário, razão pela qual deve ser reconhecida de ofício a sua ilegitimidade para responder a presente ação mandamental;

IV Considerando que a pretensão da impetrante não é a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma ou mesmo a concessão de medida com efeito indeterminado, não há que se falar em impetração contra lei em tese, porquanto o que almeja o suplicante é simplesmente obstar a cobrança do ICMS, pelo Estado de Sergipe, com base no Protocolo CONFAZ nº 21/2011, sob as suas mercadorias adquiridas de forma virtual, quando da entrada destas nesta unidade federada para a entrega ao consumidor final, estando, por bem delineado o ato que se impugna;

V De acordo com o Protocolo CONFAZ nº 21/2011, em operações interestaduais de venda realizadas de forma não presencial que destinam mercadorias a consumidor final não contribuinte do imposto os Estados subscritores deverão exigir, em favor da unidade federada de destino da mercadoria, o recolhimento de parcela do ICMS no momento do ingresso do bem no território do destinatário e inclusive quando a operação for precedente de ente não signatário do mencionado pacto;

VI Todavia, o texto constitucional é bastante elucidativo ao

**RE 680089 / SE**

preconizar que, uma vez ocorrida uma operação interestadual de venda direta de mercadoria a consumidor final do ICMS, que não seja contribuinte do tributo, aplicar-se-á, tão somente, a alíquota interna com o recolhimento do imposto ao ente federado do remetente da mercadoria, restando patente que o protocolo em apreço prevê a realização de repartição tributária do ICMS em manifesta contrariedade ao regramento previsto no art. 155, § 2º, VII, b da CF, o que revela o direito líquido e certo da impetrante à concessão da segurança vindicada; VII Segurança concedida.”(eDOC 3, p. 3-5)

No recurso, interposto com fundamento no artigo 102, III, *a*, da Constituição Federal, defende-se a constitucionalidade das regras estabelecidas no Protocolo CONFAZ nº 21/2011 e, por conseguinte, a validade da cobrança do imposto (ICMS) pelo Estado destinatário da mercadoria.

Argumenta-se que o fato gerador do ICMS, nas operações em questão, na verdade, ocorre dentro do território do Estado de Sergipe, embora se enquadrar no conceito de venda não presencial, levada a cabo por meio de internet, *telemarketing* ou *showroom*.

Afirma-se também que, de fato, o que se verifica é a “*a montagem de estabelecimentos comerciais, sob o disfarce de estandes, nos quais se viabiliza a venda para consumidor final, a fim de evitar a tributação da verdadeira operação, ou seja, a operação de venda dentro do território-sede do consumidor adquirente*” (eDOC 5, p. 6).

Postula-se, assim, uma nova interpretação para o conceito de “estabelecimento”, para fins tributários, e das normas constitucionais de partilha de ICMS.

Não foram apresentadas contrarrazões. (eDOC 7)

O recurso extraordinário foi admitido na origem, nos seguintes termos:

“Mandado de Segurança – Constitucional e Tributário – Protocolo CONFAZ nº 21/2011- Venda realizada de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto – Recolhimento do ICMS em favor do Estado de destino da

**RE 680089 / SE**

mercadoria – Declaração incidental de inconstitucionalidade –  
Matéria de Direito – Recurso Extraordinário Admitido.”  
(eDOC 8)

O tema (tema 615) teve repercussão geral reconhecida por esta Corte,  
nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E  
TRIBUTÁRIO. PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011. VENDA  
REALIZADA DE FORMA NÃO PRESENCIAL A  
CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO.  
RECOLHIMENTO DO ICMS EM FAVOR DO ESTADO DE  
DESTINO DA MERCADORIA. REPERCUSSÃO GERAL.  
ARTIGO 155, § 2º, VII, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.  
QUESTÃO DE FUNDO SIMILAR À TRATADA NA ADI 4628.  
RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE  
INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE  
REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL.”  
( Dje 10.12.2012)

O Ministério Público opina pelo não provimento do recurso  
extraordinário. Aduz que “o Protocolo CONFAZ n.º 21/2011, ao autorizar  
que os Estados e o Distrito Federal exijam o recolhimento de parte do ICMS ao  
Estado destinatário da mercadoria, alterou o sujeito ativo e o critério quantitativo  
do imposto já estabelecidos constitucionalmente”.

Sendo assim, nem mesmo a lei complementar poderia dispor de  
forma diversa sobre tal matéria, já que o art. 155, § 2º, VII, b, da CF  
definiu, expressamente, a incidência da alíquota interna do ICMS nas  
operações interestaduais de venda de mercadoria a consumidor final não  
contribuinte do imposto. ( eDOC 15)

É o relatório.

17/09/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 680.089 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): A controvérsia dos autos diz respeito à possibilidade de o Estado de destino efetuar a cobrança de ICMS, nos casos em que a mercadoria é adquirida de forma não presencial em outra unidade federativa por consumidor final não contribuinte do imposto.

Está em questão a constitucionalidade do Protocolo ICMS n. 21, de 1º de abril de 2011, firmado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), para disciplinar a “*exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente*”.

A mesma questão é discutida nas ADIs 4628 e 4713, ambas de relatoria do Ministro Fux, e neste recurso extraordinário, de minha relatoria.

O cerne e escopo do Protocolo ICMS n. 21/2011 é, em síntese, instituir fórmula de partilha – entre o Estado de origem e o de destino – das receitas do ICMS incidente nas aquisições não presenciais realizadas por consumidor final não contribuinte do imposto, celebradas por internet, *telemarketing* ou em *showroom*.

Em outras palavras, trata-se de impedir que apenas os Estados de origem, normalmente situados no Sul e no Sudeste do país, regiões que agregam a maior parte dos centros de produção e distribuição de produtos industrializados, fiquem com a totalidade do imposto devido nessa operação.

Destaco as cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo ICMS n. 21/2011, que dispõem:

“Cláusula primeira. Acordam as unidades federadas signatárias deste protocolo a exigir, nos termos nele previstos, a favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, a

RE 680089 / SE

parcela do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom.

Parágrafo único. A exigência do imposto pela unidade federada destinatária da mercadoria ou bem, aplica-se, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias deste protocolo.

**Cláusula segunda.** Nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias deste protocolo o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata a cláusula primeira.

**Cláusula terceira.** A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem:

I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual.”

É fundamental entender o enunciado prescritivo em seu contexto

**RE 680089 / SE**

econômico e jurídico.

O sistema constitucional em vigor, no art. 155, §2º, VII, “b”, determina que as vendas interestaduais destinadas a consumidor final **não** contribuinte sujeitam-se ao recolhimento do ICMS apenas no Estado de **origem**, mediante aplicação de **alíquota interna**.

Assim, se, por exemplo, um consumidor residente em Alagoas adquire um eletrodoméstico, por meio da internet, de empresa situada em São Paulo, apenas este Estado – e não aquele – faz jus à cobrança do imposto, mediante aplicação da alíquota interna. Ou seja, São Paulo aplicará a alíquota interna à operação, enquanto Alagoas não poderá efetuar qualquer cobrança.

Já quando se trata de operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final **contribuinte do imposto**, o art. 155, §2º, VII, “a”, determina que se aplique a alíquota **interestadual**, em lugar da alíquota interna, assegurando-se ao Estado da localização do destinatário o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Partilha-se, portanto, a arrecadação do imposto entre origem e destino.

Por exemplo: em se tratando de venda interestadual destinada ao consumidor final contribuinte de ICMS, tendo como Estado de origem São Paulo e o de destino Alagoas, o primeiro aplicará a alíquota interestadual (7%) e o segundo ficará com a diferença entre a alíquota interna (digamos: 18%) e a interestadual (7%), que, no exemplo, resultaria em 11%. É o que determina o art. 155, §2º, VII, “a”, e VIII, da Constituição Federal.

É este o teor da norma constitucional mencionada:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:



RE 680089 / SE

[...]

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a **consumidor final localizado em outro Estado**, adotar-se-á:

a) a **alíquota interestadual**, quando o destinatário for **contribuinte** do imposto;

b) a **alíquota interna**, quando o destinatário **não for contribuinte** dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à **diferença entre a alíquota interna e a interestadual;**".

A prescrição constitucional tem, claramente, o objetivo de promover a divisão da arrecadação do imposto previsto no art. 155, II, – o ICMS –, de sorte que as receitas tributárias não fiquem concentradas apenas nos Estados de origem, onde se localizam os estabelecimentos produtores ou distribuidores, mas sejam repartidas também com os Estados consumidores, ou melhor, os Estados em que se situem os consumidores finais.

Ocorre que, nos últimos anos, o expressivo crescimento das vendas por meio do comércio eletrônico modificou consideravelmente o perfil das transações tributadas, com repercussões importantes no quadro de partilha de receitas. Tornaram-se cada vez mais frequentes as transações celebradas de forma não presencial, por meio de internet, *telemarketing* ou em *showroom*, entre empresas situadas em um Estado (de origem) e consumidores finais não contribuintes de ICMS residentes em outros Estados (de destino).

E, segundo a regra do art. 155, §2º, VII, "b", nessas situações, a venda faz-se diretamente ao consumidor situado em outro Estado, cabendo a cobrança do tributo exclusivamente à unidade federativa de origem, ou seja, aquela em que está situado o estabelecimento comercial responsável pelo envio da mercadoria, e nada é devido ao Estado de destino, que não faz jus a qualquer sorte de partilha da arrecadação nessa

**RE 680089 / SE**

situação.

Essa mudança de contexto, imprevisível ao tempo da edição da Constituição Federal de 1988, repercute hoje negativamente na arrecadação dos Estados – especialmente os localizados nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste –, que se viram completamente alijados da possibilidade de tributação dessas operações.

Daí a edição da norma cuja constitucionalidade ora se debate. De fato, com algum esforço de simplificação, pode-se afirmar que o Protocolo ICMS n. 21/2011 foi celebrado com o propósito de alterar esse quadro. Pretendeu-se, por meio das regras nele previstas, conferir às aquisições de mercadorias de forma não presencial destinadas a consumidores finais não contribuintes tratamento semelhante ao previsto na alínea “a” do art. 155, § 2º, VII, em vez do tratamento previsto na alínea “b”, que é menos favorável aos Estados-membros destinatários, que nada recebem nessa operação.

Em outras palavras, trata-se de assegurar também aos Estados de destino parcela da arrecadação tributária incidente nessa operação.

Pois bem. A questão está em saber se tal disciplina, veiculada por meio desse veículo introdutor – um Protocolo firmado no âmbito do CONFAZ – desrespeita o regime constitucional do ICMS ou se pode, sim, ser validamente aplicada. Seria este Protocolo inconstitucional?

Como é cediço, não é esta exatamente a primeira vez em que o STF enfrenta o tema. A controvérsia em deslinde já foi, ao menos em parte, examinada por este Tribunal na apreciação das medidas cautelares concedidas nas ADIs 4565 e 4705, em que se discutia a validade de legislação tributária estadual atinente à cobrança de ICMS, no destino, sobre operações interestaduais celebradas de forma não presencial, à semelhança do que dispõe o Protocolo ICMS n. 21/2011.

Transcrevo a ementa da ADI 4.705, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, DJe 19.6.2012:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE

RE 680089 / SE

INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO. EXTENSÃO ÀS REMESSAS PARA CONSUMIDORES FINAIS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. “GUERRA FISCAL”. DENSA PROBABILIDADE DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL. LEI 9.582/2011 DO ESTADO DA PARAÍBA. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. 1. A Constituição define que o estado de origem será o sujeito ativo do ICMS nas operações interestaduais aos consumidores finais que não forem contribuintes desse imposto, mas a legislação atacada subverte essa ordem (art. 155, § 2º, II, b da Constituição). 2. Os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa privativa ou concorrente para retaliar outros entes federados, sob o pretexto de corrigir desequilíbrio econômico, pois tais tensões devem ser resolvidas no foro legítimo, que é o Congresso Nacional (arts. 150, V e 152 da Constituição). 3. Compete ao Senado definir as alíquotas do tributo incidente sobre as operações interestaduais. 4. A tolerância à guerra fiscal tende a consolidar quadros de difícil reversão.”

No caso, tratava-se de lei do Estado da Paraíba que permitia a cobrança de ICMS nas operações interestaduais que destinassem mercadorias a consumidor final localizado em seu território, nos casos em que a compra fosse realizada de forma não presencial – por meio de internet, *telemarketing* ou *showroom* – à maneira do que estabelece o Protocolo ICMS n. 21/2011.

Aduziu o relator, Ministro Joaquim Barbosa, para fundamentar a concessão de liminar na ADI 4705:

“É impossível alcançar integração nacional sem harmonia tributária. Adequado ou não, o modelo escolhido pelo Constituinte de 1988 para prover essa harmonia e a indispensável segurança jurídica se fixou na regra da origem (art. 155, § 2º, II, b da Constituição). **O Confaz ou cada um dos estados-membros singelamente considerados não podem**

**RE 680089 / SE**

**substituir a legitimidade democrática da Assembleia Constituinte, nem do constituinte derivado, na fixação dessa regra.**

Por outro lado, além da segurança jurídica institucional, a retaliação unilateral prejudica o elemento mais fraco da cadeia de tributação, que é o consumidor.”

A controvérsia jurídica então suscitada, nota-se, tem total pertinência com o caso em análise. Naquele julgamento, trata-se de coibir a adoção de medidas unilaterais por parte os Estados-membros; aqui, trata-se de discutir a constitucionalidade do acordo de vontades em si, o Protocolo ICMS n. 21/2011, celebrado com o mesmo propósito.

Na ocasião, acompanhei o relator e ponderei a necessidade de se considerar a profunda alteração no quadro fático e econômico pela qual temos passado – marcada pela evolução dos meios de comunicação e, conseqüentemente, pelo significativo incremento do comércio eletrônico – e também a maneira como isso repercutiu na arrecadação dos diversos estados-membros.

Dizia a propósito:

“Então, me parece que esse é um tema que está a sugerir uma reflexão do Tribunal, também eventualmente do legislador constituinte, porque nós podemos chegar numa situação extremada de absoluta concentração, de esvaziamento até das outras atividades, a concentração desse tipo de atividade.”

De fato, embora tenha permanecido inalterado o texto constitucional, é certo que o contexto é agora outro, e o tratamento, em matéria de ICMS, conferido pela norma constitucional em vigor às transações não presenciais não parece perfeitamente condizente com os novos tempos.

Não se pode ignorar a alteração no quadro fático e econômico que justificou a elaboração da norma ora impugnada – Protocolo ICMS n. 21/2011 –, marcada pela expansão do comércio eletrônico, e a maneira como a manutenção da sistemática de cobrança e a repartição do ICMS

**RE 680089 / SE**

nas vendas não presenciais prejudica os Estados de destino e favorece os Estados da origem, normalmente situados nas regiões mais industrializadas do país.

Há que se buscar estabelecer – também em relação às transações virtuais, cada vez mais frequentes – alguma fórmula de partilha capaz de evitar a concentração excessiva de recursos nas unidades federativas de origem e assegurar alguma forma de participação aos Estados de destino, onde se situam os consumidores.

Essa necessidade, no entanto, não é, por si só, razão para que se reconheça a validade da norma impugnada.

Não se pode superar o vício de inconstitucionalidade que decorre da evidente contradição entre o teor do art. 155, §2º, VII, da Constituição Federal e o disposto Protocolo ICMS n. 21/2011. Sim, porque o Protocolo determina que se cobre a parcela devida na operação interestadual – a diferença de alíquota –, em operação que, nos termos do art. 155, §2º, VII, “b”, sujeita-se apenas à alíquota interna, visto que destinada a consumidor final não contribuinte.

A necessidade de adequação da sistemática de cobrança do ICMS ao significativo crescimento do comércio eletrônico não é suficiente para se reconhecer ao CONFAZ e a uma parcela dos Estados-membros a competência para alterar – revogar, diria –, por meio de instrumento infralegal, a disciplina constitucional de cobrança de partilha do ICMS.

Não desconheço a importância nacional do CONFAZ como instância de diálogo e cooperação entre os diferentes Estados-membros e o Distrito Federal, nem ignoro seu papel na uniformização e coordenação de esforços em matéria fiscal.

Na verdade, sou da opinião de que a solução de muitos dos conflitos e desafios federativos atuais passa, certamente, pela construção de espaços de deliberação e colaboração entre as unidades federadas.

É forçoso reconhecer, todavia, a existência de limites que não podem ser ultrapassados sem se pôr em xeque a própria supremacia do texto constitucional e a estrutura do pacto federativo que nele se arquitetou. E esses limites, segundo penso, foram transgredidos na edição do

**RE 680089 / SE**

Protocolo ICMS n. 21/2011.

Ainda que os fins sejam meritórios, nem o CONFAZ, nem os Estados-membros individualmente detêm a competência de modificar o regramento constitucional do art. 155, §2º, VII, como se pretendeu na espécie. Não dispõe o órgão dos meios necessários para tanto, nem está a tanto legitimado.

Nessa linha, acredito que meu pensamento vai ao encontro do que afirmou o Ministro Luiz Fux, quando da concessão da medida cautelar na ADI 4628:

“No caso sub examine, o que se discute é exatamente saber se podem os Estados membros, diante de um cenário que lhes seja desfavorável, instituir novas regras de cobrança de ICMS, a despeito da repartição estabelecida anteriormente pelo texto constitucional.

A resposta é, a meu juízo, desenganadamente negativa.  
[...]

Note-se que, segundo a Lei Fundamental de 1988 e diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS nº 21/2011, a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for contribuinte do imposto, mercê do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88. Em outras palavras, outorga-se ao Estado de origem, via de regra, a cobrança da exação nas operações interestaduais, excetuando os casos em que as operações envolverem combustíveis e lubrificantes que ficarão a cargo do Estado de destino.

Para o bem ou para o mal, esta opção do constituinte originário deve ser observada. E há diversas razões para isso. A primeira delas é que, ante o tratamento constitucional dispensado à matéria, não se afigura legítimo admitir a fixação de novas regras para a cobrança de ICMS pelos Estados-membros para além destes parâmetros já esquadrihados pelo constituinte. Isso subverteria a sistemática de repartição de competências tributárias, notadamente relativa ao ICMS, que tem na Constituição como sede própria para aglutinar tal

**RE 680089 / SE**

regramento.

Por outro lado, a estrita observância dos imperativos constitucionais relativos aos ICMS se impõe como instrumento de preservação da higidez do pacto federativo. O fato de tratar-se de imposto estadual não confere aos Estados-membros a prerrogativa de instituir, sponte sua, novas regras para a cobrança do imposto, desconsiderando o altiplano constitucional. Em que pese a alegação do agravamento do cenário de desigualdades inter-regionais, em virtude da aplicação do art. 155 § 2º, VII, da Constituição, a correção destas distorções somente poderá emergir pela promulgação de emenda constitucional, operando uma reforma tributária, e não mediante a edição de qualquer outra espécie normativa. Precisamente por não ostentar legitimidade democrática da Assembleia Constituinte ou do constituinte derivado, descabe ao Confaz ou a qualquer das unidades da Federação de forma isolada estipular um novo modelo de cobrança de ICMS nos casos de operações interestaduais quando o destinatário final das mercadorias não for seu contribuinte habitual.

Justamente por isso, o afastamento dessa premissa, além de comprometer a integridade nacional ínsita à Federação, gera um ambiente de anarquia normativa, dentro da qual cada unidade federada irá se arvorar da competência de proceder aos ajustes que entenderem necessários para o melhor funcionamento da Federação. Daí por que a correção da engenharia constitucional de repartição de competências tributárias somente pode ocorrer somente pode ocorrer legitimamente mediante manifestação do constituinte reformador, por meio da promulgação de emendas constitucionais, e não pela edição de outras espécies normativas (e.g., Protocolos, Resoluções etc.).

Não bastasse isso, do ponto de vista sistêmico, não se pode transigir que os Estados-membros editem atos normativos para proceder a tais correções, de forma isolada ou em conjunto com outros Estados, a pretexto de amainar supostas desigualdades sociais e econômicas inter-regionais. E isso

**RE 680089 / SE**

porque a adoção de tais práticas pelos Estados-membros comprometeria por completo a segurança e previsibilidade necessárias aos cidadãos, em geral, e aos contribuintes do tributo, em especial, em razão da multiplicidade de atos normativos que seriam editados relativos ao ICMS. Vale dizer, todos os indivíduos, residentes ou não do Estado instituidor da nova política tributária de ICMS, ficam prejudicados com a adoção de medidas unilaterais pretensamente voltadas a solver os reveses da Federação brasileira. Assim é que, no limite, em situações como as debatidas na espécie, os maiores prejudicados são os consumidores finais que, verdadeiramente, terão de suportar o excessivo – e indevido aumento da carga tributária a eles repassado no preço da mercadoria.”

A bem da verdade, nem mesmo seria dado ao CONFAZ deliberar sobre o estabelecimento de alíquotas internas ou interestaduais em matéria de ICMS, uma vez que essa atribuição está expressamente reservada ao Senado Federal pela norma do art. 155, § 2º, IV e V, da Constituição Federal:

“IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;”

Reconhecer a validade do Protocolo impugnado implicaria aceitar a possibilidade de que uma deliberação no âmbito do CONFAZ, que nem



**RE 680089 / SE**

mesmo contou com a concordância de todos os 26 Estados-membros e do Distrito Federal, pudesse reformular a norma do art. 155, §2º, VII, da Constituição Federal, conferindo-lhe outro comando, outro conteúdo. E isso, decerto, não se pode admitir sem subverter a ordem e a hierarquia do sistema jurídico em vigor.

Na mesma linha, a propósito da interpretação do art. 155, § 2º, VII, da Constituição Federal, a doutrina de Clélio Chiesa, que leciona:

“A regra constitucional é clara: a receita do ICMS somente é repartida entre o Estado da origem e o Estado do destino na mercadoria ou bem nas hipóteses em que as operações interestaduais são realizadas entre contribuintes do imposto. Nas operações realizadas com adquirentes não contribuintes do imposto. Dito em outras palavras, aplica-se a alíquota cheia nas vendas realizadas a não contribuintes do ICMS e a alíquota interestadual nas vendas para contribuintes do ICMS, ficando o Estado de destino com a diferença de ICMS entre a alíquota interestadual e a alíquota interna. [...]

É inconteste que o critério adotado pelo constituinte de 1988 é inadequado à nova realidade de forma não presencial à época da edição da Constituição de 1988 era pífio. No ano de 2001, o faturamento anual das vendas por meio da internet era da ordem de R\$ 0,54 bilhões. Em 2011, esse fundamento alcançou a cifra de R\$ 18,70 bilhões. É evidente que um critério de repartição construído tendo em vista a realidade da época está em total descompasso com essa nova realidade. [...]

(CHIESA, Clélio. ICMS – Aspectos Controversos do Comércio Eletrônico e o Protocolo 021/2011. In: **IX Congresso Nacional de Estudos Tributários**, 2012, São Paulo.)

Conclui, entretanto, o autor:

“Parece-nos indiscutível que as razões invocadas pelos Estados signatários do Protocolo n. 21/2011 pare reivindicar uma alteração da repartição das receitas auferidas com operações interestaduais de compra e venda realizadas de

**RE 680089 / SE**

forma não presencial são absolutamente legítimas, entretanto, não são suficientes, juridicamente, para fastar a regra expressamente estabelecida no art. 155, § 2º, VII e VIII, da Constituição Federal, pois nada é mais pernicioso a um sistema jurídico do que o desrespeito a preceitos constitucionais, instaurando-se a insegurança jurídica.”

(CHIESA, Clélio. ICMS – Aspectos Controversos do Comércio Eletrônico e o Protocolo 021/2011. In: **IX Congresso Nacional de Estudos Tributários**, 2012, São Paulo.)

Além disso, também não se pode deixar olvidar que a sistemática prevista no Protocolo traz um efeito perverso para o contribuinte. Refiro-me ao aumento de carga tributária provocado pela cobrança da diferença de alíquota nos casos em que a mercadoria é procedente de Estados não signatários do Protocolo 21/2011.

Como se sabe, não foram todas as unidades federativas que aderiram ao Protocolo 21/2011. Inicialmente, o Protocolo contou a com a adesão dos seguintes Estados: Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe, além do Distrito Federal. Posteriormente, aderiram ao pacto também Mato Grosso do Sul (Protocolo n. 31/2011) e Tocantins (Protocolo 43/2011).

Pois bem. O fato é que, não sendo a mercadoria proveniente de alguma dessas unidades federativas, o Estado de origem (não signatário) exigirá o ICMS mediante aplicação de alíquota interna – e não da interestadual – e o Estado de destino (signatário) também cobrará o imposto mediante a aplicação de diferença de alíquota que, na verdade, não existe, porque o imposto já foi integralmente pago na origem.

Em tais hipóteses, não há propriamente repartição de receitas entre origem e destino, mas uma forma de sobreposição de competências e, portanto, dupla cobrança. Paga-se o ICMS integralmente na origem mais um acréscimo, a título de diferença de alíquota, no destino. Há, portanto, nova incidência tributária sem respaldo constitucional a onerar o

**RE 680089 / SE**

consumidor final.

Essa é, aliás, decorrência inevitável da própria inadequação do instrumento legislativo em questão – Protocolo –, que, sendo veículo normativo de hierarquia inferior, não tem o condão de vincular as unidades federadas que a ele não aderiram.

O fato é que, estando a regra em questão expressamente prevista no art. 155, § 2º, VII, da Constituição Federal, uma alteração, nos moldes propostos pelo Protocolo em questão, somente poderia se processar pela via da reforma constitucional, observados os requisitos, o quórum e o procedimento exigido pelo art. 60 da Constituição Federal.

Aliás, vale lembrar que o tema já está atualmente em discussão no Congresso Nacional, onde tramitam propostas de emenda constitucional que pretendem modificar a sistemática de cobrança do ICMS nas operações e prestações realizadas de forma não presencial e que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado.

É o caso, por exemplo das PECs 31/2007 e 227/2008, na Câmara dos Deputados, e também da PEC 103/2011, em tramitação no Senado Federal, entre outras iniciativas de mesmo escopo.

Assim, minha conclusão é no sentido da inconstitucionalidade do Protocolo ICMS n. 21, de 1º de abril de 2011, pela afronta ao art. 155, § 2º, VII, “b”, e VIII, da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, reconheço a necessidade de modularem-se os efeitos de declaração de inconstitucionalidade, tomando como marco temporal, data da concessão da liminar na ADI 4628, de relatoria do Ministro Luiz Fux, ressalvadas as ações em curso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário do Estado de Sergipe.

É como voto.

**17/09/2014**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 680.089 SERGIPE**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, mostra-se sintomático que os dois Estados que mais comercializam, via *internet*, não subscreveram esse protocolo. Um deles é um país dentro do país, ou seja, o Estado de São Paulo, e o outro, o Estado do Rio de Janeiro.

Houve repartição tributária via instrumental impróprio, alterando-se, inclusive – e deixaria a Carta Federal de ser rígida –, o Texto Constitucional. Isso não é possível.

17/09/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 680.089 SERGIPE

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só um detalhe.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro está impedido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu estou impedido. Mas é que a tese fixada na repercussão geral é mais importante que a ADI, porque lá evita que os processos subam.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, eu queria tecer uma consideração sobre isso, neste caso, do Ministro Gilmar Mendes, nós temos 52 casos sobrestados que estariam liquidados, é o tema 615 da repercussão geral que tem o seguinte enunciado:

Constitucionalidade - no caso inconstitucionalidade - da cobrança de ICMS pelo Estado de destino com base no Protocolo ICMS 21/2011 do Confaz nas operações interestaduais de vendas de mercadorias a consumidor final realizadas de forma não presencial.

Então essa seria a tese. Um pouco mais abrangente do que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pois é, Presidente, e há mais um aspecto que precisa ser considerado quanto ao número de casos resolvidos: a estatística fica muito aquém da realidade, porque o Supremo não é informado, como deveria ser, pelos tribunais do País.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente, Vossa Excelência tem toda a razão. Esse é o

**RE 680089 / SE**

dado que nós temos no momento, mas os casos são em número muito, muito maior.

Nós teríamos ainda os embargos declaratórios.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, Senhor Presidente, tem que modular.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Então Vossa Excelência faz um pleito no sentido da modulação. Então consulto o Relator.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, como eu deferi a liminar, eu tenho a impressão de que, a partir da liminar, a declaração de inconstitucionalidade tem a sua higidez a partir da liminar, e as operações pretéritas ficam superadas, porque, senão, o prejuízo é maior ainda para esses Estados que já ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - A liminar foi concedida quando? O protocolo é de 2011.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - 2014.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - O pleito do Estado do Pará, que ele apresenta em memorial, é a partir do deferimento da liminar.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – É preciso atentar para um aspecto. Em dois pronunciamentos, um do Colegiado e outro – houve o referendo –, ambos os processos da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, caminhou-se no sentido de estabelecer, quanto à liminar, efeitos retrospectivos.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Naquele caso, né?

**RE 680089 / SE**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Quer dizer, agora vamos modular, nesse caso concreto? Ficaré um choque entre o que decidimos antes e agora.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Bem, então, Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência como é que se pronuncia com relação à modulação?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - O eminente Relator propõe que, desde a liminar, portanto...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - A partir da liminar, a declaração de inconstitucionalidade prevalece a partir da liminar...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - E os efeitos anteriores, antes da liminar...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - ... eu tenho a impressão de que isso é uma questão de Justiça Fiscal, entendeu?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Eu acompanharia o Relator.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**  
(CANCELADO.)

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Está solucionado isso. Pagou, pagou.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Em síntese, uma reforma tributária mediante meio impróprio, com transgressão da Carta da República, que vai surtir, num determinado espaço de tempo, efeitos.

**RE 680089 / SE**

Torno a repetir: em duas situações ligadas ao que estamos tratando, fui voto vencido. Chegou-se ao ponto de dar eficácia retrospectiva à liminar. Sustentei que não se poderia assentar essa conclusão; que a eficácia seria a partir do pronunciado do Tribunal.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Ministro Fux, posso dar a palavra ao advogado? Vossa Excelência está com a palavra.

**O SENHOR GUSTAVO AMARAL MARTINS (ADVOGADO)** - Senhor Presidente, em havendo a modulação, que ela ficasse clara se ela estava falando a respeito apenas de evitar repetição de indébito, ou ações de cobrança, ainda em curso, se elas ficariam sustadas, e o efeito dessa medida com relação ao Estado de origem, porque eu posso ter o problema também do valor recolhido no Estado de origem. Para que não se tenha uma afirmação de modulação, e que a gente tenha uma grande dificuldade de saber se ela abrange ações de cobrança em curso no período anterior à liminar, se ela abrange apenas repetição de indébito, e se produz o efeito ...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – A modulação, a essa altura, apenas causará problemas, implicações inúmeras.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu não sei, eu tenho a impressão de que se nós formos claros e dissermos que a declaração de inconstitucionalidade, ela tem a sua validade a partir da liminar, respeitadas as ações em curso, resolvemos vários problemas, e evitamos inúmeros outros.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Pois não, então essa é a proposta do ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - E evite a



**RE 680089 / SE**

propositura de ação depois da ...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Depois da liminar.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Mas as ações em curso são respeitadas, quer dizer, posso aniquilar quem promoveu a ação na ciência de que era inconstitucional isso.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Com a maior segurança.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - O advogado do Pará? Procurador? Vossa Excelência quer...

**O SENHOR JOSÉ ALOÍSIO CAMPOS (PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ)** - Só acrescentar que isso vai trazer uma multiplicidade de demandas, ainda essas que estão em curso vão progredir, e de forma multifacetada, em vinte Unidades da Federação.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu tenho a impressão que o Pará tem um bom corpo de procuradores e saberá dar conta dessas ações.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Na repercussão geral, nós fixamos uma tese: pelo Código de Processo Civil, os juízes já podem até julgar o mérito de acordo com a tese, como é que nós vamos anular as ações?

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Sem dúvida.

**17/09/2014****PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 680.089 SERGIPE**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Lanço algumas ideias. Continuo convencido de que apenas se avançará culturalmente quando emprestar-se concretude maior à Carta da República. Toda vez que o Tribunal modula certa decisão, estimula procedimentos à margem dessa mesma Carta da República.

O Plenário – ao apreciar a medida acauteladora na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.705, quando estava em jogo a mesmíssima matéria, mas uma lei do Estado da Paraíba, a Lei estadual nº 9.528/2011, contra meu voto, no que sempre votei no sentido de a liminar ter eficácia desde o momento em que formalizada – deu efeitos retrospectivos à liminar, para fulminar a lei desde o início. Veio a repetir essa decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.705 e já tinha também procedido, de idêntica forma, porque essa foi a subsequente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.565.

Qual é a preocupação maior – e peço aos colegas que esqueçam o fato de ser terminantemente contrário à modulação? É que, se modular-se, provocar-se-ão inúmeros incidentes, considerado o que foi satisfeito, em termos de ação de repetição do indébito, e, também, o que será cobrado pelos estados.

Por isso, entendo que o caso mostra-se emblemático quanto à impossibilidade de chegar-se à modulação. E, perdoem-me a expressão carioca, houve uma cara de pau incrível, no que se estabeleceu esse protocolo, colocando-se, em segundo plano, o documento básico da República, a Constituição Federal, que precisa ser mais amado, principalmente pelas unidades da Federação. Que se aguarde a reforma tributária, porque proceder-se a essa reforma mediante simples protocolo é passo demasiadamente largo.

17/09/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 680.089 SERGIPE

DEBATE

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - O Ministro Fux parece que queria fazer um...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu propus uma fórmula intermediária submetida ao Tribunal, que seria a seguinte: a declaração de inconstitucionalidade vale a partir da liminar, respeitadas as ações em curso, ou seja, as ações em curso têm que ser julgadas de acordo com o que se decidiu na ADI e no recurso extraordinário.

Agora, se nós dermos efeito **ex tunc**, vai ser um caos.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Pois, não. Eu pergunto, à exceção do Ministro Marco Aurélio, se a Corte está de acordo com essa modulação?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - A questão é que essa solução, em princípio, afora algum problema que nós não estejamos vislumbrando, é adequada. E nós até já fizemos isso no caso da questão de previdência social, decadência e prescrição, fazendo uma ressalva, porque, como nós temos um modelo misto de controle, nós não podemos... É diferente do que acontece, por exemplo, nos modelos de controle concentrado puro em que...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Fico mais tranquilo porque aqueles que resistiram ao ato, flagrantemente inconstitucional, não serão prejudicados, ou seja, os que deixaram de satisfazer o tributo e os que entraram em juízo para buscar a efetividade da Carta da República estão imunes à decisão.

**RE 680089 / SE**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É exatamente essa a ressalva que o Ministro Fux já estava falando. Como nós fizemos no caso do RE tal, da previdência social, em que declaramos a inconstitucionalidade, modulamos o efeito, mas ressalvamos as ações que estavam em tramitação, tal como propõe, agora, o eminente Relator dessas ADIs. Parece-me que isso faz o ajuste, até porque é necessário mesmo, do contrário nós suprimiríamos o direito de ação.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Estou quase seduzido com a proposta!

