

Renata Elaine Silva
Ricetti Marques

Decisões em matéria
TRIBUTÁRIA

Jurisprudência e dogmática
do Supremo Tribunal
Federal em controle
de constitucionalidade

2ª edição
Revista, ampliada
e atualizada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 4

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 Introdução

O controle de constitucionalidade é o instrumento processual que garante a harmonia do sistema jurídico de uma nação. Considerando que o Brasil possui uma Constituição Federal que é a sua norma máxima, ter um instrumento processual que garante e preserva sua força normativa é uma exigência de segurança inerente ao próprio sistema.

No âmbito do direito tributário a função do controle de constitucionalidade é compatibilizar as normas expedidas pelo poder legislativo com as normas constitucionais que delimitam a competência tributária (quem pode instituir tributo e como pode ser o tributo instituído).

Neste capítulo vamos discorrer acerca do procedimento e processamento do modelo eleito pelo Brasil do controle de constitucionalidade, protetor máximo do princípio da Supremacia da Constituição.

Faz necessário enfatizar nesse introito que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é chamado misto, por ter sofrido influências do modelo americano (difuso) e do modelo austríaco (concentrado).

Entretanto, atualmente, não vemos um simples modelo misto, em que se aplicam as duas teorias distintas, sem relação

de uma com a outra, da maneira que foram concebidas em sua origem. Isto porque, no sistema brasileiro os modelos foram adaptados, de modo que, seria possível afirmar que temos um modelo próprio de controle de constitucionalidade, como veremos ao logo do texto.

No modelo americano, assim como no modelo difuso brasileiro, o controle é exercido de forma incidental, por ocasião da apreciação do caso concreto; mas, diferentemente do modelo brasileiro, no modelo americano as decisões proferidas têm força vinculante, a chamada *stare decisis*. No modelo brasileiro, era necessário um órgão do Poder Legislativo (Senado Federal) para assim declarar a decisão proferida pelo Poder Judiciário com efeito vinculante aos demais órgãos da Administração e do Poder Público, mas atualmente após a Emenda Constitucional 45 de, 8 de dezembro de 2004 (súmula vinculante), e da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil (precedentes), outros instrumentos foram inseridos para permitir a força vinculante das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade.

Do mesmo modo ocorre com o modelo austríaco¹ (de Kelsen), que inspirou o modelo concentrado brasileiro. Tal modelo, originalmente, na Europa, é exercido pelo Tribunal Constitucional², órgão que não compõe a estrutura do Poder Judiciário, e possui total autonomia com relação a este, inclusive suas decisões têm força de lei³, ou seja, é norma abstrata, e por esse motivo o Tribunal Constitucional tem competência para retirar a norma válida do sistema, sua decisão emite no sistema norma geral e abstrata, e não geral e concreta, como vemos no modelo “adaptado” no Brasil.

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

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

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

No modelo americano, os efeitos são *inter partes* e *ex tunc* (nulo *ab initio* ou *ipso jure*); no modelo europeu, são *erga omnes* e *ex nunc* (a pronúncia da Corte Constitucional é de invalidação a partir da data da decisão, assim como ocorre com a edição de uma lei, que deve respeitar os princípios da irretroatividade e do direito adquirido)⁴.

Por esses motivos, vê-se a confusão em torno do modelo brasileiro, que não é simplesmente um modelo misto americano-europeu, mas sim um modelo brasileiro⁵. Desse modo, qualquer analogia realizada com base no modelo americano ou no europeu deve necessariamente antever essas diferenças para justificar a posição aqui tomada.

Há vários tipos de controle, os quais, por uma questão de corte metodológico, não serão abordados neste trabalho. Apenas como lembrança, podemos citar o controle prévio ou preventivo dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além do controle posterior ou repressivo político ou jurisdicional exercido pelo Legislativo e pelo Executivo⁶.