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 680.089**

PROCED. : SERGIPE

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

RECTE.(S) : ESTADO DE SERGIPE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

RECDO.(A/S) : B2W - COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO

ADV.(A/S) : SERGIO BERMUNDES

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** O Tribunal, decidindo o tema 615, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso do Estado de Sergipe e declarou a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Por maioria, o Tribunal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da medida liminar na ADI nº 4.628, ressalvadas as ações em curso, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava. Impedido o Ministro Luiz Fux. Ausente o Ministro Roberto Barroso, participando do "Yale Global Constitutionalism Seminar", na Universidade de Yale. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.09.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**RELATOR** : **MIN. EDSON FACHIN**  
**RECTE.(S)** : PARATI PETRÓLEO LTDA  
**ADV.(A/S)** : ROGÉRIO ANDRADE MIRANDA E OUTRO(A/S)  
**RECDO.(A/S)** : ESTADO DE MINAS GERAIS  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO PARA DESENVOLVIMENTO DO VAREJO - IDV  
**ADV.(A/S)** : MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : DISTRITO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DO ACRE  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DO PIAUÍ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE RONDÔNIA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DA BAHIA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE RORAIMA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DO AMAPÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RE 593849 / MG

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
AM. CURIAE. : UNIÃO  
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
AM. CURIAE. : ESTADO DE PERNAMBUCO  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: **“É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.**

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

5. De acordo com o art. 150, §7º, *in fine*, da Constituição da

**RE 593849 / MG**

República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.

6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra CARMEN LÚCIA, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, ao apreciar o Tema 201 da repercussão geral conheceu do recurso extraordinário, a que se deu provimento, para reformar o acórdão recorrido e afirmar o direito da parte recorrente em lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado de Minas Gerais e respeitado o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto na Lei Complementar 118/05; na qualidade de prejudicial, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais; fixou interpretação conforme à Constituição nas expressões “não se efetive o fato gerador presumido” no § 11 do art. 22 da Lei estadual e “fato gerador presumido que não se realizou” no artigo 22 do Regulamento do ICMS, para que essas sejam entendidas em consonância à tese objetiva deste tema de repercussão geral; e condenou a parte recorrida ao pagamento das despesas processuais, à luz da legislação



**RE 593849 / MG**

processual regente ao tempo da interposição do recurso extraordinário, ficando a parte vencida desonerada do pagamento de honorários advocatícios, conforme o enunciado da Súmula 512 do STF e o art. 25 da Lei 12.016/2009, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao recurso extraordinário. Por unanimidade, o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.” Em seguida, o Tribunal modulou os efeitos do julgamento a fim de que o precedente que aqui se elabora deve orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados-membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte.

Brasília, 19 de outubro de 2016.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

13/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**RELATOR** : **MIN. EDSON FACHIN**  
**RECTE.(S)** : **PARATI PETRÓLEO LTDA**  
**ADV.(A/S)** : **ROGÉRIO ANDRADE MIRANDA E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO PARA DESENVOLVIMENTO DO VAREJO - IDV**  
**ADV.(A/S)** : **MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **DISTRITO FEDERAL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO ACRE**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO PIAUÍ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE RONDÔNIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DA BAHIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE RORAIMA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO AMAPÁ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**RE 593849 / MG**

**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL  
**AM. CURIAE.** : UNIÃO  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE PERNAMBUCO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE  
PERNAMBUCO

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):** Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa transcreve-se a seguir:

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA – DIFERENÇA APURADA ENTRE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E A BASE DE CÁLCULO DO REAL VALOR DE VENDA DO PRODUTO – COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS – POSSIBILIDADE APENAS NO CASO DO FATO GERADOR NÃO SE REALIZAR. Só é devida a restituição ou complementação do imposto pago na hipótese de não realização do fato gerador, no caso de substituição tributária progressiva, possuindo a base de cálculo do ICMS caráter definitivo, não sendo devida quando apurada diferença entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo do real valor de venda do produto ao consumidor final”. (fl. 182)

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação ao art. 150, IV, §§2º e 7º, do Texto Constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se que a não realização do fato

**RE 593849 / MG**

gerador presumido abarca “tanto a hipótese em que o fato material não se realiza quanto a hipótese de eventual saída de mercadorias por preço inferior àquele que serviu de base de cálculo para o imposto”. (fl. 273)

Alega-se, ainda, que “o ICMS é um imposto não-cumulativo por expressa determinação constitucional (art. 150, §2º, CF/88), o que impede, em última análise que a base de cálculo estimada pela Fazenda Estadual seja superior ao preço pelo qual foi efetuada a operação, sob pena de se proceder a um verdadeiro confisco, o que é terminantemente vedado pela Carta Magna (art. 150, inciso IV)”. (fl. 273)

A Primeira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais admitiu o recurso em decorrência do preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade.

Em 17.09.2009, o Tribunal Pleno do STF afetou a matéria à sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA DO IMPOSTO PAGO A MAIS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E BASE DE CÁLCULO REAL. ART. 150, § 7º, DA CF. ADI 2.675/PE, REL. MIN. CARLOS VELLOSO E ADI 2.777/SP, REL. MIN. CEZAR PELUSO, QUE TRATAM DA MESMA MATÉRIA E CUJO JULGAMENTO JÁ FOI INICIADO PELO PLENÁRIO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”  
(RE 593849 RG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 09.10.2009)

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário. (fls. 357-370)

O eminente Ministro Ricardo Lewandowski, meu antecessor na relatoria do feito, admitiu as seguintes entidades e organizações como Amigos da Corte: Instituto para Desenvolvimento do Varejo; Distrito Federal; Estado do Acre; Estado do Espírito Santo; Estado do Piauí; Estado de Rondônia; Estado da Bahia; Estado de Roraima; Estado do

**RE 593849 / MG**

Amapá; Estado de Santa Catarina; Estado de Mato Grosso do Sul; Estado do Rio Grande do Sul; União; Estado de São Paulo; e Estado de Pernambuco.

Em 18.06.2015, os autos vieram a mim conclusos, por substituição de relatoria.

Em 28.10.2015, solicitei a inclusão do presente feito na pauta do Tribunal Pleno desta Corte.

É o relatório.

13/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Senhora Presidente, eminentes Pares, permito-me inicialmente saudar o ilustre Procurador-Geral da República em exercício, Doutor José Bonifácio Borges de Andrada, bem como os ilustres Advogados, Procuradores e ilustre Advogada, que assomaram à tribuna. São, sem favor algum, dessas sustentações orais que contribuem, numa forma de diálogo institucional, para o desate da matéria. É bem verdade que cada sustentação oral enxergou o jardim da sua respectiva janela, e, às vezes, tem-se a impressão de que, ao olhar as mesmas flores, estão olhando flores diversas. Mas, de qualquer sorte, cumpre a este Tribunal, diante dos diversos olhares, sob a premissa da justificação, apontar por sua percepção unânime ou majoritária qual delas se encontra adequada ao ver desta Corte para responder ao tema posto ao debate.

Senhora Presidente, sem prejuízo do voto que formulei, que é um pouco alongado, eu vou procurar fazer uma síntese para tentar expor aos ilustres Pares o fio condutor, as premissas e a conclusão que trago para o desate deste caso concreto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

VOTO

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):** Inicialmente, cumpre esclarecer o objeto do presente julgamento, uma vez que a matéria relativa ao direito à restituição de eventual diferença entre a base presumida recolhida e a historicamente realizada é tema que ocupa as sessões desta Corte há diversas décadas, visto o grau de relevância da questão, seja para a higidez financeira dos Estados-membros, seja para a concretização do Estatuto Constitucional dos Contribuintes. Está em mesa impasse a ser enfrentado e solvido.

Não há como exercer a jurisdição constitucional com integridade neste caso concreto, sem fazer referência a um histórico normativo e jurisprudencial acerca da substituição tributária no direito pátrio.

Parte-se, portanto, da premissa teórica de que a função institucional de uma Corte Constitucional em casos como o presente é dupla: justificar a decisão judicial que será tomada em colegiado e zelar pelos seus próprios precedentes.

Em relação ao imperativo da justificação, toma-se de parâmetro o pensamento jurídico de Neil MacCormick, segundo o qual *“Justificar um ato é mostrar que ele é correto. Mostrar que ele é correto é mostrar que, sob qualquer visão objetiva da matéria, o ato deveria ter sido praticado, ou mesmo deve ser praticado, considerando as características do ato e as circunstâncias do caso.”* (Retórica e o Estado de Direito. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 129)

Por outro lado, argumentar a partir de precedentes implica em manter a mesma razão de decidir para casos análogos, isto é, também nas palavras do jurista escocês: *“sob um sistema de precedentes vinculantes ou persuasivos, tais decisões também transcendem cada caso particular e são recebidas como criadoras do Direito ou como decisões que interpretam e determinam o Direito com autoridade.”* (Ibid., p. 339)

Em suma, ao julgar uma demanda afetada à repercussão geral, a Suprema Corte se compromete à manutenção da coerência, traduzível

**RE 593849 / MG**

pelo multicitado MacCormick da seguinte forma: “A coerência estipula que normas deveriam não apenas não contradizer umas às outras, mas também devem se sustentar em conjunto de acordo com um propósito.” (Ibid., p. 300)

**HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL E NORMATIVO DA SUBSTITUIÇÃO  
TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA**

Visto isso, ressalta-se que a substituição tributária progressiva no âmbito do antigo Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) já era prevista originalmente no Código Tributário Nacional, em seus artigos 58, parágrafo 2º, inciso II, e 128, pois era permitido que lei atribuísse a responsabilidade ao industrial ou ao atacadista pelo pagamento do imposto devido pelo comerciante varejista, mediante acréscimo ao preço praticado.

Por sua vez, o artigo 13 do Decreto-Lei 406/68 revogara o referido dispositivo legal, de modo que a jurisprudência desta Corte entendeu ser incabível, a partir da revogação, a atribuição legal da condição de substituto tributário, com base apenas no art. 128 do CTN.

Veja-se, *inter alia*, a ementa do RE 77.462, de relatoria do Ministro Bilac Pinto, Tribunal Pleno, DJ 11.04.1975:

“ICM. Atribuição a terceiro da condição de responsável pelo crédito tributário. O art. 128 do CTN, ainda vigente, só a permite se houver vinculação do terceiro ao fato gerador, pelo que já não é possível, em consequência da revogação do art. 58, § 2º, II do mesmo Código, pelo Decreto-lei nº 406/68, atribuir ao industrial ou comerciante atacadista, a responsabilidade pelo tributo devido pelo comerciante varejista. Reexame e retificação do entendimento do Supremo Tribunal no julgamento da representação nº 848, do Ceará. Recurso extraordinário não conhecido.”

Em 1983, por meio da Lei Complementar 44, altera-se o referido Decreto-Lei, em seus artigos 2º, §9º, “b”, e 6º, §3º, para reintroduzir a



**RE 593849 / MG**

substituição tributária “para frente” no ordenamento jurídico.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o antigo ICM tornou-se ICMS, cujo fato gerador é a circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Nesse sentido, o artigo 155, §2º, XII, “b”, do Texto Constitucional, reservou à lei complementar a disposição sobre a substituição tributária para o ICMS.

Logo em seguida, a título de cumprir o disposto no §8º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi editado o Convênio ICM 66/88, que dispôs sobre a técnica da substituição progressiva no §3º de seu art. 2º, *in verbis*: “Os Estados poderão exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte”.

A partir da Emenda Constitucional 3/93, a presente matéria se constitucionalizou no bojo do §7º do artigo 150 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

Nesse sentido, as grandes inovações consistiram na figura do fato gerador presumido e na garantia do reembolso imediato e preferencial, conforme asseverou o eminente Ministro Ilmar Galvão na ADI 1.851, de relatoria de Sua Excelência, DJ 22.11.2002.

A despeito do processo constituinte derivado de incorporação do mecanismo ao Texto Constitucional, esta Corte assentou a tese de que a substituição tributária progressiva já era possível, inclusive, a fatos anteriores à promulgação da referida emenda, por força da recepção do Decreto-Lei 406/68 pela ordem constitucional vigente, não tendo ocorrido omissão legislativa para fins de edição do Convênio ICM supracitado, à luz do art. 34, §8º, do ADCT.

**RE 593849 / MG**

A esse respeito, confira-se a ementa do RE 213.396, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 1º.12.2000:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, § 2º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 (ART. 25) E ICMS Nº 107/89. ART. 8º, INC. XIII E § 4º, DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89. O regime de substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6º, §§ 3º e 4º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM nº 66/88, da competência prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88. Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza o instituto que, relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista nº 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS nº 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6º, § 4º, do referido Decreto-Lei nº 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens. A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador. Acórdão que se afastou desse entendimento. Recurso conhecido e provido.”

Nesse precedente, o Ministro Relator refutou, naquele julgamento, diversas pechas de inconstitucionalidade de cunho principiológico. Transcreve-se excerto do voto:

“(…) muito se tem discutido sobre a natureza jurídica da substituição, anotando Héctor Villegas que as realidades legislativas conduzem a que o jurista tributário não tenha, às vezes, outro remédio senão ser pragmático. Além da finalidade arrecadatória, permite o instituto seja alcançada maior justiça

**RE 593849 / MG**

fiscal, pela distribuição eqüitativa da carga tributária que o sistema propicia, ao evitar a sonegação.

Por meio dele, a obrigação tributária é transferida àquele contribuinte que melhores condições oferece para o seu cumprimento, isto é, para o contribuinte de fato o que houver pago, como parcela do preço.

Não há falar-se, portanto, em violação do princípio da capacidade contributiva, visto que, nos impostos indiretos, como o ICMS, como é por demais sabido, conquanto o contribuinte de direito seja aquele obrigado, por lei, a recolher o tributo, é o adquirente ou consumidor final o contribuinte de fato. Esse é que vai ser atingido pelo ônus do imposto, haja, ou não, substituição tributária. A capacidade contributiva do consumidor é que é considerada.

Por igual se mostra descabida a alegação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade, se no preço do produto passado do industrial para o varejista não se embute mais do que se embutiria na hipótese de tratar-se de operações regulares, seja, o tributo devido pela saída do bem do estabelecimento do industrial, mais a parcela incidente sobre o valor acrescido até sua entrega ao consumidor final.

De outra parte, cumpridos se acham, na substituição tributária, os princípios da legalidade e da tipicidade, conforme acima restou demonstrado, instituído que foi o regime, no Estado de São Paulo, por lei, com observância das normas ditadas pela Constituição e pela lei complementar que a regulamentou, com exaustão de todos os aspectos legitimadores da exação, com especificidade tão-somente quanto ao fato gerador e à respectiva base de cálculo, que serão adiante apreciados.

Quanto ao confisco, não é difícil demonstrar a impossibilidade de sua ocorrência, tendo em vista o reembolso, pelo substituto, do imposto pago, quando do recebimento do preço das mãos do substituído; reembolsando-se esse, de sua vez, ao receber o preço final das mãos do consumidor. (...) a presunção do fato gerador não constitui óbice à exigência

**RE 593849 / MG**

antecipada do tributo, das mãos do substituto.”

Demais disso, firmou-se a viabilidade da antecipação do pagamento do fato gerador a ocorrer em um juízo de proporcionalidade, consoante aos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em movimento cronológico, advêm a Lei Complementar 87/96, denominada Lei Kandir, a qual revogou o convênio ICM 66/88 e dispôs sobre o regime de substituição tributária nos artigos 8º a 10, notadamente neste último, que trata do direito à restituição ao contribuinte substituído, *in verbis*:

“Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irreversível, o contribuinte substituído, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.”

Enfim, adveio o Convênio ICMS 13/97, que buscou harmonizar procedimento referente a aplicação do §7º do artigo 150 da Constituição Federal, e do artigo 10 da Lei Kandir. Reproduzem-se as cláusulas do diploma:

“Cláusula primeira A restituição do ICMS, quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará quando não ocorrer operação ou prestação

**RE 593849 / MG**

subsequentes à cobrança do mencionado imposto, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária.

**Cláusula segunda** Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.

**Cláusula terceira** Este Convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.”

Em face desse convênio, foi ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio a ADI 1.851, também de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, DJ 22.11.2002, a qual restou assim ementada:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência

**RE 593849 / MG**

antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. **O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente".** (grifos nossos)

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que o fato gerador presumido do ICMS se reveste de caráter definitivo, haja vista que a base de cálculo teria sido definida em lei, à luz de expressa autorização constitucional.

Cito a argumentação do eminente Ministro Relator Ilmar Galvão:

“A substituição tributária, portanto, resultou de uma opção legislativa, que elegeu como tributável uma fase preliminar da exteriorização de um dado fenômeno econômico, ou jurídico, que compõe a materialidade da competência tributária prevista, para fim de exigir o respectivo recolhimento, antecipando as conseqüências que, no modelo tradicional, só seriam deflagradas depois da ocorrência do próprio fenômeno.

**RE 593849 / MG**

A escolha da fase preliminar resulta, assim, de opção legislativa, mas não é arbitrária, porque só tem cabimento se o evento assim considerado atender ao requisito da necessidade em relação ao evento final (inexistindo este inexistirá o fato gerador); se o referido evento já apresenta elementos que permitam prever com certo grau de certeza o evento final (fato gerador); e se a dimensão pecuniária imposta no momento da antecipação é proporcional à dimensão final que resultará da ocorrência do fato tributável.

[...]

O fato gerador do ICMS e a respectiva base de cálculo, em regime de substituição tributária, de outra parte, conquanto presumidos, não se revestem de caráter de provisoriedade, sendo de ser considerados definitivos, salvo se, eventualmente, não vier a realizar-se o fato gerador presumido. Assim, não há falar em tributo pago a maior, ou a menor, em face do preço pago pelo consumidor final do produto ou do serviço, para fim de compensação ou ressarcimento, quer de parte do Fisco, quer de parte do contribuinte substituído. Se a base de cálculo é previamente definida em lei, não resta nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade”

Diante desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, os Chefes dos Poderes Executivos dos Estados-membros, nomeadamente Pernambuco e São Paulo, que não subscreveram o Convênio ICMS 13/97 e haviam previsto em lei formal o direito à restituição do tributo pago a maior do que o presumido, ajuizaram novas ações diretas de inconstitucionalidade em face dessas previsões normativas constantes em sua própria legislação estadual.

Em 26 e 27 de novembro de 2003, o STF iniciou o julgamento das ADIs 2.675, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e 2.777, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Após sucessivos pedidos de vista, chegou-se, em 7 de fevereiro de 2007, ao resultado de cinco Ministros pela procedência dessas ações e igual número de pares pela improcedência.

Em 18.11.2010, o Tribunal Pleno resolveu questão de ordem,

**RE 593849 / MG**

suscitada pelo ilustre Ministro Presidente Ayres Britto, no sentido de sobrestar o julgamento das ADIs *supra* para que fosse realizado julgamento conjunto com o RE-RG 593.849, inicialmente de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e agora por mim relatado nesta Sessão Plenária.

**FUNDAMENTOS DETERMINANTES**

Assim sendo, a meu modo de ver, chega-se a um impasse institucional que deve ser resolvido em função da sempre presente constrição ao discurso judicial no que se refere à necessidade de decidibilidade dos litígios, impõe-se, pois, o *non liquet*.

No pensamento de Neil MacCormick, a presente situação poderia ser enquadrada como um desacordo razoável:

**“Desacordos relativos a questões importantes e profundas de opinião existem. Eles são, no entanto, desacordos entre pessoas que compartilham uma visão dos pontos que estão em jogo no argumento, ao mesmo tempo em que atribuem peso diferente a componentes diversos, de modo isolado e em alguma combinação. Nesse sentido, eles são desacordos razoáveis entre pessoas razoáveis, desacordos que persistem depois de debate e deliberação cuidadosos e refletidos [...] Na prática, o único modo genérico de lidar com tais desacordos é alguma hierarquia de julgamentos de autoridade, combinada com algum sistema de voto de maioria em tribunais colegiados, sejam tais decisões colegiadas tomadas em público ou apenas de modo fechado. Um procedimento decisório razoável é a única solução apropriada para desacordos interpessoais” (Ibid., p. 339, grifos nossos)**

No fundo, há a concordância no sentido de que a matéria posta nos autos impacta sobremodo no modelo de Sistema Tributário Nacional.

Convergem-se, ainda, acerca das vantagens pragmáticas hauridas da sistemática da substituição tributária progressiva, as quais foram



**RE 593849 / MG**

precisamente sumarizadas pelo eminente Ministro Nelson Jobim em seu arguto voto proferido na ADI 2.777: (i) a maior segurança na arrecadação; (ii) o melhor desempenho da Administração Tributária; (iii) a eficiência da máquina estatal, evitando respectiva expansão; e (iv) a promoção da justiça fiscal na medida em que se combate efetivamente a sonegação.

Por sua vez, a discordância razoável, ao meu modo de ver, reside nas condições de possibilidade e nos limites da praticidade tributária, isto é: o modelo de substituição tributária progressiva em que apenas se garanta o direito à restituição ao contribuinte e somente se configura com a inocorrência do fato gerador presumido é feito para quem e opera às custas de quem?

**Posto o problema nesses termos, não tenho dúvidas em firmar minha convicção no sentido de tutelar o direito à restituição de tributo pago a maior a quem de direito, com firmeza na força dos argumentos que ora apresento.**

Tendo em conta que o Direito é uma disciplina argumentativa, a força de um argumento se dá de maneira relacional, ou seja, considera-se uma proposição adequada em relação aos contra-argumentos imagináveis.

Nesse sentido, tomo de empréstimo a lúcida metodologia dos votos daqueles que divergem como referenciais, a partir dos quais proporei minhas reflexões sobre a controvérsia posta em juízo.

De plano, convém analisar com o devido vagar a afirmação de que garantir o direito à restituição ao contribuinte nas hipóteses em a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto se realiza em valor inferior ou superior àquele presumido seria o mesmo que inviabilizar o próprio instituto da substituição tributária “para frente”, dado que, em última medida, representaria o retorno ao regime de apuração mensal do tributo.

Essa objeção foi feita com precisão pelo ilustre Ministro Moreira Alves, ao formar a maioria da ADI 1.851, manifestando-se da seguinte maneira:

**“O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr.**

**RE 593849 / MG**

Presidente, esse sistema foi criado justamente para permitir que não houvesse sonegação, afastando-se a dificuldade, praticamente intransponível, de fiscalização nesses casos.

Por que o Poder Constituinte Derivado, que estabeleceu que o fato gerador seria presumido mas admitiu que a presunção cederia diante da realidade, na hipótese de o fato presumido não se realizar, e, nesse caso, determinou que houvesse a restituição da quantia paga, não foi além e não declarou também, se o valor recolhido com base na presunção, fosse, na realidade, maior ou menor, que deveria haver ou a complementação dele ou a restituição do pago a maior? Essa distinção se explica, a meu ver, porque, ou o sistema é assim, ou, se ele deixar de ser dessa maneira, o texto constitucional será inócuo, e isso em razão de que se essa questão fica a depender da fiscalização, não haveria explicação para fazer-se, a respeito, uma Emenda Constitucional, pela falta de finalidade de instituto dessa natureza.”

Demais disso, colhe-se da jurisprudência desta Corte que a razão precípua da constitucionalidade do art. 150, §7º, da Constituição Federal, é o princípio da praticidade, tendo em conta que esse dispositivo constitucional promove a comodidade, economicidade e eficiência na execução administrativa das leis tributárias.

Nas lições doutrinárias da professora Misabel Derzi, tem-se a seguinte ponderação:

“É preciso considerar exatamente as esquematizações, abstrações e generalizações (tipificações em sentido impróprio e conceitualizações) que a norma inferior, ao executar a superior, em nome da praticidade, faz ou pode fazer. Por essa razão, exatamente no Direito Tributário, onde compete a órgão estatal executar a norma em massa ou fiscalizar a sua execução, é que se coloca de forma mais aguda a questão da praticidade e de seus limites”. (Praticidade. ICMS. Substituição tributária progressiva, “para frente”. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (coord.). *Construindo o Direito Tributário na Constituição: uma*

**RE 593849 / MG**

*análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 177)*

Com base nisso, parece-nos irretocável a opinião técnica emitida pelo *Parquet* quanto ao ponto:

“A praticidade constitui a ratio essendi da norma inscrita no §7º do art. 150 da CF. Não se pode por mecanismo de simplificação de arrecadação tributária deixar em segundo plano os direitos e garantias dos contribuintes. A ordem é diametralmente oposta: a praticidade somente se sustenta enquanto não violados direitos e garantias dos contribuintes.

A padronização não pode se distanciar muito da realidade, de modo a criar distorções como nesta. A diferença entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo real, quando apartada sobremaneira da realidade a que lhe empresta, gera distorções no tributo, alterando o seu aspecto material. Daí não ser possível se ter como definitiva a base de cálculo arbitrada por critérios de estimativa (presunção relativa e não absoluta)” (fl. 368)

Nesse sentido, o princípio da praticidade tributária encontra freio nos igualmente normativos princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação do confisco, assim como na arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

Por conseguinte, é papel institucional do Poder Judiciário tutelar situações individuais que desbordem da razoabilidade. No mesmo sentido, argumenta Misabel Derzi:

“O princípio da praticidade, que se utiliza de presunções, tipificações, pautas e plantas de valores, informa a aplicação da lei em massa. Mas ele não pode afastar o Poder Judiciário do cumprimento de seu papel institucional, que é o dever de prover a justiça individual, caso a caso. Na substituição tributária progressiva, por exemplo, em face do contribuinte

**RE 593849 / MG**

que demonstre ter arcado com tributo a maior, seja porque não se realizou o fato gerador futuro, seja porque a base de cálculo foi superestimada pela Administração Tributária, o juiz deve fazer justiça no caso concreto, admitindo sempre tratar dos casos marginais para colher o direito fundamental à tributação de acordo com a capacidade contributiva”. (Ibid., pp. 189-190)

Na qualidade de chave analítica para uma leitura prudencial do §7º do art. 150 da Constituição Federal, torna-se imperativo recorrer à inafastável tensão entre a justiça fiscal (enriquecimento ilícito) e a segurança jurídica (dimensão material do fato gerador).

Em relação à vedação ao enriquecimento ilícito, seja do Estado, seja do contribuinte, a relação jurídico-tributária deve estar constantemente aberta ao factual, porquanto o modo de raciocinar “tipificante” não deve ser intransponível ao pensamento problemático, o qual por muitas vezes se queda mais próximo da justiça fiscal.

Isso porque, segundo Thomas Nagel e Liam Murphy, a moralidade política se manifesta no sistema tributário pelo ideal de justiça, uma vez que o sistema em si deve ser não só eficiente do ponto de vista econômico, mas também se guiar por um valor social, a justiça. Ao fim e ao cabo, de acordo com esses juristas norte-americanos, tem-se que “*a questão da legitimidade política [da matriz tributária] resume-se ao seguinte: dentro de qual estrutura todos nós consideramos moralmente aceitável viver? É a essa questão que se devem aplicar os valores como os da liberdade, responsabilidade, igualdade, eficiência e bem-estar*”. (O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 57)

Nesse panorama, deve-se interpretar o dispositivo constitucional em comento cioso do significado jurídico-político do Estatuto Constitucional dos Contribuintes, como erigido na Seção “Das Limitações do Poder de Tributar”. Noutras palavras, na qualidade de invenção humana voltada a discriminar o público do privado e redistribuir renda e patrimônio, a tributação não pode transformar uma ficção jurídica em uma presunção *juris et de jure*, tal como ocorreria se o fato gerador presumido tivesse

**RE 593849 / MG**

caráter definitivo, logo alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico.

Na esteira do professor Marco Aurélio Greco, a coerência e validade da substituição tributária progressiva remanesce na cláusula de restituição. Em síntese, *“o que justifica a exigência antecipadamente feita é o evento que ocorrerá posteriormente; não ocorrendo este evento o recolhimento perde seu fundamento, sua justificação, e o excesso recolhido deve ser restituído”* (Substituição Tributária: antecipação do fato gerador. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31)

Ao perquirir se tal cláusula também se aplicaria na hipótese da dimensão material do fato gerador presumido não guardar identidade com o que aferido no aspecto temporal da hipótese de incidência, a abalizada doutrina tributarista referida é categórica no sentido de qualificar o excesso como indébito, nos seguintes termos:

*“(...) O sentido do dispositivo constitucional é claramente o de proteger o contribuinte contra exigências maiores do que as que resultam da aplicação do modelo clássico do fato gerador da obrigação tributária. **Não há uma autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido; não se antecipa para arrecadar mais do que o devido.** Portanto, a devolução é de rigor sempre que o fato não se realizar ou, realizando-se, não se der na dimensão originalmente prevista. O excesso tem natureza de uma cobrança indevida, e a Constituição não está legitimando o indébito”* (Ibid., loc. cit., grifos nossos)

Conclui-se, então, que uma interpretação restritiva do §7º do artigo 150 da Carta Constitucional, para fins de legitimar a não restituição do excesso, representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justiça entre Fisco e Contribuinte. Em suma, a restituição do excesso atende ao princípio que veda o enriquecimento

**RE 593849 / MG**

sem causa, tendo em conta a não ocorrência da materialidade presumida do tributo.

Por outro lado, emerge daí a questão da segurança jurídica. Segundo o professor Humberto Ávila, o princípio da segurança jurídica se apresenta como corolário do Estado de Direito, estabelecendo o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público. Nas palavras do tributarista, *“A Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal”*. (Sistema Constitucional Tributário. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308)

Nesse panorama, convém perquirir a relação entre o princípio da segurança jurídica e a dimensão material da hipótese de incidência nos casos de substituição tributária.

A propósito, Marçal Justen Filho articula em seu pensamento doutrinário três requisitos autorizadores da instituição da chamada substituição tributária:

“a) existência de uma situação de poder, por decorrência da qual o destinatário legal tributário esteja subordinado à vontade de outra pessoa;

**b) referir-se essa situação de poder ao gozo, pelo destinatário legal tributário, da situação presuntiva de riqueza estatuída na materialidade da hipótese de incidência da norma autônoma; e**

c) ser essa situação de poder decorrente de circunstâncias alheias a uma norma tributária”. (Sujeição Passiva Tributária. Pará: CEJUP, 1986, p. 275, grifos nossos)

No particular, está em questão a exigência (b) para a autorização legítima da substituição tributária “para frente”. Nesse ponto, colho da obra de Paulo de Barros Carvalho lição esclarecedora na medida em que estabelece as funções da base de cálculo, no seguintes termos:

**RE 593849 / MG**

“Tenho para mim, por isso mesmo, que a base de cálculo é a grandeza presente no elemento quantitativo da relação jurídica tributária, cumprindo papel mensurador e determinativo do valor que deve ser prestado a título de tributo. Isso não impede que, paralelamente, tenha o condão de confirmar, infirmar ou afirmar o elemento material expresso na composição do antecedente da norma individual e concreta. Essas reflexões nos conduzem a ver, na base calculada, três funções nitidamente distintas: a) medir as proporções reais do fato, ou *função mensuradora*; b) compor a específica determinação da dívida, ou *função objetiva*; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o correto elemento material do antecedente normativo, ou *função comparativa* [...] Essas ponderações nos conduzem, também, a perceber a razão pela qual, *havendo discordância entre a hipótese de incidência e a base de cálculo, esta última deva prevalecer*, em face de hospedar aspectos estruturais do fato previsto no antecedente da norma, ao passo que o suposto apenas a ele se refere, muitas vezes até de maneira obscura e imprecisa”. (*Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 8 ed., 2010, pp. 241-243, grifos no original)

À luz dessas conclusões, não nos parece ser outra solução que, de fato, guarde obediência ao princípio da segurança jurídica, senão esta apresentada pelo professor João Eduardo Soares de Melo:

“A descoincidência entre o valor real (efetiva operação realizada entre o substituído e o consumidor) e o valor presumido (anterior situação existente entre substituto e substituído) caracteriza uma base de cálculo fictícia, resultando num ICMS fictício, que não pode prevalecer diante dos princípios da segurança e certeza do crédito tributário, indispensáveis no caso de intromissão patrimonial” (*ICMS: teoria e prática*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 228)

Nesses termos, no âmbito da ADI 1.851, o eminente Ministro Carlos Velloso já havia apontado para a incoerência que ali se formara:

**RE 593849 / MG**

“É dizer, Sr. Presidente, o valor da operação ou da prestação de serviço é o dado básico, fundamental da base de cálculo, que constitui o aspecto material do fato gerador, ou do fato imponible, a sua expressão valorativa. Sem essa expressão valorativa, sem essa dimensão material, não há fato gerador, não há fato imponible. Noutras palavras, o fato gerador se realiza na sua dimensão material, na sua expressão valorativa [...] na substituição tributária ‘para frente’, é assegurada a restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. Ora, se o fato gerador tem, na base de cálculo, a sua expressão valorativa, ou a sua dimensão material, força é convir que o fato gerador se realiza nos termos dessa sua dimensão material, nem mais, nem menos.”

Em síntese, parece-nos claro que da tensão produtiva entre justiça fiscal e segurança jurídica exsurge uma interpretação constitucionalmente adequada do §7º da art. 150 do Constituição Federal no sentido de garantir o direito à restituição, conforme se depreende da cláusula de devolução do excesso.

Com inspiração no arguto parecer da Procuradoria-Geral da República, proponho a fixação da seguinte tese objetiva ao Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição Federal, há o direito à restituição do imposto pago antecipadamente sempre que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente, o que se dá nas hipóteses em que o fato gerador definitivo se realiza de forma distinta daquela tributada na etapa inicial do ciclo produtivo”**.

#### EFETOS JURÍDICOS DA ALTERAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE

No quadro exposto, reconhece-se que a presente proposição representa uma alteração parcial de um precedente desta Corte (*overturning*), qual seja, a ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, sobretudo quanto às argumentações sumarizadas nos seguintes



**RE 593849 / MG**

parágrafos da ementa do referido julgado:

“O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final.

Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação.”

Assim, está-se diante de uma hipótese de reescrita (*overriding*) do precedente. Nas lições do processualista Daniel Mitidiero, “*Há reescrita quando a corte redefine o âmbito de incidência do precedente. O precedente é normalmente reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação. A partir da reescrita algo que não foi considerado na decisão anterior é sopesado e aí o seu alcance é comprimido*”. (*Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108)

Acerca das técnicas de regulação dos efeitos temporais da revogação de precedente, o professor Luiz Guilherme Marinoni assim explana:

“Quando um precedente goza de credibilidade no momento em que é revogado, é possível outorgar efeitos unicamente prospectivos à decisão revogadora, tutelando-se as situações passadas que se aperfeiçoam com base no precedente [...] É possível, ainda, excluir apenas os processos em curso dos efeitos retroativos, admitindo-se que as situações não judicializadas não têm motivo para buscar proteção no precedente revogado”. (*O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 268)

**RE 593849 / MG**

À luz dessas razões, proponho que o precedente que aqui se elabora, a partir da reescritura da ADI 1.851, deva orientar todos litígios judiciais pendentes, por isso submetidos à sistemática da repercussão geral, e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das Administrações Fazendárias dos Estados-membros e do sistema judicial como um todo ao decidido por esta Suprema Corte. Com efeito, tutelam-se as situações passadas que transitaram em julgado ou sequer foram judicializadas, com base no precedente ora parcialmente revogado.

De todo modo, caso a tese jurídica veiculada por este voto reste irmanada pela parcela majoritária do colegiado, anota-se importante inovação legislativa no bojo do art. 927, §3º, do CPC/15, *in verbis*: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

Logo, independentemente do termo inicial da eficácia temporal do novo entendimento jurisprudencial consensualmente adotado por este Tribunal Pleno, deve-se ponderar a aplicação do dispositivo legal precitado à espécie, tendo em vista o interesse social e a segurança jurídica.

**EXAME DO CASO CONCRETO**

Fixada a proposição decisional deste voto, cabe aplicá-la ao caso concreto, isto é, trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por sociedade anônima, que tem como atividades sociais a exploração do negócio de transportador, revendedor, retalhista de querosene, óleo diesel, óleo combustível, graxas e lubrificantes, logo sujeita ao regime de substituição tributária progressiva, nos termos da legislação tributária mineira.

Requer-se, na petição inicial, o direito de lançar em sua escrita fiscal

**RE 593849 / MG**

como créditos pretéritos e vindouros o valor do ICMS recolhido a maior, com a respectiva atualização monetária, ressalvando-se que a Administração Tributária remanesce com a prerrogativa de examinar, quando de sua fiscalização, a correção do procedimento e o acerto da compensação.

Por conseguinte, a pretensão da parte Recorrente merece prosperar.

Cito aos dispositivos da Lei 6.763/1975 do Estado de Minas Gerais que são relevantes ao deslinde da demanda, notadamente seu artigo 22, §§10º e 11º, *in verbis*:

“§ 10. Ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 11 e 11-A deste artigo, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;

2) o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.

§ 11. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor pago por força da substituição tributária, nas seguintes hipóteses:

1) caso não se efetive o fato gerador presumido;”

Ademais, o Regulamento do ICMS de Minas Gerais assim dispõe em seus artigos 21 e 22, na literalidade:

“Art. 21. Ressalvada a situação em que o fato gerador presumido não se realizar, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

I - o contribuinte ou o responsável sujeito ao recolhimento da diferença do tributo;

II - o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para

**RE 593849 / MG**

compensação com débito por saída de outra mercadoria.”

**Art. 22.** Para a restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não se realizou, o contribuinte observará o disposto neste Capítulo.”

Caso adotada a tese proposta, não há outra conclusão possível que não seja a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975 do Estado de Minas Gerais, e 21 do Regulamento do ICMS de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto 43.080/2002, em razão de ofensa ao artigo 150, §7º, da Constituição Federal.

Demais disso, deve-se fixar interpretação conforme à Constituição nas expressões “*não se efetive o fato gerador presumido*” no §11 do art. 22 da Lei estadual e “*a fato gerador presumido que não se realizou*” no artigo 22 do Regulamento do ICMS.

Por fim, convém assentar que o pleito da parte Recorrente no que se refere ao lapso prescricional de 10 (dez) anos não encontra respaldo na jurisprudência do STF, haja vista que esta demanda foi ajuizada em data posterior ao marco inicial para a aplicação do novo prazo prescricional de 5 anos, consoante ao disposto na Lei Complementar 118/2005.

Confira-se, a propósito, a ementa do RE-RG 566.621, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 11.10.2011:

“DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos

**RE 593849 / MG**

arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. **Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.**” (grifos

**RE 593849 / MG**

nossos)

Em síntese, o prazo prescricional a ser adotado consiste em 5 (cinco) anos, nos termos da legislação tributária vigente.

#### DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se dá provimento, para reformar o acórdão recorrido e afirmar o direito da parte Recorrente em lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado de Minas Gerais e respeitado o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto na LC 118/05.

Na qualidade de prejudicial, declaro a inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais.

Ademais, fixo interpretação conforme à Constituição nas expressões “*não se efetive o fato gerador presumido*” no §11 do art. 22 da Lei estadual e “*fato gerador presumido que não se realizou*” no artigo 22 do Regulamento do ICMS, para que essas sejam entendidas em consonância à tese objetiva deste Tema de repercussão geral.

Condeno a parte Recorrida ao pagamento das despesas processuais, à luz da legislação processual regente ao tempo da interposição do recurso extraordinário

Fica a parte vencida desonerada do pagamento de honorários advocatícios, conforme o enunciado da Súmula 512 do STF e o art. 25 da Lei 12.016/2009.

Submeto à deliberação do Tribunal Pleno desta Corte, ao final, a tese jurídica proposta neste voto em decorrência da imperatividade legal de elaboração de súmula de julgamento em sede de repercussão geral: “ **De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição Federal, há direito à restituição do imposto pago antecipadamente sempre que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente, o que se dá nas hipóteses em que o fato gerador definitivo se realiza de forma distinta**

**RE 593849 / MG**

**daquela tributada na etapa inicial do ciclo produtivo.”**

É como voto.

13/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, veja, como segundo a votar, eu vou votar no recurso extraordinário com repercussão geral. Evidentemente, a minha posição no recurso extraordinário com repercussão geral será a mesma da minha posição nas ADIs. Porém, se, no recurso extraordinário com repercussão geral não prevalecer a minha posição, eu não cometeria o que consideraria a impropriedade de decidir as ações declaratórias de constitucionalidade em sentido divergente. De modo que, em rigor, eu vou votar - esta é a minha posição -, porém, em relação às ADCs, se o Plenário entender divergentemente da minha opinião, eu me alinharei à maioria do Plenário.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

RECTE.(S) : PARATI PETRÓLEO LTDA

ADV.(A/S) : ROGÉRIO ANDRADE MIRANDA (38460/MG) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : INSTITUTO PARA DESENVOLVIMENTO DO VAREJO - IDV

ADV.(A/S) : MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES (DF020389/) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

AM. CURIAE. : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

AM. CURIAE. : ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

AM. CURIAE. : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

AM. CURIAE. : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que conhecia do recurso extraordinário e a este dava provimento, nos termos de seu voto, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Falaram: pelo requerido Estado de Minas Gerais, a Dra. Fabíola P. Ludwig Peres; pelos Estados admitidos como *amici curiae*, o Dr. Sergio Augusto Santana Silva, Procurador-Geral de Pernambuco; pela

União, o Dr. José Péricles Pereira de Sousa, Procurador da Fazenda Nacional; pelo *amicus curiae* Instituto para Desenvolvimento do Varejo - IDV, a Dra. Glaucia Maria Lauletta Frascino, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 13.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

19/10/2016

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Senhora Presidente, o meu voto, na verdade, é um pacote completo, portanto, ele se estende às duas ADI's - quando Vossa Excelência apregoar -, mas há uma sutileza especialmente em relação à modulação de efeitos temporais que, a meu ver, varia significativamente de um caso para o outro.

Começo pelo Recurso Extraordinário 593.849. A questão em discussão no recurso extraordinário e nas duas ações diretas de inconstitucionalidade envolve a aplicação da técnica da Substituição Tributária Progressiva, ou "para frente", em matéria de Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - a vantagem do deslocamento para a data de hoje é que tive tempo de ser breve; portanto, farei um voto bastante breve e procurarei simplificar ao máximo a questão.

O Direito Tributário, às vezes, é tratado, Ministro Fux, como um culto esotérico apenas para os iniciados. Eu, no entanto, entendo que todo problema pode ser enunciado de uma forma simples; às vezes, a solução é complexa. O Ministro Gilmar gosta de citar uma passagem do ex-Ministro Pedro Malan de que "*para todo problema complexo, existe uma solução simples e errada*". A solução pode ser complexa, mas o problema tem que ser enunciado de uma forma simples. Assim, eu gostaria de enunciar-lo de uma forma bem simples.

A técnica de Substituição Tributária Progressiva ou "para frente", ela se dá quando a lei atribui a um determinado contribuinte a obrigação de antecipar o pagamento que será devido na operação seguinte por outro sujeito passivo. Logo, apesar do nome complexo, o fato em si é simples; é uma antecipação do pagamento do tributo. Dessa forma, você atribui ao elo anterior, na cadeia de circulação, o ônus de recolher este tributo. E o exemplo típico, nesta matéria, é a hipótese da montadora de veículos e a sua venda para a concessionária. A montadora de veículos paga o seu

**RE 593849 / MG**

imposto devido pela sua saída da mercadoria do seu estabelecimento e paga antecipadamente o imposto que será devido pela concessionária na operação subsequente de venda ao consumidor final. Portanto, o que a lei faz é presumir que a operação posterior, subsequente, vai acontecer. Ela presume a ocorrência do fato gerador seguinte e a dimensão econômica do fato gerador seguinte. O que pode acontecer? O fator gerador presumido pode não ocorrer, ou o fato gerador presumido pode ocorrer por um valor, por uma dimensão econômica inferior a que foi presumida. Devo antecipar, Presidente, que estou dispondo brevemente a minha fundamentação, mas em essência eu vou acompanhar a posição do Ministro Luiz Edson Fachin. Como é que a Constituição lida com essa matéria? O § 7º do art. 150 diz:

"Art. 150.....

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido."

Há um precedente do Supremo, firmado na ADI 1.851, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão e julgado em 2013, no sentido de que a devolução só deve ocorrer se o fato gerador não vier a acontecer. Portanto, a jurisprudência do Supremo é somente a devolução do imposto recolhido anteriormente se o fato gerador não acontecer. Dessa maneira o que se decidirá aqui é se esse precedente do Supremo deve subsistir ou deve ser superado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte, apenas pela oportunidade da colocação da matéria?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com muito prazer, Ministro Marco Aurélio.

**RE 593849 / MG**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Naquele precedente, e mesmo assim fiquei vencido na companhia honrosa de outros integrantes do Tribunal, a lei alagoana dava opção ao contribuinte quanto ao regime, o que não ocorre na espécie.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E já adianto a minha posição, Ministro Marco Aurélio, que acompanha a dissidência de Vossa Excelência e o voto do Ministro Luiz Edson Fachin, que, havendo possibilidade de se apurar qual foi a operação real, não há legitimidade em se tributar por valor presumido. E penso - vi essa decisão a que se referiu o Ministro Marco Aurélio - que a lógica subjacente àquela decisão é de que o estágio em que a fiscalização se encontrava dificultava, sobremaneira, a fiscalização do valor da dimensão econômica da efetiva operação. Portanto, foi uma medida pragmática para se evitar tanto a sonegação quanto um ônus excessivo nessa fiscalização. Agora, os recursos de fiscalização, técnica de fiscalização evolui muito nos últimos doze, quinze anos de lá para cá. Portanto, já não é mais tão árduo assim verificar a operação real. Tanto não é que diversos estados da federação já passaram a prever a restituição do imposto pago a maior na hipótese da operação subsequente ter dimensão econômica inferior. Os dois casos que estão na pauta, que a Presidente vai apregoar logo adiante, envolvem leis do Estado de São Paulo e do Estado de Pernambuco que exatamente fazem isso. Portanto, se a lei estadual prevê essa possibilidade, é porque não é impossível ou impraticável essa determinação.

De modo que eu penso que violaria o princípio constitucional da capacidade contributiva, em primeiro lugar, tributar-se a maior, quando é perfeitamente possível utilizar a base de cálculo do valor efetivo da operação. Portanto, uma coisa é você não poder fazer diferente, que foi a lógica de 2003, outra é você, por comodidade ou voracidade, cobrar a mais do que a operação real.

E, além de violar o princípio da capacidade contributiva na sua dimensão objetiva, acho que há igualmente um problema da violação da

**RE 593849 / MG**

razoabilidade na sua dimensão de congruência. Quer dizer, as normas são concebidas em função de determinadas realidades materiais e destinadas a realizar determinados fins. Se a realidade material prevista na norma não ocorre ou não é efetiva, você viola a razoabilidade porque você está aplicando a uma realidade diferente uma lógica que foi concebida para a situação diversa. Portanto, a ideia de congruência significa que você não aplica uma norma em dissonância com a realidade fática sobre a qual ela deve incidir. Ou, para dizer de uma forma um pouco mais sofisticada, a congruência impõe uma relação harmônica entre a norma e as condições externas da sua aplicação.

De modo que eu consideraria que viola tanto a capacidade contributiva quanto a razoabilidade o Poder Público, tendo a base de cálculo efetiva e real, tributar presumidamente a maior numa determinada operação. Por esses fundamentos, estou acompanhando a conclusão do Ministro Luiz Edson Fachin.

No tocante à modulação, em seguida vou enunciar a síntese da minha ideia, Presidente, que valerá para este caso e também para as ADIs. Apenas na ADI, quando Vossa Excelência apregoar, eu acho que a questão da modulação deve ser tratada de maneira diferente, até porque são ações declaratórias de constitucionalidade. Mas aqui eu entendo - e entendo de longa data, muito antes de entrar no Supremo - que, em matéria tributária, mudança de jurisprudência consolidada equivale à criação de um novo tributo. Acho isso doutrinariamente, quer dizer, hoje em dia, o Direito vive sob a premissa de que a norma é a norma interpretada. Você tem um relato abstrato no livro, você tem a realidade fática e você tem um tribunal que pronuncia o sentido da norma aplicável às situações concretas. Esta é verdadeiramente a norma. De modo que mudar uma interpretação consolidada, em matéria tributária, que vigore há mais de dez anos, como é o caso aqui, eu entendo que corresponda a uma mudança da norma tributária. E conseqüentemente, como regra geral, se impõe a modulação.

O que há de sutil aqui, Presidente, é que geralmente se concebe um pouco a modulação como uma proteção ao contribuinte para que ele não

**RE 593849 / MG**

seja surpreendido com uma mudança e muitas vezes tenha que pagar retroativamente. Como regra geral, os direitos fundamentais são titularizados mesmo pelo cidadão e não pelo Poder Público. Mas aqui, embora a não retroação milite em favor do Estado, para que ele não tenha que repetir valores de cinco anos para trás, eu acho que aqui **o que está em jogo é a segurança jurídica**. E a segurança jurídica decorre do Estado de Direito, além de eventualmente ser um direito fundamental. Portanto, eu não veria razão para se excluir o Poder Público desta lógica da modulação de ele, tendo seguido a jurisprudência do Supremo por mais de dez anos, ter que restituir o que recebeu anteriormente.

De modo que também aqui, Presidente, por esses fundamentos, eu estou aderindo à posição de modulação. Aqui há uma sutileza que eu gostaria de explicitar, quer dizer, a decisão que nós estamos produzindo aqui, evidentemente, vale para este caso. E acho que ela vale para todos os casos que tenham sido ajuizados. Portanto, nós estamos modulando para dizer que o novo entendimento não vale para o que já transitou em julgado e para o que não tenha sido ajuizado, mas, para quem ajuizou, eu acho que deve prevalecer a jurisprudência.

Espero que tenha sido claro, nós estamos modulando, quer dizer, essa decisão vale daqui para frente, salvo para quem ajuizou ações pedindo isso, excluídas as ações que não foram ajuizadas e excluídas as que já foram decididas com trânsito em julgado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Apenas para dar notícia, Ministro, há, pelo menos nas nossas anotações, confirmados - porque nunca temos esses dados muito certos - 1.380 processos sobrestados nos tribunais. E, repito, estou tentando com os tribunais saber a respeito de cada qual das matérias em repercussão geral, quantos casos nós temos sobrestados. E neste especificamente, embora seja um número não tão certinho, mas notificados ao Tribunal, portanto, são quase 1.500 processos sobrestados, além daqueles que estão ainda por aí nos tribunais e não foram comunicados ao Supremo Tribunal nesse pedido que fiz, mas é um número considerável de casos que vamos

**RE 593849 / MG**

resolver hoje.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Nenhuma dúvida, para não haver uma corrida ao Judiciário.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Mas é ótimo esse esclarecimento de Vossa Excelência, para não haver essa corrida, o que já é comum no Supremo, em várias decisões, na linha do que o Ministro Pertence já afirmava quando Ministro, ou seja, todas as vezes que mudamos, precisamos comunicar que houve a mudança, para a segurança de todos, e não abrir ensanchas a que, daqui para frente, todo mundo acorra tentando obter julgados segundo o que foi modificado. Então acho que o esclarecimento é perfeitamente bem-vindo.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Obrigado. Portanto eu estou propondo, Presidente, para este processo e para as duas ADI's, neste processo em linha de convergência com a posição do Ministro Fachin, a seguinte tese: É devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais, no regime de substituição tributária para frente, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

E apenas para adiantar a minha posição em relação à ADI - porque aí bastará que eu a reproduza -, estou modulando aqui na repercussão geral, mas não estou modulando nas ADI's, porque, na ADI, o Estado de São Paulo previu a restituição no caso de pagamento a maior, o Estado de Pernambuco previu a restituição no caso de pagamento a maior. Portanto as leis, nos casos de Pernambuco e de São Paulo, já dão, e eu não posso declarar a constitucionalidade da lei e modular os efeitos, ali não haveria sentido. Mas a modulação que aqui está sendo feita na repercussão geral aproveita a todos os estados que não tenham lei, porque senão seria uma aplicação retroativa da tese que nós estamos firmando.

Presidente, eu tornei uma longa discussão tão curta quanto pude, mas essas são as minhas ideias centrais. Em última análise, nós estamos alterando - o meu voto alinhado com o do Ministro Luiz Edson Fachin - o



**RE 593849 / MG**

precedente que havia sido firmado na ADI 1.851, de 2003, pela razão relevante de que houve mudança na situação fática e na situação normativa. Mudança na situação normativa porque diversos estados passaram a ter leis permitindo essa restituição e mudança na situação fática porque, anteriormente, não era possível à fiscalização constatar essa diferença na dimensão econômica e, hoje em dia, já é possível.

Assim sendo, Presidente, estou acompanhando o Ministro Fachin, a minha enunciação de tese, embora em linguagem um pouco diferente, corresponde à de Sua Excelência, e estou votando no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhora Presidente, esta não é uma questão tão simples como colocou o Ministro Barroso. Aliás, tenho uma posição que, para mim, é simples, mas que é exatamente no sentido contrário. De modo que temos aqui duas simplicidades que, na verdade, geraram uma enorme discussão, tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial. Aliás, a votação nas ADIs mostra isso, temos lá cinco votos em favor de cada uma das teses. Agora, com o voto do Ministro Barroso, aparentemente a questão estaria definida em sentido contrário à antiga ADI 1.851. Mas eu penso, Senhora Presidente, que se deve manter a jurisprudência do Tribunal estabelecida na ADI 1.851, justamente por conta dessa grande divergência que se gera em torno do assunto.

19/10/2016

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

## VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI: 1. O ideal, nesse domínio de imposição tributária, seria que a base de cálculo, em todas as operações, correspondesse exatamente ao valor da operação, no exato momento em que ela ocorresse, e que nesse momento se exigisse do contribuinte a satisfação da exação. Em outras palavras: o ideal seria que não houvesse o fenômeno da chamada “substituição tributária progressiva” ou “para frente”.

2. Todavia, por opção do próprio legislador constituinte (EC 03/93), preocupado originalmente em evitar a guerra fiscal entre Estados, mas também em razões de praticidade e eficiência na arrecadação do tributo, foi introduzido o § 7º do art. 150 da CF, que certamente representa um modelo específico, e como tal deve ser interpretado e aplicado, mesmo que não atenda à perfeição o modelo idealizado.

Sobre esse novo modelo, reproduzo, no particular, voto do Min. Ilmar Galvão, proferido na ADI 1851:

“Na **substituição tributária regressiva**, ou para trás, esse ressarcimento opera abatendo-se do preço a ser pago ao fornecedor do produto tributado o valor corresponde ao tributo devido, que deve ser calculado tomando-se por base o valor da operação, conforme previsto no art. 8.º, I, da LC n.º 87/96.

Trata-se de medida que se mostra adequada às hipóteses de operações efetuadas por um número consideravelmente grande de fornecedores, tendo por objeto, de ordinário, produtos primários, de origem agro-pecuária, como leite, cana-de-açúcar, laranja, látex, etc., fornecidos a indústrias de transformação.

Graças ao instituto da substituição, o tributo, em vez de ser exigido de centenas ou de milhares de produtores, é

**RE 593849 / MG**

recolhido por um só contribuinte, possibilitando uma fiscalização mais simples e eficaz, capaz de evitar a sonegação. Tem por efeito o diferimento do imposto, calculado em razão de pressuposto material já verificado.

O substituído, aí, é geralmente aquele que não é inscrito como contribuinte, que não mantém escrita contábil relativa ao ICMS, o qual, por isso mesmo, não tem como compensar o imposto, que é deduzido do preço dos bens vendidos, com os créditos relativos a insumos incorporados ao processo produtivo. Arca ele, portanto, com o tributo relativo à entrada dos insumos e com o devido pela saída dos bens produzidos.

Justamente diante dessa evidência é que a substituição tributária regressiva é de ser considerada como uma opção para aqueles contribuintes capazes de manter registro regular de seu movimento operacional e, conseqüentemente, de efetuar a compensação débitos/créditos, própria do ICMS, que suavizará sua carga tributária.

A **substituição progressiva**, ou para frente, que alguns acham ser instituição recente, posto prevista em nossa legislação pelo menos desde 1968 — — — repita-se — — contrariamente à regressiva, tem por contribuintes substituídos, por sua vez, uma infinidade de revendedores do produto, circunstância que dificultaria e oneraria, de maneira acentuada, a fiscalização. Sua prática impede a sonegação sem prejudicar a garantia do crédito tributário, visto que o tributo pelas operações subseqüentes, até a transferência da mercadoria ao consumidor final, é recolhido sobre o valor agregado.

Nessa espécie, em vez do **diferimento**, o que ocorre é a **antecipação** do fato gerador e, conseqüentemente, do tributo, que é calculado sobre uma base de cálculo estimada.”

A base de cálculo, nessa forma de substituição tributária, já não será “o valor da prestação ou da operação” (art. 8º, I, da LC 87/1996), como ocorre em operações ou prestações concomitantes ou antecedentes. Será, sim, o valor a ser fixado segundo os critérios estabelecidos no inciso II do art. 8º da LC 87/1996. E o será, portanto, definitivamente, como decidiu o STF na

**RE 593849 / MG**

ADI 1851. Se provisório fosse, ele exigiria a indispensabilidade da verificação de todas as operações individualmente, seja para retribuir o que fosse pago a mais, seja para permitir ao fisco exigir diferenças por recolhimento a menor. Em outras palavras: seria voltar ao sistema tradicional, negando qualquer consequência prática ao instituto da substituição tributária progressiva, que tem assento constitucional.

Esta percepção foi traduzida com absoluta lucidez pelo Min. Ilmar Galvão, no voto condutor da ADI 1851, em que Sua Excelência pontificou o seguinte:

*“O que se tem, na antecipação da ocorrência do fato gerador, no dizer de Sampaio Doria (em discurso acerca do imposto sobre a transmissão inter vivos de bens imóveis, in Da Lei Tributária no Tempo, 1968, p. 205) é opção válida do legislador que não faz nascer o imposto de formalidade oca de significado substancial, nem de ato vazio de conteúdo econômico .*

O fato gerador do ICMS e a respectiva base de cálculo, em regime de substituição tributária, de outra parte, conquanto presumidos, não se revestem de caráter de provisoriedade, sendo de ser considerados definitivos, salvo se, eventualmente, não vier a realizar-se o fato gerador presumido. Assim, não há falar em tributo pago a maior, ou a menor, em face do preço pago pelo consumidor final do produto ou do serviço, para fim de compensação ou ressarcimento, quer de parte do Fisco, quer de parte do contribuinte substituído. Se a base de cálculo é previamente definida em lei, não resta nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade.

Por isso mesmo, a salvaguarda estabelecida na Constituição em favor deste último, representada pela imediata e preferencial restituição do valor do imposto pago (o qual, na conformidade do art. 10, § 1.º, da LC 87/96, deverá ocorrer em noventa dias, sob pena de creditamento do respectivo valor, devidamente atualizado, em sua escrita fiscal) é restrita à hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido.

Admitir o contrário, valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva, visto que

**RE 593849 / MG**

implicaria, no que concerne ao ICMS, o retorno ao regime de apuração mensal do tributo e, conseqüentemente, o abandono de um instrumento de caráter eminentemente prático, porque capaz de viabilizar a tributação de setores de difícil fiscalização e arrecadação. Na verdade, visa o instituto evitar, como já acentuado, a necessidade de fiscalização de um sem-número de contribuintes, centralizando a máquina-fiscal do Estado num universo consideravelmente menor, e com acentuada redução do custo operacional e conseqüente diminuição da evasão fiscal. Em suma, propicia ele maior comodidade, economia, eficiência e celeridade na atividade estatal ligada à imposição tributária.

Não seria, realmente, de admitir que, diante desses efeitos práticos, decisivos para a adoção da substituição tributária, viesse o legislador a criar mecanismo capaz de inviabilizar a utilização do valioso instituto, como a compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação, determinando o retorno da apuração mensal do tributo, prática que justamente teve por escopo obviar.”

Suas ponderações encontraram eco, ainda, nas manifestações dos Ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves e Sydney Sanches, que se pronunciaram nos seguintes termos:

Min. Sepúlveda Pertence:

“A Constituição autorizou, com a chamada “substituição tributária para frente”, tomar como fato gerador um fato presumido. É claro que com sua dimensão material igualmente presumida. É claro, também, que esta presunção não pode ser arbitrária, mas isso não se discute. Se ela é arrazoada, a minha leitura do § 7º do art. 150 da Constituição Federal é que aquele fato, antecipadamente levado em consideração, os seus efeitos se tornem definitivos com a única ressalva constitucional de não vir a ocorrer o fato previsto.

Falou-se muito, aqui, na máxima eficácia dos dispositivos constitucionais, mas que é regra hermenêutica de mão dupla.

**RE 593849 / MG**

A Emenda Constitucional 03/93, de que resultou o § 7º do art. 150, veio para dar ao fisco um mecanismo eficaz para determinado tipo de circulação econômica e fez a ressalva. Agora, se esta ressalva é interpretada de modo a inviabilizar o instrumento fiscal que se autorizou, a meu ver, o que se está é negando a efetividade no sentido principal.”

Min. Sydney Sanches:

“Sr. Presidente, bem ou mal, o § 7º do art. 150 da C. F. constitucionalizou a substituição tributária, que a antiga legislação infraconstitucional permitia e que nunca foi declarada inconstitucional por esta Corte. E o fez de modo a só assegurar a restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Chegou a essa solução, pela praticidade que a substituição viabiliza, no que concerne à arrecadação.

Se se entender que, tanto a complementação quanto a restituição, decorrente do valor da operação subsequente, devem ser contempladas, então estará esvaziado o próprio instituto da substituição, em seus razoáveis objetivos.

E não se deve interpretar qualquer norma jurídica, sobretudo de índole constitucional, que a esvazie ou a torne inócua.

Peço vênia, pois, para acompanhar o voto do eminente Relator.”

Min. Moreira Alves:

“Sr. Presidente, esse sistema foi criado justamente para permitir que não houvesse sonegação, afastando-se a dificuldade, praticamente intransponível, de fiscalização nesses casos.

Por que o Poder Constituinte Derivado, que estabeleceu que o fato gerador seria presumido mas admitiu que a presunção cederia diante da realidade, na hipótese de o fato

**RE 593849 / MG**

presumido não se realizar, e, nesse caso, determinou que houvesse a restituição da quantia paga, não foi além e não declarou também, se o valor recolhido com base na presunção, fosse, na realidade, maior ou menor, que deveria haver ou a complementação dele ou a restituição do pago a maior? Essa distinção se explica, a meu ver, porque, ou o sistema é assim, ou, se ele deixar de ser dessa maneira, o texto constitucional será inócuo, e isso em razão de que se essa questão fica a depender da fiscalização, não haveria explicação para fazer-se, a respeito, uma Emenda Constitucional, pela falta de finalidade de instituto dessa natureza.

Assim, Sr. Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente relator.”

3. O fato gerador presumido, de outra parte, não está “alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico”. Pelo contrário, na fixação de sua dimensão econômica, o fisco está submetido a critérios objetivos, inteiramente relacionados à realidade, a saber: LC 87/1996, art. 8º, §§ 3º e 4º.

É claro que nem sempre haverá perfeita coincidência entre o valor presumido e o valor efetivamente realizado. Mas – ressalvadas as óbvias situações de excessos injustificáveis e desarrazoados – é condição inerente ao sistema de substituição tributária progressiva (art. 150, § 7º, da CF).

4. Ante o exposto, com a devida vênia às manifestações até aqui proferidas, voto para manter o sentido que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem conferido à cláusula do art. 150, § 7º, da CF, pelo que nego provimento ao recurso extraordinário. É o voto.



19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**INCIDÊNCIAS AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu gostaria de salientar que essa lei a que está se declarando a inconstitucionalidade pelo voto do Ministro-Relator, a Lei 6.763 de Minas, no § 10, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Relator, consagra exatamente essa forma - vamos chamar assim - "pura" da substituição tributária. Ele diz assim:

"(...) o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

1. o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;
2. o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria."

Se nós dissermos que o valor fixado na substituição tributária progressiva é provisório, ele iria permitir qualquer dessas duas alternativas: seja o contribuinte pedir a restituição, seja o fisco cobrar a diferença - é o que está na lei. Por isso, a lei mineira disse exatamente isso: "Olha, nós estamos criando aqui um regime de substituição tributária; o valor presumido é um valor definitivo" - e mais adiante eu vou voltar ao assunto. Portanto, não se vai permitir nem que o Estado seja obrigado a devolver, nem que o Fisco possa cobrar a diferença, caso, no futuro, a operação final venha a ser diferente. De modo que, até pela posição dos votos antecedentes, seria importante que se esclarecesse como ficaria a posição do Fisco nessa história: se o Fisco também poderia, eventualmente, cobrar a diferença.

19/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

ESCLARECIMENTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Só para pontuar, Presidente, brevemente. Primeiro ponto de convergência entre a minha posição e a do Ministro Teori: nós ambos achamos que as leis estaduais de São Paulo e de Pernambuco são constitucionais. Portanto, em relação às ADIs, a nossa posição é certamente convergente.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Quero esclarecer que eu fiz essa observação em *obiter dictum*, já que eu não voto nessas ADIs.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não, não. Não pelo voto, mas digo pelo ponto de convergência.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - O Ministro pontua a convergência na ideia.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Isso. Então, Sua Excelência entende que os estados podem instituir o sistema da substituição progressiva, podem não instituir, porque a Constituição claramente dá uma faculdade, ou podem instituir de uma forma mais moderada - se pode um extremo ou outro, pode a meio caminho. Desse modo, a nossa divergência não é se os estados podem ou não podem. A nossa divergência essencial é que Sua Excelência considera que a presunção é definitiva e eu considero - e o Ministro Fachin vai falar por si, mas penso que também - que, havendo possibilidade de se apurar a operação real, é ela que deve prevalecer e não a presunção.

Portanto, a lógica do meu voto é: se é possível apurar - e tanto é possível que os estados instituíram leis permitindo a restituição da diferença -, então, se é possível apurar o que é real, eu acho que não se deve trabalhar com uma presunção definitiva. E outro ponto de convergência - porque esse é de divergência -, é que eu acho que venta lá, venta cá. Portanto, se é operação real, se a operação subsequente for em dimensão econômica superior à da presunção, o fisco pode cobrar a diferença também. Portanto, a lógica de ser o valor real da operação e não

**RE 593849 / MG**

o presumido, pode favorecer o contribuinte ou pode, eventualmente, desfavorecer o contribuinte.

Portanto, nós estamos de acordo que o estado pode; estamos em desacordo quanto à presunção ser definitiva ou não definitiva. Acho que essa é a situação posta de uma forma bem simples.

Obrigado, Presidente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Antes de passar a palavra ao eminente Relator, acho que poderia ser resumido assim: o sistema estabelecido legalmente, a partir da Emenda Constitucional n. 3, é de que há possibilidade dessa substituição progressiva firmada sobre uma base que é presumida. Essa presunção, para o Ministro Teori e na esteira da jurisprudência do Supremo, que é a decisão do tribunal de origem, do tribunal mineiro, firmou-se no sentido de que, presumido, paga-se, e não se há de cobrar do fisco eventual diferença do que foi realizado. E, para Vossa Excelência, como para o Ministro-Relator, se, a despeito dessa presunção, se comprovar que há diferença, essa diferença poderá ser objeto de restituição. É isso?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Exato. E, Presidente, uma observação. O parágrafo 7º fala que se o fato gerador não ocorrer, cabe a restituição.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Mas essa parte está no voto do Ministro Ilmar Galvão e está na adin 1.851.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Certo. Se o fato gerador não ocorrer, cabe a restituição. O que eu considero - e o Ministro Teori considera diferentemente - é que fato gerador a menor significa que ele não está ocorrendo em toda a extensão, quer dizer, há uma parte em que ele não ocorreu.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Está ocorrendo da forma prevista.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Veja, Ministro, Vossa Excelência, claro, parte desse pressuposto de que não ocorreu inteiramente, porque parte do pressuposto de que a base de cálculo deve ser pelo valor real. Se nós dissermos que a base de cálculo é pelo valor

**RE 593849 / MG**

presumido, ela ocorreu inteiramente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Então, não há presunção.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Voltamos à divergência anterior. Está bem assim.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - O problema sempre é o mesmo. O problema é saber se a palavra "presumido", que a Constituição fala, é provisório ou definitivo. É só isso.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - É, exatamente.

Ouvimos o Ministro-Relator, Ministro Edson Fachin com a palavra.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**RELATOR** : **MIN. EDSON FACHIN**  
**RECTE.(S)** : **PARATI PETRÓLEO LTDA**  
**ADV.(A/S)** : **ROGÉRIO ANDRADE MIRANDA E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO PARA DESENVOLVIMENTO DO VAREJO - IDV**  
**ADV.(A/S)** : **MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **DISTRITO FEDERAL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO ACRE**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO PIAUÍ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE RONDÔNIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DA BAHIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE RORAIMA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO AMAPÁ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**RE 593849 / MG**

**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**AM. CURIAE.** : UNIÃO  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE PERNAMBUCO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

**OBSERVAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Senhora Presidente, em boa parte, a intervenção do Ministro Barroso já contemplou algumas observações que eu faria. Vou apenas pontuar três outros aspectos, pedindo todas as vênias ao Ministro Teori, reiterando meu entendimento de que essa diretriz de chancelar como definitiva a estimativa desse cálculo é uma espécie de selo que envelopa o enriquecimento ilícito, e isso não tem assento constitucional. A Constituição não autoriza cobrar a mais tributo em face da sua exigibilidade.

Portanto, o próprio sentido do parágrafo 7º do art. 150, quando se refere ao fato gerador que não vai ocorrer, há, no fato gerador - ainda que seja um debate doutrinário - uma dimensão material, em que, essa dimensão material, não se verificando, de algum modo, é possível extrair desse próprio comando constitucional que não se pode chancelar um enriquecimento sem causa, quer seja do Estado, quer seja do contribuinte. Nisso, o estímulo de reflexão que o Ministro Teori fez, e que recebeu manifestação do Ministro Barroso, tem também a mim na mesma direção. Aqui há uma razão simétrica, não há enriquecimento ilícito a ser preservado nem aqui, nem acolá; nem da parte do fisco, nem da parte do contribuinte.

Portanto, especialmente num país em que a carga tributária não é pequena, uma discussão que aguarda uma decisão do Supremo Tribunal

**RE 593849 / MG**

Federal há treze anos - essas ações diretas de inconstitucionalidade estão postas, desde 2003, aguardando um desfecho -, e nós, por uma força inercial de que, como há divergência, então, por conta disso, vamos manter um entendimento que, com todas as vênias, no meu modo de ver, se choca com o texto constitucional. E texto no sentido da percepção não apenas normativa da subsunção da norma ao fato, mas texto como literalidade da Constituição, porque a Emenda Constitucional 3 autoriza a restituição.