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

As normas objeto de controle de constitucionalidade não serão somente as leis emanadas do Poder Legislativo, mas tam-

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

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

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

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

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

A primeira constituição brasileira, a Constituição Política do Império do Brasil, foi outorgada em, 25 de março de 1824, e em seu texto não adotou nenhum tipo de sistema de controle das normas constitucionais.

Foi a Constituição Republicana de, 24 de fevereiro de 1891, que inseriu no contexto brasileiro o controle de constitucionalidade incidental, *incidenter tantum*, que é mantido até hoje. Com influência do direito norte-americano, através do controle de constitucionalidade difuso, qualquer juiz ou tribunal judicial⁷ possuía competência para analisar a constitucionalidade da uma norma que demonstrasse, no caso concreto, ser prejudicial aos valores protegidos pelo Texto Constituição vigente.

Nas Constituições seguintes, 1934 e 1937, o sistema eleito de constitucionalidade manteve-se com pequenas alterações⁸.

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

8. A Constituição de 1934 incluiu a cláusula de reserva de plenário e atribuiu ao Senado Federal competência para suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional. A Constituição de 1937 estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República influen-

Foi na Constituição de, 18 de setembro de 1946, com a Emenda Constitucional n. 16, de, 01 de dezembro de 1965, que a ação direta de inconstitucionalidade de competência originária do Supremo Tribunal Federal, foi inserida em nosso ordenamento. Desse modo, o Supremo passou a ter competência para processar e julgar, originariamente, a inconstitucionalidade das normas (lei ou ato normativo), federal ou estadual, de legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República.

A Constituição de, 24 de janeiro de 1967, retirou algumas regras estabelecidas pela Constituição anterior, mas a EC n. 01 de, 17 de outubro de 1969, que editou o novo texto constitucional da época, inovou prevendo o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, apenas para fins de intervenção no município.

Por fim, foi a atual Constituição, de 5 de outubro de 1988⁹, que, evoluindo para um sistema misto (controle concentrado e difuso), criou a possibilidade do controle de constitucionalidade das omissões legislativas, a “ADI por omissão”, quando se trata de controle concentrado, e o “mandado de injunção”, quando se trata de controle difuso, assim como a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF¹⁰.

Além disso, manteve a ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, e ampliou o rol das pessoas legitimadas para a propositura da ação¹¹ no controle concentrado, que até então era monopólio do Procurador Geral da República.

ciar as decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional determinada lei ou ato normativo.

9. Publicada no Diário Oficial da União n. 191-A.
10. A ADPF, que não será objeto deste trabalho, tem como hipótese de cabimento evitar ou reparar lesão a preceito fundamental ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal. Encontra-se no art. 102, § 1º, da CF/88, que foi declarado de eficácia limitada pelo STF no AgRPet 1.140/TO, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 31-5-1996, e que por esse motivo foi regulamentado pela Lei n. 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I.
11. Vide art. 103 da Constituição Federal de 1988.

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

Nesse contexto, já podemos perceber que a Constituição tem um papel de extrema relevância, pois nela se guarda toda a expectativa de uma sociedade¹², e, quando o sistema elege um órgão como “guardião de todas as expectativas de uma sociedade”, imputa a esse órgão uma responsabilidade e um poder imensurável.

Como modo de controle desse “poder imensurável”, a própria Constituição traçou procedimentos bastante rígidos¹³. Ou seja, o sistema elegeu o Supremo Tribunal Federal como órgão principal controlador de constitucionalidade, mas traçou limites para que pudesse assim proceder. Em face dessas disposições, sempre haverá um “limite” a ser respeitado pelo Supremo em sua função de controle de constitucionalidade da regra matriz de incidência tributária, quais sejam, as próprias normas cons-

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

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

titucionais, aí incluídos os princípios constitucionais (norma de estrutura), em especial as cláusulas pétreas¹⁴ previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a ideia de controle de constitucionalidade surge junto com o tipo de Constituição de cada país. A forma de alteração rígida¹⁵, apresentada pela Constituição brasileira, serve como requisito essencial de controle das normas jurídicas tributárias.