Nessa medida, então, Senhora Presidente, eu obviamente peço todas as vênias para não me confortar nesses argumentos, que são relevantes - da praticidade, da comodidade, da economicidade, da eficiência -, mas arrecadar sem fiscalizar, no Estado Democrático de Direito, não me parece que seja uma prerrogativa, e, sim, um privilégio que coloca, em segundo plano, o Estado Constitucional dos contribuintes.

É nessa medida que, como já disse, peço todas as vênias ao Ministro Teori para entender que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851, ao se reputar definitiva esta percepção daquela base de cálculo, adotou-se um dado entendimento que, aqui, a nossa proposição é de uma revisão parcial, para dizer que também está no sentido do parágrafo 7º do artigo 150 a dimensão segundo a qual esse delta diferencial cobrado a mais não realiza a dimensão material geradora do fato; logo, o fato gerador sequer há. E isto, em meu modo de ver, é possível e quiçá necessário que se afirme.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**RELATOR** : **MIN. EDSON FACHIN**  
**RECTE.(S)** : **PARATI PETRÓLEO LTDA**  
**ADV.(A/S)** : **ROGÉRIO ANDRADE MIRANDA E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO PARA DESENVOLVIMENTO DO VAREJO - IDV**  
**ADV.(A/S)** : **MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **DISTRITO FEDERAL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO ACRE**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO PIAUÍ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE RONDÔNIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DA BAHIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE RORAIMA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO AMAPÁ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**



**RE 593849 / MG**

**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**AM. CURIAE.** : UNIÃO  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AM. CURIAE.** : ESTADO DE PERNAMBUCO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

### OBSERVAÇÃO

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhora Presidente, eu vou pedir licença para, em função da observação do Ministro Fachin, reafirmar a posição para dizer que, aqui, a questão não se trata, no meu entender, de enriquecimento ilícito.

Em primeiro lugar, quero dizer que essa questão foi decidida pelo Supremo há muito tempo. Essas ADI's simplesmente renovaram, e renovaram porque alguns estados criaram essa forma de substituição tributária heterogênea - que eu chamei, aqui, de heterogênea -, de fazer uma substituição tributária e permitir que se restituísse eventual diferença. Esses estados não falam em cobrar diferença se a operação for por valor maior do que a presumida, por isso que é uma substituição tributária heterogênea.

No meu entender, essa fórmula não é propriamente uma incompatibilidade com a Constituição. Mas a questão, se se colocasse a questão sob o ângulo do enriquecimento ilícito, nós voltaríamos a uma outra questão, que já foi decidida pelo Supremo há mais tempo ainda, que é a própria constitucionalidade do regime de substituição tributária. Isso, o Supremo decidiu, no Recurso Extraordinário 213.396, afirmando que é constitucional essa forma de calcular o fato gerador, por um valor presumido, que não significa - isso é importante - um valor arbitrário. Isso não é novidade no nosso sistema. Há muitas hipóteses em que o valor, a base de cálculo do tributo não corresponde exatamente ao valor

**RE 593849 / MG**

da operação efetivamente realizada. O Supremo já considerou que essa forma é constitucional. De modo que, se nós formos permitir - e volto a repetir: esse, no meu entender, é o principal fundamento -, se nós formos considerar que aquele lançamento do tributo, aquela cobrança do tributo com base no artigo 150, parágrafo 7º, é provisória, e não definitiva, nós simplesmente estaremos tirando toda a substância da própria inovação constitucional.

Por isso, eu penso que essas são razões suficientes para que se mantenha a jurisprudência do Supremo consagrada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhora Presidente, o tema parece que não é simples, é muito complexo, porque trouxe todas essas sustentações absolutamente consistentes, assim como nós assistimos sustentações orais que muito contribuíram para a reflexão e o debate, não bastasse a circunstância de termos duas ADIs literalmente com um empate.

Eu fiz a leitura do art. 150, § 7º, da Constituição Federal, embora aqui tenha sempre prestigiado os precedentes da Corte – no caso é um precedente, na ADI 1.851, sob a relatoria do eminente Ministro Ilmar Galvão –, concludo na mesma linha, e pedindo toda a vênua às compreensões contrárias, da divergência.

Faço a leitura do texto, Presidente, embora de todos conhecido. Art. 150, § 7º, da Constituição Federal:

“Art. 150. [...]

§ 7º – A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente [...]”

Até aqui, constitucionalização, pelo constituinte derivado, do instituto da substituição tributária, que já existia na legislação infra, como já foi amplamente destacado.

Continua o texto constitucional:

“[...] assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

E aqui é que reside a grande discussão: qual a interpretação a se dar a esta oração: “caso não se realize o fato gerador presumido”?

**RE 593849 / MG**

As posições já foram, como eu disse, amplamente destacadas. Estamos com ICMS, que é um tributo indireto cobrado por dentro, mas tanto o voto do Ministro Fachin quanto o voto do Ministro Luís Roberto destacam a possibilidade de perfeita identificação. E, nesse caso, se a base de cálculo presumida não se concretizar, só nessa hipótese é que haveria sim a restituição ou, no caso, a cobrança pela Fazenda do valor recolhido a menor.

Nesse sentido, as legislações estaduais também muitas já foram editadas e, do meu ponto de vista, para mim é decisivo que, quando a Constituição fala em fato, a não ocorrência do fato gerador, desse fato gerador presumido, nela se compreende o fato gerador presumido que ocorre com uma dimensão material diversa daquela que ensejou a presunção.

Por isso, Senhora Presidente, renovando meu pedido de vênia, eu acompanho a divergência. Provejo o recurso.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Então, Vossa Excelência está acompanhando o Relator, o Ministro Edson Fachin.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Perdão, eu estou todo o tempo partindo de uma – não sei por quê – equivocada ideia de que a divergência está sendo aberta pelo Ministro Fachin.

A divergência, na verdade, Presidente, é com a jurisprudência da Corte. Eu estou acompanhando a divergência aberta quanto à jurisprudência consagrada no precedente da ADI 1.851.

Então, aqui, no processo, eu conheço, dou provimento – é recurso do contribuinte –, acompanhando o eminente Relator, divergindo da jurisprudência da Corte.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes.

Senhora Presidente, eu também imaginei que a causa fosse simples. Eu, no Superior Tribunal de Justiça, julguei mandado de segurança exatamente calcado nessa ADI 1.851, do Supremo Tribunal Federal, e fiz menção, nesse mandado de segurança, a essa decisão.

E agora eu verifico que a matéria não é tão simples quanto parece, porque o Superior Tribunal de Justiça, como evidente, se curvava à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De sorte que os recursos eram julgados de acordo com aquilo que o Supremo assentava. Mas, agora, verifico que realmente há uma divergência com relação a esse tema.

O primeiro destaque que eu faria é que, efetivamente - e isso é inegável, todos abordaram o mesmo aspecto -, a Substituição Tributária é uma medida de caráter prático sob o ângulo tributário; ela visa a praticidade da cobrança antecipada para otimizar a fiscalização.

E, então, trago aqui, Senhora Presidente, uma passagem doutrinária de dois tributaristas alemães, que são os melhores, Klaus Tipke e Joachim Lang, os quais foram traduzidos pelo professor Luiz Dória Furquim, *Steuerrecht*, Direito Tributário, da Editora Fabris.

Eles dizem o seguinte: *"(...) Mas o lucro da praticabilidade não pode ser obtido através da perda considerável em Justiça do caso concreto"*. Quer dizer, a praticabilidade não pode superar a Justiça do caso concreto. Diz ele: *"(...) Ocorrendo em casos concretos severidades iníquas, então pode entrar em cogitação uma ordem de equidade"*.

Não bastasse essa doutrina de alhures, o Ministro Aliomar Baleeiro, quando do advento do § 7º do art. 150, ele alertava o seguinte:

"(...) o Supremo Tribunal Federal haverá de fixar limite ao § 7º do art. 150, excessivamente amplo e violador do princípio

**RE 593849 / MG**

da capacidade contributiva, o qual somente se pode medir no momento da ocorrência do fato jurídico, que é o fato signo presuntivo de riqueza (nem antes, nem depois) (...)"

Então, já o professor Baleeiro alertava para essa dessintonia entre valor presumido e valor real, porque nisso está imbricada a capacidade contributiva. Então, entendo que a Constituição tem que ser analisada exatamente num todo, e levando-se em consideração principalmente essas normas de maior iminência como soem ser esses princípios limitadores do poder de tributar.

E trago também o escólio do Ministro Celso de Mello quando, na ADI 2.675, ele alerta para o seguinte:

"(...) Impõe-se ao Estado o dever de restituir excesso por ele cobrado, sob pena de o legislador transgredir cláusulas constitucionais de caráter fundamental, como aquelas que consagram: a) capacidade econômica do contribuinte; b) a vedação do enriquecimento ilícito por parte do Estado; c) a legalidade estrita; e d) a neutralidade do ICMS como imposto plurifásico e não cumulativo (...)"

E também, nessas discussões, me pareceu muito apropriada, como sempre, a observação do Ministro Peluso - vou apenas citar a frase final, que ela é bem explicativa. Ela é citada inclusive no parecer da Procuradoria da República.

Diz assim:

"(...) Assim, o direito à restituição das diferenças apuradas na base de cálculo do ICMS, recolhidos sob o regime de substituição tributária "para frente", deve se dar sempre que o fato gerador presumido não se realize, o que se dá quando o fato gerador ocorra de forma distinta daquela prevista no momento da antecipação do tributo".

Que é exatamente essa conclusão aqui, que até então vem se chegando com o voto do Relator, do Ministro Barroso e da Ministra Rosa Weber.

Por outro lado, Senhora Presidente, isso aí talvez seja um vezo próprio, é que, hodiernamente, todas as análises econômicas do Direito, elas levam em conta os incentivos não só no campo do processo, mas

**RE 593849 / MG**

também em todos os campos do Direito. Isto é, como é que se premia o adimplente para gerar incentivos ao adimplemento das obrigações e, *a fortiori* - digamos assim -, cumprir essas obrigações tributárias tão importantes, porquanto, por meio delas, os estados recolhem receitas para satisfação das necessidades coletivas.

E, então, trago um dado novo que foi exatamente a premiação do Nobel de Economia de Oliver Hart e Bengt Holmström, agora em 2016, e que eles, sob o *nomen iuris* de Teoria dos Contratos, na verdade, instituem a tese de que, em vários campos dos contratos, deve haver não só variações de percepções e incentivos, mas notadamente são esses incentivos que conduzem ao cumprimento das obrigações. Ora, uma estratégia dessas de substituição tributária com devolução só vai incrementar o pagamento sabendo-se que eventualmente a diferença entre o real e o presumido será restituída. Eu também concordo que o vento que venta lá venta cá, se tiver o Estado de receber aquilo que lhe é devido, porque o fato presumido foi prejudicial à realidade imaginada pelo estado, o estado também pode cobrar.

Eu peço vênia aos entendimentos em contrário - votei assim no STJ, mas fui conferir que votei calcado na jurisprudência do Supremo - para acompanhar o Relator.

19/10/2016

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

## VOTO

## O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI

Senhora Presidente, também cumprimento as manifestações que vieram da tribuna, os memoriais recebidos e todos os votos já proferidos, não só o voto do Ministro Relator e os outros proferidos na sessão de hoje em relação à propositura de mudança de jurisprudência, mas também os votos já proferidos e citados nas ações diretas.

O tema está bem claro. E agora, na conclusão do voto do Ministro **Luiz Fux**, mais uma vez, foi reiterado, por mais um dos colegas que são favoráveis a essa mudança jurisprudencial, que essa diferença seria tanto em favor do contribuinte, que, ao pagar o valor definitivo, pagou a mais do que o valor presumido, quanto em favor do fisco.

Todas as posições são absolutamente bem fundamentadas e todas param de pé, do ponto de vista da análise, entrando, aí, aquela situação que meu ex-professor e sempre Ministro desta Casa dizia: "O Direito é prudência". Nessa prudência, a análise feita pelo Ministro **Teori Zavascki** – e, desde já, peço vênia, já havia elogiado o voto e, a princípio, acompanharia o Ministro **Edson Fachin** –, mas a riqueza do colegiado nos faz refletir, depois de ouvir as várias manifestações – convenceu-me de que a solução de manter a posição do Tribunal naquela ação direta relatada pelo Ministro **Ilmar Galvão**, a ADI 1.851/AL, é a que menos reflexos terá do ponto de vista de decisões judiciais, de processos judiciais. Ou seja, ela é a que mais pacífica, que traz uma segurança jurídica maior, até porque já foi adiantado que teremos um embate em relação à modulação, com a devida vênia, uma vez prevalecendo a posição do Relator neste RE.

Então, fico a imaginar qual seria a solução: de duas que param em pé, de duas que têm fundamentos constitucionais extremamente sólidos, qual é aquela que daria uma solução prática, já que, como disse o Ministro **Luiz Fux** e os que o antecederam, é uma via de mão dupla; tanto



**RE 593849 / MG**

favorece o valor final ao Fisco quanto ao particular. A solução do Ministro **Ilmar Galvão**, no final da sua decisão, ao estabelecer e fixar aquele valor provisório como um valor definitivo, evita os conflitos, as várias discussões a respeito.

Eu mesmo concedi uma medida cautelar, no Supremo Tribunal Federal, para dar efeito a recurso extraordinário, Medida Cautelar na Ação Cautelar 3.863, na qual o Estado de São Paulo estava cobrando exatamente a diferença a maior que foi a diferença da operação final em relação ao valor presumido. Então, existem ações já dos fiscos estaduais no sentido de cobrar essa diferença, e os tribunais locais deferindo essa diferença. Eu concedi a liminar em razão do precedente e citei exatamente, para conceder a liminar, a ADI 1.851, que havia sido decidida já pelo Plenário desta Corte.

O que eu fico a pensar e a imaginar? Qual é a solução que nós daríamos para o caso que traria maior segurança jurídica do ponto de vista de menos litigiosidade, de diminuir o grau de litigiosidade? Eu penso que trouxe essa solução o Ministro **Teori**, no momento em que disse: "Vamos manter a jurisprudência e vamos pacificar essa situação de acordo com a jurisprudência já consolidada pela Corte", de tal sorte que isso evitará inúmeros conflitos, embates e debates judiciais, seja em relação ao passado, seja em relação ao futuro, porque continuarão a existir operações presumidas cujos valores finais depois serão ou a maior ou a menor.

Então, Sua Excelência tem uma decisão minimalista. Se não ocorre o fato, há a restituição. E Sua Excelência lê o § 7º assim. O Relator e os que o acompanharam leem: "Se não há o fato, ele pode ser inteiro ou pela metade ou em parte". Então essa diferença pode ser pela proporção a maior ou a menor, favorecendo tanto o particular quanto o contribuinte.

Diante de duas soluções que param em pé, que têm fundamentos sólidos, eu vou pedir vênias ao Relator e aos que o acompanharam, com sólidos fundamentos, para trazer uma solução mais prática. E a solução mais prática, mais pragmática que entendo que traz menos conflituosidade e pacifica mais o tema é manter a jurisprudência.

**RE 593849 / MG**

Então peço vênha para acompanhar a divergência, Senhora Presidente.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Presidente, também, fiquei encantado com o debate e com a argumentação aqui expendida. Esse tema não é novo na Corte, como já se demonstrou. De fato, essa discussão se arrasta há algum tempo. Já houve uma definição e agora o tema retorna calcado, inclusive, na legislação estadual, uma parte dela, que gerou esse modelo referido pelo ministro Teori como uma substituição heterodoxa. Adota-se o modelo da substituição, mas estabelece-se a possibilidade de um tipo de compensação em situações determinadas. A mim, me parece que é disso que estamos a falar e por isso a substituição tributária, tanto é que isso nos estados é determinante para sucesso ou fracasso de políticas tributárias.

Eu me lembro, por exemplo, que tivemos muitas impugnações em relação a São Paulo quando lá estava o governador Serra, porque passou a adotar, de forma sistêmica, o modelo de substituição tributária, que é mais efetivo. E, simplesmente, isso teve um efeito enorme na arrecadação. O secretário da Fazenda de São Paulo era Mauro Ricardo, que hoje está no Paraná. Estamos falando de milhões e milhões de relações que se estabelecem em se tratando desse tipo. E, claro, esse é o elemento da chamada praticidade e que define, portanto, a opção feita. Do contrário, não teria havido esse movimento de montanhas para fazer a Emenda nº 3. Vamos nos lembrar, a Emenda nº 3 é a Minirreforma Fiscal realizada já no governo Itamar Franco, naquele quadro de grave crise, para dar alguma racionalidade. E, claro, essa disposição era um elemento central do modelo. Então, a mim, me parece que esse é um elemento importante.

O outro elemento que foi ferido agora na fala do ministro Teori Zavascki é que estamos a falar de um perfil institucional desse direito, portanto é o Direito que cria a realidade, as normas que criam essa

**RE 593849 / MG**

realidade. Por isso, parece-me muito feliz a expressão do ministro Teori quando diz que esse valor presumido não significa um valor ficto ou arbitrário. Quer dizer, o Direito criou essa realidade, como, de resto, não é nenhuma novidade. A toda hora o Direito está dizendo o que é a renda, por exemplo, ou o que não é renda para fins de tributação; o que é propriedade e o que não é propriedade. Esse é o perfil institucional. E, claro, deixou a possibilidade de correção quando não se verifica o fato, até porque, realmente, seria um absurdo. Mas o mais se faz a partir de ajustes gerais.

Eu temo - e aí voltando ao argumento da praticidade - que, ao abrirmos para essa verificação, estejamos perdendo de vista que estamos falando, não de milhares, mas de milhões de relações que se realizam diuturnamente e que cumprem esse determinado modelo, claro, dentro de uma dada racionalidade. Se voltarmos a espiolhar isso um a um, vamos, de fato, abrir a caixa de Pandora desse sistema e, talvez, torná-lo inútil. Na questão da interpretação desse dispositivo, a mim, me parece que o elemento-chave é este: será que, depois de ter de fazer a avaliação de cada operação, vai fazer sentido ainda a substituição tributária?

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Este caso, Ministro **Gilmar**, se me permite, a que fiz referência, a Medida Cautelar na Ação Cautelar 3.863, é o Estado de São Paulo cobrando de uma concessionária de veículo a diferença a maior do valor definitivo em relação ao presumido. O presumido foi pago pela indústria, foi pago lá atrás. Só nesse exemplo, quantas concessionárias, quantas ações, quantos veículos são vendidos? São dois milhões de veículos vendidos por ano no país.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Ministro Toffoli e Ministro Gilmar, só para lembrar, no caso, o Estado de São Paulo tem lei que prevê, lei aprovada pela Assembleia e sancionada pelo Governador. Portanto, essa circunstância, Ministro Gilmar, de que o

**RE 593849 / MG**

Estado aprovou e o Governador sancionou levou-me à crença de que não é tão disruptivo assim, porque senão não teriam feito.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Por isso, se discute, inclusive, a constitucionalidade dessas leis diante do modelo e a divisão em relação a isso.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Apenas para lembrar que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.044 também - e não estou antecipando voto -, o Ministro Nelson Jobim, que votou nas ações diretas nas quais votará o Ministro Barroso, afirmava expressamente o que o Ministro Dias Toffoli chama a atenção agora. Ele afirma que a substituição tributária efetivamente introduzida pelo artigo 150, § 7º, do texto constitucional tem como objetivo resolver a grande dificuldade que se caracteriza na cobrança do tributo, quando diz respeito a produtos ou mercadorias de grande concentração e com grande capilaridade nos Estados.

O que, neste caso, é de transporte de combustíveis, que então tem exatamente essa configuração que o Ministro Jobim chamava a atenção. Mas apenas para dizer que o Ministro Toffoli tem razão, quer dizer, há situações fáceis e outras não.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É essa questão que, a mim, me parece extremamente delicada, do ponto de vista da praticidade. Os argumentos jurídicos, com todas as vênias, são sustentáveis, mas aqui não podemos perder de vista que a própria Constituição foi alterada com esse desiderato. E, claro, criou-se um perfil de garantia institucional, trazendo a hipótese que se desenhou de isentar-se da substituição, quer dizer, abrir-se a substituição em caso de o fato gerador não se efetivar.

**RE 593849 / MG**

No entanto, a observação que faço é exatamente essa: diante da possibilidade de que essas relações percam o sentido - porque vamos tratá-las individualizadamente, e já tivemos esse debate aqui -, em função de realidades de mercado e de estratégia de venda, temos, também, preços diferentes que são praticados, inclusive com a conjugação de ofertas, por exemplo, nas chamadas vendas associadas. E tudo isso poderá ser discutido. Então, a mim, me parece que esta é a questão-chave: não estamos apenas mudando a jurisprudência, podemos estar tornando inútil a própria mudança constitucional. É essa a minha preocupação.

Nesse sentido, na linha do que já disse o ministro Toffoli, eu seria muito cauteloso no que diz respeito à mudança da jurisprudência. Já não estamos em um momento brilhante em termos econômicos e financeiros. Estamos vivendo, talvez, a maior depressão que esse país já enfrentou. Naquela conversa que Vossa Excelência muito bem conduziu com o Ministro da Fazenda, tivemos oportunidade de ouvir que, quando a economia e o PIB crescem, a tendência brasileira é que o crescimento da receita se projete ainda mais. E, quando a economia decresce, o decréscimo da receita é mais acentuado. Atualmente, economistas de renome, como José Roberto Afonso, têm observado que, em função de uma realidade, o retorno do desenvolvimento econômico não se vai traduzir no regresso ao estágio existente da tributação. Por quê? Porque hoje já se usa de outras estratégias. Veja que se generalizou, gostemos ou não, aquilo que chamam na linguagem trabalhista, um pouco pejorativa, de "pejotização" - antigos empregados que agora são pessoas jurídicas. Portanto, nessa parte, a arrecadação tributária cai. Usa-se *Skype* ou *WhatsApp* para fugir da telefonia; e, logo, não se faz incidência de ICMS. Portanto, estamos aqui a desarrumar um sistema que funciona. E não é o momento de "acender fósforo para ver se tem gasolina no tanque". É essa a minha ponderação.

Do ponto de vista jurídico, não é difícil dizer que se trata de uma

**RE 593849 / MG**

realidade institucional. O que se deu ao legislador foi a possibilidade de desenhar a substituição. "Ah, mas houve um caso arbitrário"; o caso arbitrário terá que ser tratado. Uma fixação de um valor absolutamente destoante claro que terá de ser tratada. Mas o sistema em si tem de ser tratado como tal, porque não é pensado para relações individualizadas e singularizadas.

Então, nesse sentido, parece-me muito feliz a abordagem trazida pelo ministro Teori - agora subscrita pelo ministro Toffoli -, porque, de fato, podemos estar a quebrar um sistema que vem dando alguma resposta, especialmente nessas relações de substituições que se fazem em relação ao ICMS.

Vossa Excelência tem dialogado com os governadores e tem ouvido, certamente, as agruras. Ainda hoje, recebia o Governador de Goiás e todos narram situações extremamente difíceis nas finanças dos estados. E estaremos mexendo num instrumento hoje vital para dar universalidade, praticidade, generalidade ao ICMS.

Portanto, pelas razões jurídicas, pelas razões práticas, pela jurisprudência do Supremo, voto no sentido de desprover o recurso, na linha do ministro Teori Zavascki.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, me concede um momento?

Eu ouvi com interesse o voto do Ministro Teori e agora também o do Ministro Gilmar. Nós todos compartilhamos das mesmas preocupações fiscais. O País tem que funcionar. E, se fosse fácil, o Tribunal não estaria dividido em 5 a 5. Mas aqui neste caso específico de São Paulo, por exemplo, a lei está em vigor desde 1996. Portanto, uma coisa que me traz alguma tranquilidade é que nós não vamos estar mudando algo que já vem funcionando. Quer dizer, é assim, portanto a nossa decisão vai manter como é. Nesse sentido, eu acho que não há o risco de um impacto disruptivo do sistema. É claro que pode ser melhor, do ponto de vista fiscal, da outra forma; mas só para diminuir o peso de que nós estamos mudando a jurisprudência, mas, no caso de São Paulo, por exemplo, já é do modo como o Ministro Fachin, eu, Ministra Rosa, Ministro Fux já estamos encaminhando. Desde 96.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - E há modulação com relação ao resto.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E nós estamos modulando em relação aos outros estados.

Pois não, Ministro Teori.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Aqui não é São Paulo, é Minas Gerais.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não, não. Eu sei. É porque o Ministro Gilmar usou o exemplo de São Paulo, que é onde, financeiramente, o impacto seria maior. Nós temos São Paulo e Pernambuco, que têm lei. Eu apenas quis dizer que nós não estaremos mudando algo que já é. Nós estaremos mantendo como é em relação a esses estados. Em relação aos estados que assim não praticam, nós estamos modulando.



19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**RELATOR** : **MIN. EDSON FACHIN**  
**RECTE.(S)** : **PARATI PETRÓLEO LTDA**  
**ADV.(A/S)** : **ROGÉRIO ANDRADE MIRANDA E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**AM. CURIAE.** : **INSTITUTO PARA DESENVOLVIMENTO DO VAREJO - IDV**  
**ADV.(A/S)** : **MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **DISTRITO FEDERAL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO ACRE**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO PIAUÍ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE RONDÔNIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DA BAHIA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE RORAIMA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO AMAPÁ**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**RE 593849 / MG**

**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL  
**AM. CURIAE.** :UNIÃO  
**ADV.(A/S)** :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** :ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AM. CURIAE.** :ESTADO DE PERNAMBUCO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE  
PERNAMBUCO

### **OBSERVAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Senhora Presidente, se Vossa Excelência permitir, uma observação rápida e uma ponderação que me permito dirigir à Presidência. Não sem antes subscrever a intervenção que o Ministro Barroso faz, o que revela a prudência com que esse tema está sendo examinado.

Mas, considerando que a palavra prudência foi utilizada tanto pelo Ministro Toffoli quanto pelo Ministro Gilmar, quiçá, sem embargo de se coletarem todos os votos, como temos dois ministros ausentes, valesse a pena decidir com a Corte plena. Deixo essa ponderação a critério de Vossa Excelência.

**19/10/2016****PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o Tribunal encontra-se dividido. São quatro votos pelo provimento do extraordinário, atendendo, portanto, ao pleito formalizado pelo contribuinte: o do Relator, o do ministro Luís Roberto Barroso, o da ministra Rosa Weber e do ministro Luiz Fux. Desprovendo o extraordinário, há os votos dos ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Pelo menos, até aqui, o escore é mais favorável ao que entendo como prevalência da Constituição Federal, do que aquele alusivo ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.851, quando ficaram vencidos, ao votarem a favor do contribuinte, o ministro Carlos Velloso, que era e ainda é hoje tido como tributarista, uma vez que veio da Justiça Federal, do Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça; o ministro Celso de Mello, que não está presente; e o Presidente à época, eu próprio, Marco Aurélio.

Estabeleço algumas premissas – princípios – básicas.

Primeira: não cabe cogitar de tributo devido em definitivo sem que estejam presentes os elementos tributários definidos, emprestando-se a eles envergadura maior, porque remetida a disciplina à lei complementar, no artigo 146 da Constituição Federal.

Segunda premissa: não há tributo sem que se possa cogitar, de início, de vantagem para o cidadão enquadrado como contribuinte. No caso do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, essa vantagem está no negócio jurídico tal como formalizado, inclusive com preço, na circulação da mercadoria.

Mas há, para mim, outra premissa, princípio, inafastável: a Carta da República não encerra o enriquecimento ilícito, quer por parte do contribuinte, quer, muito menos, por parte do Estado.

Presidente, admirou-me – de forma positiva – a sustentação feita da tribuna pela Doutora Glaucia Maria Lauleta Francisco, em nome do Instituto para o Desenvolvimento do Varejo – IDV. As colocações – sob

**RE 593849 / MG**

minha óptica, respeitando entendimentos em contrário – mostraram-se irrespondíveis.

Qual a norma primária a ser considerada no caso concreto? A do § 7º do artigo 150 da Constituição Federal:

"§ 7º - A lei" – no caso, lei estadual, como é a de Minas Gerais, e se tem em sentido oposto às leis de Pernambuco e de São Paulo – "poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição [...]"

Não é dado confundir expressões, diria mais, institutos de Direito, porquanto têm sentido próprio. Vem uma parte muito elucidativa, ligada a elemento tributário: "cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente".

Então, no que encerra o § 7º do artigo 150 referido, tem-se um tributo fechado, definitivo? A resposta é negativa, Presidente. Tem-se técnica, simples técnica de arrecadação, que visa, até certo ponto, coibir a sonegação fiscal. Não se trata aqui de tributo completo na definição constitucional porque, a preceder esse recolhimento pelo substituto, não há ainda presente o fato gerador a definir os parâmetros do débito tributário. Procede-se, segundo o texto, por estimativa. Não se pode cogitar, nesse estágio de substituição para frente, progressiva, de tributo definitivamente constituído.

Além de a estimativa não ser definitiva – e não é pela própria natureza vernacular do vocábulo –, existe algo a implicar a previsão de acontecimento futuro, que é o fato gerador.

Quem estabelece os parâmetros para esse recolhimento antecipado? O Estado, o sujeito ativo da relação tributária. Qual é a tendência do Estado? Fixar a menor o valor a ser recolhido antes da ocorrência do fato gerador? Não! Principalmente na quadra vivenciada no Brasil, em que os estados estão quebrados ante, até mesmo, o inchaço da máquina administrativa.

Outro dia, fiquei perplexo quando obtive a informação de que o Estado do qual sou originário tem folha de pessoal que não é satisfeita

**RE 593849 / MG**

com o que arrecada a título de ICMS, principal tributo do estado. É algo a causar grande perplexidade!

Presidente, quanto ao que decidido na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.851/AL, há peculiaridades; e, mesmo assim, ficaram vencidos os ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e eu próprio, porque julgávamos procedente o pedido formalizado na inicial. Essas peculiaridades precisam ser consideradas, não podem ser colocadas em segundo plano e bater-se carimbo, dizendo-se que já há precedente do Supremo sobre a matéria e que, ante esse precedente, tem-se que, tanto quanto possível, preservar o que assentado.

Quais são essas peculiaridades? A lei atacada mediante a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.851, do Estado de Alagoas, era toda própria, encerrava, para afastar a possibilidade de devolução, incentivo fiscal quanto à base de incidência do tributo, isso para que o valor estimado fosse considerado como definitivo. Mais do que isso, homenageando algo salutar que é a autonomia da vontade, condicionava a incidência da lei à manifestação expressa do contribuinte, que poderia optar pela consideração do valor real do negócio jurídico, no que esse valor real surge como elemento essencial do próprio tributo. Por isso, não cabe cogitar de precedente e cobrar vinculação a uma coerência do Supremo sobre a matéria. Há mais: havia a previsão de perda do benefício fiscal a que me referi – base reduzida de incidência do tributo ICMS –, desde que respeitado o percentual mínimo de 12%, uma vez verificado o arrependimento do contribuinte e viesse ele a questionar possível crédito pelo recolhimento a maior do tributo, considerado o preço da mercadoria, o valor do negócio jurídico.

Não se tem precedente que se amolde ao caso, a ponto de se cogitar de modulação. Mas há mais, tem-se que, nesses casos tributários, já ocorre certa modulação, no que se vem a proclamar indevido o tributo tal como recolhido. É a decorrente da lei, no que versa prescrição – o período anterior aos cinco anos passados está sepultado. De qualquer forma, deve-se também – se é que chegaremos a conclusão no sentido de reconhecer-se o direito do contribuinte – estabelecer distinção

**RE 593849 / MG**

considerados aqueles contribuintes que aceitaram a situação jurídica decorrente da lei local e os que acreditaram na vigência da Lei Básica da República e resistiram à voracidade fiscal – que não houve, considerados os Estados de São Paulo, um Estado-país dentro do País, e de Pernambuco.

Reitero o que ressaltai quando votei nas duas ações diretas de inconstitucionalidade, já que as duas foram ajuizadas, penso, pelo menos a de São Paulo assim o foi, pelo próprio, ou próprios, governadores – para dizer que o arrependimento não se mostra eficaz:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, considero – e vou principiar o voto – o fator cronológico.

Tem-se legislação do Estado de São Paulo e do Estado de Pernambuco que está em vigor há vários anos. No tocante ao Estado de Pernambuco, a lei data de 1996 e, somente em 2002, o Estado teria acordado “para buscar”, no Supremo, a declaração de inconstitucionalidade da própria lei que aprovou, passados, portanto, seis anos. Quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.777, verificou-se a passagem de sete anos, vigorando o sistema tal como aprovado pelo Estado de São Paulo.

Discute-se a substituição tributária, que não pode implicar desprezo a princípios estabelecidos na própria Carta: a razão de ser do próprio tributo, o fato de o tributo estar ligado a um negócio jurídico, a uma relação jurídica com balizas próprias.

O § 7º, ao versar sobre a substituição tributária, remete a algo inafastável para que se tenha como existente a obrigação tributária: o fato gerador, possuidor de balizas próprias, está previsto em uma simples técnica de arrecadação antecipada – é mais do que uma arrecadação à vista.

Está previsto no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal que:

Art. 150 [...]

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de

**RE 593849 / MG**

obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Segundo a própria definição vernacular, a presunção não é sempre absoluta. A presunção, gênero, é relativa. Imagina-se algo passível de ocorrer, e, por isso mesmo, o preceito, pedagogicamente – não precisava esta cláusula estar no § 7º –, cogita da devolução preferencial, a não ser para prever a preferência no recebimento do que recolhido sem uma justificativa plausível, sem uma justificativa harmônica com a ordem jurídica.

O § 7º, a meu ver, encerra recolhimento que ocorre sob condição resolutiva. Não verificado o fato gerador, cujas balizas nortearão a fixação do tributo devido, há o direito à devolução. Se estou a cogitar de antecipação, sinalizo no sentido de que, mais adiante, ter-se-á – como se tem no imposto sobre a renda – um encontro de contas para saber se aqueles parâmetros fixados por presunção, por simples estimativa, tornaram-se concretos, efetivos, reais, acontecidos, presente a circulação da mercadoria – que pode não haver, tanto assim que o preceito sinaliza a devolução total do que recolhido –, o negócio jurídico.

Não posso dissociar recolhimento de tributo de fato gerador, de relação jurídica que norteie esse mesmo recolhimento. Não posso potencializar, a mais não poder, uma ficção jurídica, para, a pretexto de atender a uma técnica de arrecadação, consagrar e placitar um verdadeiro enriquecimento ilícito, no que recebida a quantia indevida por aquele que está compelido a dar o exemplo.

Há mais. Como ocorre a fixação dos dados indispensáveis ao recolhimento do tributo mediante a substituição tributária? Ocorre de forma bilateral? Ocorre mediante fixação, pelo contribuinte, do que se imagina que será, considerados os humores do mercado, um negócio futuro, o valor de uma

**RE 593849 / MG**

relação jurídica, de uma compra e venda futura? Não, quem estima é justamente o arrecadador, é justamente o órgão fazendário, é justamente o estado. Não acredito que estime alguém – pelo menos dos valores praticados naquele momento, naquela data, no mercado. Ao contrário, a tendência é estimar considerado um valor maior. Se estimasse levando em conta valor menor, estaria a defender a intangibilidade dessa lei para poder cobrar a respectiva diferença, uma vez verificado o negócio jurídico.

O § 7º atua em um campo a partir de presunção. Se, no caso, realiza-se o negócio jurídico alguém do que estimado para recolhimento antecipado do tributo, logicamente, agasalhar-se à retenção do numerário, do que pago a mais a estado. Implicará recolhimento sem base legal, sem base constitucional, discrepante da natureza do próprio tributo, no que indispensável saber o valor do negócio jurídico. É ter-se a incidência, como que, da percentagem alusiva ao tributo sem a base de incidência, criando-se, no campo do subjetivismo unilateral – não bilateral –, a própria base de incidência desse tributo.

Sustentei esse entendimento e lastimo que, no julgamento anterior, o Tribunal tenha sinalizado, inspirando os estados – que, a meu ver, atuaram sem necessidade, porque já estariam, pela própria Carta, compelidos a devolver o que recolhido a maior – no sentido de virem a formalizar um arrependimento que, para mim, não é eficaz, porque conflitante com o texto da Constituição, que a todos indistintamente submete.

O que sustento a respeito do § 7º em comento revela uma estrada de mão dupla. Tanto admito que o contribuinte, verificado o negócio, possa reclamar diferença – valor recolhido a maior – como também o fato de o estado vir a pretender a satisfação do tributo, considerado o valor real do negócio jurídico, no que haja se mostrado superior àquele por ele próprio estimado.

Não se esvazia, com esse enfoque, o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal. E não se esvazia – já ressaltou o Ministro



**RE 593849 / MG**

Cezar Peluso – ante uma premissa inafastável: ocorre o recolhimento antecipado nos moldes previstos pela legislação do estado e nos moldes ditados pelo próprio estado.

O que será discutido – e, aí, inverter-se-á, inclusive, a distribuição do ônus da prova – é a possível diferença, a ser recolhida pelo contribuinte ou a ser devolvida pelo estado, do que recebeu, a teor do que devido, em termos do tributo.

Não há o esvaziamento da substituição tributária. Há, sim, o apego a princípios, a parâmetros norteadores do próprio tributo. Há, sim, a negativa peremptória de vir o estado, sob o ângulo formal de estar recebendo a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, a alcançar valor que não corresponda, considerada a base de incidência e a alíquota, ao tributo realmente devido. Ou seja, o recolhimento, primeiro, é feito por estimativa, e toda estimativa mostra-se provisória.

Acompanho o relator, julgando, portanto, improcedente o pedido formulado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade.

Se desprovermos o recurso e admitirmos que a legislação paulista e a de Pernambuco são harmônicas com a Constituição Federal, o sistema não fechará, porque estaremos dizendo, a um só tempo, que a Lei Fundamental não agasalha o crédito, quando houver descompasso entre o valor estimado pelo próprio Estado e o valor do negócio jurídico, e que é possível a estados disporem de forma diversa, contrariando – e não há contrariedade – o texto constitucional.

Há mais ainda: surgirá como que uma guerra fiscal, porque, evidentemente, será melhor para os contribuintes estarem sediados nos dois Estados, em vez de se localizarem em estados diversos, os quais, tomados como todo-poderosos, podem estimar valor que, posteriormente, não venha, para cálculo do tributo, a corresponder ao valor do negócio jurídico.

Por isso, Presidente, acompanho – e, portanto, acrescentando o quinto voto – a corrente, no sentido de prover o recurso extraordinário interposto pelo contribuinte.

**RE 593849 / MG**

É como voto.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS****VOTO****A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)**

-Também vou pedir vênias à divergência.

Essa matéria é complicada e grave. Como demonstrou o Ministro Teori após o voto do Ministro-Relator, esta é uma matéria com dificuldades específicas, até pelas consequências práticas da dinâmica da receita dos Estados para verificação do que foi presumido e do que foi realizado.

Mas, para efeito de repercussão geral, o que se colocou em foco foi, fundamentalmente, o que era base de cálculo presumida e o que era base de cálculo realizada, real, para se verificar a interpretação e a aplicação do § 7º do art. 150 e para dizer se seria restrita, como prevaleceu na ADI 1.851, ou se seria o caso de dar uma interpretação mais elástica, especialmente na parte final, quando diz "assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o valor presumido", que o Ministro Edson Fachin tanto enfatizou. Quer dizer, se a Constituição é expressa ao afirmar que, não realizado o valor presumido, é assegurada a imediata e preferencial restituição, então, quando o que foi presumido também não se verificou, não haveria como se dar garantia a que o fisco se mantivesse sobranceiramente desconhecendo essa circunstância.

É verdade também que, como fiz questão de acentuar - na esteira da prudência observada pelo Ministro Dias Toffoli e também no voto do Ministro Gilmar Mendes -, mais de uma vez já veio aqui a questão - não de forma direta, mas sobre esse modelo previsto no § 7º do art. 150 -, por isso é que citei a ADI 2.044, na qual o Ministro Nelson Jobim fez essa referência às dificuldades.

Entretanto, com as vênias da divergência, levei em consideração, para acompanhar o Ministro-Relator, a circunstância de que, 14 anos após aquele voto, a Receita Federal e as Receitas estaduais, de uma forma

**RE 593849 / MG**

geral, já têm estrutura e possibilidade de verificação efetiva do que se dá, até mesmo de uma maneira bem objetiva e bem facilitada pelos mecanismos que hoje nós temos, para que então se possa assegurar que aquilo que foi pago foi, inicialmente, presumido, mas depois demonstrado que não se tinha realizado em detrimento de alguém.

Não chego à afirmativa do Ministro Edson Fachin no sentido de que haveria um enriquecimento ilícito, porque, tal como foi interpretado e aplicado até aqui, era lícito, porque baseado na Constituição e aplicado segundo normas que estavam prevalecendo nos estados.

Entretanto, não tenho dúvida para concluir no sentido de prover este recurso, de que os mecanismos não acarretariam, no que eu pude apurar, as dificuldades que foram aqui postas para os estados se realizarem. E acho que aqui se trata, efetivamente, de interpretar as leis estaduais segundo o § 7º do art. 150 da Constituição.

Por essa razão, com as vênias da divergência, considerando que são relevantes e que há uma mudança de jurisprudência neste redirecionamento no sentido do que foi proposto, também voto no sentido de prover o recurso.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**SUSPENSÃO DE JULGAMENTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -**  
Como se trata de uma matéria muito importante, com consequências graves, e como estão ausentes o Ministro Lewandowski, nesta sessão - que foi quem, inclusive, pôs para repercussão geral -, e o Ministro Celso de Mello, eu indicaria, se Vossas Excelências aceitassem, suspender o julgamento e dar continuidade para colher os votos desses dois ministros, até mesmo porque há proposta de modulação e, nesse caso, tanto melhor que pudéssemos colher os votos de todos os outros.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E deixamos, inclusive, o estabelecimento da tese para sessão subsequente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Sim, para a sessão que eles estiverem presentes.

19/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: A controvérsia central exposta neste recurso extraordinário, submetido à sistemática da repercussão geral, está em saber se, da perspectiva constitucional, é possível a devolução do ICMS pago adiantadamente no regime de substituição tributária, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.777/SP, ainda pendente de conclusão por este Plenário, proferi voto-vista que, a meu ver, se enquadra perfeitamente na solução da controvérsia trazida nestes autos.

Disse eu, naquela oportunidade, que os constituintes de 1988, como se sabe, conferiram especial relevo à liberdade de iniciativa, elegendo-a como um dos fundamentos da República e da Ordem Econômica (art. 1º, inc. IV, e art. 170, *caput*).

Para dar concreção a tal valor, buscaram ainda conter possíveis excessos do Estado no tocante à sua atividade arrecadatória, estabelecendo limitações ao poder de tributar, em especial nos arts. 150 a 152 da Lei Maior. Dentre as garantias asseguradas ao contribuinte, ali consagradas, destaca-se aquela consubstanciada no § 7º do art. 150, incluído no texto magno pela Emenda Constitucional 03/93, que apresenta a seguinte dicção:

*“§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso*

**RE 593849 / MG**

*não se realize o fato gerador presumido”.*

Muito bem. Da leitura atenta do referido dispositivo constitucional, é possível verificar que ele apresenta uma dupla face: de um lado, institui uma técnica especial de arrecadação, denominada **substituição tributária para frente**<sup>1</sup>, que objetiva tornar mais simples e eficaz a exação fiscal; de outro, estabelece uma garantia em favor do contribuinte contra eventual excesso do poder de tributar.

Com efeito, quando o constituinte, no art. 150, § 7º, da Constituição, permitiu que se atribua a determinado contribuinte a obrigação de recolher um imposto cujo fato gerador ocorrerá em momento posterior, teve em mente otimizar a arrecadação e reduzir a possibilidade de sonegação.

E, embora tenha esta Suprema Corte considerado legítima a técnica da **substituição tributária para frente**, ela não deixa de ser uma forma excepcional de arrecadação, devendo ter, por isso mesmo, suas bases e limites muito bem definidos.

A excepcionalidade dessa técnica decorre exatamente da circunstância de se permitir a tributação de um fato ainda não ocorrido, ou melhor, de um fato que terá lugar no futuro. Em outras palavras, permite que se presuma a ocorrência de um fato gerador, para o efeito de incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

Assim sendo, é razoável supor-se que, na eventualidade de inoccorrência do fato gerador presumido, o valor recolhido por antecipação seja imediatamente devolvido ao contribuinte.

A pronta e prioritária devolução do valor recolhido de modo antecipado, no caso de inoccorrência do fato gerador, decorre diretamente

---

1           Veja-se, a propósito, o RE 213.396, Rel. Min. Ilmar Galvão, e o RE 194.382, Rel. Min. Maurício Corrêa.

**RE 593849 / MG**

da redação do art. 150, § 7º, da Constituição, que, em seu trecho final, assegura *“a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”*.

A questão, todavia, torna-se mais complexa quando se trata da possibilidade de restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses em que a operação final resultou em valores menores do que aqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS.

A interpretação que afastava a possibilidade de restituição, nessa hipótese, veio a lume por ocasião do julgamento da ADI 1.851/AL, Relator Ministro Ilmar Galvão, oportunidade em que o Plenário desta Corte, por maioria, declarou a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13, de 21/3/1997, que estabelecia o não-cabimento da restituição ou da cobrança suplementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade de substituição tributária, se realizasse com valor inferior ou superior ao previamente estabelecido.

Prevaleceu, então, o entendimento de que *“o fato gerador presumido [...] não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final”*.

Em decorrência desse julgamento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que o art. 150, § 7º, da Carta Magna, apenas assegura a imediata e preferencial restituição de quantia paga no caso de não se realizar o fato gerador presumido, ficando afastada a restituição de valores cobrados a maior<sup>2</sup>.

---

2           Veja-se RE 266.523-Agr, 2ª Turma, Rel. Ministro Maurício Corrêa; AI 337.655-Agr, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 309.405-ED, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 397.677-Agr, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes; e RE 357.365-Agr, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes.



**RE 593849 / MG**

A decisão proferida pelo Plenário na ADI 1.851, entretanto, não constitui, a meu ver, óbice à adequada solução da questão sob exame.

Em primeiro lugar, porque, na questão de ordem suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, quando do início do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.777/SP, ressaltou-se que não há impedimento, no caso, a que o Plenário desta Corte reveja seu entendimento anterior sobre a matéria, exatamente para evitar que se petrifique a interpretação do texto constitucional.

Depois, porque é preciso levar em conta as peculiaridades que distinguem as duas ações diretas de inconstitucionalidade, exaustivamente apontadas pelo eminente Relator da ADI 2.777/SP, que destacou o fato de que a ADI 1.851 versava sobre a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, na qual a substituição tributária correspondia a um benefício fiscal de caráter facultativo, para aqueles que por ele optassem, contrariamente à hipótese ora sob exame, que trata, assim como a ADI 2.777/SP, de regime obrigatório.

Nessa linha de raciocínio, constato, desde logo, que a interpretação literal do dispositivo constitucional em tela mostra-se inadequada, *data venia*, para o correto deslinde da questão sob exame.

É que, como lembra Karl Larenz<sup>3</sup>, na esteira de outros doutrinadores, a interpretação literal dos textos legais constitui apenas a primeira etapa do processo hermenêutico. Vicente Ráo, por sua vez, discorrendo acerca das técnicas de interpretação, aponta para os riscos decorrentes do apego ao sentido literal dos textos, com o abandono dos demais processos hermenêuticos, recordando uma velha regra do direito luso-brasileiro segundo a qual “*deve-se evitar a supersticiosa observância da lei que, olhando só a letra dela, destrói a sua intenção*”<sup>4</sup>.

3 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

4 Assentos ns. 345, de 17 de agosto de 1811, e 358, de 10 de junho de 1817, adotados

**RE 593849 / MG**

Com efeito, a impossibilidade de restituição do valor cobrado a maior, por força da incidência do regime de **substituição tributária para frente**, não se sustenta quando submetida a uma exegese mais abrangente, que leva em conta os princípios gerais do direito, dentre os quais se encontra a regra que estabelece ser lícito ou exigível o menos, quando o texto autoriza o mais.

Nesse ponto, vale recordar a lição de Carlos Maximiliano, para o qual, “*descoberta a razão íntima e decisiva de um dispositivo, transportam-lhe o efeito e a sanção aos casos não previstos, nos quais se encontrem elementos básicos idênticos aos do texto*”<sup>5</sup>.

Assim, ao autorizar o mais, isto é, a devolução imediata e preferencial da quantia paga, caso não se verifique o fato gerador presumido, o texto constitucional, à toda a evidência, autorizou o menos, ou seja, a restituição do valor indevidamente pago a maior.

Não se argumente, portanto, que a restituição imediata e preferencial do tributo somente é possível na hipótese de inoccorrência integral do fato gerador, visto que, se o texto constitucional garantiu ao contribuinte um *plus*, não se admite, como querem alguns, uma interpretação restritiva para afastar o direito de reembolso, caso se verifique um *minus*, quer dizer, se ocorrer a realização apenas parcial daquele pressuposto.

A interpretação que desautoriza a devolução nesses termos, ademais, também nega vigência ao princípio que veda o enriquecimento sem causa e àquele que garante a repetição do indébito, os quais constituem balizas fundamentais do Direito.

---

pelo art. 62, § 3º, da Consolidação de Carlos Carvalho. Vicente Ráo. O Direito e a vida dos Direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 486.

5 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 245.

**RE 593849 / MG**

De fato, conforme adverte Marco Aurélio Greco, a autorização constitucional para antecipar a cobrança do devido não implica “*uma autorização para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido; não se antecipa para arrecadar mais do que o devido*”<sup>6</sup>.

A proibição de restituição do imposto pago a maior igualmente não se coaduna com os princípios constitucionais de natureza tributária aplicáveis à espécie. Em outras palavras, se o ICMS recolhido pelo contribuinte substituto apenas se torna efetivamente devido com a ocorrência do fato gerador, a inoccorrência, total ou parcial deste, impõe que se faça a devida adequação da regra ao fato, sob pena de afronta aos princípios da moralidade, da legalidade e do não-confisco.

O fato gerador, descrito pelo Código Tributário Nacional como a “*situação definida em lei como necessária e suficiente*” à ocorrência da obrigação tributária (art. 114), representa, nas palavras de Geraldo Ataliba, “*o fato concreto, ocorrido hic et nunc, no mundo fenomênico, como acontecimento fático, sensível, palpável, concreto, material e apreensível*”<sup>7</sup>.

Configura, pois, um fato jurígeno, quer dizer, um dado empírico ao qual a lei atribui a consequência de criar uma determinada obrigação tributária, com contornos bem definidos, que não podem ser expandidos pela simples razão de o contribuinte-substituto recolher o imposto antecipadamente.

Penso que a interpretação do texto constitucional que autoriza a restituição de parte do tributo na hipótese de pagamento a maior mostra-se coerente com as garantias que protegem o contribuinte e os limites que

6 Marco Aurélio Greco, *Substituição Tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 31.

7 Geraldo Ataliba, *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 67.

**RE 593849 / MG**

balizam o poder de tributar, não configurando benefício fiscal.

Isso posto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 21, § 2º, do RISTF), para reconhecer, com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, a possibilidade de exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente, em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS.

É como voto.

19/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

**PROPOSTA DE TESE**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Senhora Presidente, eminentes Pares, o texto de proposta de tese que houvera apresentado recebeu, no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, um saudável aprimoramento em matéria de síntese, de modo que, se assim for a compreensão dos eminentes Pares, como o sentido é exatamente o mesmo - o do texto que eu propus originariamente, e li por ocasião da apresentação do voto, e do respectivo dispositivo -, eu apoiaria a proposta vazada nos seguintes termos:

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) paga a mais no regime de substituição tributária para frente quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Essa é a essência da decisão. O que eu houvera proposto levava em conta outros elementos. E eu havia dito como tese:

De acordo com o art. 150, § 7º, *in fine*, da Constituição Federal, há direito à restituição do imposto pago antecipadamente sempre que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente, o que se dá nas hipóteses em que o fato gerador definitivo se realiza de forma distinta daquela tributada na etapa inicial do ciclo produtivo.

Creio que a formulação trazida pelo Ministro Roberto Barroso capta a síntese da orientação majoritária deste Pleno. Eu, portanto, acolheria a proposta de tese.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - E, de minha parte, Presidente, costumo dizer que eu divirjo sempre, mas nem sempre, eu adiro.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Eu indago dos Senhores Ministros se se põem de acordo com a tese apresentada pelo Ministro-Relator, agora, acolhendo a sugestão do

**RE 593849 / MG**

Ministro.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Uma ponderação: eu sempre evito usar "quando", acho que o condicional "se" fica mais bem colocado. Poderia repetir como é que está?

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Na proposta que eu acolhi do Ministro Barroso?

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Sim.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) paga a mais no regime de substituição tributária para frente quando... - talvez, aqui, o Ministro esteja sugerindo trocar pela partícula "se". Estou de acordo: se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Porque a condição é exatamente essa. E o "quando" cumpre aí também esta função.

Eu estou de acordo.

19/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

**PROPOSTA DE MODULAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Quanto à modulação, Senhora Presidente, quando proferi o voto, efetivamente, expressei a preocupação - caso restasse vitoriosa a tese, que agora acaba de receber, também, o voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski nessa direção -, manifestei a preocupação, levando em conta alguns elementos, dentre eles, o que, na manhã de hoje, veio vertido no voto do Ministro Barroso, que é a questão da **segurança jurídica**. Por isso, naquela altura da apresentação do voto, eu houvera, objetivamente, dito o seguinte:

Proponho que o precedente que aqui se elabora deva orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido, realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das Administrações Fazendárias dos Estados-membros e do sistema judicial como um todo. Eu decidi por essa Suprema Corte.

Ou seja, para evitar surpresas ou efeitos que não vão ao encontro do maior interesse público, quer da Administração, quer mesmo dos contribuintes, eu estou, portanto, sugerindo isto: que é a dimensão de apanhar os casos que estão submetidos à sistemática da repercussão geral, e, com isso, obviamente, evitamos qualquer abertura de porta para eventuais ações rescisórias ou para pretensões que não tenham sido judicializadas, isto está fora da nossa decisão. E eu vi que o Ministro Barroso também se manifestou sobre isso no voto, julgando, reputando adequada a modulação. E creio que esse é um dos casos em que a **modulação é relevante para dar segurança jurídica prospectiva à eficácia**, portanto, da decisão que aqui se toma, alcançando os feitos que estão em repercussão geral, e o Ministro Barroso chega a mencionar os feitos que se encontram judicializados. Vossa Excelência também fez referência ao

**RE 593849 / MG**

número que se tem da repercussão geral, mas também mencionando que há feitos...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Esses já estão sobrestados aguardando.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Todos os que estão judicializados estão sobrestados pela repercussão geral.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) -** Isso. E, portanto, são esses que eu estou sugerindo a projeção da eficácia.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** A modulação.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) -** E, portanto, tutelando o que se transitou em julgado e o que for judicializado afastando dessa abrangência em homenagem à segurança jurídica. E, obviamente, também, em homenagem ao interesse legítimo da Administração que, de uma ou de outra forma, até este momento, se postou à luz de uma interpretação legítima do precedente que estamos aqui, parcialmente, a superar.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Ministro Barroso?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX -** Ministro Barroso, apenas uma observação: Vossa Excelência mencionou que modularia também com relação às ações propostas porque...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** A minha posição é exatamente...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX -** Porque hoje a repercussão geral só presta a recursos.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Mas é a do Ministro Fachin. Todos os casos que já estejam judicializados...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX -** Judicializados.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Sim.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** É, essa é a minha proposta.



**RE 593849 / MG**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não só recursos. Mil e pouco, esse número é de recursos sobrestados.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Eu apenas fiz a anotação do número daqueles que já estavam sobrestados, mas que eram recursos. A proposta é de que todos os casos judicializados estão acobertados.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - As ações propostas também.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Sim, todas as ações propostas. É isso exatamente que o Ministro Fachin está propondo.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Quer dizer então que nós teremos um termo inicial de vigência da Constituição, a partir desta data, somente em relação àqueles que não entraram até aqui em juízo. Os que acreditaram na Constituição e entraram não terão, a esta altura, uma vitória de Pirro: "Ganha, mas não leva". E o processo é subjetivo. É essa a conclusão do Plenário?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Posso enunciar, Presidente? A Ministra Rosa pediu e coincide rigorosamente com a posição do Ministro Fachin.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - É o que o Ministro Fachin estabeleceu.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu verbalizei da seguinte forma: "A nova orientação aqui firmada somente deve ser aplicada a fatos geradores ocorridos após esta decisão, ressalvados os processos judiciais pendentes. Situações passadas, já transitadas em julgado ou que sequer foram judicializadas, não sofrem a influência da presente decisão."

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Fico um pouco mais tranquilo, porque, afinal, o exercício de um direito assegurado em cláusula pétrea, que é de ingresso ao Judiciário para afastar lesão a direito, não pode implicar prejuízo para o jurisdicionado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Sim. Exatamente isso.

**RE 593849 / MG**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Eu só estou querendo entender a modulação de efeitos. Não temos aqui declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Ministro Gilmar, esse é um ponto importante, que eu até conversei...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Dá-se uma interpretação à norma, inovando a aplicação.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - No meu voto há, do Estado de Minas.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - O Ministro Fachin entende... Só para, se eu puder organizar, você tem três situações: quando você quer modular que declarou a lei inconstitucional em ação direta, possibilidade um; modular quando declarou a lei inconstitucional incidentalmente, possibilidade dois; e quando você apenas mudou a jurisprudência sem declaração de inconstitucionalidade.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Interpretando de forma que não era aquela que vinha prevalecendo.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - É isso. Eu inclusive sustento que, nesta terceira hipótese, basta a maioria absoluta, que só se exigem os dois terços quando se modula em casos de declaração de inconstitucionalidade. Se for mudança de jurisprudência, não. Tanto que eu cheguei a propor isso ao Ministro Fachin. Só que ele noticiou, com razão, que aqui, neste caso, ele está declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da lei mineira. Portanto, em relação à lei de Minas, para modular, é preciso dois terços. Porém, pode parecer uma complexidade, mas é importante: em relação aos estados que não têm lei, e que, portanto, nós estamos tratando apenas de mudança de jurisprudência...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - De dar efeito a eles, porque o efeito é geral.

**RE 593849 / MG**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - É isso. Aí, o meu entendimento é que bastaria maioria absoluta. Portanto, para o caso concreto, exigir-se-ia dois terços. Mas, para os demais casos, se prevalecer o ponto de vista que me parece o melhor, bastaria a maioria absoluta para os outros estados, mas não para Minas, como bem observou o Ministro Fachin. Está fiel isso ao que Vossa Excelência...

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - É isso. Porque, nesse caso, inclusive, Ministro Gilmar, a legislação mineira, ao contrário da legislação de São Paulo e Pernambuco, que admitem ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Ela veda.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Ela veda. E é nessa parte, que veda coerente com a premissa e a conclusão majoritária, que eu estou propondo a declaração de inconstitucionalidade.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - A declaração incidental de inconstitucionalidade.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - No caso concreto.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Ministro Barroso, portanto, Vossa Excelência é pela modulação.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Pela modulação.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**VOTO S/ MODULAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu fui voto vencido, mas aqui estou votando de acordo. Estava observando para o Ministro Fachin, - e eu também já tinha feito a observação no meu voto – que o dispositivo considerado inconstitucional é o que veda também a restituição e veda também a cobrança da diferença.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Portanto, Vossa Excelência, no caso, está acompanhando o Ministro?

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Acompanho. Foi exatamente o que foi decidido, contra o meu voto, mas foi o que foi decidido.

**19/10/2016**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

**VOTO S/MODULAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Senhora Presidente, fiquei vencido. *A fortiori*, acompanho a modulação.

19/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

**VOTO S/ MODULAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Também, Presidente, acompanho - não em relação à outra questão que o ministro Barroso colocou, que acho que tem de ser examinada - em relação a esta questão da declaração de inconstitucionalidade. Entendo, sim, devida a modulação.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, o princípio do terceiro excluído revela que uma coisa é ou não é. Ou observamos, porque a nossa atuação é vinculada, a modulação, o instituto da modulação tal como definido em relação aos processos objetivos, transportando-o para o processo subjetivo - e aí se tem a exigência legal de dois terços para modular-se -, ou não observamos.

Nós não somos legisladores. Não podemos criar, para o processo subjetivo - e aí partir para a conclusão de que é possível implementar-se a modulação com maioria absoluta e não qualificada de dois terços -, um novo instituto, como se fôssemos congressistas, como se fôssemos legisladores. Há de haver uma autocontenção.

Há mais, Presidente. Disse, já em assentada anterior, que não podemos mesclar, para observar ou não o instituto próprio, o processo objetivo e o processo subjetivo. A modulação em processo subjetivo, para mim, é um parto a fórceps que pode maltratar o feto, o resultado, que é o julgamento.

Não vejo como fazemos essa mesclagem. E não é o fato de não termos, acima do Supremo, um órgão com poder para apreciar o merecimento das decisões que profiro que nos levará a atuar como se pudéssemos fazer tudo, como se não nos submetêssemos à ordem jurídica constitucional.

No caso concreto, disse que não há mudança de jurisprudência propriamente dita. Por quê? Porque o precedente que deu origem ao pronunciamento na ADI 1.851 envolveu uma lei que, a um só tempo, dava um incentivo fiscal com diminuição da alíquota do ICMS, observado o piso de doze por cento, e, em contrapartida, dizia da impossibilidade de devolução quando, verificado o fato gerador, não se tivesse a base que serviu para cálculo da antecipação do tributo no mecanismo de arrecadação, mecanismo estritamente fiscal.

E tinha, a lei alagoana, mais um dado: a opção era do contribuinte. Ou seja, homenageava o ato de vontade, não é o caso concreto que nós

**RE 593849 / MG**

estamos julgando. Então, não há como se potencializar o pronunciamento pretérito, quando ficaram vencidos o Ministro Carlos Velloso, o Ministro Celso de Mello e eu próprio, que estava na cadeira que hoje é ocupada por Vossa Excelência, com muita honra para todos nós.

Não há como dizer-se que o Tribunal está dando uma guinada em sua jurisprudência. Não está! Está enfrentando uma situação concreta, com peculiaridades próprias, diversas daquelas que nortearam o julgamento pretérito. E, mesmo assim, no julgamento pretérito, tivemos três votos vencidos. Agora, temos aqui uma inversão no tocante ao resultado, ao escore verificado.

Por isso penso que não cabe a modulação. De qualquer forma, ainda tenho a Constituição Federal como um documento rígido; um documento que precisa ser um pouco mais amado pelos brasileiros em geral. E, se reconheço que esse documento rígido assegura ao contribuinte um certo direito, não posso mitigar esse direito e simplesmente dizer que a Constituição Federal só tem vigência a partir desta data, não tendo vigorado nesses 27 anos - não sei de quando é a emenda que incluiu no artigo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De 93.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É de 93? Obrigado, Ministro Gilmar Mendes. Então, vigorou de 93 para cá.

Por isso voto de forma contrária à modulação, mas um pouco mais confortado com a óptica do Plenário que, pelo menos, ressalva a situação daqueles que tiveram uma crença maior no texto constitucional ao ingressarem em juízo; e ressalva, até mesmo, para que haja coquetude no provimento do recurso do contribuinte, no caso concreto, a situação desse contribuinte.

Voto de forma contrária à modulação.



19/10/2016

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

## D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, esse debate sobre a modulação sempre retorna. O ministro Marco Aurélio insiste na abordagem segundo a qual o tema da modulação deve ser considerado inadmissível, mas, hoje, praticamente - salvo engano - não existe corte constitucional no mundo que, de alguma forma, não opere com essa ideia. Por uma razão singela: é que não se faz justiça na linha do lema de que *fiat iustitia, et pereat mundus*. Aqui, necessita-se, em casos inclusive de decisões com eficácia geral, que se faça o temperamento. O exemplo clássico com o qual já nos deparamos em sentido mais amplo aparece num texto de Walter Jellinek, de 1927, no qual ele diz que, se nós imaginássemos que uma lei eleitoral - a lei eleitoral é bem precisa nesse sentido - fosse declarada inconstitucional, nós logo chegaríamos a um impasse, porque o governo que se elegeu com base naquela lei - ele pensava no parlamentarismo - estaria afetado, estaria ilegitimado. E, também, dir-se-ia: "Mas, então, temos de fazer uma nova lei". Mas quem faria essa lei? O parlamento que foi eleito por aquela lei viciada. Portanto, teríamos aqui uma aporia. Em suma, tem-se de encontrar uma solução. Já vivemos essa situação no caso dos vereadores, de certa forma, quando discutimos a legitimidade daquela questão do número de vereadores nos municípios.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Quando se inseriu a medida cautelar nas ações de controle de constitucionalidade, a primeira providência foi estabelecer que a liminar tem efeitos *ex nunc*, porque havia antes uma presunção de constitucionalidade da lei, e uma das preocupações é a insegurança jurídica, porque passou pelo crivo da presunção de constitucionalidade. Dali para frente é que, para não surpreender o cidadão...

**RE 593849 / MG**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Então, no caso dos vereadores em que se discutiu a proporcionalidade, avançamos para declarar a inconstitucionalidade de várias leis municipais que estendiam o número de vereadores para além do patamar de nove e vimos que, se declarássemos a inconstitucionalidade de tantas leis, ou induzíssemos àquilo, chegaríamos à nulificação, quer dizer, na verdade ao refazimento da composição de câmaras legislativas municipais e, depois, também, estaríamos a discutir a própria legislação produzida, a legitimidade da legislação.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Das eleições feitas.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Quer dizer, o IPTU votado...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - E até das eleições feitas.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Além do que teríamos de recalcular, para fins de quociente eleitoral, os votos dados. Em suma, seria uma grande confusão e dali termos feito aquela modulação, à época, recomendando ao TSE que projetasse aquela decisão para o futuro.

No caso do Instituto Chico Mendes, de relatoria do ministro Fux, que discutimos aqui, colocou-se, também, essa questão. Inicialmente, nosso foco era a não observância do que está estabelecido no art. 62, § 9º, da Constituição, quanto à comissão da Câmara e Senado para apreciação

**RE 593849 / MG**

de medidas provisórias, mas, depois, viu-se que, ao fazermos a censura e declarar a inconstitucionalidade, ainda que sem pronúncia da nulidade daquela norma, aquela decisão, o efeito vinculante transcendente acabaria por afetar todas as medidas provisórias que tinham sido convertidas em lei, sem observância do rito, da comissão. Em suma, também nos deparamos com esse tipo de situação. Portanto, nesses casos, realmente, impõe-se a modulação de efeitos.

Mas gostaria de fazer uma última observação, que foi objeto inclusive de uma discussão que tivemos a propósito do papel do Senado. Quando avançamos em casos que tais, num processo de dimensão objetiva, como acaba tendo o recurso extraordinário com repercussão geral, veja, o que estamos fazendo aqui, nesse caso específico? Ao modular efeito, estamos assumindo que essa decisão produza efeito em outros casos, que a lei foi retirada do ordenamento jurídico. Por conseguinte, volto com a tese de que estamos assumindo que o art. 52, X, da Constituição não faz mais sentido tal como lhe emprestamos significado. É essa a posição correta. O que estamos dizendo, claramente, é que, declarada a inconstitucionalidade nesse caso, com modulação de efeitos, não estamos modulando sequer para esse caso, mas para os outros.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, a rigor, a rigor, não há, no texto constitucional pelo menos, a eficácia vinculante do pronunciamento do Supremo sob o ângulo da repercussão geral. Pode ser essa eficácia vinculante criada pela jurisprudência, pela ótica da maioria, mas não está no texto constitucional e não está também em qualquer norma legal.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, na questão da modulação, mas chegando nesse segundo ponto, eu acho que os exemplos são muito contundentes. Há um outro que irá assustar mais gente que é a lei que declarou a inconstitucionalidade da investidura do

**RE 593849 / MG**

juiz de paz que fez todos os casamentos da comarca. Se não der efeitos modulados, todos os casamentos ficam desfeitos, o que seria grave.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Casa e descasa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ainda bem que o seu quem celebrou fui eu, não é?

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Mas Ministro Gilmar, essa observação sobre a questão do papel do Senado, agora sob o novo Código de Processo Civil, penso que tem, em matéria de repercussão geral, uma configuração diferente, porque o Novo Código, ao estabelecer quais são os precedentes vinculantes, incluiu a repercussão geral. De modo que a declaração incidental de inconstitucionalidade, se integrar a tese, eu estou de acordo que passe a ter vinculação a todos os tribunais inferiores. Portanto, o Novo Código muda a configuração do efeito da declaração de inconstitucionalidade quando seja o caso de repercussão geral, até porque, Ministro Gilmar, passa a caber reclamação se não se adotar a tese. E um outro ponto de vista do Supremo que terá de ser reapreciado é a questão dos efeitos transcendentais, que ficou em aberto, porque o Código de Processo Civil diz textualmente que a inobservância da tese jurídica também permite o cabimento de reclamação. Assim, há dois pontos que teremos de revisar realmente: a eficácia *erga omnes* da declaração incidental de inconstitucionalidade e essa questão dos efeitos transcendentais da tese jurídica firmada em decisões de processos subjetivos. Portanto, eu acho que essa questão voltará à apreciação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, resalto que, no caso da modulação de efeitos, quando a fazemos, em geral, não fazemos para o caso concreto, especialmente no controle incidental, mas para repercutir sobre outros. E, por isso, estamos assumindo a eficácia transcendente, a eficácia *erga omnes* da decisão, a despeito de não se ter tido a intervenção do Senado. Por isso que eu disse que o Supremo, há muito, antes mesmo do CPC novo, já atravessou o rubicão quanto à

**RE 593849 / MG**

assunção de que a eficácia *erga omnes* compõe, também, a decisão no controle incidental.