Prescreve o art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988¹⁶ o procedimento de controle dos atos normativos, ou seja, como poderá a Constituição ser emendada. Isso porque a forma de alteração rígida pressupõe um processo severo e solene¹⁷ de emendas, tal como disciplinado no citado dispositivo constitucional.

Diante da força da supremacia da Constituição Federal no sistema jurídico brasileiro, que é grandiosa a responsabilidade

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

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

16. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

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

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

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

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

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

atribuída aos tribunais de interpretar as normas jurídicas, em especial as tributárias na função constitucional de controle dos atos normativos.

Desta feita, toda interpretação e construção das normas infraconstitucionais deverá, dentro dos limites sintáticos, semânticos e pragmáticos da linguagem, construir a melhor forma de regular condutas intersubjetivas sempre em observância aos valores máximos insculpidos na Constituição Brasileira.

Esse é o panorama geral, colocado de maneira sucinta, do controle de constitucionalidade das normas ou atos normativos tributários em que os Tribunais e o Supremo Tribunal Federal, órgãos eleitos pelo sistema, analisarão a compatibilidade da norma tributária válida com a Constituição para então “declarar”¹⁸ sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

4.3 Controle difuso de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade chamado difuso, pode ser também conhecido por outras nomenclaturas, tais como: controle incidental, controle indireto ou controle concreto. Para fins desse trabalho vamos utilizar o *nomen juris* controle difuso que considera o aspecto subjetivo do instrumento, isto é, permite que qualquer juiz ou tribunal, de maneira “difusa”, possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de acordo com suas regras de competência.

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

Do ponto de vista formal, será incidental ou de exceção, isto é, a questão da inconstitucionalidade será analisada antes do mérito

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

da ação; e do ponto de vista subjetivo, será difuso uma vez que qualquer juiz ou tribunal pode exercer seu controle.

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

No sistema de controle incidental, portanto, haverá uma norma individual e concreta objeto de pretensão resistida em que, para a análise do mérito da lide, deve-se resolver o problema incidental (constitucionalidade ou não) da lei que instituiu ou majorou o tributo. O juiz ou o tribunal, verificando a existência de norma tributária inconstitucional, poderá reconhecer, incidentalmente, por meio de sentença, para então em auto contínuo passar a apreciar o mérito da ação.

Nesse sentido, esclarece Buzaid¹⁹:

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

No controle difuso, todos os órgãos do Poder Judiciário fazem parte da chamada Justiça Constitucional, sendo uma via de acesso a todas as pessoas, diante da inexistência de rol de legitimados para a propositura da ação, como ocorre no controle concentrado (vide item 4.4).

Em termos históricos, o controle de constitucionalidade difuso teve início com famoso caso julgado pelo Juiz John Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1803, analisando o caso *Marbury versus Madison*, John Marshall decidiu que é nula

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

qualquer lei que seja incompatível com a Constituição, inaugurando, desse modo, o controle de constitucionalidade, decorrência lógica da supremacia da Constituição²⁰.

Segundo Oscar Vilhena Vieira²¹, “este poder de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição decorre, assim, da jurisprudência americana e não de uma autorização positivada de forma expressa pelo constituinte”.

Aqui o pedido de inconstitucionalidade será a causa de pedir próxima. Não se pede como pedido principal a declaração da inconstitucionalidade. A título de exemplo, o pedido principal pode ser o não pagamento do tributo, ou ainda a repetição dos valores pagos, que tem como fundamento (causa de pedir) a lei inconstitucional.

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

A natureza da lei é irrelevante para figurar como objeto do controle difuso, ou seja, uma lei federal, estadual ou municipal pode ter sua constitucionalidade questionada em um caso concreto. O mesmo ocorre com os regulamentos, as resoluções e as portarias. No controle concentrado, veremos que dependerá do tipo de ação.