O ministro Pertence, antes mesmo da repercussão geral, já falava - Vossa Excelência há de lembrar-se - na objetivação do recurso extraordinário, que se consolidou, claro, depois, com a repercussão geral. Há casos, inclusive hoje, mesmo antes do advento do Código de Processo Civil, em que o efeito decorrente da repercussão geral é mais radical do que o efeito vinculante que atribuímos às decisões dos processos objetivos.

Então, eu queria só fazer esse registro, porque é uma discussão que certamente vamos ter de recolocar.

Veja, quando estamos agora, em sede de controle incidental, como se trata agora, num RE com repercussão geral, dizendo que é inconstitucional a norma, mas não é nula, nós o estamos fazendo para todos os casos, inclusive fazendo a calibragem aí estabelecida, ora, sem exigir a intervenção do Senado Federal. A modulação de efeitos seria impossível. Ela precisa de ter a ideia de eficácia *erga omnes*. Do contrário, ela não seria viável. Por isso, é importante que se faça essa nota.

Muito oportuna, também, é a observação do ministro Barroso, até porque, quando estamos discutindo hoje a tese, recentemente até lembrava disso, ministro Barroso, a propósito desse tema muito atual sobre o acordado, sobre o legislado da Justiça do Trabalho. Eu li as teses que Vossa Excelência sublinhou a propósito daquela questão do BESC de Santa Catarina.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - O plano de demissão incentivada.

**RE 593849 / MG**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - A rigor, além da tese específica que Vossa Excelência fixou para o caso, há um elemento transcendente - que depois o ministro Teori e o ministro Toffoli também, usaram em acórdãos, em decisões - chamando a atenção para que da Constituição e dos acordos coletivos decorre a ideia de que o regulado, o assentado, o acordado em acordos coletivos disciplina em casos de lacuna e supera, portanto, o legislado.

Então, a mim, me parece que temos de trabalhar com essa ideia da eficácia vinculante, ou efeito vinculante dos fundamentos determinantes - portanto, essa ideia da transcendência -, sob pena de ficarmos realmente nesse grande atoleiro da repetição, porque, claro, se amanhã declararmos a inconstitucionalidade...

Veja, aqui, o que fizemos? Estamos declarando a inconstitucionalidade da lei de Minas Gerais. Mas, evidentemente, todas as leis de teor idêntico que haja no Brasil estarão afetadas. Não pela declaração de inconstitucionalidade *tout court* da parte dispositiva, mas pelo entendimento fixado pelo Tribunal. É para aí que temos de caminhar.

E a eventual reclamação, que agora se admite no CPC, na reclamação poderemos então declarar a inconstitucionalidade da norma e explicitar a situação. Imaginemos, por exemplo, uma lei municipal sobre IPTU. Tivemos esse debate sobre IPTU progressivo. Claro que ninguém espera que tenhamos que dizer sobre a inconstitucionalidade de cinco mil leis de cinco mil diferentes municípios. Bastará uma. Agora, todos aqueles outros diplomas idênticos estarão, também, afetados não pela declaração ou pela eficácia *erga omnes*, mas pelo efeito vinculante dos fundamentos determinantes.

Parece-me que temos de caminhar nesse sentido.

19/10/2016

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o ministro Luís Roberto Barroso quase me pegou pelo pé, dando-me um tombo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Teria sido involuntário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, seria involuntário, na troca de ideias, e a troca em nível elevadíssimo, como convém, em se tratando de Colegiado como este, formado e revelado como o Supremo. Por que não há eficácia vinculante? Porque, quando o legislador constituinte quis conferir essa eficácia a certos pronunciamentos do Supremo, o fez, e o fez quanto a processo objetivo.

Veio, é certo, o Código de Processo Civil. Mas será que o Código de Processo Civil tem o efeito de derogar a Carta da República e estender a eficácia – que é algo muito estrito e, mesmo assim, não ressoa no campo do Legislativo – a outras situações jurídicas? Não. Mas nem mesmo o Código trouxe à balha essa eficácia vinculante, conforme versado no artigo 1.041 do Código de Processo Civil.

O que ocorre com aqueles processos sobrestados na origem, quando já em estágio de vinda para Brasília, para o Supremo, após decisão deste? O Tribunal pode, ou não, acatar esse pronunciamento. Dispõe o artigo 1.041, a revelar inexistir eficácia *erga omnes*:

"Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente" – é possível manter o acórdão divergente ainda que contrarie, em si, pronunciamento do Supremo – "pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º."

É a demonstração inequívoca de não haver eficácia vinculante. O órgão judicante não fica manietado quanto ao julgamento a ser

**RE 593849 / MG**

procedido. Reconheço que o posicionamento do Supremo deve ser tomado como um farol, em termos de alcance da Lei Maior, mas não há essa obrigatoriedade, ao contrário do que ocorre no tocante à ação direta de inconstitucionalidade e ao decidido nesse processo objetivo.

Subsiste o preceito da Constituição Federal que reserva ao Senado a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, e apenas pelo Supremo, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, porque não se trata de fulminar, como ocorre no processo objetivo, o ato normativo.

Era o que queria explicitar, para não acharem que, ao afirmar inexistir eficácia vinculante quanto ao decidido no recurso extraordinário, ainda que sob o ângulo da repercussão geral, tivesse sacado a descoberto; não saquei, Presidente.



19/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849 MINAS GERAIS

V O T O

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:**

*Ementa:* DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ICMS. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA DO IMPOSTO PAGO A MAIS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 150, § 7º DA CF/88. JULGAMENTO CONJUNTO COM AS ADI'S 2.675 E 2.777.

1. É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva ou “para frente”, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

2. Na aplicação da técnica da substituição tributária progressiva, há duas presunções: a da própria ocorrência do fato gerador futuro e também da sua dimensão econômica (base de cálculo). A despeito da necessidade de fazer tais presunções para aplicação dessa técnica de tributação, não é razoável entender que o montante presumido da operação prevaleça sobre o montante real, quando seja possível, do

RE 593849 / MG

ponto de vista prático, promover tal ajuste.

3. É dever da Administração Tributária cobrar os tributos na mais próxima medida da capacidade econômica efetivamente demonstrada pelos contribuintes, o que faz da utilização de presunções a exceção e não regra. Ausentes as condições práticas e de justiça fiscal que recomendavam a tributação com base em mera estimativa, deve-se reconhecer aos contribuintes o direito de serem tributados na real medida do fato gerador praticado.

4. A par disso, o direito à restituição de tributo pago cujo fato gerador não ocorreu, ou ocorreu a menor, é direito inerente à aplicação da técnica da substituição tributária “para frente”, tal como explicitado pelo próprio legislador constituinte derivado na parte final do § 7º do art. 150, da Constituição.

5. Recurso extraordinário a que se dá provimento, fixando a seguinte tese de repercussão geral: **“É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária pra frente, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”**.

INTRODUÇÃO

1. Cuida o presente recurso de definir se a interpretação da

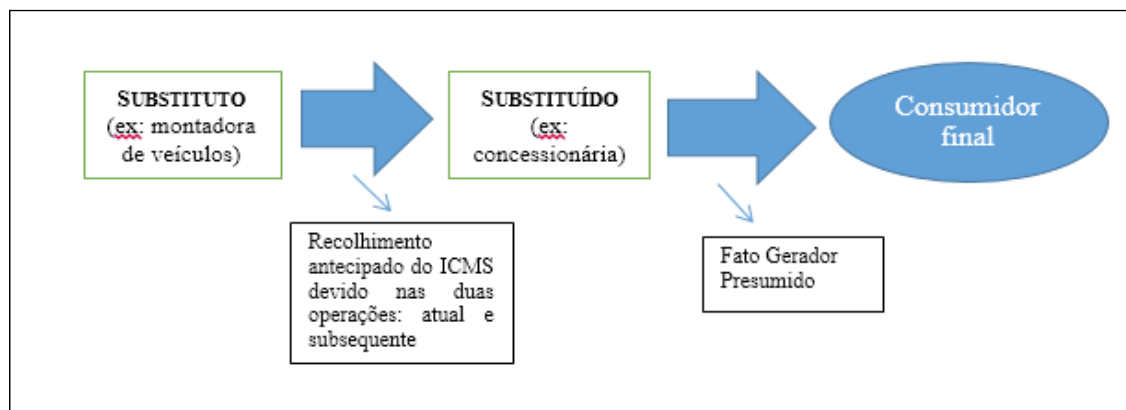
**RE 593849 / MG**

parte final do § 7º do art. 150, da Constituição Federal deve ser feita de modo que abranja as situações em que a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. Ou seja: dizer se há direito subjetivo do contribuinte à restituição do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva quando o fato gerador ocorrer a menor.

2. Entendo que a solução constitucionalmente adequada do problema passa por uma sequência de ideias que irei tratar a seguir. Primeiro, traço as linhas gerais da técnica da substituição tributária progressiva. Segundo, faço considerações sobre os princípios da capacidade contributiva e da razoabilidade e sua relação com a técnica de substituição tributária. Terceiro, exponho aquela que considero seja a interpretação correta do §7º, do art. 150, da Constituição.

DA TÉCNICA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU “PARA FRENTE”

3. A substituição tributária é uma técnica de tributação adotada por motivos essencialmente práticos, que possibilita um controle mais eficiente por parte do ente tributante em situações que, de outra forma, não conseguiriam ser fiscalizadas e tributadas de maneira adequada. Em suma, possibilita maior segurança na arrecadação e efetivo combate à sonegação. No caso discutido no presente processo, discute-se o direito a restituição do imposto pago a maior na modalidade de substituição tributária progressiva ou “para frente”.



**RE 593849 / MG**

4. A substituição tributária progressiva se dá quando a lei atribui a obrigação de recolhimento do ICMS devido na operação subsequente ao sujeito que ocupa o elo anterior da cadeia de circulação. Assim, este embute no custo da operação tanto o valor do ICMS devido pela operação própria que pratica, quanto aquele devido pela operação futura a ser realizada pelo próximo elo da cadeia de circulação. Isso ocorre a partir do estabelecimento de uma base de cálculo presumida do valor da operação seguinte. Em verdade, tanto o valor quanto a ocorrência do fato gerador futuro são presumidas. Em outros termos, o cálculo do montante do tributo a ser recolhido antecipadamente tem como referência uma base de cálculo definida mediante presunção não apenas da dimensão econômica que terá o fato gerador futuro, mas também da sua própria ocorrência. Uma representação gráfica ajuda a entender essa dinâmica:

#### Substituição Tributária “para frente” ou Progressiva

5. Pois bem. O artigo 150, § 7º da CF/1988 é expresso ao determinar a devolução do ICMS na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido, mas não é claro sobre a possibilidade de devolução caso o fato gerador presumido ocorra a menor, veja-se:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

**§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)(Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)**



**RE 593849 / MG**

*“O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo à restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente.” (ADI 1851, Rel. Min. Ilmar Galvão, 2003, Tribunal Pleno)*

8. Portanto, resta à Corte definir se irá romper ou não com o entendimento consagrado na ADI 1.851. Desde logo, ressalto que ainda que seja necessário presumir um *quantum* para viabilizar a antecipação dos pagamentos, não é razoável entender que o montante presumido da operação prevaleça sobre o montante real, quando seja possível, do ponto de vista material, aferir o valor real da base de cálculo do fato gerador efetivamente ocorrido. É o que passo a demonstrar.

DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA RAZOABILIDADE À HIPÓTESE.

9. Primeiro, penso que a lógica de se consentir inicialmente com a impossibilidade material de devolução do valor do imposto quando o fato gerador ocorresse a menor decorria do estágio da capacidade de fiscalização à época em que o entendimento foi firmado pelo Supremo. Naquele momento, em 2002, houve um juízo de ponderação que, a luz das condições fáticas, concluiu ser constitucional a técnica, a despeito da impossibilidade de devolução nas hipóteses em que o fato gerador ocorresse a menor. Entendeu-se que tal exigência poderia colocar em risco a própria dinâmica da substituição progressiva, que se mostrava fundamental para efetiva fiscalização de ciclos econômicos

**RE 593849 / MG**

longos e, por vezes, com a etapa final pulverizada. Hipóteses que, sem essa técnica, simplesmente não teriam como serem atingidas de forma efetiva pela tributação.

10. Ocorre que, a partir do momento em que diversos estados começam a prever em suas legislações a devolução em tais hipóteses e efetivá-la, o argumento prático que autorizava a tributação com base em uma presunção absoluta quanto à base de cálculo do fato gerador presumido cai por terra.

11. Assim, acredito que permanecer com o entendimento atual do Supremo em tais hipóteses viola a dimensão objetiva da capacidade contributiva, aplicável também aos tributos indiretos, já que se autoriza que o tributo incida onde, em verdade, sabidamente não há manifestação de riqueza<sup>2</sup>. Esse mandamento constitucional também se aplica a norma

---

2 Nesse sentido é o pensamento de Ricardo Lodi Ribeiro para quem qualquer tributo deve respeitar, ainda que apenas na eleição da hipótese de incidência um fato economicamente apreciável, a capacidade contributiva. Em suas próprias palavras: “Em resumo, em seu aspecto objetivo, a Capacidade Contributiva funciona como fundamento jurídico do tributo e como diretriz para eleição da hipótese de incidência. Em sua dimensão subjetiva, como critério de graduação do tributo e limite à tributação.” In: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 163. Ver também Lapatza, José Juan Ferreiro. Curso de Derecho Financiero Español – Instituciones. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 283-284. No mesmo sentido STF 2ª turma: “AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. IPVA. PROGRESSIVIDADE. 1. Todos os tributos submetem-se ao princípio da capacidade contributiva (precedentes), ao menos em relação a um de seus três aspectos (objetivo, subjetivo e proporcional), independentemente de classificação extraída de critérios puramente econômicos. 2. Porém, as razões não deixam entrever a má utilização de critérios como essencialidade, frivolidade, utilidade, adequação ambiental etc. Considerado este processo, de alcance subjetivo, a alegação de incompatibilidade constitucional não pode ser genérica. 3. Em relação à fixação da base de cálculo, aplicam-se os mesmos fundamentos, dado que o agravante não demonstrou a tempo e modo próprio a inadequação dos critérios legais adotados. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 406955 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-203 DIVULG 20-10-

**RE 593849 / MG**

de incidência que cria o fato gerador presumido, que deve permitir que ele se abra, como regra, à confrontação com a realidade havida em contrário (presunção relativa). Hipóteses de presunção absoluta, como a que foi admitida pelo Supremo no julgamento da ADI nº 1.851 no que diz respeito a base de cálculo, são excepcionalíssimas e apenas se justificam como última medida para garantir a efetividade da tributação, combater a sonegação e garantir a tributação de manifestações de riqueza quando de outro modo não seja possível fazê-lo. Tal conclusão, por óbvio, depende da existência de condições fáticas que justifiquem essa medida extrema. Se elas estavam presentes em 2002, hoje isso não mais ocorre, como demonstram as diversas legislações estaduais autorizando a devolução.

12. Dessa forma, insistir nesse entendimento violaria também a razoabilidade na sua dimensão de congruência. Por essa ideia, exige-se a presença de uma relação harmônica entre as normas e as suas condições externas de aplicação, impedindo que o intérprete possa basear-se em uma realidade fática inexistente. Pois bem, caso não se supere o precedente existente sobre a matéria será exatamente isso o que ocorrerá: o Supremo irá consagrar uma interpretação a partir de uma realidade fática que não mais existe, o que viola a razoabilidade como congruência e vai contra as condições práticas de aplicação da norma que prevê a restituição, em flagrante prejuízo aos contribuintes<sup>3</sup>.

DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO ART. 150, §7º DA CONSTITUIÇÃO

13. Por essa razão, considero que a restituição é inerente à técnica da substituição tributária progressiva. Não é um favor fiscal. Trata-se, em verdade, de um direito imanente à aplicação da técnica da

---

2011 PUBLIC 21-10-2011 EMENT VOL-02612-01 PP-00043 RDDT n. 196, 2012, p. 208-210 RTFP v. 19, n. 101, 2011, p. 413-417”

3 Neto, Cláudio Pereira de Souza e Sarmiento, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 485-486.



**RE 593849 / MG**

substituição tributária. A garantia prevista na expressão final do § 7º, do art. 150, da Constituição, de imediata e preferencial restituição da quantia paga, deve ser interpretada de forma que ocorra em todas as hipóteses em que não se realize o fato gerador presumido, nos exatos termos de como fora presumido, ou seja, incluindo-se as hipóteses em que o fato ocorreu em dimensão distinta da presumida, com operação em valores menores. Essa é a regra geral.

14. Tal conclusão pode ser extraída também de uma interpretação histórica da norma. A EC nº 03/1993, ao introduzir no art. 150 da CF/1988 o § 7º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o idêntico fato a final. Desse modo, a Emenda Constitucional 3/1993 introduziu no art. 150, da CF, o § 7º a restituição, mas quanto ao regime de substituição tributária em si, não houve novidade<sup>4</sup>.

15. Sendo assim, ao acrescentar na parte final no § 7º do art. 150 da CF/1988 o direito à restituição, o poder constituinte reformador pretendeu explicitar a inconstitucionalidade da cobrança de tributo quando não houve o fato gerador tal como presumido, determinando por isso a devolução. Caso se interpretasse que o direito à restituição existe somente nas hipóteses de inoccorrência total do fato gerador, permaneceria a injustiça que o constituinte derivado buscou eliminar de forma expressa e estar-se-ia interpretando o dispositivo de maneira contrária à sua finalidade.

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS**

16. Embora seja legítima e necessária a mudança de orientação do Tribunal, seja por mudança na realidade fática ou na percepção do que

<sup>4</sup> Nesse sentido, v. STF: RE 120.057, Rel. Min. Néri da Silveira; RE 202.715, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 26.10.1999.

**RE 593849 / MG**

seja o melhor direito, a superação de uma linha de precedentes (*overruling*) deve envolver alguns cuidados. A estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas devem sempre ser levadas em conta na fixação dos efeitos temporais do novo entendimento. Em matéria tributária, particularmente, tenho sustentado que, como regra, a mudança da jurisprudência da Corte equivale verdadeiramente à criação de direito novo e, por tal razão, não pode operar efeitos retroativos<sup>5</sup>.

17. Assim, em casos como o que se apresenta para julgamento, em que se estará promovendo uma mudança da interpretação consolidada da Corte, a solução constitucionalmente adequada é a modulação dos efeitos da decisão, como decorrência direta da aplicação do princípio da segurança jurídica. Embora os direitos fundamentais se destinem, como regra, a proteger o particular em face do Poder Público, é fato que também a Fazenda Pública se beneficia das normas que resguardem a segurança jurídica, como corolário do Estado de Direito. Não poderia ser diferente, na medida em que a arrecadação tributária também se destina a viabilizar a efetivação de direitos fundamentais da população e seu comprometimento inesperado e retroativo – inclusive com a litigiosidade decorrentes dos pedidos de repetição – não deve ser respaldado pelo direito. Em suma: o novo entendimento que venha a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal equivale a uma norma jurídica nova e, portanto, somente deverá atingir fatos geradores ocorridos após a presente decisão, ressalvadas os processos judiciais pendentes. Por sua vez, às situações passadas já transitadas em julgado ou que sequer foram judicializadas, deve ser aplicado o entendimento anterior.

**CONCLUSÃO**

18. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, sugerindo a seguinte tese de

<sup>5</sup> Luís Roberto Barroso, *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. Parecer RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 261.

**RE 593849 / MG**

repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária “para frente”, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

19. É como voto.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

RECTE.(S) : PARATI PETRÓLEO LTDA

ADV.(A/S) : ROGÉRIO ANDRADE MIRANDA (38460/MG) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : INSTITUTO PARA DESENVOLVIMENTO DO VAREJO - IDV

ADV.(A/S) : MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES (DF020389/) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

AM. CURIAE. : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

AM. CURIAE. : ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

AM. CURIAE. : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

AM. CURIAE. : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que conhecia do recurso extraordinário e a este dava provimento, nos termos de seu voto, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Falaram: pelo requerido Estado de Minas Gerais, a Dra. Fabíola P. Ludwig Peres; pelos Estados admitidos como *amici curiae*, o Dr. Sergio Augusto Santana Silva, Procurador-Geral de Pernambuco; pela

União, o Dr. José Péricles Pereira de Sousa, Procurador da Fazenda Nacional; pelo *amicus curiae* Instituto para Desenvolvimento do Varejo - IDV, a Dra. Glaucia Maria Lauletta Frascino, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 13.10.2016.

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente), que davam provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que lhe negavam provimento, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.10.2016.

**Decisão:** O Tribunal, apreciando o tema 201 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário a que se deu provimento, para reformar o acórdão recorrido e afirmar o direito da parte recorrente em lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado de Minas Gerais e respeitado o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto na Lei Complementar nº 118/05; na qualidade de prejudicial, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei nº 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais; fixou interpretação conforme à Constituição nas expressões "*não se efetive o fato gerador presumido*" no § 11 do art. 22 da Lei estadual e "*fato gerador presumido que não se realizou*" no artigo 22 do Regulamento do ICMS, para que essas sejam entendidas em consonância à tese objetiva deste tema de repercussão geral; e condenou a parte recorrida ao pagamento das despesas processuais, à luz da legislação processual regente ao tempo da interposição do recurso extraordinário, ficando a parte vencida desonerada do pagamento de honorários advocatícios, conforme o enunciado da Súmula 512 do STF e o art. 25 da Lei 12.016/2009, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao recurso extraordinário. Por unanimidade, o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida". Em seguida, o Tribunal modulou os efeitos do julgamento a fim de que o precedente que aqui se elabora deve orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte. Ausente,

justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

20/08/2014

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429 CEARÁ**

**RELATOR** : MIN. LUIZ FUX  
**REQTE.(S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ  
**ADV.(A/S)** : SILVIO BRAZ PEIXOTO DA SILVA  
**INTDO.(A/S)** : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTIGOS 192, §§ 1º E 2º; 193 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO; 201 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO; 273, PARÁGRAFO ÚNICO; E 283, III, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ADEQUADO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO AO ATO COOPERATIVO E ISENÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS ÀS PEQUENAS E MICROEMPRESAS; PEQUENOS E MICROPRODUTORES RURAIS; BEM COMO PARA AS EMPRESAS QUE ABSORVAM CONTINGENTES DE DEFICIENTES NO SEU QUADRO FUNCIONAL OU CONFECCIONE E COMERCIALIZE APARELHOS DE FABRICAÇÃO ALTERNATIVA PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. DISPOSIÇÕES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA "C", DA CRFB/88. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 24, INCISO I, DA CRFB/88. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DEMAIS DISPOSITIVOS OBJURGADOS. CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS. ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, INCISO XII, "G", DA CRFB/88. CAPUT DO ART. 193 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO SEM DECLARAÇÃO DE NULIDADE. EXCLUSÃO DO ICMS DO SEU CAMPO DE INCIDÊNCIA.**

1. O Federalismo brasileiro exterioriza-se, dentre outros campos, no

**ADI 429 / CE**

segmento tributário pela previsão de competências legislativo-fiscais privativas dos entes políticos, reservada à Lei Complementar estabelecer normas gerais.

2. A concessão de benefícios fiscais não é matéria relativa à iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do estabelecido no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea *b*, da CRFB/88.

3. O poder de exonerar corresponde a uma derivação do poder de tributar, assim, presente este, não há impedimentos para que as entidades investidas de competência tributária, como o são os Estados-membros, definam hipóteses de isenção ou de não-incidência das espécies tributárias em geral, à luz das regras de competência tributária, o que não interdita a Constituição estadual de dispor sobre o tema.

4. O art. 146, III, “*c*”, da CRFB/88 determina que lei complementar estabeleça normas gerais sobre matéria tributária e, em especial, quanto ao adequado tratamento tributário a ser conferido ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

5. Não há a alegada inconstitucionalidade da Constituição estadual, porquanto a competência para legislar sobre direito tributário é concorrente, cabendo à União estabelecer normas gerais, aos Estados-membros e o Distrito Federal suplementar as lacunas da lei federal sobre normas gerais, afim de afeiçoá-las às particularidades locais, por isso que inexistindo lei federal de normas gerais, acerca das matérias enunciadas no citado artigo constitucional, os Estados podem exercer a competência legislativa plena (§ 3º, do art. 24 da CRFB/88).

6. Consectariamente, o § 1º do artigo 192 da Constituição cearense que estabelece que “o ato cooperativo, praticado entre o associado e sua cooperativa, não implica em operação de mercado”, não é inconstitucional.

7. É que a Suprema Corte, ao apreciar situação análoga, assentou que, enquanto não promulgada a lei complementar a que se refere o art. 146, III, “*c*”, da CRFB/88, não se pode pretender que, com base na legislação local, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da



**ADI 429 / CE**

Carta Magna), dê às cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado, *verbis*: “Inexiste, no caso, ofensa ao artigo 146, III, ‘c’, da Constituição, porquanto esse dispositivo constitucional não concedeu às cooperativas imunidade tributária, razão por que, enquanto não for promulgada a lei complementar a que ele alude, não se pode pretender que, com base na legislação local mencionada no aresto recorrido, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna), dar às Cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado.” (RE 141.800, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 30.10.97).

8. A concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC nº 24/75, recepcionada inequivocamente consoante jurisprudência da Corte, afronta ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, “g”, da CRFB/88.

9. O comando constitucional contido no art. 155, § 2º, inciso “g”, que reserva à lei complementar federal “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” aplicado, *in casu*, revela manifesta a inconstitucionalidade material dos dispositivos da Constituição cearense que outorga incentivo fiscal incompatível com a CRFB/88. Precedentes: ADI 84, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/1996, DJ 19-04-1996).

10. A outorga de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal é manifestamente inconstitucional. Precedentes: ADI 2906/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 2376/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3674/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3413/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 4457/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3794/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.6.2011; ADI 2688/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.6.2011; ADI 1247/PA, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2011; ADI 3702/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2011; ADI 4152/SP, rel.

**ADI 429 / CE**

Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 3664/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 3803/PR, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 2549/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1º.6.2011.

11. Calçado nessas premissas, forçoso concluir que:

a) O § 2º do art. 192 da Constituição cearense concede isenção tributária de ICMS aos implementos e equipamentos destinados aos deficientes físicos auditivos, visuais, mentais e múltiplos, bem como aos veículos automotores de fabricação nacional com até 90 HP de potência adaptados para o uso de pessoas portadoras de deficiência, o que acarreta a declaração de sua inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, por um prazo de doze meses.

b) O *caput* do artigo 193 da Constituição cearense isenta as microempresas de tributos estaduais, ao passo que seu parágrafo único estende a isenção, de forma expressa, ao ICMS, o que acarreta a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único e do *caput*, este por interpretação conforme para excluir de seu âmbito de incidência o ICMS.

c) A Inconstitucionalidade do artigo 201 e seu parágrafo único, da Constituição cearense é manifesta, porquanto pela simples leitura dos dispositivos verifica-se que o imposto estadual com tal campo de incidência é o ICMS, *verbis*: “Art. 201. Não incidirá imposto, conforme a lei dispuser, sobre todo e qualquer produto agrícola pertencente à cesta básica, produzido por pequenos e microprodutores rurais que utilizam apenas a mão-de-obra familiar, vendido diretamente aos consumidores finais. Parágrafo único. A não-incidência abrange produtos oriundos de associações e cooperativas de produção e de produtores, cujos quadros sociais sejam compostos exclusivamente por pequenos e microprodutores e trabalhadores rurais sem terra.

d) O parágrafo único do art. 273 e o inciso III do art. 283, da Constituição cearense incidem na mesma inconstitucionalidade, *verbis*: “Art. 273. Toda entidade pública ou privada que inclua o atendimento à criança e ao adolescente, inclusive os órgãos de segurança, tem por finalidade prioritária assegurar-lhes os direitos fundamentais. Parágrafo único. As empresas privadas que absorvam contingentes de até cinco por cento de deficientes no seu quadro

**ADI 429 / CE**

*funcional gozarão de incentivos fiscais de redução de um por cento no ICMS. (...) Art. 283. Para estimular a confecção e comercialização de aparelhos de fabricação alternativa para as pessoas portadoras de deficiência, o Estado concederá: (...) III - isenção de cem por cento do ICMS.*

12. Pedido de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente para declarar: (i) inconstitucional o parágrafo 2º do art. 192, sem a pronúncia de nulidade, por um prazo de doze meses (ii) parcialmente inconstitucional o *caput* do art. 193, dando-lhe interpretação conforme para excluir de seu âmbito de incidência o ICMS; (iii) inconstitucional o parágrafo único do artigo 193; (iv) inconstitucional o artigo 201, *caput*, e seu parágrafo único; (v) inconstitucional o parágrafo único do artigo 273; (vi) inconstitucional o inciso III do artigo 283; julgar improcedente o pedido quanto ao *caput* e §1º do artigo 192, todos os artigos da Constituição cearense.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar improcedente o pedido em relação ao § 1º do art. 192 da Constituição do Estado do Ceará, e, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar parcialmente procedente a ação direta para dar interpretação conforme à CF ao § 2º do art. 192 da Constituição do Estado do Ceará, sem declaração de nulidade, concedendo o prazo de sobrevivência do benefício por 12 (doze) meses a partir da publicação da ata desta sessão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que declarava integralmente procedente a ação para julgar inconstitucional o dispositivo, por vício formal.

Brasília, 20 de agosto de 2014.

Ministro LUIZ FUX – Relator

*Documento assinado digitalmente*

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429 CEARÁ**

**RELATOR** : MIN. LUIZ FUX  
**REQTE.(S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ  
**ADV.(A/S)** : SILVIO BRAZ PEIXOTO DA SILVA  
**INTDO.(A/S)** : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Cuidam os autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará em face dos artigos 192, §§ 1º e 2º; 193 e seu parágrafo único; 201 e seu parágrafo único; 273, parágrafo único; e 283, III, todos da Constituição do Estado do Ceará, por ofensa aos artigos 61, § 1º, II, “b”, 146, III, “c” e 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição da República.

Os dispositivos impugnados da citada Constituição Estadual contem a seguinte redação:

“Art. 192. A lei poderá isentar, reduzir ou agravar tributos, com finalidades extrafiscais por incentivo a atividades socialmente úteis ou desestimular práticas inconvenientes ao interesse público, observados os disciplinamentos federais.

§1º O ato cooperativo, praticado entre o associado e sua cooperativa, não implica em operação de mercado.

§2º Concede-se isenção tributária de ICMS aos implementos e equipamentos destinados aos deficientes físicos auditivos, visuais, mentais e múltiplos, bem como aos veículos automotores de fabricação nacional com até 90 HP de potência adaptados para o uso de pessoas portadoras de deficiência.

Art. 193. As microempresas são isentas de tributos estaduais nos limites definidos pela União, como elemento indicativo dessa categoria.

Parágrafo único. A isenção tributária se estende [sic] a operações relativas à circulação de mercadorias para destinatário localizado neste ou em outro Estado e sobre

**ADI 429 / CE**

prestação de transportes interestaduais, intermunicipais e comunicações. (...)

Art. 201. Não incidirá imposto, conforme a lei dispuser, sobre todo e qualquer produto agrícola pertencente à cesta básica, produzido por pequenos e microprodutores rurais que utilizam apenas a mão-de-obra familiar, vendido diretamente aos consumidores finais.

Parágrafo único. A não-incidência abrange produtos oriundos de associações e cooperativas de produção e de produtores, cujos quadros sociais sejam compostos exclusivamente por pequenos e microprodutores e trabalhadores rurais sem terra. (...)

Art. 273. Toda entidade pública ou privada que inclua o atendimento à criança e ao adolescente, inclusive os órgãos de segurança, tem por finalidade prioritária assegurar-lhes os direitos fundamentais.

Parágrafo único. As empresas privadas que absorvam contingentes de até cinco por cento de deficientes no seu quadro funcional gozarão de incentivos fiscais de redução de um por cento no ICMS. (...)

Art. 283. Para estimular a confecção e comercialização de aparelhos de fabricação alternativa para as pessoas portadoras de deficiência, o Estado concederá: (...)

III - isenção de cem por cento do ICMS;"

Os artigos 61, § 1º, II, "b", 146, III, "c" e 155, § 2º, XII, "g", da Constituição da República. preconizam, por sua vez, que:

"Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos

**ADI 429 / CE**

cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...)

II - disponham sobre: (...)

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...)

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

XII - cabe à lei complementar: (...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

O requerente alega que o artigo 192, § 1º, da Constituição Estadual viola o disposto no artigo 146, inciso III, alínea “c”, da Constituição, porquanto compete à União, mediante lei complementar, estabelecer normas gerais sobre o tratamento tributário do ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. Os demais preceitos objurgados afrontariam o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da CF/88, à medida que autoriza a concessão de benefício fiscal sem a precedência de deliberação unânime dos Estados-membros.

Enfatiza, ainda, que a matéria relativa a isenção tributária deve ser regulada por lei cuja iniciativa é privativa do Chefe do Poder Executivo,

**ADI 429 / CE**

nos termos do estabelecido no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, da CB/88.

Informações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará juntadas nas fls. 44/47, em que a Casa Legislativa defende que os Estados-membros detêm competência legislativa concorrente em matéria tributária, nos termos do disposto no artigo 24, inciso I, do texto constitucional, bem como que esta Corte, ainda não se pronunciou se os princípios que informam o processo legislativo federal impõem-se aos Estados-membros.

Esta Corte concedeu, em parte, a medida cautelar (fls. 54/64), suspendendo a eficácia do artigo 193, *caput* e parágrafo único; do artigo 201, *caput* e parágrafo único; do parágrafo único do artigo 273 e do inciso III do artigo 283 da Constituição Estadual.

A Advocacia-Geral da União manifestando-se nas fls. 68/87, pugna pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade entendendo que não há desconformidade entre os preceitos atacados e a Constituição Federal.

Em seu parecer de fls. 89/97, o ilustre Procurador-Geral da República opinou no sentido da procedência parcial do pedido. Ficou ressalvado o § 1º do artigo 192 da Constituição Estadual, editado no exercício da competência atribuída aos Estados-membros pelo artigo 24, inciso I, da Constituição Federal.

Relatório do eminente Min. Eros Grau foi juntado aos autos nas fls. 101/103, tendo sido o feito retirado de pauta em agosto de 2010 por conta da aposentadoria do antigo relator.

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos Senhores Ministros.

20/08/2014

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429 CEARÁ**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Senhor Presidente, eminentes pares, cinge-se a controvérsia à verificação da inconstitucionalidade de preceitos da Constituição do Estado do Ceará, *verbis*:

Art. 192. A lei poderá isentar, reduzir ou agravar tributos, com finalidades extrafiscais por incentivo a atividades socialmente úteis ou desestimular práticas inconvenientes ao interesse público, observados os disciplinamentos federais.

§1º O ato cooperativo, praticado entre o associado e sua cooperativa, não implica em operação de mercado.

§2º Concede-se isenção tributária de ICMS aos implementos e equipamentos destinados aos deficientes físicos auditivos, visuais, mentais e múltiplos, bem como aos veículos automotores de fabricação nacional com até 90 HP de potência adaptados para o uso de pessoas portadoras de deficiência.

Art. 193. As microempresas são isentas de tributos estaduais nos limites definidos pela União, como elemento indicativo dessa categoria.

**Parágrafo único. A isenção tributária se estende [sic] a operações relativas à circulação de mercadorias para destinatário localizado neste ou em outro Estado e sobre prestação de transportes interestaduais, intermunicipais e comunicações. (...)**

Art. 201. Não incidirá imposto, conforme a lei dispuser, sobre todo e qualquer produto agrícola pertencente à cesta básica, produzido por pequenos e microprodutores rurais que utilizam apenas a mão-de-obra familiar, vendido diretamente



**ADI 429 / CE**

aos consumidores finais.

Parágrafo único. A não-incidência abrange produtos oriundos de associações e cooperativas de produção e de produtores, cujos quadros sociais sejam compostos exclusivamente por pequenos e microprodutores e trabalhadores rurais sem terra. (...)

Art. 273. Toda entidade pública ou privada que inclua o atendimento à criança e ao adolescente, inclusive os órgãos de segurança, tem por finalidade prioritária assegurar-lhes os direitos fundamentais.

**Parágrafo único. As empresas privadas que absorvam contingentes de até cinco por cento de deficientes no seu quadro funcional gozarão de incentivos fiscais de redução de um por cento no ICMS. (...)**

Art. 283. Para estimular a confecção e comercialização de aparelhos de fabricação alternativa para as pessoas portadoras de deficiência, o Estado concederá: (...)

**III - isenção de cem por cento do ICMS;**

O Federalismo brasileiro exterioriza-se, dentre outros campos, no segmento tributário pela previsão de competências legislativo-fiscais privativas dos entes políticos, reservada à Lei Complementar estabelecer normas gerais.

O art. 146, III, “c”, da CF/88 determina que lei complementar estabeleça normas gerais sobre matéria tributária e, em especial, quanto ao adequado tratamento tributário a ser conferido ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, *verbis*:

Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...)

**ADI 429 / CE**

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Consectariamente, o § 1º do artigo 192 da Constituição cearense que estabelece que “o ato cooperativo, praticado entre o associado e sua cooperativa, não implica em operação de mercado”, não é inconstitucional.

Não há a alegada inconstitucionalidade da Constituição estadual, porquanto a competência para legislar sobre direito tributário é concorrente, cabendo à União estabelecer normas gerais, aos Estados-membros e o Distrito Federal suplementar as lacunas da lei federal sobre normas gerais, afim de afeiçoá-las às particularidades locais, por isso que inexistindo lei federal de normas gerais, acerca das matérias enunciadas no citado artigo constitucional, os Estados podem exercer a competência legislativa plena (§ 3º, do art. 24 da CF/88) (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120/121; MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 803/804).

No julgamento do pedido de medida cautelar (fls. 54/64), o Relator à época, o Eminentíssimo Ministro CÉLIO BORJA, apropriadamente ressaltou que:

*“(...) a Constituição do Estado do Ceará ao dizer que o ato cooperativo, entre associado e cooperativa, não implica operação de mercado, não excede os lindes da competência concorrente que lhe é assegurada pela Constituição Federal. Poderá, ou não, tal disposição constitucional tornar-se ineficaz pela superveniência de regra de lei complementar da União, dispondo contrariamente e, assim, revogando-a(...)”.*

Sob esse enfoque, o dispositivo constitucional (art. 146, CF/88) tem

**ADI 429 / CE**

uma eficácia mínima, qual seja, a de impedir que o legislador, ao instituir ou majorar determinado tributo, inove na ordem jurídica estabelecendo tratamento tributário que, sendo mais gravoso para as cooperativas que para as demais empresas, contrarie a previsão constitucional.

Ressalte-se que a norma impugnada reproduz, em parte, o parágrafo único do art. 79, da Lei nº 5.764/71, que ao regular a Política Nacional do Cooperativismo, e instituir o regime jurídico das sociedades cooperativas, prescreve:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

**Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria. (grifo nosso)**

Esta Corte, ao apreciar situação análoga, já havia assentado que, enquanto não promulgada a lei complementar a que se refere o art. 146, III, "c", da CF/88, não se pode pretender que, com base na legislação local, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna), dê às cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado, *verbis*:

*"Inexiste, no caso, ofensa ao artigo 146, III, 'c', da Constituição, porquanto esse dispositivo constitucional não concedeu às cooperativas imunidade tributária, razão por que, enquanto não for promulgada a lei complementar a que ele alude, não se pode pretender que, com base na legislação local mencionada no aresto recorrido, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna), dar às Cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento*

**ADI 429 / CE**

*privilegiado.”(RE 141.800, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 30.10.97).*

“ICMS. Cooperativas de consumo. - Falta de prequestionamento da questão concernente ao artigo 5º, ‘caput’, da Constituição Federal (súmulas 282 e 356). - A alegada ofensa ao artigo 150, I, da Carta Magna é indireta ou reflexa, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. - **Inexiste, no caso, ofensa ao artigo 146, III, ‘c’, da Constituição, porquanto esse dispositivo constitucional não concedeu às cooperativas imunidade tributária, razão por que, enquanto não for promulgada a lei complementar a que ele alude, não se pode pretender que, com base na legislação local mencionada no aresto recorrido, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna), dar às Cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado. Recurso extraordinário não conhecido”.**(RE 141.800, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 30.10.97).(grifo nosso)

Resta, portanto, improcedente o pedido no tocante a este preceito (artigo 192, § 1º, da Constituição Cearense).

Em passo seguinte, os demais textos normativos impugnados – artigos 192, § 2º; 193 e seu parágrafo único; 201 e seu parágrafo único; 203, parágrafo único; e 283, III, da Constituição Cearense - respeitam ao tema dos benefícios fiscais, em especial isenções.

A concessão de benefícios fiscais não é matéria relativa à iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do estabelecido no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, da CF/88, *verbis*:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias

**ADI 429 / CE**

cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...)

II - disponham sobre: (...)

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

Quanto ao § 2º do art. 192, a liminar deferida pelo Min. Célio Borja assentou que:

“Penso, também, que não é de ser suspenso o parágrafo 2º, do artigo 192, da Constituição do Ceará, porque, beneficiando o restrito universo dos portadores de deficiência física, não há de acarretar prejuízo irreparável, quer por seu vulto, quer pela impossibilidade de futura recuperação.(...)”

Quanto à alegada violação do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal que reserva à lei complementar “regular” a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”, insisto em que, também aí, o poder concorrente dos Estados e do Distrito Federal de legislar sobre tributos e, portanto, de conceder isenções dos de sua competência, não está tolhido enquanto não sobrevêm a FORMA de fazê-lo por via de deliberação consensual de todos os titulares da espécie de imposição aqui discutida, ou sem essa nova disciplina, mas de acordo com o disposto no art. 34, § 8º, ADCT, CF/88.(...)

A Corte Constitucional não corrobora esta tese atualmente, o que impõe a cassação da liminar com efeitos *ex nunc*.

**ADI 429 / CE**

O poder de exonerar corresponde a uma derivação do poder de tributar, assim, presente este, não há impedimentos para que as entidades investidas de competência tributária, como o são os Estados-membros, definam hipóteses de isenção ou de não-incidência das espécies tributárias em geral, à luz das regras de competência tributária, o que não interdita a Constituição estadual de dispor sobre o tema.

A Constituição Federal instituiu regime particular a respeito do modo como tais exonerações fiscais devem ser colocadas em prática no campo do ICMS, exigindo, para que isso ocorra, a existência de deliberação entre os Estados-membros, nos termos de disciplina por lei complementar, tal como proclamado pelo art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:  
(...)

XII - cabe à lei complementar: (...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A exigência constitucional de diploma regendo a matéria restou satisfeita pela recepção, de acordo com a Suprema Corte, após a CF/88, da Lei Complementar nº 24/75, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. O âmbito de incidência da exigência de convênio é especificado pelo art. 1º da referida Lei, cuja redação é a seguinte:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e

**ADI 429 / CE**

pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Porquanto, a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC nº 24/75, recepcionada inequivocamente consoante jurisprudência da Corte, viola o art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 8.366, DE 7 DE JULHO DE 2006, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. LEI QUE INSTITUI INCENTIVO FISCAL PARA AS EMPRESAS QUE CONTRATAREM APENADOS E EGRESSOS. MATÉRIA DE ÍNDOLE TRIBUTÁRIA E NÃO ORÇAMENTÁRIA. A CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS, SEM A PRÉVIA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL, AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. **A lei instituidora de incentivo fiscal para as empresas que contratarem apenados e egressos no Estado do Espírito Santo não consubstancia matéria orçamentária. Assim, não subsiste a alegação, do requerente, de que a iniciativa seria reservada ao Chefe do Poder Executivo.** 2. O texto normativo capixaba

**ADI 429 / CE**

efetivamente viola o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", Constituição do Brasil, ao conceder isenções fiscais às empresas que contratarem apenas e egressos no Estado do Espírito Santo. A lei atacada admite a concessão de incentivos mediante desconto percentual na alíquota do ICMS, que será proporcional ao número de empregados admitidos. 3. Pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal. Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei n. 8.366, de 7 de julho de 2006, do Estado do Espírito Santo. (ADI 3809, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007).(grifo nosso).

A finalidade por detrás da referida exigência consiste na preservação do equilíbrio horizontal na tributação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo (TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 295; PYRRHO, Sérgio. Soberania, ICMS e isenções os convênios e os tratados internacionais, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 32).

Com efeito, se fosse lícito a cada ente federativo regional a instituição de exonerações fiscais de forma independente, o resultado que daí adviria seria a cognominada guerra fiscal, com a busca irrefreável pela redução da carga tributária em cada Estado de forma a atrair empreendimentos e capital para o respectivo território, em prejuízo, em última análise, para o próprio federalismo fiscal.

O comando constitucional contido no art. 155, § 2º, inciso "g", que reserva à lei complementar federal "*regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios*



**ADI 429 / CE**

*fiscais serão concedidos e revogados”* (COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41), *in casu*, revela manifesta a inconstitucionalidade material dos dispositivos da Constituição cearense que outorga incentivo fiscal incompatível com a CF/88. Precedentes: ADI 84, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/1996, DJ 19-04-1996).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inconstitucionalidade de texto normativo estadual que outorga benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal. Precedentes: ADI 2906/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 2376/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3674/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3413/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 4457/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3794/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.6.2011; ADI 2688/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.6.2011; ADI 1247/PA, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2011; ADI 3702/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2011; ADI 4152/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 3664/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 3803/PR, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 2549/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1º.6.2011.

É certo que há precedente isolado da Suprema Corte sobre a isenção de ICMS a templos religiosos. O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI 3421 ajuizada contra a Lei estadual nº 14.586/04. No *leading case*, a norma previa a isenção de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas contas de água, luz, telefone e gás utilizados por igrejas e templos de qualquer natureza.

A impugnação assentava a inconstitucionalidade porque as entidades religiosas não seriam contribuintes de direito do imposto, mas somente contribuintes de fato. Além disso, a lei teria sido editada sem prévia autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz),

**ADI 429 / CE**

entre outras impugnações.

O ICMS, segundo a controvérsia posta em juízo, que envolvia os conceitos de contribuinte de direito e contribuinte de fato, portanto distinto do objeto desta ADI, seria cobrado não dos templos, mas dos prestadores de serviços relativos ao fornecimento de energia elétrica, água e telecomunicações.

Sustentava-se que os contribuintes do ICMS ao Estado seriam as concessionárias de serviço público e não as igrejas ou templos, que apenas pagariam às concessionárias o "preço" e não o tributo pelo consumo de energia elétrica, água, telefone e gás. O Min. Marco Aurélio assentou esta distinção:

“A disciplina legal em exame apresenta peculiaridade e merece reflexão para concluir estar configurada ou não a denominada guerra fiscal. Conforme o artigo 150, inciso VI, alínea “b”, da Constituição Federal, os templos de qualquer culto estão imunes a impostos. Com base no parágrafo 4º, do citado artigo, a isenção limita-se ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nela mencionadas.

A lei complementar relativa à disciplina da matéria é a 24/75. Nela está disposto que as peculiaridades do ICMS – benefícios fiscais – hão de estar previstos em instrumento formalizado por todas as unidades da federação. A disciplina não revela isenção alusiva a contribuinte de direito, isto é, aquele que esteja no mercado, mas a contribuinte de fato, “de especificidade toda própria”, presentes igrejas e templos de qualquer crença quanto à serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás.

A proibição de introduzir benefício fiscal sem o assentimento dos demais estados tem como causa evitar competição entre as unidades da federação e isso não acontece

**ADI 429 / CE**

na hipótese. Está-se diante de opção político-normativa possível, não cabendo cogitar de discrepância com as balizas constitucionais referentes ao orçamento, sendo irrelevante o cotejo buscado com a lei de responsabilidade fiscal, isso presente o controle abstrato de constitucionalidade.”

Porquanto, *in casu*, não é sequer procedente o argumento, que poderia ser suscitado em defesa da lei impugnada, segundo o qual não haveria a perspectiva de atração de investimentos através da isenção concedida, supostamente afastando, assim, o risco de guerra fiscal.

Em primeiro lugar, mostra-se simplesmente indiferente para a Constituição Federal o maior ou menor impacto que determinada desoneração tributária, relativa ao ICMS, pode causar no cenário de investimentos nos Estados-membros. O só fato de configurar-se, conceitualmente, a isenção já é por si só suficiente para atrair a exigência formal do convênio interestadual, descumprida na presente hipótese.

Calcado nestas premissas, o § 2º do art. 192 da Constituição cearense concede isenção tributária de ICMS aos implementos e equipamentos destinados aos deficientes auditivos, visuais, mentais e múltiplos, bem como aos veículos automotores de fabricação nacional com até 90 HP de potência adaptados para o uso de pessoas portadoras de deficiência, o que acarreta a declaração de sua inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, por um prazo de doze meses.

Impõe-se observar que o *caput* do artigo 193 da Constituição do Estado do Ceará isenta as microempresas de tributos estaduais, ao passo que seu parágrafo único estende a isenção, de forma expressa, ao ICMS, o que acarreta a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único e do *caput*, este por interpretação conforme para excluir de seu âmbito de incidência o ICMS.

Ressaltamos que a inconstitucionalidade do artigo 201 e seu

**ADI 429 / CE**

parágrafo único, da Constituição cearense é manifesta, porquanto pela simples leitura dos dispositivos verifica-se que o imposto estadual com tal campo de incidência é o ICMS, *verbis*:

*Art. 201. Não incidirá imposto, conforme a lei dispuser, sobre todo e qualquer produto agrícola pertencente à cesta básica, produzido por pequenos e microprodutores rurais que utilizam apenas a mão-de-obra familiar, vendido diretamente aos consumidores finais.*

*Parágrafo único. A não-incidência abrange produtos oriundos de associações e cooperativas de produção e de produtores, cujos quadros sociais sejam compostos exclusivamente por pequenos e microprodutores e trabalhadores rurais sem terra.(grifo nosso)*

Os mesmos vícios encontram-se plasmados no parágrafo único do art. 273 e no inciso III do art. 283, da Constituição cearense, *verbis*:

*Art. 273. Toda entidade pública ou privada que inclua o atendimento à criança e ao adolescente, inclusive os órgãos de segurança, tem por finalidade prioritária assegurar-lhes os direitos fundamentais.*

*Parágrafo único. As empresas privadas que absorvam contingentes de até cinco por cento de deficientes no seu quadro funcional gozarão de incentivos fiscais de redução de um por cento no ICMS. (...) (grifo nosso)*

*Art. 283. Para estimular a confecção e comercialização de aparelhos de fabricação alternativa para as pessoas portadoras de deficiência, o Estado concederá: (...)*

**III - isenção de cem por cento do ICMS; (grifo nosso)**

**Ex positis**, julgo parcialmente procedente o pedido de inconstitucionalidade para declarar: (i) inconstitucional o parágrafo 2º do art. 192, sem a pronúncia de nulidade, **por um prazo de doze meses** (ii) parcialmente inconstitucional o *caput* do art. 193, dando-lhe interpretação conforme para excluir de seu âmbito de incidência o ICMS; (iii)

**ADI 429 / CE**

inconstitucional o parágrafo único do artigo 193; (iv) inconstitucional o artigo 201, *caput*, e seu parágrafo único; (v) inconstitucional o parágrafo único do artigo 273; (vi) inconstitucional o inciso III do artigo 283; julgar improcedente o pedido quanto ao *caput* e §1º do artigo 192, todos os artigos da Constituição cearense.

20/08/2014

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429 CEARÁ****ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, aqui eu preciso fazer só alguma digressão, porque houve uma liminar, cuja hipótese é a seguinte: É o poder legiferante do Estado em matéria tributária, esse poder suplementar que a Constituição prevê, salvo naqueles casos em que são as normas gerais de competência exclusiva da União para aqueles aspectos gerais de tributação. Então, o Estado tem essa competência, só não tem em relação ao ICMS, que precisa de convênio, de resto, o Estado tem essa competência. Só que, naquela oportunidade, quando do deferimento da liminar, suspendeu-se a lei, porque era evidentemente também geradora de guerra fiscal, porque era isenção de ICMS, mas em relação aos deficientes auditivos, mentais e físicos entendeu-se, com base no argumento, digamos assim, jus sociológico, que aquilo não causaria grandes prejuízos. Então, deferiu-se a suspensão da liminar, menos desse dispositivo. Portanto, há essa pequena diferença porque, posteriormente à recepção da Lei Complementar nº 24, nem mesmo essas benesses de isenção fiscal de ICMS podem ser concedidas sem convênio. Então, tem essa diferença entre a liminar e o que nós vamos julgar agora.

Eu acho que com esse esclarecimento eu posso ler a ementa.

20/08/2014

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429 CEARÁ**

**DEBATE**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhor Presidente, um esclarecimento. Temos uma liminar deferida em parte. O Ministro-Relator falou em eficácia **ex nunc**. Penso que, em relação a esses dispositivos que têm liminar...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, não há problema.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Esse não é eficácia **ex nunc**?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Está na parte que ele estendeu.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É apenas um acréscimo?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - A eficácia **ex nunc** foi exatamente em relação àquele dispositivo que não foi suspenso, e que agora está sendo declarado inconstitucional.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Está sendo suspenso agora.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Exato.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É um dispositivo que declara inconstitucional a parte relativa ao ICMS.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Exatamente. E que não tinha sido declarado inconstitucional, porque entendeu-se, à época, de não suspender esse parágrafo uma vez que ele conferiu um benefício a pessoas portadoras de deficiência auditiva, e isso não era razoável, já que haveria um argumento...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - (Cancelado).

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Hem?!

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Esse dispositivo não

**ADI 429 / CE**

foi suspenso?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não foi suspenso.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - (Cancelado).

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - É, não foi suspenso. Por isso que estou declarando inconstitucional esse com eficácia **ex nunc**.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É, eu tinha até uma proposta, estava conversando com o Ministro Toffoli, eu tinha anotado antes, essa é uma situação realmente dramática. Eu já acompanhei caso, por exemplo, de satisfação da isenção do IPI. E é, de fato, uma corrida, é enfrentar uma montanha russa cumprir esses requisitos. As pessoas têm todas essas dificuldades, e não conseguem o atendimento.

De modo que eu ia propor, pelo menos, uma modulação de algo em torno de 12 meses, para dar tempo de que a matéria seja submetido ao CONFAZ.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Pois é! Mas, Ministro Gilmar, no julgamento antecedente, eu me pronunciei sobre a modulação, no próprio voto do Ministro Toffoli, mas o Plenário entendeu que isso é um problema à parte.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Em outro caso. Cada caso é um caso.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não entendi. A sugestão do Ministro Gilmar é manter e dar um prazo para o CONFAZ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Declara inconstitucional, sem pronúncia da nulidade, né?

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Em relação a essa parte do ICMS.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - A este dispositivo. Ao invés do ...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Só esse.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Eu só estou



**ADI 429 / CE**

seguindo o Relator.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Para os deficientes.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Só que ao invés do **ex nunc**, que seria a partir de agora, eu projetaria isto no tempo, por 12 meses ...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Então, Vossa Excelência declara ainda constitucional ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não. Eu declaro inconstitucional sem pronúncia da nulidade. Mas, nos termos do art. 27, autorizaria a vigência por 12 meses.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Ao final do qual, se o CONFAZ não atuar, cai o dispositivo.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Cai o dispositivo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Mas pelo menos dá tempo para que haja uma, porque de fato ela ...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas essa lei relativa ao ICMS, praticamente, no todo, ela foi suspensa pelo Ministro ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não, mas não esse parágrafo.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Mas esse dispositivo não.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas não esse parágrafo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Exatamente. Por isso que estou ...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Ah! Está falando só em relação a este parágrafo?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Só a esse parágrafo.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - É.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Claro.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A sugestão é para resguardar a situação dos deficientes?

**ADI 429 / CE**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim.**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI  
(PRESIDENTE) - Deficientes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Estou de acordo  
também.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI  
(PRESIDENTE) - Pois não. Então, vamos tentar formular a proclamação.

20/08/2014

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429 CEARÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, votei há pouco numa situação em que teria havido isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, mediante lei complementar, quanto à aquisição de veículos nacionais, por parte dos oficiais de justiça.

Essa óptica é observável no tocante ao artigo 192, § 2º, penso que, da Constituição do Estado do Ceará.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É.

Agora, surge um problema, porque, a partir do momento em que se preveja alguma coisa na Constituição do Estado, acaba-se por vedar a iniciativa do Executivo quanto a projeto de lei. O tema está ligado à área tributária. A iniciativa é versada no artigo 61, § 1º, II, b, da Constituição Federal.

Então, neste caso concreto, até mesmo para não haver incongruência, considerado o voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade, em primeiro lugar, apregoadá nessa sessão, acolho – e esse preceito, salientou o relator, não foi suspenso – o pedido formulado, sob o ângulo formal, e não material. Pronuncio-me também no sentido de não haver modulação. Digo sempre: ou a Carta da República tem eficácia, tem concretude maior, ou não tem. Uma Carta estadual não pode colocá-la como que em *stand by*.

Mais ainda, a preocupação com os deficientes físicos, auditivos, visuais, mentais e múltiplos – como está no dispositivo – deve ser não apenas restrita ao Estado do Ceará, mas em relação aos cidadãos em geral no Brasil.

Não me defrontei com situação alguma de outro Estado versando a matéria. Se projetarmos no tempo preceito que, para mim, nasceu conflitante com a Carta da República, estaremos estendendo no tempo

**ADI 429 / CE**

tratamento diferenciado e que, portanto, conflita com essa mesma Carta.

Por isso, pronuncio-me no sentido do vício formal, quanto a esse dispositivo, para ser coerente com o voto anterior proferido nesta assentada, e, em processo seguinte, de forma contrária à projeção, no tempo, da vigência.

20/08/2014

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429 CEARÁ**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, manifesto-me de acordo com o Relator, inclusive no ponto relativo aos deficientes, pela modulação.

Em relação à manifestação da Ministra **Cármem Lúcia**, quanto ao julgamento parcialmente procedente, esse ponto seria relativo ao art. 193, porque há um ponto no voto do eminente Relator, sobre o art. 192, § 1º, o ato cooperativo, sobre o qual não há interpretação conforme. Quanto a esse dispositivo, o pedido é apenas e tão somente julgado improcedente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas o parágrafo único estende, se não me engano, esse tratamento privilegiado ao ICMS.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Está no voto de Vossa Excelência: “(...) [j]ulgar improcedente o pedido quanto ao art. 192, § 1º, da Constituição.” Então, nesse ponto, é improcedente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas tem um parágrafo único que tem de ser extirpado, porque ele fala em ICMS.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Eu estou, apenas e tão somente, manifestando-me sobre o 192, § 1º. Se Vossa Excelência está julgando a ação, nesse quesito, improcedente, eu também o acompanho nesse ponto.

20/08/2014

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429 CEARÁ**

**DEBATE**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nós temos, agora, duas propostas de proclamação.

Em primeiro lugar, tomarei os votos quanto à modulação. Eu acredito que todos estejam de acordo com a modulação. Salvo o Ministro Marco Aurélio, temos o *quorum* suficiente para isso. Então modulamos por doze meses, a partir dessa sessão.

Quanto à proclamação do resultado, nós temos uma primeira proposta da Ministra Cármen Lúcia, que foi acolhida pelo Ministro Fux, no sentido de julgar procedente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, eu não modifiquei nada, chegamos à mesma conclusão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é, à mesma posição.

Então, ambos chegaram à conclusão de ser parcialmente procedente, nos termos do voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Há uma declaração conforme. Agora, a única modificação que eu farei, com todo o prazer, é essa inexistência de declaração de nulidade, concedendo o prazo de doze meses.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Por unanimidade, julgaram procedente para dar interpretação conforme. É que o Ministro Marco Aurélio também julga procedente, mas por outro motivo, porque entendeu que há uma inconstitucionalidade de natureza formal e não material. Então, há uma

**ADI 429 / CE**

unanimidade no que tange à inconstitucionalidade.

Julgaram procedente para dar interpretação conforme, nos termos do voto do Relator, que abrangerá a proposta do Ministro Toffoli, modulando os efeitos da decisão por doze meses, a partir da decisão tomada hoje pelo Plenário.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:** Da maneira como está proclamando, eu não tenho como acompanhar, porque eu julgo a ação improcedente quanto ao art. 192, § 1º.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas qual é o dispositivo?

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - O Ministro Fux vai incorporar...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É procedente, em parte.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Parcialmente improcedente.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:** Procedente, em parte.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Procedente, em parte.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Foi essa a conclusão a que nós chegamos.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Procedente, em parte, nos termos do voto do Relator. Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que dava procedência em maior extensão.

**ADI 429 / CE**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência dava procedência em maior extensão?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Presidente. Não sou vencido, apenas adoto outro fundamento para colar à norma a pecha de inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, tem um parágrafo que o Ministro-Relator não julga totalmente improcedente. Ele julga procedente, em parte, para dar interpretação conforme. E o Ministro Marco Aurélio julga totalmente improcedente por vício formal. Então o Ministro Marco Aurélio dá uma extensão maior, no meu entender.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência concorda, Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - No caso que o Ministro-Relator dá interpretação conforme, a procedência é parcial.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Salvo engano, Ministro Fux, Vossa Excelência manteve hígidos alguns dispositivos atacados.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não? Todos os atacados foram julgados inconstitucionais?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Um deles dá interpretação conforme, porque eu mantenho a possibilidade de o Estado dar isenções tributárias, na forma do art. 24 da Constituição Federal,



**ADI 429 / CE**

menos em relação ao ICMS, porque não tem convênio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, por gentileza, enuncie a parte dispositiva de seu voto, e eu, então, vou adotar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, penso que o preceito versa unicamente o ICMS. Não posso como que, no pronunciamento judicial, aditar a norma para entender abrangidos outros tributos. O tributo da competência do Estado é realmente esse que está sendo tratado na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por isso, a procedência aqui é total.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Procedência total. Bem, então, eu vou pedir ao Ministro Fux que enuncie a parte dispositiva de seu voto. Se todos estiverem de acordo com a divergência do Ministro Marco Aurélio, eu vou proclamar tal como enunciado pelo Ministro Fux.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, só uma questão de coerência com os outros julgados, porque Vossa Excelência se manifestou no sentido da modulação ser a partir da sessão. Nós temos deliberado, em outros casos, em estabelecer como padrão...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Da publicação do acórdão?

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:** ...a publicação da Ata.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Da Ata?

**ADI 429 / CE**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:** Da Ata da sessão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Eu pensei que estivesse implícito, mas vamos esclarecer.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:** Uma coisa é a sessão, outra coisa é a publicação da ata.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, com a palavra.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, eu estou julgando parcialmente procedente o pedido formulado para declarar inconstitucional o parágrafo 2º do artigo 192, que é este dos deficientes. E agora tem que acrescentar: sem declaração de nulidade, concedendo o prazo de 12 meses para a apreciação do CONFAZ - vamos colocar assim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É isso?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, é preciso deixar claro que a ação versa também contra o parágrafo 1º do artigo 192, e, nesse ponto, o Ministro está julgando improcedente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - É improcedente, porque isso aqui, veja o seguinte...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Agora, o Ministro Marco Aurélio julgou por um vício formal. Então, não sei se o Ministro

**ADI 429 / CE**

Marco Aurélio está julgando procedente também em relação a esse.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O pronunciamento, Presidente, foi único. Foi quanto ao parágrafo 2º do artigo 192, que versa a isenção e que, de uma forma direta, obstaculiza a iniciativa do Governador quanto à norma ordinária tributária, já que a previsão está no documento maior do Estado, que é a Constituição.

Limito-me a divergir nesse ponto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, então, eu acho que cabe proclamar que, em relação ao parágrafo 1º do artigo 192, foi julgado improcedente por unanimidade, porque esse artigo está sendo atacado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é. É por isso que inicialmente eu tinha me manifestado...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O Ministro Marco Aurélio julga inconstitucional também esse dispositivo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, ele está dizendo que não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se pudesse julgar esse preceito constitucional, julgaria ante o pecado quanto ao vernáculo, no que se olvidou que o verbo implicar é transitivo direto!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu estou julgando improcedente o pedido quanto ao... Deixa eu ler a parte

**ADI 429 / CE**

dispositiva que talvez fique mais claro.

Senhor Presidente, aqui fez-se presente a advertência de José Alberto do Reis: "A Justiça, às vezes, não consegue fazer bem depressa". É difícil humanamente fazer bem depressa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, mas é que realmente é um julgamento complexo quanto à proclamação e...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu vou ler e vai ficar fácil de entender.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem, o que eu entendi é que a Corte julgou...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Deixa eu ler, Presidente, que aí eu vou poupar a sua interpretação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, obrigado

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Vossa Excelência iria ler só a primeira parte do 192?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, Vossa Excelência me auxilie como Relator então.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Então, é um trecho, um item, só a conclusão: Isto posto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado para declarar inconstitucionais o parágrafo 2º do artigo 192 - quer dizer, no corpo do voto já citei todos os artigos, agora estou concluindo -, o parágrafo 2º do artigo 192, sem declaração de nulidade, concedendo-se o prazo anual, não é Ministro Gilmar?

**ADI 429 / CE**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso.**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) -** Prazo anual, para que o CONFAZ possa manifestar-se sobre o tema.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) -** Para eventual submissão do tema ao CONFAZ.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -** No prazo de 12 meses.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) -** É, se todos os Estados chegarem à conclusão - que seria ótimo - que os deficientes - aqui tem muitos deficientes: tem visual, tem auditivo, tem deficientes egressos da Guerra do Vietnã.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) -** Está bem. Então, nós já temos uma posição do Plenário, salvo melhor juízo, no seguinte sentido - depois vou especificar o voto do Ministro Marco Aurélio: Julgaram procedente em parte para julgar inconstitucional o artigo 192, § 1º, e o artigo 192, § 2º, sem declaração de nulidade, concedendo o prazo de 12 meses para eventual submissão desta isenção.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) -** Não. Para submissão do tema ao CONFAZ. Não é para eventual não. É para submissão do tema.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) -** Mas nós não podemos obrigar que seja submetido. A submissão é voluntária, o Estado submete se quiser.

**ADI 429 / CE**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - O Presidente tem razão.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - O Ministro Gilmar propôs, e me parece que o Pleno aceitou, anuiu que o tema seja submetido à apreciação.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Para que seja submetido, mas é só fixar o prazo de 12 meses, para deixar o benefício...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas é para submeter eventualmente?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não, não, não.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Presidente, Vossa Excelência falou procedente em relação ao § 1º do 192?

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Não. Eu estou repetindo...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Nós damos prazo de 12 meses, ao contrário do **ex nunc**, para que o CONFAZ tenha tempo de liberar. É só isso, mas não precisa mais nem fazer isso constar. Nós vamos assegurar o benefício por 12 meses.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas eu acho que é bom votar como se fosse assim uma **obiter dictum** ou **ratio decidendi**, fica o CONFAZ alertado para isso, porque senão fica esperando o CONFAZ adivinhar?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente,

**ADI 429 / CE**

não para mexer no dispositivo, mas só para ficar registrado - nas antigas notas taquigráficas, não é? Agora não é mais notas taquigráficas - que nós estamos fazendo esta exceção pela singularidade de estarmos protegendo as pessoas deficientes e que nós não estamos chancelando em amplo espectro a concessão de isenções para, **a posteriori**, submeter ao CONFAZ. Portanto, é muito pontual esta exceção que nós estamos abrindo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI  
(PRESIDENTE) - Perfeito.

Ministro Fux, preciso esclarecer um ponto: Vossa Excelência julgou parcialmente procedente só com relação ao artigo 192, § 2º.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Exatamente.**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI  
(PRESIDENTE) - E quanto ao § 1º do 192?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Quanto ao § 1º do 192, eu julgo improcedente o pedido.**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI  
(PRESIDENTE) - Então julgaram improcedente.

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência também, com relação ao § 1º, se pronunciou?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, Presidente, e talvez fosse o caso de voltarmos à velha prática de apreciar preceito a preceito e não em conjunto, porque fica muito difícil gravarmos a conclusão do voto do relator quanto a cada um dos dispositivos, principalmente para mim, que não recebo, antecipadamente, o voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI  
(PRESIDENTE) - Vamos procurar fazer isso. Como se tratava de uma ADI

**ADI 429 / CE**

com liminar já concedida, e depois nós verificamos que a liminar foi concedida parcialmente, tendo em conta, a superveniência de uma nova lei complementar, regulando então a matéria...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas, mesmo assim, Senhor Presidente, eu até louvo o fato de Vossa Excelência ter proposto o julgamento célere, porque aqui as questões postas são questões já sedimentadas.

Em primeiro lugar, pode o Estado conceder isenção sem que tenha havido?

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Claro que não.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não. Em segundo lugar, a segunda questão aqui é em relação, basicamente, ao poder do Estado isentar tributos. Então isso é matéria já pacífica, aqui, em termos de jurisprudência.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - A dificuldade está sendo a proclamação.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Eu tenho uma proclamação que, evidentemente, em respeito às intervenções, eu procurei fazer uma proclamação que abrange todo o tema tratado. Eu não consegui foi terminar de proclamar o resultado, mas eu tenho aqui.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Não. O voto de Vossa Excelência foi bastante explícito, acho que há concordância geral com a conclusão de Vossa Excelência; é que a proclamação está aberta, aqui, a sugestões e cada qual tem uma perspectiva e tem algo a aduzir.

Eu só queria, então, indagar do Ministro Marco Aurélio...



**ADI 429 / CE**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Se Vossa Excelência colocar nos termos do voto do Relator e o Ministro Marco Aurélio, vencido em parte, em maior extensão ou em menor extensão, eu vou remeter o voto...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Pelo que eu entendi, julgaram a ação improcedente, com relação ao artigo 192, § 1º, por unanimidade. Julgaram parcialmente procedente, com relação ao artigo 192, § 2º, sem declaração de nulidade, concedendo um prazo de sobrevida ao benefício por 12 meses, a partir da publicação da ata desta sessão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que declarava procedente para julgar inconstitucional por vício formal o artigo 192, § 2º, e com relação ao § 1º do artigo 192, como Vossa Excelência se pronuncia?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – No tocante ao § 1º, acompanho o relator.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Acompanha o Relator. Então, o Ministro Marco Aurélio ficou vencido apenas em parte, ou seja, em menor extensão no que tange ao artigo 192, § 2º, em que Sua Excelência julgava integralmente procedente por razões de vício de iniciativa.