4.3.1 *Princípio da reserva de plenário*

A chamada “cláusula de reserva de plenário”, instituída pelo art. 97 da Constituição Federal é outra questão relevante para o controle difuso de constitucionalidade. Não se trata de um

20. Para melhor conhecimento sobre o tema, ler BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 25-32.

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

critério exclusivo do controle difuso, pois deve ser observada também no controle de constitucionalidade concentrado, ou seja, sua observância é obrigatória nos dois sistemas.

Estabelece a cláusula que a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos seus membros, conforme texto expresso do art. 97 da Constituição Federal de 1988:

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

Desse modo, nenhum órgão fracionário, turma, seção ou câmara pode declarar a inconstitucionalidade de norma tributária incompatível com a Constituição.

Toda vez que ocorrer de forma incidental o pedido de declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal *ad quem* que estiver julgando a matéria tributária deve suscitar uma questão de ordem que deve ser analisada pelo pleno ou órgão especial²², apenas ficando dispensado no citado artigo se já houve decisão do órgão especial, pleno ou Supremo Tribunal Federal sobre a mesma matéria. Nesse caso, pode ser a inconstitucionalidade declarada e reconhecida pelos demais tribunais sem necessidade de observância do princípio da reserva de plenário. Conforme procedimento estabelecido pelo Código de Processo Civil, arts. 948 a 950 (e também no caso do STF, arts. 176 a 178 do Regimento Interno).

Após a decisão do pleno ou órgão especial, o processo retoma ao órgão fracionário com a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, para que o órgão fracionário

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

decida o mérito de acordo com a decisão proferida pelo órgão competente.

Nos processos que estão *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, após o plenário decidir sobre a inconstitucionalidade da norma, a ação será julgada diretamente pelo plenário.

Da decisão do pleno ou órgão especial não cabe recurso, apenas poderá ser questionada por meio do recurso contra a decisão de mérito do processo.

A necessidade de observância, e em razão da frequência com que órgãos fracionários dos tribunais reconheciam indiretamente a inconstitucionalidade de lei ou dispositivo, motivou a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da súmula vinculante abaixo transcrita:

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

Após o procedimento de declaração de inconstitucionalidade por maioria absoluta, a decisão deverá ser comunicada ao Senado Federal.

4.3.2 Resolução do Senado

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, pelo Supremo Tribunal Federal (grau recursal), por decisão definitiva, respeitando o Princípio da Reserva de Plenário, deve a decisão ser submetida ao Senado Federal, em respeito ao que dispõe o art. 52, X, da Constituição da República²³, e ao procedimento previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal

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

Federal (RISTF), art. 178²⁴, e no Regimento Interno do Senado Federal (RISF), art. 386²⁵.

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

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

Caso o Senado Federal decida editar a resolução, ficará restrito à decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, se a declaração do Supremo Tribunal Federal for total, a suspensão através de resolução também deve ser total; se for parcial, idem, deve obedecer ao que dispôs a decisão da Corte Suprema²⁶.

Apesar do dispositivo constituição estabelecer a regra da Resolução do Senado, atualmente o sistema jurídico possui outros mecanismos processuais que permitirá o efeito vinculan-

-
24. Art. 178 do RISTF: "Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição".
25. Art. 386 do RISF: "O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I - comunicação do Presidente do Tribunal; II - representação do Procurador-Geral da República; III - projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania".
26. Apenas a título de ilustração, não foi o que ocorreu com a Resolução do Senado n. 71/2005, que teria o condão de solucionar a divergência que havia entre o fim do prazo do Decreto n. 491/69 (crédito-prêmio do Imposto sobre Produto Industrializado), se tivesse sido editada nos exatos termos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o que não ocorreu, gerando mais dúvidas e divergências em relação ao fim do prazo do crédito-prêmio do IPI.

te de uma decisão proferida em controle difuso; nesse sentido, houve manifestação do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC, que alega que o art. 52, X, da Constituição Federal sofreu mutação constitucional.

4.3.3 *Efeitos da decisão em controle difuso*

Como mencionado em outro momento, no controle difuso, a decisão que declara a inconstitucionalidade ou não de uma lei sempre decorre de um caso concreto, em que as partes serão individualizadas. Os efeitos próprios da decisão só poderão atingir as partes do processo, isto é, *inter partes* ou *erga singulum*.

O Brasil adotado a teoria da nulidade da norma declarada inconstitucional e não de anulabilidade. A teoria da nulidade decorrente do princípio da Supremacia da Constituição, pois, considera-se uma afronta direta a Constituição admitir que uma norma que seja contrária às prescrições por ela estabelecida possa gerir condutas intersubjetivas. “Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato²⁷”. Deste modo, os efeitos temporais (típicos) será *ex tunc*, isto é, retroage a data da edição da lei declarada inconstitucional, (vide item 4.3.3.1).

Com a publicação da Resolução do Senado, se houver, a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da norma tributária, de modo incidental, passará a ter efeitos *erga omnes* (oponível a todos) e *ex nunc* (não retroage), mas como adiantamos alhures, a resolução tornou-se desnecessária em nosso sistema, apesar de ainda possuir previsão constitucional.

Com relação ao efeito vinculante, que obriga que todos órgãos da Administração Pública e os órgãos do Poder Judiciário, exceto o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo,

27. BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8º. Ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 38.

a observar a decisão proferida pelo STF, apesar, do controle de constitucionalidade difuso, não encontrar dispositivo expresso na Constituição Federal, como ocorre com o controle de constitucionalidade concentrado (art. 102, § 2º), sua possibilidade pode decorrer do sistema de súmula vinculante, editada também pelo STF, nos termos do que dispõe o art. 103- A da Carta Magna, ou ainda, da legislação infraconstitucional, qual seja, sistema de precedentes criando pela lei 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC) ou de, (vide item 4.3.3.2).

4.3.3.1 Modulação dos efeitos temporais em controle difuso

Modulação dos efeitos da decisão é o termo utilizado para se referir a alteração dos efeitos *típicos* temporais de uma decisão proferida em controle de constitucionalidade (veremos que no controle concentrado a modulação dos efeitos não se restringirá apenas aos efeitos temporais).

O assunto “modulação de efeitos” não é recente, apesar do debate acadêmico sobre o tema ter se intensificado nos idos de 1999, após a edição da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que inseriu o art. 27 que regulamenta a possibilidade de modulação no controle concentrado de constitucionalidade para a Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e para a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), bem como, a Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que inseriu o art. 11, que também regulamenta a modulação dos efeitos para a Ação de Arguição de Preceitos Fundamentais (ADPF).

A primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) com relação à modulação desses efeitos ocorreu em, 31 de maio de 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 79.343/BA, de relatoria do ministro Leitão de Abreu, que, apesar de não tratar de matéria tributária, inaugurou na jurisprudência brasileira a discussão em torno da excepcionalidade da regra de nulidade da lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Postulava-se nesse Recurso Extraordinário a declaração incidental de inconstitucionalidade do Decreto-lei n. 322, de 7 de abril de 1967,

que permitia o reajuste periódico do valor de aluguel fixado em cláusula de contrato de locação não residencial.

Merece, outrossim, a transcrição de parte do voto vencido do Ministro Leitão de Abreu, que na década de 70, já manifestava sua preocupação com a boa-fé que deve ser preservada em circunstancia já pacificadas na relação entre o particular e o poder público, que se demonstra atual e aplicável até hoje, vejamos:

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operar retroatividade, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o “Corpus Júrís Secundum”, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequência que não é lícito ignorar. A tutela de boa fé exige, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo” (Recurso Extraordinário n. 79.343/BA).

Desde então, isto é 1977, que o Supremo já discutia a possibilidade de excepcionar o efeito *ex tunc* para uma decisão em controle de constitucionalidade que causasse insegurança

jurídica ou fosse um caso de excepcional interesse social, ou seja, que tivesse consequências jurídicas danosas que não pudessem ser ignoradas.

Desse modo, vê-se que o assunto não é recente, mas a discussão em torno da sua possibilidade, inclusive da sua inconstitucionalidade, continua calorosa na doutrina pátria, mesmo porque, modificar o efeito temporal da decisão é uma necessidade jurídica que decorre da própria impossibilidade de situações concretas retroagirem a data da edição da lei (*ex tunc*).

Assim, modificar o efeito temporal *ex tunc*, passando para o efeito *ex nunc*, que em outras palavras, é dizer, que os efeitos não retroagem à data da edição da lei inconstitucional, e sim a partir da data da declaração de inconstitucionalidade, com trânsito em julgado. Sendo essa a forma mais comum de modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade.

Ademais é possível ainda, que os efeitos temporais da decisão passem a surtir efeito em outro momento que venha a ser fixado pelo julgador, desde que a situação fática concreta demonstre a impossibilidade de aplicação dos efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*.

Mencionamos, outrossim, que a permissão legal para a modulação dos efeitos encontra-se normatizada no art. 27 da Lei n. 9.868/99 e no art. 11 da Lei n. 9.882/99, que se aplica apenas à decisão que declara a inconstitucionalidade em controle concentrado de constitucionalidade: ADI, ADC e ADPF²⁸.

Desse modo, não há norma no sistema que autorize a modulação em controle difuso. Daí advém a discussão doutrinária sobre a possibilidade de se aplicar os supracitados artigos às

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

ações que não sejam em sede de controle de constitucionalidade concentrado.²⁹

No âmbito tributário, a tentativa de modulação dos efeitos temporais vem sendo pleiteada até mesmo quando não há declaração de inconstitucionalidade de norma, mas o Supremo Tribunal Federal nesse sentido tem sido cauteloso, apesar de o assunto ainda não estar pacificado na doutrina.

Pedimos *vênia* para citar algumas ementas, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do direito tributário, que nega a possibilidade de modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade:

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

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

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

Agravo de Instrumento n. 666.455, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento de alíquota progressiva do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, taxa de Iluminação Pública e taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública do Município do Rio de Janeiro, em 20-6-2007, DJ de 8-8-2007:

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

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

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

sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

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

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

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

(...) A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc* (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal **tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso.** Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. A não recepção de ato estatal pré-constitucional,

por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade – mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 – RTJ 145/339) –, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade (...). (No mesmo sentido: RE 438.025-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 7-3-2006, *DJ* de 25-8-2006; AI 421.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 7-3-2006, *DJ* de 15-9-2006; AI 463.026-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 21-2-2006, *DJ* de 15-9-2006.)

Outrossim, a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que introduziu o Novo Código de Processo Civil, inovou, trazendo para o direito brasileiro o sistema de precedentes (vide subitem abaixo) e ainda normatizou para os demais casos (que não sejam de controle concentrado) a possibilidade de modulação dos efeitos “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” (art. 927, § 3º do CPC).

Resumindo, entendemos que existe a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em controle difuso de constitucionalidade, desde que persista no âmbito factual a impossibilidade humana de retroagir os efeitos concretos (*ex tunc*), sendo necessária a aplicação dos efeitos prospectivos (da data da decisão ou em outro momento a ser fixado pelo juiz). Deste feita, a fundamentação jurídica do pedido de modulação da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade difuso não pode buscar fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/99 (ou art. 11 da Lei n. 9.882/99) e sim, deve ser construído, com alicerce no princípio da Segurança Jurídica.

Nesse sentido é o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁰. “[...] nem precisaria haver

30. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1842.