Todos de acordo?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, de toda maneira tenho de parabenizá-lo porque Vossa Excelência, em uma hora de sessão, julgou quatro ações diretas de inconstitucionalidade.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Muito obrigado.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 429**

PROCED. : CEARÁ

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S) : SILVIO BRAZ PEIXOTO DA SILVA

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

**Decisão:** Retirado de pauta ante a aposentadoria do Senhor Ministro Eros Grau (Relator). Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.08.2010.

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido em relação ao § 1º do art. 192 da Constituição do Estado do Ceará. Por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou parcialmente procedente a ação direta para dar interpretação conforme à CF ao § 2º do art. 192 da Constituição do Estado do Ceará, sem declaração de nulidade, concedendo o prazo de sobrevida do benefício por 12 (doze) meses a partir da publicação da ata desta sessão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que declarava integralmente procedente a ação para julgar inconstitucional o dispositivo, por vício formal. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 20.08.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário

11/03/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**REQTE.(S)** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA  
**ADV.(A/S)** : GUSTAVO AMARAL E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ  
**INTDO.(A/S)** : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ

*Ementa.*: **I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS.**

1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75.

2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio.

3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica.

4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.

**ACÓRDÃO**

**ADI 4481 / PR**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, inciso II, e dos artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º e 11 da Lei nº 14.985, de 06 de janeiro de 2006, do Estado do Paraná, e, por maioria, em modular a declaração de inconstitucionalidade para que tenha eficácia a partir desta sessão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, nos termos do voto do Relator. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 11 de março de 2015.

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR**

11/03/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**REQTE.(S)** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA  
**ADV.(A/S)** : GUSTAVO AMARAL E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ  
**INTDO.(A/S)** : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ

**RELATÓRIO**

**O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator):**

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, contra os arts. 1º a 8º e art. 11 da Lei nº 14.985, de 06/01/2006, do Estado do Paraná. O objeto da ação abrange, ainda, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 14.985/2006, acrescentado pela Lei nº 15.467, de 09/02/2007, do mesmo Estado. Os dispositivos impugnados na presente ação têm a seguinte redação:

“LEI Nº 14.985 DE 06 DE JANEIRO DE 2006.

Art. 1º. O estabelecimento industrial paranaense que realizar a importação, de bem ou mercadoria, através de aeroportos e dos portos de Paranaguá e Antonina, com desembaraço aduaneiro no Estado, poderá beneficiar-se com a suspensão do pagamento do ICMS devido nessa operação:

I - quando tenha por objeto matéria-prima, material intermediário ou secundário, inclusive material de embalagem, para ser utilizado em seu processo produtivo, para a saída dos produtos industrializados do estabelecimento importador;

II - quando tenha por objeto bens para integrar o seu ativo permanente, para os quarenta e oito meses subseqüentes ao da entrada dos bens no estabelecimento importador, na proporção de 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor devido ao mês;

**ADI 4481 / PR**

III - ...Vetado...

Parágrafo único. O disposto no caput também se aplica à importação de bem ou mercadoria com certificação de origem de países da América Latina, cujo ingresso em território paranaense se dê por rodovia.

(Incluído pela Lei 15467 de 09/02/2007)

Art. 2º. O estabelecimento que realizar a importação dos bens e das mercadorias descritos nos incisos I e III do artigo anterior poderá escriturar em sua conta gráfica, no período em que ocorrer a entrada das mercadorias no estabelecimento, um crédito correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto devido na importação, até o limite máximo de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, e que resulte em carga tributária mínima de 3% (três por cento).

Art. 3º. O estabelecimento que realizar a importação dos bens referidos no inciso II do artigo 1º poderá escriturar quarenta e oito meses a contar da entrada dos bens no estabelecimento importador o crédito do imposto devido na operação na proporção de 1/48 (um quarenta e oito) avos ao mês.

Art. 4º. Os créditos de que tratam os artigos 2º, decorrente da importação dos insumos relacionados no inciso I do artigo 1º, e 3º não serão estornados nos casos em que a operação que corresponda à do encerramento da fase de suspensão esteja imune ao imposto em razão de exportação para o exterior, isenta por saída para as Zonas Francas do país, ou sujeita ao regime de deferimento do pagamento do imposto.

Art. 5º. Os estabelecimentos comerciais e demais estabelecimentos de contribuintes do imposto deverão pagar o imposto devido pela importação por ocasião do desembaraço aduaneiro das mercadorias ou bens importados.

Art. 6º. Os estabelecimentos relacionados no artigo anterior poderão utilizar, por ocasião do pagamento, um crédito correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto devido na importação, até o limite máximo de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo,

**ADI 4481 / PR**

e que resulte em carga tributária mínima de 3% (três por cento).

Art. 7º. O crédito presumido de que trata esta lei não se aplica às importações de petróleo, combustíveis e lubrificantes de qualquer natureza, veículos automotores, armas e munições, perfumes e cosméticos e nem aos serviços de transporte e de comunicação.

Art. 8º. Em nenhuma circunstância o valor do crédito fiscal em decorrência de importação de bens ou de mercadorias poderá exceder o valor do imposto incidente nessa operação.

[...]

Art. 11. Poder Executivo, através de Decreto, poderá:

I - deixar de conceder o crédito presumido desta Lei, nos casos em que o benefício à importação venha causar prejuízo à indústria, à agricultura ou à economia do Estado, em que possa causar grave dano à arrecadação tributária ou em que haja revogação de benefícios semelhantes concedidos pelos demais Estados da Federação;

II - conceder outros benefícios no âmbito do imposto como forma de compensar as empresas estabelecidas no Estado pela concorrência desleal provocada por favores concedidos à importação de mercadorias e bens por outras Unidades da Federação.”

2. Em síntese, postula a Confederação que seja reconhecida a violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88, alegando que a lei estadual impugnada instituiu benefício fiscal relativo ao ICMS, sem a deliberação prévia dos Estados e do Distrito Federal.

3. Diante da relevância da matéria, o Ministro Joaquim Barbosa submeteu o feito ao rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

4. Em suas informações, a Assembleia Legislativa e o Governador do Estado do Paraná requerem a improcedência da ação, aduzindo a regularidade formal do procedimento de elaboração da lei impugnada e a inocorrência de qualquer ofensa à Constituição Federal.

5. O Advogado-Geral da União sustenta o conhecimento da ação e sua parcial procedência, entendendo que os incentivos

**ADI 4481 / PR**

estabelecidos na lei impugnada caracterizam espécie de benefício fiscal, de modo que sua instituição apenas poderia se dar consoante o procedimento previsto no art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88. Entretanto, afirma que o inciso I do art. 1º da Lei impugnada não cria incentivo fiscal, mas apenas altera o momento do recolhimento do imposto devido, do mesmo modo que seu parágrafo único apenas estende o regime de suspensão do recolhimento do tributo previsto no *caput* do art. 1º. Sustenta, desse modo, a procedência parcial do pedido.

6. No mesmo sentido se posicionou a Procuradoria-Geral da República, a qual exarou parecer no sentido do conhecimento da ação e da procedência parcial do pedido.

7. É o relatório. Distribuem-se cópias aos Senhores Ministros (Lei nº 9.868/1999, art. 9º).



11/03/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

VOTO

*Ementa:*. I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS.

1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75.

2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio.

3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A

**ADI 4481 / PR**

supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica.

4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.

**O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator):**

**Legitimidade ativa e pertinência temática**

1. A autora é entidade sindical, estando abrangida, portanto, pelo art. 103, IX, da Constituição Federal de 1988. Dentre seus objetivos institucionais, nos termos de seu estatuto, está a representação, defesa e coordenação dos *“interesses gerais da indústria, contribuindo, direta ou indiretamente, para fomentar a expansão e a competitividade do setor industrial e o desenvolvimento econômico do País”*. A entidade sustenta que os dispositivos impugnados, ao concederem benefício fiscal, estabelecem vantagem concorrencial, prejudicando indústrias situadas em outras unidades da federação.

2. Tenho, portanto, que restou demonstrado o requisito da pertinência temática, uma vez que existe correlação específica entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da Confederação autora, bem como a repercussão direta da norma impugnada na classe representada pela respectiva entidade sindical.

3. Por essas razões, nos termos do art. 103, IX da Constituição Federal de 1988, conheço da ação e passo, pois, à análise de mérito.

**Mérito**

**ADI 4481 / PR**

**II.1. Deferimento de benefício fiscal em matéria de ICMS: necessidade de prévio convênio interestadual**

4. No sistema constitucional brasileiro, a competência tributária abrange, como consectário lógico, a competência para a instituição de benefícios fiscais e exonerações tributárias. Para tanto, em regra, bastaria a edição de lei específica pelo ente tributante competente, nos termos do art. 150, § 6º, da CF<sup>1</sup>.

5. No que tange ao ICMS, porém, a Constituição Federal instituiu regime jurídico específico, exigindo, como condição para o deferimento de benefícios fiscais, a existência de “*deliberação entre os Estados-membros*”, nos termos de disciplina por lei complementar, tal como proclamado pelo art. 155, § 2º, XII, g, da CF.

6. A razão de ser da referida exigência consiste na preservação do equilíbrio da tributação entre os entes da federação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo.

7. Com efeito, se fosse lícito a cada ente federativo regional a instituição unilateral de benefícios fiscais, o resultado que daí adviria seria a cognominada *guerra fiscal*, com a busca pela redução da carga tributária em cada Estado, de forma a atrair empreendimentos e capital para o respectivo território e em detrimento dos demais.

8. A exigência constitucional de norma complementar disciplinadora da matéria restou satisfeita com a recepção, pela Constituição de 1988, da Lei Complementar nº 24/75, que “*dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá*

---

1 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]; § 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.”

**ADI 4481 / PR**

*outras providências”.*

9. Desse modo, a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos da LC 24/1975, afronta o art. 155, § 2º, XII, g, da CF<sup>2</sup>. Esse tem sido o entendimento dessa Corte sobre o assunto. Nessa linha, v. ADI 4276/MT, rel. Min. Luiz Fux; ADI 4152/SP, rel. Min. Cezar Peluso; ADI 3702, rel. Min. Dias Toffoli.

**II.2. Constitucionalidade do art. 1º, caput, inc. I e parágrafo único, e do art. 5º da Lei 14.985/2006**

10. Efetuadas tais considerações, observo que não há inconstitucionalidade no art. 1º, *caput* e inc. I, da Lei 14.985/2006, uma vez que esse dispositivo e seu inciso I estabelecem apenas a suspensão do pagamento do ICMS incidente sobre a importação de matéria-prima ou de material intermediário, transferindo o recolhimento do tributo do momento do desembarço aduaneiro para o momento da saída dos produtos industrializados do estabelecimento importador. Veja-se o teor do dispositivo:

“Art. 1º. O estabelecimento industrial paranaense que realizar a importação, de bem ou mercadoria, através de aeroportos e dos portos de Paranaguá e Antonina, com desembarço aduaneiro no Estado, poderá beneficiar-se com a **suspensão do pagamento do ICMS devido nessa operação:**

I - quando tenha por objeto matéria-prima, material intermediário ou secundário, inclusive material de embalagem, para ser utilizado em seu processo produtivo, **para a saída dos produtos industrializados do estabelecimento importador;**

---

2 “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]; § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...]; XII - cabe à lei complementar: [...]; g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

**ADI 4481 / PR**

.....  
Parágrafo único. O disposto no caput também se aplica à importação de bem ou mercadoria com certificação de origem de países da América Latina, cujo ingresso em território paranaense se dê por rodovia.” (Grifou-se)

11. Nessa linha, é interessante notar que a jurisprudência deste Tribunal tem entendido que o mero diferimento do recolhimento de valor devido relativo a ICMS, não significando qualquer redução ou dispensa do valor devido, não configura benefício fiscal, prescindindo, portanto, da existência de convênio prévio. Nesse sentido as ADIs 3.702, rel. Min. Dias Toffoli, e 2.056, rel. Min. Gilmar Mendes, esta última assim ementada:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 9o a 11 e 22 da Lei n. 1.963, de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul. 2. Criação do Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Estado de Mato Grosso do Sul - FUNDERSUL. Diferimento do ICMS em operações internas com produtos agropecuários. 3. A contribuição criada pela lei estadual não possui natureza tributária, pois está despida do elemento essencial da compulsoriedade. Assim, não se submete aos limites constitucionais ao poder de tributar. 4. **O diferimento, pelo qual se transfere o momento do recolhimento do tributo cujo fato gerador já ocorreu, não pode ser confundido com a isenção ou com a imunidade e, dessa forma, pode ser disciplinado por lei estadual sem a prévia celebração de convênio.** 5. Precedentes. 6. Ação que se julga improcedente”.

12. Tampouco vislumbro inconstitucionalidade no art. 5º da Lei 14.985/2006, pois este prevê que os importadores pagarão o imposto devido por ocasião do desembarço aduaneiro, momento que coincide com aquele em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS, nos termos do art. 12, inciso IX, da LC 87/1996<sup>3</sup>. Nota-se, assim, que não há

---

3 “Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto

**ADI 4481 / PR**

qualquer inconstitucionalidade no dispositivo.

**II.3. Inconstitucionalidade dos artigos 1º, caput e inc. II, 2º a 8º e 11 da Lei 14.985/2006**

13. O mesmo não se pode dizer acerca das demais normas cuja constitucionalidade é questionada. De fato, o art. 1º, inc. II e p. único, da Lei 14.985/2006 autoriza o importador de bem destinado ao ativo fixo a pagar o tributo **parceladamente, em até quatro anos, sem a incidência de juros ou correção monetária**, previsão que indiscutivelmente configura o deferimento de benefício fiscal, que, por não ter sido previamente autorizado mediante convênio, viola o art. 155, § 2º, XII, CF. Confira-se o teor dos dispositivos impugnados.

“Art. 1º. O estabelecimento industrial paranaense que realizar a importação, de bem ou mercadoria, através de aeroportos e dos portos de Paranaguá e Antonina, com desembaraço aduaneiro no Estado, poderá beneficiar-se com a **suspensão do pagamento do ICMS devido nessa operação:**

.....  
II - quando tenha por objeto bens para integrar o seu ativo permanente, **para os quarenta e oito meses subsequentes ao da entrada dos bens no estabelecimento importador, na proporção de 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor devido ao mês;**

Parágrafo único. O disposto no caput também se aplica à importação de bem ou mercadoria com certificação de origem de países da América Latina, cujo ingresso em território paranaense se dê por rodovia.” (Incluído pela Lei 15467 de 09/02/2007, grifou-se)

14. Também são inconstitucionais os arts. 2º, 3º e 6º da Lei 14.985/2006, que **conferem créditos fictícios de ICMS, de forma a reduzir no momento: [...]; IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior.”**

**ADI 4481 / PR**

**artificialmente o valor do tributo a ser pago pelo contribuinte**, sem previsão em convênio do CONFAZ, mais uma vez, por violação ao art. 155, § 2º, XII, CF. É o seguinte o teor dos referidos dispositivos:

“Art. 2º. O estabelecimento que realizar a importação dos bens e das mercadorias descritos nos incisos I e III do artigo anterior poderá escriturar em sua conta gráfica, no período em que ocorrer a entrada das mercadorias no estabelecimento, um **crédito correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto devido na importação**, até o limite máximo de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, e que resulte em carga tributária mínima de 3% (três por cento).

Art. 3º. O estabelecimento que realizar a importação dos bens referidos no inciso II do artigo 1º poderá **escriturar quarenta e oito meses a contar da entrada dos bens no estabelecimento importador o crédito do imposto** devido na operação na proporção de 1/48 (um quarenta e oito) avos ao mês.

.....  
Art. 6º. Os estabelecimentos relacionados no artigo anterior **poderão utilizar, por ocasião do pagamento, um crédito correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto devido na importação**, até o limite máximo de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, e que resulte em carga tributária mínima de 3% (três por cento).” (Grifou-se)

15. Há, ainda, vício de inconstitucionalidade no art. 11, inc. II, da Lei 14.985/2006, que autoriza o Governador a conceder, por ato infralegal, benefícios fiscais a empresas com domicílio no estado. É que a Constituição exige lei para o deferimento de isenção, subsídio, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, nos termos do art. 150, § 6º, CF. Confira-se a redação do dispositivo impugnado.

**ADI 4481 / PR**

**“Art. 11. Poder Executivo, através de Decreto, poderá:**

I - deixar de conceder o crédito presumido desta Lei, nos casos em que o benefício à importação venha causar prejuízo à indústria, à agricultura ou à economia do Estado, em que possa causar grave dano à arrecadação tributária ou em que haja revogação de benefícios semelhantes concedidos pelos demais Estados da Federação;

II - **conceder outros benefícios no âmbito do imposto** como forma de compensar as empresas estabelecidas no Estado pela concorrência desleal provocada por favores concedidos à importação de importação de mercadorias e bens por outras Unidades da Federação.” (Grifou-se)

16. São inconstitucionais, por fim, os arts. 4º, 7º, 8º e 11, inc. I da Lei 14.985/2006, por arrastamento, porque dispõem sobre aspectos dos demais dispositivos antes referidos cuja inconstitucionalidade é aqui declarada<sup>4</sup>.

---

4 “Art. 4º. Os créditos de que tratam os artigos 2º, decorrente da importação dos insumos relacionados no inciso I do artigo 1º, e 3º não serão estornados nos casos em que a operação que corresponda à do encerramento da fase de suspensão esteja imune ao imposto em razão de exportação para o exterior, isenta por saída para as Zonas Francas do país, ou sujeita ao regime de deferimento do pagamento do imposto.”

“Art. 7º O crédito presumido de que trata esta lei não se aplica às importações de petróleo, combustíveis e lubrificantes de qualquer natureza, veículos automotores, armas e munições, perfumes e cosméticos e nem aos serviços de transporte e de comunicação.”

“Art. 8º Em nenhuma circunstância o valor do crédito fiscal em decorrência de importação de bens ou de mercadorias poderá exceder o valor do imposto incidente nessa operação.

**“Art. 11. Poder Executivo, através de Decreto, poderá:**



**ADI 4481 / PR****II.4. Modulação de efeitos temporais**

17. A respeito dos efeitos a serem produzidos pela presente decisão, é preciso ter em conta que o antigo relator desta ação aplicou ao caso o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999, deixando, por isso, de apreciar o pedido de cautelar de forma imediata.

18. É certo que a jurisprudência do STF sobre o procedimento a ser observado para o deferimento de benefícios em matéria de ICMS é mais do que conhecida. Não gera grande surpresa a decisão ora proferida, no sentido da inconstitucionalidade da lei estadual. Por outro lado, a norma em exame vigorou por oito anos, com presunção de constitucionalidade, de modo que a atribuição efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes.

19. Por isso, registro que a minha sugestão, nesses casos, é de que os relatores procurem se pronunciar sobre o pedido de cautelar no primeiro momento possível, trazendo em seguida a decisão ao plenário para referendo. Não tendo havido deferimento de cautelar, contudo, parece-me difícil afastar a modulação dos efeitos temporais da decisão.

20. Observo, por fim, que a modulação, no presente caso, decorre de um juízo de ponderação que não envolve o assim chamado princípio da supremacia da Constituição. A supremacia da Constituição é pressuposto do sistema de controle da constitucionalidade e, por consequência, é imponderável. A ponderação ocorre entre a disposição constitucional tida

I- deixar de conceder o crédito presumido desta Lei, nos casos em que o benefício à importação venha causar prejuízo à indústria, à agricultura ou à economia do Estado, em que possa causar grave dano à arrecadação tributária ou em que haja revogação de benefícios semelhantes concedidos pelos demais Estados da Federação.”

**ADI 4481 / PR**

por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica<sup>5</sup>. Pelas razões já expostas, entendo que devem prevalecer os últimos princípios, atribuindo-se eficácia a esta decisão a partir da data desta sessão.

**III. Conclusão**

21. À vista do exposto, **julgo parcialmente procedente** o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, inc. II, e dos arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º e 11 da Lei nº 14.985, de 06/01/2006, do Estado do Paraná, por violação ao art. 155, §2º, XII, g, da Constituição de 1988. Modulo os efeitos da decisão para dotá-la de eficácia a partir da data da sessão em que se concluiu o julgamento.

22. É como voto.

---

5 Nesse sentido: Ana Paula Oliveira Ávila. *Determinação dos efeitos do controle de constitucionalidade: possibilidades e limites*, 2002, mimeografado.

11/03/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ****ESCLARECIMENTO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- A questão da modulação é extremamente delicada, inclusive pelas razões já apresentadas pelo advogado da tribuna e mais de uma vez suscitadas pelo Ministro Marco Aurélio em outros contextos. A modulação faz com que, em certa medida, "o crime compense", porque mal ou bem esta lei vigorou desde 2007 até agora quando nós a estamos declarando inconstitucional. A circunstância aqui relevante é que o Ministro Joaquim Barbosa aplicou a técnica do artigo 12, o rito do artigo 12. E por isso levou esses anos todos para julgar.

Por outro lado, Presidente, longe de querer fazer a opção que estimule um comportamento de infração à Constituição, a verdade é que esta lei vigorou por oito anos, portanto, os jurisdicionados e os contribuintes que cumpriram a lei, até porque, enquanto não declarada inconstitucional, vigia o mandamento da sua presunção de constitucionalidade, eu penso que desfazer retroativamente todos esses anos de benefícios seria de um **impacto talvez imprevisível e possivelmente injusto em relação, pelo menos, às partes privadas que cumpriram a lei tal como ela foi posta.**

A minha sugestão, nesses casos que envolvem guerra fiscal e benefícios fiscais indevidos, por violação do art. 155, § 2º, XII, é que o Tribunal e cada Relator procure se pronunciar, cautelarmente e no primeiro momento possível, em seguida trazendo à bancada, pela suspensão da lei, quando seja o caso, por violação desse dispositivo, para que ela não vigore por nenhum prazo significativo.

Mas, neste caso que ela vigorou por praticamente oito anos, eu acho que nós precisamos fazer uma ponderação. Qual é a ponderação que se faz? **É a ponderação entre a regra da Constituição que foi violada, a que exige a observância de um rito específico, e, do outro lado, a segurança**

**ADI 4481 / PR**

jurídica, a boa-fé, a estabilidade das relações que já se constituíram. Portanto, não se excepciona a incidência da Constituição, na verdade, ponderam-se dois mandamentos constitucionais. Não é o princípio da supremacia da Constituição que está sendo ponderado, o princípio da supremacia da Constituição é imponderável, ele é o pilar do sistema, o que nós estamos fazendo é, dentro da Constituição, ponderando dois valores ou dois dispositivos que têm assento constitucional. E, nestas circunstâncias, eu estarei privilegiando, ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, que, a meu ver, milita em favor sobretudo das partes privadas que cumpriram as regras dessa lei.

De modo que eu estou, Presidente, propondo a modulação dos efeitos até a data do julgamento, portanto, até a data de hoje.

É como voto quanto à questão da modulação.

\* \* \* \* \*

11/03/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

DEBATE

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu estou de acordo. Apenas um detalhe, Ministro Barroso. Em votos anteriores, eu propus que a modulação tivesse como referência a data da publicação da ata do julgamento.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Quando é publicada a ata? No dia seguinte?

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Porque é um dado formal que fica...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - A informação que eu tenho é que, depois de aprovada a ata na sessão subsequente, ela é imediatamente levada à publicação.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Logo em seguida, apenas que tenha um marco formal.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Ou seja, umas duas semanas.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Eu acho que em outras matérias nós temos considerado a data do julgamento.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Eu já votei várias vezes no sentido da data da publicação da ata.

**ADI 4481 / PR**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Mas há precedentes também em que se adotou... Acho que seria até bom nós uniformizarmos.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Exatamente essa era a proposta.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Um dos argumentos que milita a favor do Ministro Barroso e que tem sido ventilado pelo Plenário é que a audiência é pública e todos tomam conhecimento da decisão. É uma técnica que pode ser adotada também, eu creio que uma não exclui a outra.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Nós já adotamos aqui o entendimento de que a lei que rege o recurso é lei em vigor na data da sessão do julgamento, isso já decidimos. Agora, nada impede que se crie um outro critério a partir de agora.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Eu acho que, como nós já estamos lidando com uma extensão indevida do benefício, eu o abreviaria tão logo possível. Portanto, eu acho que é legítimo fazê-lo na data da sessão de julgamento.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu adotei isso porque, salvo melhor juízo, seria um critério formal previsto em lei para casos assemelhados.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- É a 9.868.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Se não me engano, lá, quando fala da eficácia da liminar, fala em publicação da ata.

**ADI 4481 / PR**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Não é liminar, não é? Aqui é o julgamento de mérito.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Sim, eu sei. Mas

apenas para estabelecer um critério assemelhado.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Julgamento final.

Vamos à lei. Eu acho que era bom deixar isso assentado de uma forma...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - A lei é até mais

rigorosa, ela põe na data da publicação do acórdão.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Esse é o artigo 11 da Lei nº 9.868/99...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu estou com ela aqui na mão.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Artigo 11, Ministro Celso? Vamos lá.

"Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União [...]"

É antigo, a gente tinha que publicar impresso ainda.

"[...] a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias [...]"

Aqui, refere-se à cautelar, Ministro Teori. Deixa eu ver se há quanto à

**ADI 4481 / PR**

decisão de mérito.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Não existe. É que a lei não trata aqui, especificamente, de modulação; apenas estabeleceria uma analogia.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Vamos ver se o art. 27 fala.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - O artigo 28 diz assim: "Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão."

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Aí diz dez dias, dentro do prazo?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo fará publicar...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Inclusive para evitar a malandragem de embargos de declaração para o sujeito ganhar mais um tempinho.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Porque cabem os embargos, não é?

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Seria a data da publicação desse julgamento.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, com relação à publicação de ata, eu mesmo trouxe voto que foi acompanhado pelos colegas - por exemplo, o caso dos



**ADI 4481 / PR**

servidores não concursados do Estado do Acre, do Estado de Minas Gerais - em que se estabeleceu o prazo de doze meses, contados a partir da publicação da ata.

Aí, há uma razão lógica e específica para se contar a partir da publicação da ata, que é quando sai o dispositivo que foi declarado incompatível com a Constituição na ata, de maneira formal, que é a proclamação, pelo Presidente, da parte dispositiva: "Julgada procedente ou parcialmente procedente para declarar inconstitucionais os dispositivos tais, tais e tais, etc".

Agora, neste caso concreto, eu vou concordar com o Ministro Barroso de ser a data de julgamento, porque nós estamos falando de um benefício tributário em que estamos a convalidar atos jurídicos praticados. Se for dado maior prazo, poder-se-á praticar esses atos jurídicos a semana que vem.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Não aproveitar de última hora.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

De última hora e sob o guarda-chuva da nossa decisão. Então, nesse aspecto específico - e penso que, aí, Ministro Barroso, talvez seja o caso de ponderarmos a maneira de contar o prazo de acordo com as circunstâncias concretas -, eu concordo com a posição de Vossa Excelência de ser da data do julgamento.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -** Cada caso é um caso, não é, Ministro?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Está bem. Eu também acho que não precisa haver uma regra universal, mas, nos casos de guerra fiscal, nós convenciamos que vai ser a data do julgamento, se todos estiverem de acordo e respeitada a posição do Ministro Marco Aurélio.

**ADI 4481 / PR**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Sem discordar do Ministro Barroso, apenas para dar uma informação de caráter técnico que estou apurando aqui com o setor responsável pela publicação.

Amanhã, quinta-feira, nós aprovaríamos a ata. Sexta-feira, é feita uma composição e uma divulgação prévia; e, segunda-feira, ela é publicada.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Em torno de dois dias...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - A notícia que eu tenho é que são, praticamente, um ou dois dias.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Apenas uma observação, eu não estou...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)** - Eu prefiro um critério puramente objetivo assim: é hoje. A gente já sabe, é hoje.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Está bem.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)** - Para esses casos de guerra fiscal, sem compromisso com outros... Eu estou de acordo com o Ministro Toffoli. Pode ser que, em outras circunstâncias, outros elementos possam... às vezes, uma decisão mais complexa, mas aqui é assim: é inconstitucional e ponto.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Em momento *que precedeu* a edição da Lei nº 9.868/99, o **Plenário** do Supremo Tribunal

**ADI 4481 / PR**

Federal, **julgando questão de ordem** suscitada na ADI 711/AM, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, **examinou** a controvérsia **pertinente** ao momento em que se deveria iniciar a eficácia do julgamento **concessivo** de provimento cautelar **em sede** de controle normativo abstrato.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Só uma observação, mas é para ponderar diante dessas soluções propostas.

Acho que, dentro desse escopo de segurança jurídica, o art. 25 vem exatamente nessas disposições que embasam posteriormente a modulação. O art. 25 diz: "Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato."

Quer dizer, dá uma ideia de que avisa a alguém que foi declarada inconstitucional.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- É, é porque essa Lei é de um tempo pré – acho que até pré – TV Justiça, mas eu não tenho certeza –, mas pré-universalização de *internet*, dos acessos da página do Supremo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É de 99.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

É antes da TV Justiça.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- A Lei é de 99, quer dizer, a TV Justiça é de que ano?

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

2002.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** A TV Justiça transmitiu, pela **primeira vez, ao vivo**, uma sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, **em 14/08/2002**, quinta-feira.

**ADI 4481 / PR**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Ah, então, eu acho que isso mudou um pouco o nível de publicização das decisões, entendeu? Tanto a *internet* quanto a página do Supremo, quanto a TV Justiça.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É,** a ideia da publicação é

tornar pública a decisão, e, assim, está tornada pública na Sessão de Julgamento. Intimação é uma outra questão.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

**(PRESIDENTE) - É,** a publicidade é indiscutível do julgamento.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O** Ministro Barroso e o

Ministro Toffoli sugeriram uma solução adequada ao caso concreto.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

**(PRESIDENTE) - Pois é,** e a Ministra Cármen concorda que se faça essa decisão em cada caso concreto, em conformidade com as circunstâncias específicas do caso.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É,** chegamos a esse consenso.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

**(PRESIDENTE) - Bem,** então, eu consulto o Plenário se estão de acordo em modular a decisão, com a ressalva de sempre do Ministro Marco Aurélio.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO -** Ressalva não,

Presidente, preciso da palavra para expressar o convencimento sobre a matéria.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

**ADI 4481 / PR**

**(PRESIDENTE)** - Pois não, então, de qualquer maneira, eu já antecipei, sabendo da ressalva de Vossa Excelência, garantida a palavra, que terá, certamente no momento adequado.

Só consulto os Pares se há divergência com relação à posição do Ministro Barroso?

**11/03/2015**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

**VOTO S/ MODULAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente,**  
nesse caso concreto, eu vou acompanhar.

**11/03/2015**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

**VOTO S/ MODULAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, eu acompanho o Ministro **Barroso**, tanto na procedência quanto na modulação e no marco temporal.

11/03/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

**V O T O**  
**(s/ modulação)**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho o eminente Ministro ROBERTO BARROSO, em face das singularidades apontadas por Sua Excelência em seu douto voto.**

**É o meu voto.**



11/03/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**REQTE.(S)** : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA  
**ADV.(A/S)** : GUSTAVO AMARAL E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ  
**INTDO.(A/S)** : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ

**EXPLICAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Senhor Presidente, quando fiz a exposição sobre a ponderação não ser com a supremacia, mas a ponderação de dois mandamentos constitucionais, eu não dei um crédito biográfico, e fiquei em culpa aqui. Quer dizer, essa é uma formulação que eu acho muito feliz de uma professora do Rio Grande do Sul, professora Ana Paula Ávila, que eu acho que elaborou isso de uma forma adequada: você não pondera a supremacia, porque ela é imponderável; você, na verdade, pondera duas normas do texto constitucional. E, um pouco, incorporei isso à minha própria visão, mas gostaria de dar o crédito de quem escreveu sobre isso pela primeira vez.

\*\*\*\*\*

11/03/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481 PARANÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o pano de fundo é estreme de dúvidas: a guerra fiscal. O que havia quando da edição da lei? Jurisprudência pacificada do Supremo sobre a inviabilidade de outorga de benefício fiscal, sem o convênio previsto na Carta da República. Mas, não vinga no Brasil o império da lei, vinga no Brasil o critério de plantão, o interesse político, que não é o interesse político institucional, voltado ao avanço, à busca de dias melhores. Editou-se, em um Estado dos mais respeitáveis em termos de cultura, uma lei que, de forma escancarada – tanto que a decisão quanto à matéria de fundo mostrou-se unânime, não houve voz dissonante –, menosprezando inúmeros pronunciamentos do Supremo, implicou a guerra fiscal.

Está ficando muito fácil editar diplomas legais à margem da Constituição Federal, porque depois, em passo seguinte, há o concerto do Supremo; mas concerto não com "s", o concerto com "c". Dá-se, naquele período, o dito pelo não dito, salva-se a lei em detrimento da Carta da República, como se esta tivesse ficado em suspenso no período, não vigorasse no território nacional. E me assusta muito que se vem, passo a passo, generalizando o instituto da modulação, a ponto de cogitar-se desse instituto quanto a algo que foi mais do que sinalizado – apenas não houve a edição de verbete de súmula pelo Supremo.

Presidente, não se tem como deixar de pagar um preço que, a meu ver, é módico, por viver-se num Estado Democrático de Direito, que é o preço a direcionar à observância irrestrita dos ditames constitucionais, a menos que se diga que a Constituição não é rígida, é uma Constituição flexível, que pode ser colocada em segundo plano. Dir-se-á que foram beneficiados contribuintes. Esses contribuintes tiveram uma situação jurídica aperfeiçoada? Não, acabou de assentar o Supremo, de certificar o Supremo, no que colou à lei do Estado do Paraná a pecha de inconstitucional. O que a Carta da República protege, em cláusula pétreia,

**ADI 4481 / PR**

é a situação jurídica aperfeiçoada, e apenas se diz que a situação é aperfeiçoada quando harmônica com a ordem jurídica. E capitaneando essa ordem jurídica ainda se tem a muito pouco amada, por Estados, ante as conveniências governamentais reinantes, a Constituição Federal.

Fico a imaginar em que caso se deixará de modular a decisão, se, num caso em que houve o desrespeito flagrante, frontal à Constituição, mais do que isso, a reiterados pronunciamentos do Supremo, é implementada a modulação.

Não sei se sou compelido a pedir vênias para divergir, mas não vou pedir. É menoscabo à Carta da República editar uma lei como essa, em conflito evidente com a Constituição, já que a sujeição ao convênio unânime nela está em bom vernáculo, para chegar-se ao benefício, e, então, simplesmente, apostar-se na morosidade da Justiça, que, em um futuro próximo, acomodará a situação.

Não se estimulam, dessa forma, os cidadãos em geral a respeitarem o arcabouço normativo constitucional em vigor. Ao contrário, em quadra muito estranha, incentiva-se a haver o desrespeito e, posteriormente, ter-se o famoso jeitinho brasileiro, dando-se o dito pelo não dito, o errado pelo certo.

Não modulo, Presidente.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.481**

PROCED. : PARANÁ

**RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO**

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA

ADV.(A/S) : GUSTAVO AMARAL E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, inciso II, e dos artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º e 11 da Lei nº 14.985, de 06 de janeiro de 2006, do Estado do Paraná, e, por maioria, modulou a declaração de inconstitucionalidade para que tenha eficácia a partir desta sessão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Falou, pela requerente Confederação Nacional da Indústria, o Dr. Gustavo Amaral, OAB/RJ 72.167. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 11.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário