

19/10/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675 PERNAMBUCO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. COMPATIBILIDADE DO INC. II DO ART. 19 DA LEI 11.408/1996 DO ESTADO DE PERNAMBUCO COM O § 7º DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE AUTORIZA 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. ADI JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional 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.

II – Constitucionalidade do inc. II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco.

III - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, julgar improcedente a ação direta, vencidos os Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie. Não votaram os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo

ADI 2675 / PE

Lewandowski e Cármen Lúcia, por sucederem, respectivamente, os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso (Relator), Ellen Gracie, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, com voto proferido em assentada anterior.

Brasília, 19 de outubro de 2016.

RICARDO LEWANDOWSKI – REDATOR P/ O ACÓRDÃO

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - O **GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO**, com fundamento nos arts. 102, I, **a e p**, e 103, V, da Constituição Federal, propõe **ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar**, do inciso II do art. 19 da Lei **11.408/96**, do Estado de Pernambuco.

O dispositivo acoimado de inconstitucional tem o seguinte teor:

"Art. 19. *É assegurado ao contribuinte-substituído o direito à restituição:*

I -

II - do valor parcial do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente à parcela que tenha sido retida a maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for inferior àquela prevista na antecipação."

Sustenta o autor, em síntese, o seguinte:

a) **legitimidade ativa ad causam**, nos termos dos arts. 103, V, da Constituição Federal, e 2º, V, da Lei 9.868/99;

b) **inconstitucionalidade do inciso II do art. 19 da Lei estadual pernambucana 11.408/96 em face do art. 150, § 7º, da Constituição Federal**, tendo em vista a interpretação que lhe foi atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a **ADI 1.851/AL**, Ilmar Galvão, em **08.5.2002**, quando se estabeleceu que **"o referido dispositivo constitucional assegura a restituição do I.C.M.S. pago sob o regime de substituição tributária, mediante a figura da imediata e preferencial restituição, apenas e tão somente, na hipótese de não-realização do fato gerador presumido"** (fl. 5);

c) **impossibilidade de a legislação infraconstitucional dispor de modo diverso do decidido na ADI 1.851/AL**, nos termos do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99;

d) **ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora***, consubstanciados no julgamento por esta Corte da **ADI 1.851/AL**, quando se fixou a exegese do § 7º do art. 150 da Constituição Federal, e na **possibilidade de inviabilização do regime de substituição tributária no Estado de Pernambuco**, como bem destacou o Min. Ilmar Galvão em seu voto na **ADI 1.851/AL**, certo que, **"só no ano de 2001, a arrecadação do I.C.M.S. (em operações submetidas ao regime de substituição tributária) foi da ordem de R\$ 437.500.724,82"** (fl. 13).

Solicitaram-se **informações** na forma do **art. 12 da Lei 9.868/99** (fl. 75). O **Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco** sustenta, em síntese, o seguinte (fls. 77/81):

a) **constitucionalidade da sistemática prevista no inciso II do art. 19 da Lei estadual pernambucana 11.408/96**, nos termos do § 7º do art. 150 da Constituição Federal, que inseriu no sistema tributário nacional mecanismo simplificador de arrecadação de tributos, garantindo ao contribuinte que a exigência fiscal, feita originariamente sob a base de cálculo presumida, não venha a superar aquela da operação concretamente realizada, o que levaria ao enriquecimento sem causa do Fisco;

b) **obediência da Lei estadual pernambucana 11.408/96 à Lei Complementar 87/96**, legítima regulamentadora do § 7º do art. 150 da Constituição Federal, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do MI 539/PR.

O então **Advogado-Geral da União**, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo aqui impugnado, "*em face do disposto no § 7º do art. 150 da Constituição da República e em consonância com o entendimento dessa Corte Suprema*" na ADI 1.851/AL (fls. 87/88).

O então **Procurador-Geral da República**, Prof. Geraldo Brindeiro, opina pela **procedência do pedido** (fls. 92/96).

O **Estado de Pernambuco**, à fl. 99, requer o prosseguimento do feito, com sua inclusão em pauta, dado que a manutenção da vigência da norma objeto desta ADI teria gerado "*vasta demanda de restituição de créditos dessas operações realizadas com base de cálculo inferior*".

Determinei, em 06.8.2003, o apensamento aos presentes autos da manifestação, fundada no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, da Federação Nacional das Empresas Distribuidoras Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja, Refrigerante e Água Mineral-FENADIBE, manifestação essa no sentido da improcedência do pedido aqui deduzido.

Autos conclusos em 08.8.2003.

É o relatório, do qual serão expedidas cópias para os Exm^{os} Srs. Ministros.

Publicado sem revisão.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Decisão: Após o relatório do Senhor Ministro Carlos Velloso, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, neste relatório, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.11.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

p/ Luiz Tomimatsu
Coordenador

27/11/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): Destaco do parecer da Procuradoria-Geral da República, fls. 92/96, lavrado pelo então Procurador-Geral, Prof. Geraldo Brindeiro:

"(...)

6. Alega o requerente que a norma acima transcrita, ao assegurar a restituição do ICMS caso o fato gerador venha a se realizar com valor diverso do presumido, ofende a interpretação dada ao § 7º, do art. 150, da Constituição da República, por esse colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adinº 1851.

7. No precedente citado, esse colendo Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13, a qual dispunha não caber 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.

8. De fato, esse Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que a cláusula acima mencionada não ofende o art. 150, § 7º, da Constituição da República, porquanto esta norma constitucional apenas garante a restituição imediata e preferencial do ICMS pago sob o regime de substituição tributária na hipótese de não-realização do fato gerador presumido.

mu
—

9. Com efeito, assim estabelece o dispositivo constitucional em análise:

'§ 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.'

10. Parece claro da leitura da norma constitucional acima transcrita que em se tratando de substituição tributária, a única hipótese em que a Constituição da República autoriza a restituição da quantia paga antecipadamente pelo tributo é quando não ocorra o fato gerador presumido.

11. Tal exegese é reforçada pela própria finalidade da regra constitucional ao acolher o instituto da substituição tributária 'para frente', consistente, em última análise, em repelir a sonegação fiscal - significativa, ressalte-se, na hipótese de ICMS - e que se tornaria inócua caso se admitisse cabível a restituição de eventual diferença entre o valor do tributo pago de acordo com a base de cálculo presumida (por meio de lei) e o valor da base de cálculo apurada posteriormente, com base nas operações ou prestações subseqüentes, pois, como destacado pelo eminente Ministro ILMAR GALVÃO, equivaleria a retomada do sistema de apuração mensal do tributo, cujas dificuldades e impossibilidades práticas o legislador constitucional visou sanar. Válido destacar, para mera ilustração, parte do voto do citado Ministro, proferido na Adi nº 1851, antes mencionada:

'...O fato gerador do ICMS e a respectiva base de cálculo, em regime de substituição tributária, de outra parte, conquanto presumidos, não se revestem do 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 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. ...'

12. Impende salientar, ainda, que, ao aceitar-se a garantia de restituição, ao contribuinte de direito, do imposto pago a mais quando o fato gerador do tributo se realize a menor, estar-se-ia admitindo o enriquecimento, na verdade, do contribuinte de direito, uma vez que, no caso do ICMS, por se tratar de um imposto indireto, o ônus é transferido ao contribuinte de fato, o consumidor, que não verá a devolução da quantia paga a maior, embutida no valor do produto consumido ou do serviço usufruído.

13. Assim, frente as razões expendidas, afigura-se inconstitucional a norma em questão, porquanto autoriza a restituição para fins de obtenção do valor do ICMS pago a mais na hipótese em que a operação subsequente se realizar em valor inferior ao presumido, em contrariedade ao art. 150, § 7º, da Constituição da República, que admite a restituição tão-somente na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido.

18. Ante o exposto, o parecer é pela procedência da presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 19, da lei nº 11.408/96, do Estado de Pernambuco.

(...)” (fls. 93/96).

Realmente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.851/AL, Relator o Ministro Ilmar Galvão, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade da cláusula 2ª do Convênio ICMS nº 13, de 21.3.97, declarando, destarte, a constitucionalidade da citada cláusula, a estabelecer que 'não caberá a restituição ou a 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 13.9.1996."

O acórdão da citada ADI 1.851/AL porta a seguinte ementa:

"EMENTA: 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 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." ("D.J." de 13.12.2002).

Acompanharam o Ministro Ilmar Galvão, Relator, os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa e Ellen Gracie. Fiquei vencido na companhia dos Srs. Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio.

Proferi, quando do mencionado julgamento, o seguinte voto:

"Sr. Presidente, dispõe o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 03, de 1993:



'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.'

Não se realizando o fato gerador, a Constituição Federal determina a 'restituição da quantia paga'.

Ora, Sr. Presidente, é de sabença elementar que a base de cálculo do fato gerador é a sua dimensão material, a sua expressão valorativa, como ensinou Geraldo Ataliba.

O que constitui o fato gerador do I.C.M.S.? Operações relativas à circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (C.F., art. 155, II). A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será, em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório de parcelas, tal como posto no art. 8º, inciso II, letras **a**, **b** e **c**, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, **verbis**:

'A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I-

II- em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo

substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativo às operações ou prestações subseqüentes.'

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 imponível, a sua expressão valorativa. Sem essa expressão valorativa, sem essa dimensão material, não há fato gerador, não há fato imponível. Noutras palavras, o fato gerador se realiza na sua dimensão material, na sua expressão valorativa.

Vimos de ver que, no § 7º, do art. 150, da Constituição Federal, com a E.C. nº 03, de 1993, na substituição tributária 'para frente', é 'assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido'. Este parágrafo 7º está incluído no que o eminente Ministro Celso de Mello costuma proclamar, ou seja, no 'Estatuto dos Contribuintes', ou nas limitações constitucionais do poder de tributar. Não se trata, pois, de uma norma qualquer. Ela se inscreve no rol de direitos e garantias dos contribuintes, que esta Corte Suprema entendeu ser intangível à mão do constituinte derivado. O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional, assim inválido, dispositivo da E.C. nº 03, de 1993, que excluía do princípio da anterioridade tributária — art. 150, III, **b** — o I.P.M.F. (imposto sobre movimentação financeira) e



vedou sua cobrança no mesmo exercício que instituído (ADIn 939-DF, RTJ 151/755). Essa garantia, a do § 7º do art. 150, repito e ênfase, está no 'Estatuto dos Contribuintes', nas limitações do poder de tributar.

Ninguém ensina nada a ninguém nesta Casa, mas é bom que se rememorem certos princípios. Recomendam os estudiosos de hermenêutica constitucional que os direitos e garantias inscritos na Constituição devem ser interpretados de modo a emprestar-se a esses direitos e garantias a máxima eficácia. De resto, aliás, a máxima eficácia é recomendada para todas as normas constitucionais, principalmente para as materialmente constitucionais e aqui temos uma norma materialmente constitucional.

Conforme vimos, 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.

Assim, reitero o voto que proferi, quando do julgamento da cautelar, no sentido de que não é constitucional a cláusula 2ª do convênio I.C.M.S. 13/97, dado que a mesma nega o direito à restituição do excesso de I.C.M.S. recolhido, na hipótese de a base de cálculo do fato gerador ocorrer em montante menor do que o valor pago, tendo em vista a base de cálculo presumida.

Esta cláusula, Sr. Presidente, é ofensiva à garantia inscrita no § 7º do art. 150 da Constituição Federal.

Vejam, Srs. Ministros, a que ponto pode-se chegar, se não for declarada a inconstitucionalidade da cláusula 2ª do Convênio I.C.M.S. 13/97, que nega o direito à restituição do excesso de ICMS recolhido: o Fisco poderá fixar, na pauta de valores, para o fim de ser recolhido o I.C.M.S., valor superior ao de mercado, valor superior ao preço pelo qual será o bem vendido. Não obtido, depois, o preço da pauta de valores, terá o poder público se locupletado ilicitamente, terá havido enriquecimento



ilícito, o que a teoria geral do direito repele, o que o senso comum dos homens não admite.

Concluindo, peço licença ao eminente Ministro Relator para divergir de S. Exa. e declarar a inconstitucionalidade do dispositivo do Convênio I.C.M.S. 13/97, objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, não sem antes, entretanto, ressaltar as magníficas sustentações orais feitas pelos advogados, a começar pelo Professor Hamilton Dias de Souza, seguidas pelo Procurador da Fazenda de Alagoas, Dr. Aluísio Lundgren Corrêa Regis e pelo Procurador da Fazenda de Minas Gerais, o Dr. José Alfredo Borges, meu ilustre coestadano.

Julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade."

Não estou convencido do desacerto do entendimento por mim manifestado no voto acima transcrito. Por isso, e porque estamos no Plenário, nos termos do meu voto acima transcrito, julgo improcedente a ação.

Mu
—

27/11/2003


TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - Sr. Presidente, não estou convencido do desacerto do entendimento por mim manifestado no voto que acabo de ler; ao contrário, estou cada vez mais convencido do seu acerto. Por isso, e porque estamos no Plenário, vou reiterá-lo, esperando que o Plenário reveja a decisão que tomou, que pode tornar regra um princípio de direito que a Teoria Geral do Direito repele: o do enriquecimento ilícito.

Assim, Sr. Presidente, ponho a questão à consideração dos eminentes Colegas, e, nos termos do voto que proferi, julgo improcedente a ação, com a vênia devida aos Colegas que não pensam dessa forma.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Presidente) - Vou ouvir o voto do Relator na ADIn 2.777; conforme o seu teor, submeterei ao Tribunal a questão relevantíssima no processo objetivo de controle de constitucionalidade, que o caso pode suscitar. 

ADI 2.675 / PE

O seu voto, Ministro, não dissimula a questão. Vossa Excelência julga improcedente essa ação direta com base no voto vencido que proferiu na ADI 1.851; não estabelece nenhuma distinção entre as duas questões.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - Vossa Excelência estaria suscitando a questão, no caso, da existência da lei que torna vinculante a decisão?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Presidente) - Não! Existe uma decisão **erga omnes** e vinculante do Supremo Tribunal Federal; ela não vincula o Supremo Tribunal Federal **ab aeterno**, não tenho dúvida, embora haja quem entenda o contrário. Agora, trata-se de uma decisão relativamente recente.

Isso tudo levarei ao Tribunal, conforme o voto do Ministro Cezar Peluso.



* * *

27/11/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

REQUERIDA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

V O T O

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Presidente) -

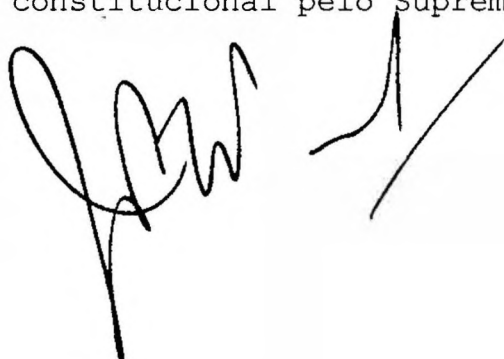
Como anunciara, antes de prosseguir na tomada dos votos, devo submeter ao Tribunal uma indagação preliminar.

As ações diretas em julgamento tomam como premissa a declaração da constitucionalidade da cláusula 2ª do Convênio ICMS 13/97, objeto da ADIn 1.851, julgada em 8 de maio de 2002.

Essa cláusula dispõe:

"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."

Creio que os eminentes Relatores das duas ações diretas em julgamento concordarão em que seus votos, logicamente, contrariam a validade constitucional dessa cláusula do convênio, não obstante declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

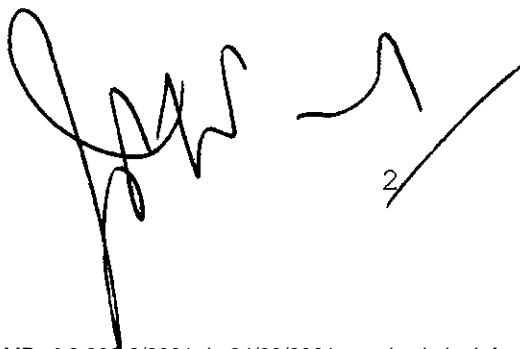


ADI 2.675 / PE

No julgamento da ADIn 1.073, em 30.6.94, o Tribunal, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, considerou ser de não conhecer, de não admitir, liminarmente, a ação direta que tivesse por objeto a mesma norma declarada constitucional em julgamento anterior. Foi relator, vencido, o Ministro Marco Aurélio e relator do acórdão o Ministro Ilmar Galvão. Era um caso proposto pelo PSTU contra a lei eleitoral, de 1993(DJ 25.5.01).

A mesma tese veio a prevalecer na ADIn 1.671, de Goiás, em 26.8.98, relator o Ministro Jobim, só conhecida em parte, porque parte do conjunto das normas questionadas já havia sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento anterior.

No primeiro dos precedentes, lembro-me de que acompanhei a maioria, acentuando que havia um velho argumento regimental, segundo o qual o Tribunal se punha na corrente minoritária das Cortes Constitucionais - em outro voto tive oportunidade de fazer uma resenha das legislações mais acessíveis a respeito -, das que entendem fazer coisa julgada material também a declaração de constitucionalidade da norma examinada no controle abstrato de constitucionalidade. Ao contrário, por exemplo, do sistema italiano, em que a rejeição da inconstitucionalidade não implica declaração de constitucionalidade.



ADI 2.675 / PE

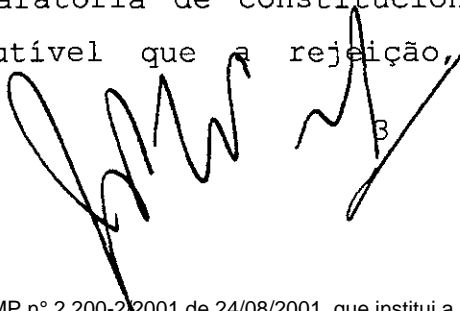
O nosso Regimento de fato é explícito em que, obtidos seis votos num sentido ou no outro, se declarará a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma.

A força desse argumento de origem regimental, no entanto, perdeu muito do seu relevo a partir da Emenda Constitucional 3, que veio a criar um novo mecanismo de controle abstrato: a ação declaratória de constitucionalidade.

Na discussão sobre a sua constitucionalidade ou não, até acentuei que entendia que ela apenas explicitava algo que já era possibilitado pelo velho sistema da representação sucedido pelo sistema da ADIn: é que se tratava, na ADIn, como na representação de inconstitucionalidade, de ações dúplices, ações das quais, rejeitado o pedido formal de inconstitucionalidade, poderia advir a solução contrária à pretendida pelo autor: a declaração com força de julgado vinculante da constitucionalidade da norma questionada.

No caso, formalmente, o objeto desta ação direta não é o objeto da ADIn 1.851. Agora, se trata da lei estadual; lá, se discutia uma lei nacional de normas gerais de Direito Tributário, que é a natureza dos convênios sobre ICMS, até o advento da lei complementar.

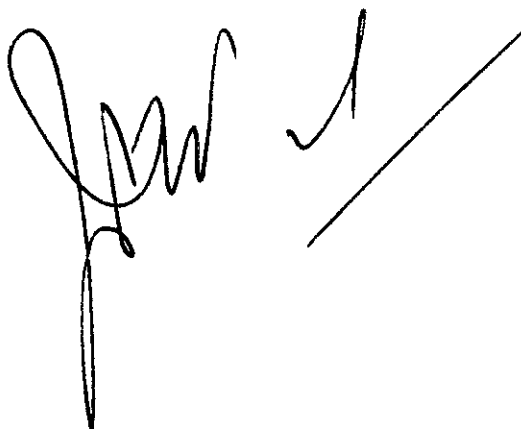
Mas, de qualquer maneira, pareceu-me do meu dever submeter a questão ao Tribunal para que não pareça - se se chegar ao exame de mérito - que o Tribunal está sendo inconseqüente com as premissas de sua jurisprudência e com esta raridade institucional brasileira, que é a ação declaratória de constitucionalidade, a partir da qual se tornou indiscutível que a rejeição, no mérito, da arguição de



ADI 2.675 / PE

inconstitucionalidade de uma lei, tem o efeito de declaração da sua constitucionalidade, com eficácia **erga omnes** e força vinculante.

Ouçó, a propósito, o Ministro Carlos Velloso, o primeiro Relator.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'CV', with a long horizontal stroke extending to the right.

27/11/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

V O T O

(S/QUESTÃO DE ORDEM)

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Senhor Presidente, a partir da Emenda Constitucional nº 03, não há dúvida de que as decisões proferidas na ADC e na ADI têm efeito vinculante. Esse efeito vinculante, que se extrai do § 2º do art. 102 da Constituição, dá-se relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Penso que o próprio Supremo Tribunal, em Plenário, não fica, de regra, vinculado à sua decisão.

Vossa Excelência mencionou dois precedentes que me impressionaram, porque todos temos responsabilidade com as decisões da Corte Constitucional: nas ADIs 1.373 e 1.671 não se admitiu que a Corte voltasse a rediscutir o tema, informa Vossa Exelência. Mas há precedente importante em sentido contrário: ADI nº 813/SP, em que se discutiu a questão do quinto constitucional, o Supremo Tribunal Federal rediscutiu a questão. A ADI 813/SP foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Supremo Tribunal decidiu de forma diferente do entendimento que então adotara em precedentes anteriores.



ADI 2.675 / PE

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - Não foram embargos, não?

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Não. Foi uma ADI de São Paulo, da qual fui Relator, ADI 813/SP.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** - (Presidente): Era ADIn, depois veio a reclamação. Acho que a mudança de orientação ocorreu nos embargos infringentes.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Ministro, julgamos, aqui — o Ministro Marco Aurélio e eu, logo que empossados no cargo — embargos infringentes em duas ADIs. Depois, o Presidente da OAB Federal aforou uma ação direta contra a Constituição do Estado de São Paulo, que estabelecia o ingresso dos oriundos da classe dos advogados e do Ministério Público, no Tribunal de Alçada. Fui o Relator, tendo prevalecido o entendimento em favor da constitucionalidade do dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo que mencionei, por sete votos a quatro. O Ministro Marco Aurélio tinha um certo entendimento, que veio a retificar no julgamento da mencionada ADI 813/SP.



ADI 2.675 / PE

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - Seria cargo isolado, embora tenha movimentação. Não compreendendo como a movimentação deixaria, na espécie, preenchendo o candidato uma vaga de carreira, de abrir uma vaga para a carreira.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - Sim, Ministro, de qualquer maneira, não eram os casos anteriores, o que mudou foi o entendimento do Tribunal - disso não há dúvida.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Mas a questão é a mesma. O que estou dizendo é que o Supremo Tribunal, na ADI 813/SP, adotou entendimento contrário ao que manifestara, anteriormente, em duas ADIs.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - Sim, era a mesma, mas o objeto era inteiramente diverso. As duas primeiras eram do Rio Grande do Sul e do Paraná.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Quer dizer, havia duas decisões: uma, relativamente ao Tribunal do Rio Grande do Sul; outra, relativamente ao Tribunal paranaense, tomadas em embargos infringentes. Lembro-me bem que o advogado do Tribunal do Rio Grande do Sul era o Dr. Galeno Lacerda, que nos procurou,



ADI 2.675 / PE

pessoalmente, trazendo-nos memoriais. Fiquei vencido nesses embargos e, posteriormente, mudamos o entendimento na ADI 813, de São Paulo, por mim relatada. Nesta, prevaleceu o meu voto.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - Mudar o entendimento, Excelência, é coisa inteiramente diferente. Só se o legislador estivesse vinculado, isso estaria impedido. O Ministro Gilmar Mendes entende que nem neste caso.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - A mudança de entendimento resultou em decisão diametralmente oposta ao decidido anteriormente. É dizer, o Supremo Tribunal não se considerou vinculado às decisões anteriores.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - Sim, a virada da jurisprudência, ocorreu na ADIn 813 de São Paulo. Foi julgada improcedente, vencidos Francisco Rezek, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Moreira Alves. A decisão foi confirmada nos embargos, relator o Ministro Octávio Gallotti. Antes, já havíamos afirmado a inconstitucionalidade com relação a norma similar do Paraná, na ADIn 27, e do Rio Grande do Sul, na ADIn 29.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - Norma idêntica?



ADI 2.675 / PE

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - Na substância sim. Mas, nos dois casos a que me referi, não: a mesma norma impugnada vinha, de novo, a ser impugnada. Na Itália, seria possível. Entendemos, no Brasil, que não, pois declarada a constitucionalidade do dispositivo. Aqui, a situação é intermediária. Temos uma lei nacional proibitiva e estamos julgando constitucional uma lei estadual, que determina aquilo que a lei nacional proíbe.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Ministro, o que eu quero dizer é que não fica o Supremo Tribunal vinculado à decisão sua, anteriormente proferida. A vinculação diz respeito aos demais Tribunais e ao Poder Executivo. É o que está no § 2º do art. 102 da Constituição Federal.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - É possível uma nova leitura da Constituição Federal pela Suprema Corte, senão ficamos manietados quanto à evolução.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Este caso é certo, tem peculiaridades. Quero louvar o cuidado do Ministro Pertence com a jurisprudência da Casa. Todavia, o que me impressiona é a dicção constitucional:



"Art. 102....."

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - Ministro Carlos Velloso, Vossa Excelência me permite?

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (RELATOR) - Pois não.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - Vamos admitir que o Tribunal tivesse declarado a inconstitucionalidade e tivesse sido editado um diploma com idêntico teor. Caberia reclamação?

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - Entendo que não. Tenho as minhas dúvidas quanto à doutrina do Ministro Gilmar Mendes. No Brasil, no caso de declaração de inconstitucionalidade, é claro, a decisão vincula o próprio Supremo Tribunal, que, assim, não pode, depois de ter declarado procedente uma ação direta, voltar atrás: "Pensei melhor e aquela lei não é tão inconstitucional assim". Ocorre que, declarada inconstitucional em ação direta, a lei está eliminada, expungida da ordem jurídica.



ADI 2.675 / PE

Mas, para mim, o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica - a de legislar - não está vinculado a qualquer das decisões do STF no controle abstrato - sequer à declaração de inconstitucionalidade - que visa exatamente a deixar aberta a possibilidade de, editando-se norma similar, ele reabrir a discussão. Mas não é o caso.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** - Temos uma jurisprudência antiga, quando não se falava sequer em efeito vinculante. Cogitava-se apenas da eficácia **erga omnes** - aqui, a eventual reedição ou repristinação do teor de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo não dava ensejo à reclamação, mas à nova representação de inconstitucionalidade. Isso, ainda, ao tempo da Constituição de 1967/1969.

Também com o advento da Constituição de 1988, e mesmo com a Emenda nº 03/93, tenho a impressão, na linha do já ressaltado pelo Ministro Veloso, de que o legislador ficou a salvo - pelo menos para a dicção clara -; é o que tenho sustentado quanto ao efeito vinculante.

Hoje, admitimos também, no art. 28, a aplicação do efeito vinculante na ADI.



O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** - E também ao Supremo Tribunal Federal, porque o texto se refere a demais órgãos do Judiciário.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - É preciso "não levar às últimas conseqüências esses primeiros princípios", porque temos na lei, uma regra - cuja constitucionalidade não me parece - antecipando um pouco - alvo de objeções muito consistentes, que proíbe a ação rescisória.

Assim, o que a doutrina admite é o reexame pelo Tribunal da declaração de constitucionalidade, quando derivada da mudança das condições de fato, ou da mudança da "idéia de direito".

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** - É a revisão da própria concepção jurídica.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente) - Esse pedido de reconsideração, quando não cabe ação rescisória...

Neste caso concreto, tem-se mais um argumento formal. Não se está questionando o convênio declarado inconstitucional, mas a lei estadual que o contraria. Julgada improcedente a presente ação

ADI 2.675 / PE

direta, teríamos duas leis que substancialmente se chocam, ambas declaradas constitucionais.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Quando apreciamos a constitucionalidade da própria ADC, em uma ADI, um dos argumentos por mim utilizados para o fim de tê-la como constitucional foi este, citando, aliás, lição do nosso eminente Colega, o Ministro Gilmar Mendes: será possível rever a decisão que dera pela constitucionalidade. Pela inconstitucionalidade, não. Se o julgamento anterior tivesse sido pela inconstitucionalidade da lei, penso que não poderíamos conhecer desta ação. É que, apesar de não ser o mesmo diploma legal, o certo é que o outro diploma legal era substancialmente idêntico ao impugnado. Aquele impedia; este, ao contrário, permite que se faça a restituição.

Sr. Presidente, com estas breves considerações, quero registrar novamente o interesse de Vossa Excelência em tornar sempre respeitadas as decisões do Supremo Tribunal Federal,...

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** (Presidente)- Ministro, não é torná-las respeitadas; pelo contrário, acho que o Tribunal não tem compromisso religioso com os seus precedentes. Tento realmente



ADI 2.675 / PE

ser guardião da jurisprudência, não para me opor a que o Tribunal a mude quanto quiser, mas com a consciência do que está fazendo.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Claro! Evidentemente que um tribunal mudando as suas decisões vai perder a credibilidade. O Tribunal deve ter compromisso com as suas decisões.

Concluindo, entendo que, em primeiro lugar, houve uma declaração de constitucionalidade; em segundo lugar, quando a Constituição prevê o efeito vinculante, relativamente às decisões do Supremo Tribunal Federal na ADC e, conseqüentemente, na ADI, esse efeito vinculante dá-se quanto a outros órgãos do Poder Judiciário e quanto ao Poder Executivo.

Assim, Sr. Presidente, meu voto é no sentido de que podemos prosseguir no julgamento.



* * * * *

27/11/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

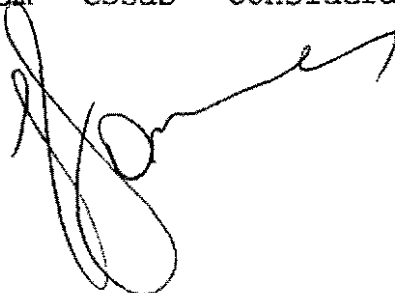
VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sr.

Presidente, preocupa-me, também, a mudança súbita ou freqüente de precedentes.

Neste caso, noto que não só, como bem frisou o eminente Ministro Cezar Peluso, as normas impugnadas são sensivelmente distintas nestas duas ADIs e no precedente invocado, ADI 1.851, mas há um outro dado, desde que essa ADI 1.851 foi julgada, houve uma mudança substancial na Corte. Não quero com isso dizer que a simples mudança na composição deva necessariamente induzir uma revisão da jurisprudência, mas é um dado concreto. Mais de um terço da composição atual não participou daquele julgamento.

Com essas considerações, eu superaria esse obstáculo.



27/11/2003

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675 PERNAMBUCO

VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, também entendo que o Supremo Tribunal Federal está julgando uma ADI cujo objeto não coincide exatamente com o da anterior, a 1.851, tão bem relatada pelo eminente Ministro Ilmar Galvão. Porque, ali, a substituição tributária vinha de permeio com a concessão de um incentivo, ou estímulo, ou redução.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Quanto a essa parte, não foi conhecido. Aquele era o decreto de Alagoas e não foi conhecido.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Porque, lá, houve uma redução.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – O Tribunal só conheceu da norma do convênio que li. Não tem nada de intermediação no convênio em si.

O Ministro Cezar Peluso mostrou que, no contexto da discussão, se dava como substrato para o sistema de Alagoas, demonstrou magnificamente que era um sistema profundamente diverso do de São Paulo, até porque, opcional, e com o benefício de redução - mas disso o Tribunal não conheceu. Apenas, declarou a constitucionalidade da cláusula 2ª do convênio que tinha, na época, força de lei complementar pelo art. 34, § 8º, da Constituição Federal, no qual se dizia que não caberá restituição a cobranças suplementares do ICMS. A incompatibilidade lógica, os dois Relatores a declaram: o Ministro Carlos Velloso eloqüentemente, porque seu voto hoje é o seu voto vencido de ontem; e o Ministro Cezar Peluso, embora enfatizando a diferença formal do objeto, tranqüilamente, todo o seu voto é uma crítica competentíssima ao voto condutor do Ministro Ilmar Galvão. O que há é isto: as normas são

ADI 2.675 / PE

formalmente distintas, embora logicamente incompatíveis.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Quero dizer que certamente o fato de a substituição, naquele caso, vir de permeio com o incentivo, produziu uma certa influência no subjetivismo dos eminentes julgadores, mas vamos superar isso.

Assim como é, evidentemente, próprio da Assembléia Nacional Constituinte, pela sua natureza, não conhecer tabus materiais no plano da elaboração da Constituição - ela tem a Constituição na mão, a sua mercê, no plano material -, também o Supremo Tribunal Federal, no plano da interpretação, tem a Constituição a sua mercê.

Assim como a Assembléia Nacional Constituinte não pode impor a si mesma tabus materiais, o Supremo Tribunal Federal também não pode impor a si mesmo limites no plano da interpretação da Constituição que lhe cabe guardar, ele pode mudar seu entendimento sobre o melhor modo de guardar a Constituição que, aliás, é sua função precípua.

Então, por essas razões, acompanho os eminentes Ministros-Relatores e o Ministro Joaquim Barbosa.

###

27/11/2003

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675 PERNAMBUCO

VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, inicialmente, quanto à questão já ressaltada por Vossa Excelência da opção aparentemente minoritária do Supremo Tribunal Federal, que é uma opção antiga do Regimento, pois está agora consagrada na Lei nº 9.868, quanto à declaração de procedência ou improcedência e quanto à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, há algum tempo tenho pensado nesse tema e cheguei à conclusão de que, a rigor, essa é uma dessas decisões antecipatórias do Supremo Tribunal Federal dignas realmente de encômio, porque revela a percepção do Tribunal em relação a esse jogo complexo do sistema misto de controle de constitucionalidade.

Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão de algumas cortes constitucionais europeias, que trabalham com a ideia do monopólio da decisão ou da censura, certamente colocaria em polvorosa todo o sistema constitucional, porque declararia a rejeição da inconstitucionalidade sem afirmar a constitucionalidade, dando ensejo a que juízes e tribunais fossem novamente provocados com novas causas *petendi*, com novos argumentos, com novos fundamentos - seria um eternizar de demandas constitucionais.

Portanto, embora não tenhamos a fundamentação dessa opção, mas certamente traduz clara antecipação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação a essa notável peculiaridade de nosso sistema misto de controle de constitucionalidade, já é uma forma de encontrar compatibilização entre dois sistemas autônomos, entre o direto e o difuso.

Em relação à questão da eficácia *erga omnes*, tenho anotado que o

ADI 2675 / PE

artigo 102, § 2º, da Constituição, agora o artigo 28 da Lei nº 9.868, prevê que as decisões declaratórias de constitucionalidades têm eficácia *erga omnes*. Também a jurisprudência se utiliza largamente desse conceito. Não obstante esse estado de coisas, não cuidou a doutrina brasileira – também tenho anotado - até aqui, de conferir, ao termo em questão, maior densidade teórica.

Tenho anotado, também, há parecer assente entre nós, orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo refere-se, em princípio, à parte dispositiva do julgado.

Em outras palavras:

“(...) se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão de que a lei questionada é constitucional, haverá de afirmar expressamente a sua constitucionalidade, julgando procedente a ADC proposta. Da mesma forma, se afirmar a improcedência da ADI, deverá o Tribunal declarar a constitucionalidade da lei que se queria ver declarada inconstitucional”.

Do prisma estritamente processual, a eficácia geral ou a eficácia *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, não se tem uma mudança qualitativa da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo.

A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente. Não fica o legislador, igualmente, impedido de alterar ou mesmo de revogar a norma em apreço.

ADI 2675 / PE

Questão que tem ocupado os doutrinadores diz respeito, todavia, à eventual vinculação do Tribunal no caso da declaração de constitucionalidade.

Poderia ele vir a declarar, posteriormente, a inconstitucionalidade da norma declarada constitucional? Estaria ele vinculado à decisão anterior? Digo que o tema suscitou controvérsias na Alemanha, onde se trabalha com conceito análogo da força de lei, a chamada “Gesetzeskraft”.

“A força de lei da decisão da Corte Constitucional, que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão.

Por isso,” - anotei em outro estudo – “sustenta Vogel que a aplicação do disposto no § 31, (2), da Lei Orgânica do Tribunal às decisões confirmatórias somente têm significado para o dever de publicação, uma vez que a lei não pode atribuir efeitos que não foram previstos pela própria Constituição.

Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de que outras pessoas não vinculadas pela coisa julgada ficassem impedidas de questionar a constitucionalidade da lei, o que acabaria por atribuir à chamada eficácia erga omnes (força de lei) o significado de autêntica norma constitucional.

É o que afirma na seguinte passagem de seu estudo sobre a eficácia das decisões da Corte Constitucional:

“A proteção para as decisões confirmatórias da Corte Constitucional que transcendesse a própria coisa julgada não encontraria respaldo no art. 94, II, da Lei Fundamental. Semelhante proteção, que acabaria por impedir que pessoas não atingidas pela coisa julgada sustentassem que a decisão estaria equivocada e que, em verdade, a lei confirmada seria inconstitucional, importaria na

ADI 2675 / PE

conversão da força de lei em força de Constituição. (...) O § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplica, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê (...).

A Lei Fundamental e a Lei Orgânica da Corte Constitucional não legitimam essa conclusão, seja porque a norma constitucional autoriza expressamente o legislador a definir as decisões da Corte Constitucional que devem ser dotadas de força de lei, seja porque o legislador não restringiu a eficácia erga omnes apenas às decisões de índole cassatória.

É certo, por outro lado, que a conclusão de Vogel afigurar-se-ia obrigatória se, tal como ressaltada por Bryde, conferisse caráter material à força de lei prevista no § 31, (2), da Lei Orgânica da Corte Constitucional.

Se, todavia, se considera a força de lei, tal como a doutrina dominante, instituto especial de controle de normas – e, por isso, instituto de índole processual - , não expressa esse conceito outra ideia senão a de que não pode o Tribunal, num novo processo, proferir decisão discrepante da anteriormente proferida.

Convém registrar, a propósito, o pensamento de Bryde:

‘Essa idéia (que reduz a força de lei, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, ao simples dever de publicação) somente se afigura obrigatória se se considerar a força de lei nos termos do § 31, II, da Lei orgânica da Corte Constitucional como um instituto de caráter material. Efetivamente, uma decisão da Corte Constitucional não pode transformar uma lei inconstitucional em uma lei conforme a Constituição. Todavia, se se contempla a força de lei como instituto de

ADI 2675 / PE

coisa julgada específico para o controle de normas, então a vinculação erga omnes não significa uma convalidação de eventual inconstitucionalidade da lei confirmada, mas tão-somente, que esta questão já não mais poderá ser suscitada no processo constitucional. Contra essa concepção não se levantam objeções de índole constitucional. A idéia de Estado de Direito (mais exatamente, a vinculação constitucional da atividade legislativa, art. 20) exige a possibilidade de controle de normas, mas não impõe a abertura de incontáveis vias para esse fim.'

Não se pode cogitar, portanto, de superação ou de convalidação de eventual inconstitucionalidade da lei que não teve sua impugnação acolhida pelo Tribunal.

A fórmula adotada pelo constituinte brasileiro, tenho ressaltado e, agora, pelo legislador ordinário, não deixa dúvidas, também, de que a decisão de mérito proferida na ADC tem eficácia contra todos (eficácia *erga omnes*) e efeito vinculante aos órgãos do Poder Executivo e do Judiciário.

Do prisma estritamente processual, a eficácia geral ou a eficácia *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, não se tem uma mudança qualitativa da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de inconstitucionalidade de efeito análogo.

A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente.

É certo, pois, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam os órgãos do Poder Judiciário obrigados a

ADI 2675 / PE

seguir essa orientação, uma vez que a questão estaria definitivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal - mas há um outro ponto que deve ser ressaltado.

Se o instituto da eficácia *erga omnes* entre nós, tal como a força de lei no direito tedesco, constitui categoria de direito processual específica, afigura-se lícito indagar se seria admissível a submissão de lei que teve sua constitucionalidade reconhecida a um novo ao juízo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, Hans Brox a considera possível, desde que satisfeitos alguns pressupostos. É o que anota na seguinte passagem de seu ensaio sobre o tema:

'Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = Verfassungsbeschwerde) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração'.

Na mesma linha de entendimento, fornece Bryde resposta afirmativa a essa indagação formulada:

ADI 2675 / PE

‘Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade da questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do direito constitucional e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo como o momento da eventual aferição da legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções.’ - diz Bryde.

“A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com base no argumento de que a lei pode ter-se tornado inconstitucional após a decisão da Corte (...) Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das ‘relações fáticas’. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional.

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança nas circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

ADI 2675 / PE

Também, entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente).

Daí, parecer-nos plenamente legítimo que se suscite perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade.” Isso em relação, portanto, a esse tema posto.

Em relação ao efeito vinculante, já anotei que essa é uma questão relevante a de saber se esse efeito vinculante, na dimensão subjetiva, refere-se à possibilidade de a decisão proferida vincular, ou não, o próprio Supremo Tribunal Federal.

E ressalvo:

“Embora a Lei orgânica do Tribunal Constitucional alemão não seja explícita a propósito, entende a Corte Constitucional ser inadmissível construir-se aqui uma autovinculação. Essa orientação conta com aplauso de parcela significativa da doutrina, pois, além de contribuir para o congelamento do direito constitucional, uma solução semelhante obrigaria o Tribunal a sustentar teses que considerasse errôneas ou já superadas.

A fórmula adotada pela Emenda nº 3, de 1993, parece excluir, também” - ressalto, na linha do que já foi observado pelo ministro Carlos Velloso – “o Supremo Tribunal Federal do âmbito de aplicação do efeito vinculante. A expressa referência ao efeito vinculante em relação “aos demais órgãos do Poder Judiciário” legitima esse entendimento.

ADI 2675 / PE

De um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal Federal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isso poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente aos órgãos de jurisdição constitucional.

Todavia, parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança.

Ao contrário do estabelecido na proposta original, que se referia à vinculação dos órgãos e agentes públicos o efeito vinculante consagrado na Emenda n. 3, de 1993, ficou reduzido, no plano subjetivo, aos órgãos do Poder Judiciário e do Executivo.

Portanto, Sr. Presidente, com essas observações, entendo possível a eventual reapreciação de uma questão constitucional posta no âmbito desta Corte.

27/11/2003

TRIBUNAL PLENO

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Senhor Presidente, comungo com Vossa Excelência das preocupações que tem quanto à estabilidade da jurisprudência desta Casa. No entanto, no caso presente, parece-me, os eminentes relatores bem fizeram o *distinguishing* entre os casos presentes e os anteriores.

Comungo da opinião que ora foi emitida pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que a Corte pode, a qualquer momento, utilizar-se daquela sua faculdade, que no sistema americano é chamada de *over-ruling*, ou seja, retroceder sobre seus passos e dar nova e diversa interpretação a uma questão de direito já anteriormente decidida.

Também comungo com os Colegas que me antecederam do pensamento de que esta Corte não está visceralmente ligada às suas decisões anteriores, podendo, sim, revisá-las quando assim entender.

Por isso, afasto a objeção colocada por Vossa Excelência, com a devida vênia.



27/11/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, admito que o Tribunal, ao declarar a constitucionalidade do convênio, o fez mediante cotejo com a Constituição Federal, e que agora volta a implementar essa atividade quanto às leis do Estado de Pernambuco e do Estado de São Paulo, em sentido formal e material. Mas todo processo possui balizas subjetivas e objetivas. Não há exclusão da ação direta de inconstitucionalidade ou da declaratória de constitucionalidade, considerado o exame anterior da matéria de fundo.

Considerado o caráter objetivo e não subjetivo do processo, não se tem um direito subjetivo em jogo, não se tem um conflito de interesse; é aberta a causa de pedir, mas não o pedido que deve ser explícito, expresso. No caso - o que vou falar não é heresia -, a coisa julgada, na definição do próprio Código de Processo Civil, se faz no tocante a esses limites, aos limites do próprio processo.

Tendo em conta a Emenda nº 3, a Constituição Federal veio a explicitar o que se entende como efeito vinculante da decisão do Supremo, e eu diria, na declaratória de constitucionalidade e,



ADI 2.675 / PE

implicitamente, na ação direta de inconstitucionalidade, pouco importando o desfecho, o alcance do pronunciamento da Corte, se no sentido da procedência da pecha de inconstitucionalidade ou do afastamento dessa pecha. Dispõe o § 2º que essa eficácia contra todos, o efeito vinculante, se dá com exceção do Poder Legislativo e, também, do próprio Supremo Tribunal Federal em termos, já que não é dado rejulgar o pedido formulado na ação, cuja decisão já se mostrou coberta pelo manto da preclusão maior.

Senhor Presidente, aparteei o Ministro Carlos Velloso para figurar a situação hipotética de declaração de inconstitucionalidade do convênio. Então, indaguei a Sua Excelência: se tivesse, após, vindo à balha lei no mesmo sentido do convênio, esse fato desafiaria a reclamação ou uma ação direta de inconstitucionalidade? Se houvesse uma preclusão maior, estendendo-se até mesmo ao Legislativo, teríamos campo para o manuseio da reclamação e não da ação direta de inconstitucionalidade.

Li certa vez, Presidente, um artigo da lavra de Ada Pellegrini Grinover, e a nossa consagrada autora, mestra do Direito, coloca muito bem os termos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade no âmbito do poder concentrado e conclui pela limitação, tendo em conta o ato normativo atacado no processo anterior e declarado constitucional ou inconstitucional pelo Supremo.



Folgo em perceber que a voz isolada de ontem já não é mais a de hoje, isso considerados os votos proferidos.



27/11/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

REQUERIDA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

V O T O

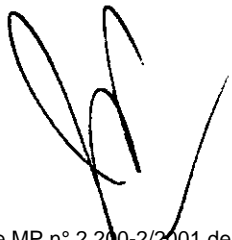
ADITAMENTO À QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Presidente) - De minha parte, tendo, precisamente por motivos de segurança jurídica, a reduzir a eficácia **erga omnes** e a força vinculante das decisões do Tribunal, no controle abstrato, ao seu dispositivo e, portanto, ao seu objeto formal, a norma cuja validade, em cada processo de ação direta, de ADIn ou de ADC, tenha sido examinada.

No caso, tem-se uma diversidade formal dos objetos. A ADIn 1.851 teve por objeto a cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13, ao passo que hoje se questionam duas leis estaduais, dos Estados de Pernambuco e de São Paulo.

Esta feliz diferenciação formal, aqui presente, me dispensa, neste fim de tarde, de uma indagação realmente complexa.

Não é que sustente a vinculação sem limites temporais do Supremo Tribunal Federal a suas decisões vinculantes. Dou como eloqüente a frase "outros órgãos do Poder Judiciário", de que se utilizou a Emenda Constitucional nº 03 ao instituir, no complexo mecanismo do controle brasileiro de constitucionalidade de normas, a previsão do efeito vinculante dos julgamentos de mérito da ADC que,



ADI 2.675 / PE

desde a primeira hora, sustentei, aqui, nesta Casa - hoje, com o respaldo de sua maioria -, também se aplicava às de julgamento de mérito, proferidos nas ADIn, nas ações diretas de inconstitucionalidade. Não é, portanto, que sustente a nossa vinculação **ad aeternum**.

Mas, na linha da doutrina - ainda há pouco o Ministro Gilmar Mendes nos testemunhava o que pensam os seus íntimos amigos germânicos -, jamais se sustentou que a desvinculação da Corte Constitucional às suas decisões, com força de lei, a autorizasse, como se fora uma "biruta jurisprudencial", a mudar de orientação a cada mês ou a cada mudança na sua composição subjetiva, por mais relevante que seja. A viragem da jurisprudência constitucional vinculante há de estar reservada, em princípio, à significativa alteração do contexto de fato, sempre subjacente às decisões judiciais, ou à inversão das concepções gerais de Direito, que autorizasse uma revisão da jurisprudência firmada, como no caso, há apenas cerca de dois anos.

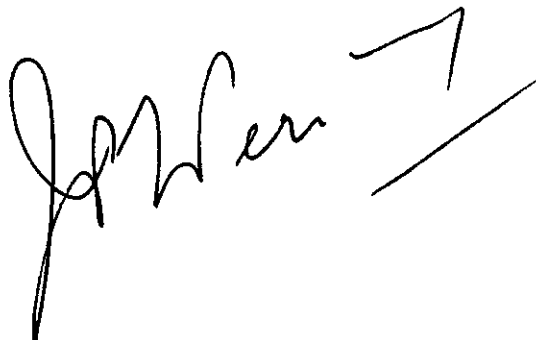
Mas, estamos dispensados disso, por ora, na minha perspectiva, dada a diferença formal do objeto entre a decisão anterior - a da ADIn - 1.851 - e a desta ação direta. Não desconheço que estou adiando um problema. A contradição das premissas de ambas as decisões permanecerá. E, sempre na hipótese de que a maioria se alinhe aos dois brilhantes votos hoje proferidos, teremos no ordenamento jurídico brasileiro - em especial, no ordenamento brasileiro do ICMS que, repetidamente, exaustivamente mesmo, temos cansado de dizer que é essencialmente nacional - teremos duas normas contraditórias, ambas com o selo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.



ADI 2.675 / PE

Então, é de prever que, dentro em pouco, aqui estaremos com uma nova ação direta de inconstitucionalidade. Esse dispositivo do convênio ainda continua? Ele era provisório à espera da lei complementar. Depois, vieram duas leis complementares. Honestamente, não sei da sua vigência. Mas, seja ele próprio, seja Deus queira, após uma lei complementar que o repita, teremos que voltar ao mesmo problema substancial que indagar. Mas, então, que esperemos esse momento.

Por ora, também admito as ações diretas, à vista da diversidade formal entre o objeto daquela que foi julgada, a 1.851, e das que estão em Mesa.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Decisão: Após o relatório do Senhor Ministro Carlos Velloso, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, neste relatório, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator, julgando improcedente a ação direta, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence, por decisão unânime, admitiu o julgamento da ação de inconstitucionalidade, em pauta, malgrado a decisão tomada na ADI nº 1.851-4/AL. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, e Nelson Jobim. Falou pelo requerente o Dr. Sérgio Augusto Santana Silva, Procurador do Estado. Plenário, 27.11.2003.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

p/Luiz Tomimatsu
Coordenador

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Decisão: Após o relatório do Senhor Ministro Carlos Velloso, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, neste relatório, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator, julgando improcedente a ação direta, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence, por decisão unânime, admitiu o julgamento da ação de inconstitucionalidade, em pauta, malgrado a decisão tomada na ADI nº 1.851-4/AL. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, e Nelson Jobim. Falou pelo requerente o Dr. Sérgio Augusto Santana Silva, Procurador do Estado. Plenário, 27.11.2003.

Decisão: Chamado o feito para dar prosseguimento ao julgamento, antecipou o pedido de vista o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

p/Luiz Tomimatsu
Coordenador

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Decisão: Após o relatório do Senhor Ministro Carlos Velloso, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, neste relatório, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator, julgando improcedente a ação direta, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence, por decisão unânime, admitiu o julgamento da ação de inconstitucionalidade, em pauta, malgrado a decisão tomada na ADI nº 1.851-4/AL. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, e Nelson Jobim. Falou pelo requerente o Dr. Sérgio Augusto Santana Silva, Procurador do Estado. Plenário, 27.11.2003.

Decisão: Chamado o feito para dar prosseguimento ao julgamento, antecipou o pedido de vista o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Presidente, julgando procedente a ação, indicou adiamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.08.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e

Silva de Souza.


p/Luiz Tomimatsu
Secretário

07/02/2007

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, em se tratando de ação absolutamente idêntica à nº 2.777, o meu voto também é idêntico. Julgo-a improcedente. 

07/02/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): O Governador do Estado de São Paulo propôs ADI visando à declaração da inconstitucionalidade do artigo 66-B, II, da Lei estadual n. 6.374/89, do Estado de São Paulo, com a redação a ela atribuída pela Lei estadual n. 9.176/95. O preceito assegura a restituição do imposto pago antecipadamente em razão de substituição tributária "II - caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida". A hipótese prevista no inciso I desse artigo 66-B é a estipulada no § 7º do artigo 150 da Constituição do Brasil: haverá restituição *caso não se realize o fato gerador presumido*.

2. O relator, Ministro Cezar Peluso, julgou improcedente a ação. O Ministro Nelson Jobim votou pela procedência, tendo aditado seu voto o relator, para mantê-lo. Em seguida votou o Ministro Ricardo Lewandowski, pela improcedência da ação.

3. Como a substituição tributária implica a atribuição, a sujeito passivo de obrigação tributária, da condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, parece-me evidente ser de todo descabida tanto a complementação do imposto pago antecipadamente caso se comprove que, na operação final com mercadoria ou serviço, ficou configurada obrigação tributária de valor superior à presumida,



quanto a restituição do imposto pago antecipadamente caso se comprove que, na operação final com mercadoria ou serviço, ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida.

4. Isso é evidente. A substituição seria inútil, imprestável, para nada serviria se na operação subsequente àquela por ela alcançada [isto é, alcançada pela substituição], se nesta operação viesse a ser praticada seja a restituição, seja a complementação do tributo. Um autêntico non sense.

5. Não obstante a minha convicção de que não se devem interpretar preceitos constitucionais de modo a torná-los vazios, ociosos, vãos --- o que me levaria prontamente a votar pela procedência da ação --- ainda assim pedi vista dos autos. Pretendia meditar sobre as razões dos eminentes Ministros que votaram em sentido contrário, mesmo porque sei que quem deseja compreender um texto tem de estar em princípio disposto a deixar-se dizer algo por ele --- uma consciência formada hermenêuticamente tem de mostrar-se receptiva desde o princípio à alteridade do texto. Sei bem --- aprendi em GADAMER --- que aquele que tenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. No caso, contudo, confirmou-se a convicção, que sempre nutri, de que a antecipação do pagamento de imposto ou contribuição no caso de substituição exclui qualquer restituição ou complementação em operação subsequente. Isso me parece tão óbvio que opiniões em sentido adverso causam-me espanto.

6. O § 7o do artigo 150 da Constituição do Brasil assegura a restituição da quantia paga, no regime de substituição tributária, exclusivamente "caso não se realize o fato gerador presumido".

7. A substituição tributária é uma técnica de administração tributária que instrumenta o eficiente controle do pagamento do tributo em segmentos econômicos de difícil fiscalização, nos quais se manifesta grande margem de sonegação fiscal [ADI 1.851, relator o Ministro Ilmar Galvão]. Técnica de administração tributária expressamente prevista pela Constituição.

8. A admissão de que eventual diferença entre base de cálculo presumida e base de cálculo real ensejasse a restituição do imposto tornaria inútil, vazia de significado a técnica fiscal. É inteiramente equivocada a suposição de que a base de cálculo presumida, para fins de substituição tributária, deva corresponder à base de cálculo real de cada operação posterior, na cadeia da substituição. Haverá a substituição se a base de cálculo presumida for observada. Se e quando não observada, não haverá substituição tributária, porém mera antecipação de pagamento do tributo. A técnica da substituição integra o substituto no pólo passivo da relação jurídica tributária, no lugar daquele que, naturalmente, deveria ser o contribuinte, pois protagoniza o fato jurígeno tributário¹. Em suma, o substituto é o contribuinte do tributo, sujeito passivo da obrigação tributária. A adotar-se a base de cálculo real para a quantificação do tributo devido, a técnica não incidiria². O absurdo lógico parece evidente.

9. No caso, o eminente relator parte, permissa venia, de premissa equivocada. Pois entre as características do regime da substituição tributária do ICMS inclui a seguinte:

¹ Dicção de PAULO ROBERTO COIMBRA E SILVA, A substituição tributária progressiva nos impostos plurifásicos e não-cumulativos, DelRey, Belo Horizonte, 2.001, pág. 31.

² Não incidiria em termos de incidência jurídica, não de incidência tributária.



“(ix) se a operação praticada pelo substituto tiver valor maior do que aquele tomado como parâmetro para o cálculo estimativo do ICMS (presumido) o substituído deverá recolher a diferença corresponde, como, regulamentando o art. 66-C da Lei no 6.374/89, prescreve o art. 265 do Decreto estadual no 45.490, de 30/11/2000 (RICMS/2000)”.

10. Note-se bem que o preceito ponderado pelo eminente relator não se encontra na lei, mas em regulamento, sendo francamente ilegal. Permito-me repetir o que aqui já afirmei: o princípio da legalidade assume, no direito brasileiro, duas feições: i) ora vincula a Administração sujeitando-a as definições da lei; ii) ora a vincula, a Administração, às definições decorrentes de lei, vale dizer, estabelecidas em virtude de lei. No primeiro caso ela se manifesta em termos absolutos, como reserva da lei. No segundo, como reserva da norma³. Em matéria tributária a legalidade prevalece em termos absolutos, em sua feição de reserva da lei. Não há espaço, em matéria tributária, no que concerne à obrigação principal, para o exercício, pelo Poder Executivo, de qualquer parcela de função regulamentar. Refiro-me ao art. 150, I, da Constituição, que consagra o princípio da legalidade em termos absolutos, no bojo do qual o vocábulo “lei” conota ato legislativo, lei em sentido formal. O texto não deixa margem a dúvida: somente mediante lei em sentido estrito poderá ser exigido, ou aumentado, qualquer tributo. Daí porque o artigo 265 do decreto estadual n. 45.490 (RICMS/2000) é ilegal, não se prestando a ser tomado como parâmetro modelar do regime da substituição tributária do ICMS. De todo modo, nem mesmo a lei poderia, no quadro desse regime, obrigar o substituído a recolher a diferença correspondente se a operação

³ Vide meu O direito posto e o direito pressuposto, 6ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 246 e ss.

por ele praticada tiver valor maior do que aquele tomado para o cálculo estimativo do ICMS presumido.

11. Os argumentos desenvolvidos nos votos que afirmam a improcedência da ação são inteligentes, mas insuficientes para justificar devolução de montante de tributo recolhido no regime de substituição tributária em situação que não a expressamente indicada no preceito constitucional, ou seja, a de efetiva não realização do fato gerador presumido. Essa circunstância --- a efetiva não realização do fato gerador presumido --- é, como anotou o Ministro Nelson Jobim em seu voto, condição resolutiva da substituição.

12. Permito-me neste passo relembrar breve trecho do voto do Ministro Nelson Jobim:

"A STF depende da ocorrência de dois elementos: um objetivo e uma presunção em relação ao fato gerador. O fato gerador não admite gradação: ou ele ocorreu, ou não. A lógica é binária. Não é possível fato gerador parcial tudo porque não é possível incidência parcial de norma jurídica. A base de cálculo concreta, portanto, está excluída do esquema lógico da norma e, por isso, não admite restituição pautada por esse argumento. Tanto é assim que, na hipótese de venda por valor maior ao previamente fixado, não cabe ao FISCO cobrança suplementar. O crédito tributário se esgota na configuração definida pela CF. Não é admissível revisão do crédito tributário, para mais ou para menos, tudo porque não é ele provisório. Está o crédito tributário sujeito, isso sim, a uma condição resolutiva que se vincula à presunção da circulação final da mercadoria. Se tal não se dá, se a venda prevista não ocorre - se não ocorre o fato gerador presumido -, resolve-se o crédito tributário e emerge o direito a restituição.



No entanto, se ocorrer a presunção - a circulação final da mercadoria - não se perquire pelo seu valor - se igual, inferior ou superior ao preço de pauta.

Insisto.

O que se presume é a venda futura e não o seu valor".

13. Isso me parece muito claro, muito. Daí porque também não procedem, permissa venia, o argumento do confisco e o da interpretação aberta [poderíamos chamá-la assim?] do § 7o do artigo 150 da Constituição do Brasil, de molde a nele se ler o que lá não está escrito.

14. Eventual debate a propósito da excelência ou inconveniência deste ou daquele método de interpretação, em especial da chamada interpretação literal, hoje já não mais se tem como relevante. Pois é certo que a reflexão hermenêutica repudia a metodologia tradicional da interpretação e coloca sob acesas críticas a sistemática escolástica dos métodos, incapaz de responder à questão de se saber por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido. Inexistindo regras que ordenem, hierarquicamente, o uso dos cânones hermenêuticos, eles acabam por funcionar como justificativas a legitimar os resultados que o intérprete se predeterminara a alcançar; o intérprete faz uso deste ou daquele se e quando lhe aprouver, para justificá-los⁴. De toda sorte, se for para contrapormos cânones, eu diria que a afirmação de que à inclusão de um corresponde a exclusão de outro conduz a resultado distinto do acolhido nos votos que afirmam a improcedência da ação.

15. Outro ponto a ser considerado diz com a impossibilidade de paragonarmos a técnica da substituição tributária com a da

⁴ Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 39 e 104-105.



retenção na fonte do imposto de renda. Lá o contribuinte do tributo é o substituto; aqui quem retém o imposto na fonte não o é, exercendo, compulsoriamente, autêntica atribuição de Administração Indireta --- um tipo especial de cometimento da função de arrecadar (CTN, art. 7º, § 3º), como anotei em texto escrito há muitos anos⁵. Situações diversas entre si não admitem cotejo.

16. Permito-me, aliás, neste ponto referir parecer do eminente Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, brilhante como sempre, mas que induz conclusão que me parece inaceitável: o substituto tributário seria contribuinte e responsável pelo imposto a um só tempo. Por isso recuso, neste caso, a lição do mestre do Largo de São Francisco.

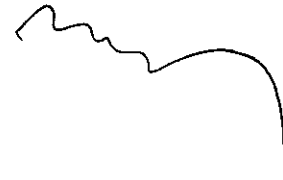
17. Por fim, a confirmar a correção do entendimento que adoto, a circunstância, inegável, de a eventual restituição do imposto pago antecipadamente em razão de substituição tributária, na hipótese, conduzir ao enriquecimento sem causa do substituto tributário. E isso porque, tratando-se de imposto indireto, que se agrega ao preço do bem ou serviço, o substituto resultaria necessariamente enriquecido pela eventual restituição do ICMS. Pois é certo que o montante do imposto por ele recolhido terá sido teoricamente transferido ao adquirente, de modo que, caso se comprove que na operação final ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida, se restituição coubesse haveria de ser feita a quem suportou o valor do imposto recolhido a maior, não ao substituto tributário. Essa porém é observação que faço a latere da afirmação de que na técnica da substituição tributária é inteiramente descabida tanto a complementação do

⁵ *Entidades da Administração Indireta*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 32, pág. 301.

7

imposto pago antecipadamente caso se comprove que, na operação final com mercadoria ou serviço, ficou configurada obrigação tributária de valor superior à presumida, quanto a restituição do imposto pago antecipadamente caso se comprove que, na operação final com mercadoria ou serviço, ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida.

18. Em face de tudo, salvo a hipótese de esta Corte entender-se competente para esvaziar o conteúdo do preceito veiculado pelo § 7o do artigo 150 da Constituição, proclamando a sua inutilidade, não visualizo alternativa qualquer senão a de julgar procedente a ação.



07/02/2007

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675 PERNAMBUCO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, como o meu voto foi chamado à colação e qualificado de inteligente, mas insuficiente, a despeito de cinquenta folhas no primeiro e mais trinta e quatro no aditamento -, não vou reeditar todas as razões dessas oitenta páginas -, mas não posso, com o devido respeito, conformar-me com certas observações fundamentais do voto do eminente Ministro Eros Grau.

Vou limitar-me a três delas.

A primeira, quanto ao regime. Sua Excelência estranha e alega que seria ilegal a complementação, pelo contribuinte, da diferença, quando o fato gerador realizado seja de valor superior à base de cálculo sobre o qual foi recolhido. Disse Sua Excelência que isso não poderia ser objeto de regulamento, nem de lei.

Só estranho que ao regulamento e à lei não seja permitido repetir que prestação tributária devida é exigível. Grande novidade o decreto prever que diferença de



ADI 2.675 / PE

imposto devido deva ser paga! Se o fato gerador tem base de cálculo diferente e se foi apurado que há diferença de imposto, que venha o regulamento declarar o imposto devido é a coisa mais inútil do mundo.

Segunda observação. Sua Excelência empresta ao § 7º do art. 150 um alcance limitado e - diria - não jurídico, porque identifica fato gerador presumido com evento histórico. Posso ter, no fato gerador - e devo ter necessariamente, sob pena de não ser fato gerador -, um evento histórico. Mas só o evento histórico não corporifica e substancia o fato gerador. Por quê? Porque posso ter evento que, do ponto de vista histórico, embora sendo absolutamente idêntico a outro que componha o fato gerador, não componha o fato gerador.

O trânsito da mercadoria, por si só, é uma operação, mas não constitui fato gerador de ICMS. Portanto, não é o deslocamento físico, como fato histórico, da mercadoria, que compõe o fato gerador; é igual fato, mas com qualificação jurídica de negócio jurídico mais o valor correspondente.

Ora, quando se abstrai, mutila e decapita do fato gerador o seu valor econômico, esse fato fica reduzido ao evento histórico. O evento histórico, por si só, não constitui o fato gerador, de modo que, quando a Constituição

ADI 2.675 / PE

prevê "fato gerador presumido", se remete ao conceito jurídico de fato gerador, isto é, ao evento como negócio jurídico com o valor correspondente, sem o quê, a menos que haja base de cálculo fictícia, o imposto não pode ser calculado.

Terceira observação. Sua Excelência diz que o substituto é, de certo modo, agente arrecadador do Estado. De fato, deveras o é, porque se trata de técnica de arrecadação tributária que imputa a obrigação àquele que, pela mecânica e pela natureza do mercado e dos negócios, tem maior patrimônio, tem maior garantia; e o Estado se garante com isso.

A pergunta decisiva é: esse substituto pode recolher o valor que queira ou deve recolher o valor devido?

Razão por que, Senhora Presidente, para não alongar mais as razões, confirmo inteiramente o meu voto.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, não vou instalar polêmica. Trinta segundos apenas para observar o seguinte:

Não fui claro. Estou dizendo é que, na hipótese da substituição tributária, ele não é agente; é o próprio contribuinte. Exatamente o contrário.



ADI 2.675 / PE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A observação final de Vossa Excelência é que ele é agente arrecadador do Estado.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Eu posso ler. Não, não é verdade. Estou dizendo é que, no caso do Imposto de Renda na Fonte, ele é agente. Aqui, não, ele é o próprio contribuinte.

A outra observação, se Vossa Excelência me permitir, é a seguinte: não fiz, absolutamente, uma crítica. Disse que Vossa Excelência tomou como uma premissa do modelo da substituição tributária que o imposto cobrado em excesso seja devolvido. Não é verdade que a lei diga isso. Isso está no decreto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, Vossa Excelência estava comentando que é quando a diferença é a menor.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Mas isso é o decreto que diz.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Claro, se o imposto é devido, o decreto pode dizê-lo.

 4

ADI 2.675 / PE

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Perdoe-me, não pode dizer.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O decreto não pode dizer que uma prestação tributária exigível deve ser exigida? Que quem deve precisa pagar?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Perdoe-me, não quero convencer Vossa Excelência. Quero dizer apenas o seguinte: no voto do Ministro Nelson Jobim, essa premissa não foi tomada e, no meu modo de ver, permissa venia, o que pode eventualmente ter levado Vossa Excelência a discordar da forma como votou o Ministro Nelson Jobim e como estou votando agora é que Vossa Excelência está tomando essa restituição como se fosse própria e inerente ao regime da substituição; e não o é.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O regime da substituição é de mera antecipação e garantia de pagamento.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Não é, Excelência.



ADI 2.675 / PE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Por isso é que se fala em fato gerador presumido. Porque será preciso apurar se existe, ou não. E, se existe, em que termos esse fato se deu.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Ela é uma condição, Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Doutro modo, Ministro, teríamos hipótese, não de substituição tributária, mas de ficção tributária, de pagar imposto que não existe, mas que foi, pela lei, criado como tal. Isto é, a hipótese é de substituição de quem deve recolher o tributo. E como? Evidentemente, como contribuinte. Sobre isso não há dúvida nenhuma. É nisso que se resume a técnica, porque, dependendo do tipo, da natureza das operações, é mais importante que, por exemplo, montadora recolha o imposto, do que venha este a ser recolhido, ao final, por outrem. Isso, para o Estado, é muito interessante. E exaure-se nisso a técnica, sem que se despreze a apuração do imposto devido, Ministro Eros Grau.

O meu ponto de vista é este: não se pode, em matéria de tributo, sabidamente - até considero extremamente desagradável estar repetindo que o poder de tributar é o

Amg 6

ADI 2.675 / PE

poder de destruir -, exigir imposto que não seja devido. Por isso mesmo, a Constituição se remete a fato gerador presumido. Por quê? Porque se presume vá ocorrer um fato com o mesmo valor. Pode não se dar nenhum fato, ou pode dar-se um fato com outro valor. Quando ocorra a última hipótese, a que título se justifica o pagamento de imposto por valor indevido? Por que poderia o Estado receber a mais?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Não quero convencer Vossa Excelência. Quero, apenas, da minha parte, encerrar esse debate paralelo - porque não há sentido. Insisto em que a devolução, nessa hipótese, não é inerente ao modelo da substituição; o substituto é contribuinte.

Depois, há uma outra razão lógica, para finalizar. Por que a substituição tributária? Porque é mais operacional fiscalizar antes do que depois. Se fiscalizo antes, no regime da substituição tributária, e, administrativamente, de modo eficiente, essa é uma situação; agora, se sou levado a, depois, ter de fiscalizar, é a mesma coisa que inutilizar o parágrafo 7º do artigo 150 da Constituição Federal. É a mesma coisa que dizer: a substituição tributária é, de fato, uma ficção, é só uma brincadeira. Em vez de se fiscalizar antes, para ser mais



ADI 2.675 / PE

operacional, fiscaliza-se antes e, depois, fiscaliza-se tudo de novo. Isso seria apagarmos o parágrafo 7º do artigo 150.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Se Vossa Excelência diz que a fiscalização inicial basta, não há que se verificar se houve, ou não, o fato gerador presumido, porque só depois do fato é que se pode verificar se o fato gerador realmente se deu.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Estamos diante de uma condição, Ministro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas Vossa Excelência está afirmando que basta fiscalizar antes, Ministro. Não basta fiscalizar antes; é preciso saber se o fator gerador presumível ocorreu. Ele pode não se dar. Se não se deu, cumpre fiscalizar depois.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Mas quem vai reivindicar isso é o próprio contribuinte. A Administração não tem de fiscalizar.

hmg

ADI 2.675 / PE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não é problema de fiscalização, mas sim de arrecadação; é técnica de arrecadação.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - É de fiscalização.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Imputa-se a obrigação àquele que está em condições melhores, do ponto de vista de pagamento, para recolher o imposto, e, depois, o Estado apura: se há imposto a maior, devolve; se a menor, o devedor paga a diferença. Essa é a técnica, Ministro. E exige-se dupla fiscalização, sim. Se a própria Constituição prevê que se deva devolver quando não sobrevenha o fato gerador presumido, é porque é preciso exercer, quando provocado, uma segunda atividade do Fisco, para examinar se o fato aconteceu depois. Então, não basta fiscalizar antes.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - O Fisco não exerce atividade nenhuma. Aí, vem o contribuinte e reivindica, dizendo que não houve o fato gerador.

eros

ADI 2.675 / PE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não houve, e aí a Constituição prevê que o Estado tem de restituir, preferencialmente. Não há imposto, não há incidência.

tz

07/02/2007

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675 PERNAMBUCO

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, quero fazer uma observação.

E é válida, porque o eminente Ministro Eros Grau não se encontrava presente, quando proferi pela primeira vez o meu voto, no qual fiz observação oral que não consta dele: o exemplo que se dá na venda de automóveis.

Por que ocorre diferença na venda de automóveis? Porque as montadoras recolhem o tributo sobre um valor "X". Só que o revendedor, na ponta, tem margem de manobra permitida pela montadora – quem compra automóveis sabe disso -, que é negociável. Negocia-se na ponta, isto é, não corresponde, necessariamente, ao da venda final o valor sobre o qual o imposto foi recolhido. Por quê? Porque as próprias montadoras permitem às revendedoras outra margem para consumir os negócios com vantagens.

O que acontece muitas vezes? Acontece que, na venda final, o valor do tributo é muito menor do que valor recolhido, porque o revendedor vendeu o veículo por preço muito menor. Assim, há um imposto muito menor. Agora, por que recolher, em definitivo, um valor fictício?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – Porque a Constituição prevê.

Vossa Excelência entende que há antecipação do tributo, e não é verdade. O substituto é contribuinte de tributo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sim, por isso é que ele recolhe antecipadamente; se não fosse, não recolheria. Mas nem sempre é o devido.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Fico a pensar se esse

ADI 2675 / PE

exemplo dado em um negócio substancial, a venda de um automóvel, poderia ser transformado para o primeiro fenômeno de que - quando assessor do saudoso Ministro Evandro Lins e Silva - tomei conhecimento quanto a essa técnica de substituição: um “fiteiro” - fiteiro é o homem que, nas feiras do Nordeste, vende cigarro a granel. Quando se tenta transportar do negócio de maior valor para o problema do cigarro - seja o maço, seja o fiteiro -, fico a indagar: de que valerá a substituição tributária se o estado precisa, na ponta, fazer uma nova fiscalização?

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – A discussão, hoje, se porta, na linha do exemplo de Vossa Excelência, para venda de bebidas, de produtos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Se não fizer a fiscalização, quando a diferença for a maior, ele não receberá.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA -

Senhora Presidente, a exemplo dos eminentes Ministros-Relatores das ADIs 2.675 e 2.777, bem como do Ministro Lewandowski, inclino-me ao reconhecimento da constitucionalidade das normas locais que permitem ao contribuinte do ICMS a devolução da diferença entre as bases de cálculo antecipada efetiva, o regime definido pelo art. 150, § 7º da Constituição.

A questão de fundo versada nestes autos consiste em se decidir se o art. 150, § 7º, somente obriga o sujeito ativo à devolução das quantias pagas a título de ICMS na modalidade por substituição na hipótese de o fato gerador deixar de ocorrer completamente ou, por outro lado, também permite que a devolução se dê pela diferença entre o valor da operação substituída e o valor da operação substituta.

O art. 150, § 7º, dispõe sobre duas normas específicas, mas que se complementam reciprocamente.

A primeira cria competência para tributação de fatos que antecedam os fatos geradores modelos previstos na Constituição, desde que esses fatos geradores substitutos mantenham relação de

pertinência para com os fatos geradores substituídos. Não se trata, portanto, de hipótese de tributação de presunções ou ficções, porquanto todos os critérios da regra-matriz original são substituídos, incluindo os critérios material e quantitativo.

O segundo tipo de norma opera como um instrumento de calibração da carga tributária, em razão da ocorrência ou não do fato gerador substituído.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar sobre o alcance da expressão "fato gerador" para fins de incidência da norma de restituição por ocasião do julgamento da ADI 1.851. A orientação então firmada foi no sentido da inexistência do direito à restituição quando o fato gerador verificar-se com base de cálculo substituída inferior à base substituta.

Eu transcrevo e permito-me não ler as passagens relevantes do voto proferido pelo Relator daquela ação, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851.

Em primeiro lugar, entendeu-se que o mecanismo da substituição tributária considera definitivo e não provisório fato jurídico

então tido por presumido. A tributação, portanto, também é definitiva. Apenas a completa ausência do fato gerador substituído daria ensejo à incidência da norma de restituição. Afirmou-se ainda que a adoção de mecanismos que permitissem a restituição fundada na divergência entre os critérios quantitativos da norma de antecipação e de eventual regra-matriz ordinária seria contraproducente aos efeitos práticos de toda a sistemática do art. 150, § 7º.

Por outro lado, após separar o quadro fato jurídico submetido ao exame da Corte nesta ação direta de inconstitucionalidade e na ADI 1.851, ponderou o eminente Relator o seguinte:

(...) a obrigação de restituir que tenha sido retido a maior apóia-se na absoluta falta de competência constitucional do Estado para tributar qualquer parcela que ultrapasse o valor real de operação ocorrida, e essa falta de competência se dá, tanto no caso de a operação presumida não ocorrer em sua totalidade, como fato histórico, quanto no de ocorrer com valor menor do que o que fora preestimado.

Na primeira acepção, a ocorrência do fato gerador independe da oscilação entre a base de cálculo substituta e a base substituída, bastando que se diga se estão presentes os critérios material, temporal e espacial da regra-matriz, isto é, o fato gerador histórico aludido pelo Ministro César Peluso. Verificado o fato gerador em qualquer

extensão, a norma de calibração não incide.

Na segunda acepção, a discrepância entre as bases de cálculo reduz o sentido do fato gerador. A redução se dá em virtude da relação que há entre a base de cálculo do tributo e o respectivo critério material para confirmá-lo, infirmá-lo ou afirmá-lo, bem como para medir a grandeza econômica do fato gerador, como sustenta o Professor Paulo Barros de Carvalho. Dessa forma, reduzida dimensão econômica do fato gerador, a norma de calibração incide para correção da distorção.

Pondera Eurico Marcos Diniz de Santi que o art. 157, § 7º, da Constituição traz, na verdade, ambas as possibilidades diante da vagueza e da ambiguidade do dispositivo. Diz ele:

(...) trata-se de questão conceitual. A tendência da doutrina parece que tenta firmar sentido onde sentido não há. O texto constitucional da Emenda Constitucional nº 3/93 contém em sua inerente vaguidade e ambiguidade ambas as possibilidades conotativas. Assim, ambas as acepções X ou Y estão dentro do fundamento constitucional da substituição, ficando sua eleição sob a discricionariedade legislativa do Estado titular do exercício da competência para instituir a substituição.

Entendo, contudo, que a ausência de restituição da diferença entre a carga tributária presumida e a carga tributária efetiva, mensurada de acordo com as especificidades que circundam o fato

gerador substituído, descaracteriza o ICMS. Isso se dá pois a base de cálculo do tributo deixa de corresponder aos aspectos econômicos concretos da operação mercantil ou de prestação de serviços. Como observa Professora Misabel Derzi:

Ora, na substituição progressiva para frente, a base de cálculo também é inventada e estimada como expressão dimensional do fato gerador que ainda nem se deu. Se recolhido o imposto antecipadamente sobre preços superiores àqueles realmente acontecidos, verifica-se que, além do aumento do tributo, o direito de repassar o custo do imposto ao adquirente consumidor ficou atingido, prejudicado, passando o tributo a onerar o contribuinte comerciante, exatamente o que não quer a Constituição.

Assim, Senhora Presidente, ao optar pela segunda aceção os Estados de São Paulo e Pernambuco não ofenderam a Constituição, a meu ver. Por fim, eu considero inaplicável a prescrição inserta no art. 155, § 2º, g, às normas em questão, visto que não se trata de benefício fiscal, mas de normas que visam a dar consistência e concreção à determinação constitucional.

A conclusão do meu voto é no sentido da constitucionalidade do artigo 66-B, II, da Lei paulista nº 6.374/89, acrescentado pela Lei nº 9.176/95, e do art. 19, II, da Lei pernambucana nº 11.408, julgando, assim, improcedentes a Ação Direta de

Inconstitucionalidade 2.675 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.777.

É como voto.

Publicado sem revisão.

07/02/2007

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675 PERNAMBUCO

VOTO

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, estou realmente bastante impressionado com os argumentos já expendidos e reiterados pelo ministro Cezar Peluso, tendo em vista a própria natureza do ICMS.

Por outro lado, já sabemos – disse agora o ministro Sepúlveda Pertence, reiterando esse argumento – que o mecanismo da substituição tributária foi pensado exatamente tendo em vista a fragmentariedade dessas relações. Leia-se a questão de bebidas e cigarros e aqui temos memoriais das empresas distribuidoras de petróleo e combustíveis. Na verdade, estamos a falar em um comércio de retalho e realmente preocupa-me a descaracterização do instituto da substituição tributária.

Portanto, com essas considerações e tendo em vista o disposto no § 7º do art. 150, consideraria a opção já trilhada pelo ministro Nelson Jobim e, agora, reiterada no voto do ministro Eros Grau, porque entendo que, do contrário, na verdade, estaremos a sacrificar o instituto da substituição tributária, largamente praticado nesse tipo de atividade de circulação de mercadoria e passível, como sabemos, de ampla prática de fraude.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Vossa Excelência me permite? Ministro, sacrificada por quê? O Estado já recolheu o valor do tributo. Já recebeu.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Na medida em que isso se arma em contencioso.

ADI 2675 / PE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Ministro, é o contribuinte que vai ter de fazer prova perante o Fisco. Isso é ônus do contribuinte. O contribuinte, ao final, terá de provar que aquilo que foi recolhido não era totalmente devido. A essa altura, o Estado já aplicou o dinheiro, mas permite que o contribuinte faça prova, perante ele – Estado -, de que o imposto devido não é aquele.

Por que é que se descaracteriza, Ministro?

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Na verdade, toda discussão é porque se retira desse tipo da natureza de operação a possibilidade desse mecanismo de racionalização.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas está racionalizado. O Estado já recebeu, está no bolso dele e, quem sabe, até já gastou.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Nós mantemos um contencioso aberto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Mas a própria Constituição autoriza quando prevê imediata restituição, preferencial.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Quando não se verificou o fato gerador.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Mas o

ADI 2675 / PE

exercício da prova é o mesmo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Antes de surgir o mecanismo da substituição tributária, o sistema era falido?

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Não é essa a discussão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – O sistema era assim antes. O que aconteceu, na verdade? O Estado percebeu que, para cobrar o ICMS em certos casos, o contribuinte, às vezes, não tinha patrimônio para responder. E o que fez? Decidiu garantir-se antes, recebendo daquele que tem maior patrimônio e, depois, apurar o imposto devido. Se for recolhido a maior, devolve; se for a menor, cobra.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Não é só isso. Em muitos casos, não fosse o mecanismo da substituição, tal como concebido, não haveria nem como fazer a cobrança. Se cairmos nessas relações de retalho a que estamos nos referindo, na verdade, a cobrança do tributo se torna extremamente onerosa. Isto é ínsito do próprio sistema e não podemos descaracterizá-lo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – O sistema está em garantir ao Estado esse pagamento - o Estado fica tranquilo - e transferir para o contribuinte a prova, ao final da circulação, de que aquele valor não é o devido.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – E por isso que o sistema cria um direito de participação especial do contribuinte na fixação desse

ADI 2675 / PE

valor, dessa tabela. É algo singular.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Pela tese do eminente Ministro Eros Grau, o que vai suceder agora é que os substitutos passem a estimar valor muito menor do que devido para não correrem risco nenhum. Se, afinal, apurar-se valor maior, ficará isento!

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – Esse é outro debate que deve ser feito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Essa é a tese de Vossa Excelência, Ministro Eros Grau. Não sei se está mudando.

Se não se deve nem a devolução nem a cobrança do excesso, o que custa para o contribuinte ou substituto, que passará a recolher por um valor menor, fictício - porque ele não quer correr risco nenhum de pagar a diferença? Isso basta.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – Isso é a questão da pauta. Aí o contribuinte pode discutir a pauta. É outra coisa.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Na Adi nº 1.851, em meu voto, há uma discussão inegável: a arbitrariedade da pauta.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – Mas isso é outra coisa. Não é isso que está sendo discutido agora.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Por isso, há a necessidade do direito de participação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Isso é ingrediente do problema. Sob o pretexto de não descaracterizarmos a técnica de arrecadação, vamos botar em risco a própria técnica de arrecadação.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Assim, voto pela procedência do pedido.

ADI 2675 / PE

Obs.: Texto sem revisão do ministro Sepúlveda Pertence. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

07/02/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

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:

ADI 2.675 / PE

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.

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,

ADI 2.675 / PE

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 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

ADI 2.675 / PE

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 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.

ADI 2.675 / PE

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.

07/02/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5 PERNAMBUCO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tenho para mim, Senhora Presidente, na linha do voto vencido que proferi na ADI 1.851/AL, que, nos casos em que o Poder Público se vale da técnica da substituição tributária, tal como delineada no § 7º do art. 150 da Constituição, impõe-se, ao Estado, o dever de restituir o excesso por ele cobrado, sob pena de o legislador transgredir cláusulas constitucionais de caráter fundamental, como aquelas que consagram (a) 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.

É que - tal como corretamente observa a eminente Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI ("Construindo o Direito Tributário na Constituição - Uma Análise da Obra do Ministro Carlos Mário Velloso", p. 188, 2004, Del Rey) - o legislador, "em qualquer caso, seja nas ficções e presunções, seja no estabelecimento de somatórios, pautas, tipos ou conceitos fechados, (...) tem de ser fiel à Constituição (...)" (grifei).

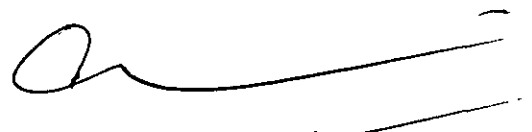


ADI 2.675 / PE

Entendo, Senhora Presidente, que, **tratando-se** de substituição tributária progressiva, **a cláusula de restituição** - que se revela **inerente** ao próprio mecanismo da antecipação do fato gerador - **resulta** da norma inscrita no § 7º do art. 150 da Constituição, **que impõe** "a imediata e preferencial restituição da *quantia paga*" **não só** no caso **de incorrer** o fato gerador presumido, **mas**, também, **segundo a interpretação** que dou ao preceito constitucional em questão, na hipótese de, **em se verificando** o fato gerador, **este se concretizar em dimensão inferior** à presumida.

Vale rememorar, neste ponto, a **precisa lição** de MARCO AURÉLIO GRECO ("**Substituição Tributária - Antecipação do Fato Gerador**", p. 31, item n. 2.2.3, 2ª ed., 2001, Malheiros):

"Questão que pode ser levantada é no sentido de saber se a previsão constitucional alcança apenas as hipóteses em que o fato gerador não se realizar (dicção literal do dispositivo) ou se também se aplica às hipóteses em que ele ocorrer mas não tiver a dimensão prevista ao ensejo do recolhimento por antecipação (não ocorrer tal como previsto). 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 a natureza de uma



ADI 2.675 / PE

cobrança indevida, e a Constituição não está legitimando o indébito." (grifei)

Esse entendimento, Senhora Presidente, é igualmente perfilhado por JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO ("ICMS - Teoria e Prática", p. 172, item n. 3.5.2, 5ª ed., 2002, Dialética):

"Se é relativa a presunção de inoccorrência do fato gerador futuro, com mais forte razão também deve ser considerada relativa a presunção de que a futura operação não seja realizada exatamente pelo mesmo valor considerado à época da antecipação tributária. Realmente, é natural a existência de oscilações de mercado concernentes a questões peculiares envolvendo vendedor e consumidor (descontos, antecipações, etc.).

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.

Fato Gerador Presumido - na dicção constitucional (§ 7º, do art. 150) - apto a permitir a restituição, não significa somente a inexistência do fato, mas também a configuração 'parcial' de seus elementos, especialmente a base de cálculo que compreende parte do fato gerador. Na medida em que se nega a restituição parcial dos valores antecipadamente recolhidos (a maior) estará sendo violado o princípio da capacidade contributiva, uma vez que a presumida riqueza do contribuinte (substituído) não veio ocorrer concretamente. Negada a restituição, o contribuinte estará arcando com tributo maior do que o efetivamente devido, porque o referido valor não integrara seu patrimônio, acarretando efeito confiscatório." (grifei)



ADI 2.675 / PE

Também HUGO DE BRITO MACHADO ("Aspectos fundamentais do ICMS", p. 128/129, item n. 7.5.7, 2ª ed., 1999, Dialética) adota essa mesma orientação:

"Sendo válida a Emenda nº 3, indubitado é o direito do contribuinte substituído à imediata e preferencial restituição do ICMS pago antecipadamente, na hipótese de não se realizar o fato gerador cujo acontecimento futuro era presumido na ocasião do pagamento antecipado.

Para ser válida a lei estadual instituidora da cobrança antecipada, com fundamento no § 7º, do art. 150, da Constituição Federal, e na lei complementar que sobre a matéria disponha, é indispensável que regule, fazendo efetivo, o direito do contribuinte substituído à restituição 'imediata e preferencial' do imposto nos casos em que o fato gerador presumido não se efetive, ou, quando efetivado, tenha base de cálculo inferior à prevista para fins de antecipação do pagamento. Sem tal regulação não existirá a garantia do direito à restituição que o referido dispositivo da Constituição diz ser assegurada." (grifei)

Definitivo, sob todos os aspectos, o douto magistério do Professor AIRES FERNANDINO BARRETO ("Substituição Tributária e Restituição de Diferenças de Base de Cálculo", "in" Revista Dialética de Direito Tributário nº 84, p. 31, item n. 7, Setembro/2002), que conclui no sentido de se qualificar como inafastável exigência constitucional a restituição, pelo Estado, do valor pago a maior:

"Mesmo que se venha a passar ao largo da análise da constitucionalidade ou não da chamada substituição



ADI 2.675 / PE

tributária para a frente, **é imperiosa a conclusão** de que a recusa de devolver as quantias pagas a maior pelo substituto - em virtude de o valor da operação realizada pelo substituído ter sido inferior àquele arbitrado pela legislação - não encontra amparo na Constituição.

É despropositada a interpretação no sentido de que a obrigatoriedade de imediata e preferencial restituição da quantia paga só seria cabível nos casos em que não se realiza o fato gerador presumido. Não é crível que se pretenda admitir exegese que sobreponha à base de cálculo efetiva (o valor da operação) a base de cálculo arbitrada, do fato tributário a ocorrer, do 'fato gerador presumido'.

Quando a Constituição impõe a imediata e preferencial restituição da quantia paga, **não está a alcançar** apenas as hipóteses em que o fato não ocorre. **É visível** - isto decorre de interpretação sistemática - **que, ocorrido o 'fato gerador presumido', a base de cálculo só poderá ser a correspondente ao valor da operação. Se o fato deixou de ser presumido, para ser efetivo, concreto, realizado, o valor só pode ser o efetivamente praticado e não aquele outro 'estimado' lá atrás.**

Ao prever que se atinja com tributo hoje a operação (presumida) de amanhã, **não está a Constituição a autorizar o desprezo, nesse caso, do valor da operação. Pelo contrário, a exigência antecipada, a ser satisfeita pelo substituto, tem natureza provisória. Se não se dá o fato presumido, cabe a devolução integral do montante recolhido; se o fato presumido ocorre, a exigência tem que se amoldar, conformar-se aos valores pelos quais se deram as operações e não por outros, supostos, arbitrados, no mais das vezes forcejados pela legislação editada, sempre impregnada dos desvios ditados pela fúria arrecadatória. O art. 150, § 7º, da CF, ao versar a substituição para a frente, assegura, a) literalmente, o direito à devolução das quantias pagas, se não se realizar o fato gerador presumido, mas, ademais disso, também garante, b) sistematicamente, o direito à devolução do excesso - das quantias que superem o valor da operação -, como decorrência inafastável dos princípios que informam a Constituição. Não se trata de ser devido o tributo, pela simples realização do fato que se presumiu. Definitivamente, não. Trata-se, isto sim, de ser devido tributo, nos estritos termos em que ocorreu. Não em**



ADI 2.675 / PE

condições diversas da sua concreta ocorrência. **Não em valores** diferentes dos realmente praticados na operação mercantil. **A mensuração tem que respeitar os exatos limites** em que se deu o negócio mercantil e, por conseguinte, **se**, ao presumir o fato, **a ele foi atribuído valor superior** àquele pelo qual se realizou a operação mercantil, **é indisputável a devolução do excesso.**

Desprezar o valor da operação **é exigir** tributo outro, que não o outorgado pela Constituição, com múltipla infringência do Excelso Texto. Com efeito, supor diferentemente implica simultâneos e cumulativos desprestígios aos princípios da segurança jurídica, da legalidade e tipicidade da tributação e do que veda a exigência de tributo com efeito de confisco.

E, ao fim e ao cabo, haveria visível inadequação de segundo grau - se o valor tiver sido arbitrado pela própria lei - ou de terceiro grau, se decorrente de pauta fixada por qualquer ato infralegal, uma vez que esta, se contemplados valores não decorrentes da operação mercantil, deixaria de guardar pertinência com a materialidade da hipótese de incidência (o mesmo ocorreria com o PIS e a Cofins).

.....
Ao término e ao fecho, **estamos convencidos de que vedar a restituição** de importância, **paga a maior**, em virtude de o valor estimado **superar** o da efetiva operação, **importa**, por mais de uma razão, **visível inconstitucionalidade.**" (grifei)

A necessidade de restituição, ao contribuinte, **do excesso** que lhe foi cobrado pelo Fisco, em **qualquer** das hipóteses **precedentemente** referidas, **ajusta-se** ao modelo consagrado no texto da Lei Fundamental, **sob pena** de o mecanismo da substituição tributária **transformar-se** em instrumento **de ilegítimo** gravame imposto ao sujeito passivo da obrigação tributária.



ADI 2.675 / PE

Cumpre advertir, neste ponto, por necessário, consideradas as razões ora expostas, que o Estado, notadamente em tema de tributação, está sujeito à observância do "estatuto constitucional dos contribuintes", impondo-se-lhe, por isso mesmo, o respeito aos direitos individuais daqueles que sofrem a ação do Poder Público.

Dá a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembadas da existência, em nosso sistema jurídico, de um verdadeiro "estatuto constitucional do contribuinte" - consubstanciador de direitos e limitações oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet 1.466/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 125) - culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, trate-se de obrigação tributária principal, cuide-se de obrigação tributária acessória ou instrumental, a prática de garantias legais e constitucionais de que é legítimo titular, fazendo instaurar, assim, situação que só faz conferir permanente atualidade ao "dictum" do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. ("The power to tax is not the power to destroy while this Court sits"), em palavras segundo as quais, em livre tradução, "o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto

ADI 2.675 / PE

existir esta Corte Suprema", **proferidas**, ainda que como "dissenting opinion", **no julgamento**, em 1928, **do caso** "Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox" (277 U.S. 218).

Isso significa, portanto, que o Poder Público, **também** no âmbito tributário, **está sujeito** à necessária observância das limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência **da supremacia** de que se acham impregnadas **as garantias** instituídas pela Lei Fundamental, **o alcance** do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte.

Peço vênia, por isso mesmo, Senhora Presidente, **para acompanhar** o doutíssimo voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, **julgando improcedente** a presente ação direta.

É o meu voto.



/csm.

07/02/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675 PERNAMBUCO

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675

VOTO

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, esta é a terceira vez que o tema divide o Tribunal. Essa divisão reflete a dificuldade bem espelhada nos magníficos votos que, de um lado e outro, já se pronunciaram.

Antes que a Emenda Constitucional nº 03/93 introduzisse no sistema constitucional tributário - que, é preciso dizer, não é apenas o Estatuto do Contribuinte, mas, também, o Estatuto do poder tributante - o § 7º do artigo 150, votei vencido no Recurso Extraordinário nº 213.396, que entendeu inconstitucional a substituição tributária progressiva na ausência de autorização constitucional.

Vinda essa, porém, por força da Emenda Constitucional nº 03/83, compus a maioria na Adi nº 1.851, cuja tese vitoriosa ficou exposta, com admirável precisão, na ementa do eminente Ministro Ilmar Galvão. O meu voto, depois de justificar a variação de posições no Recurso Extraordinário nº 213.396 e no julgamento cautelar da própria Adi nº 1.851, foi breve. Eu, então, acentuei:

ADI 2.675 / PE

"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 artigo 150 da Constituição Federal é que aquele fato, antecipadamente levado em consideração, os seus efeitos se torne indefinitivos 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.

A Emenda Constitucional 03/93, de que resultou o § 7º do artigo 150, veio para dar ao fisco o 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."

Segue-se um debate, em que me objetou o Ministro Carlos Velloso:

"Data venia, isso é uma questão de responsabilidade da fiscalização, vale dizer, do Fisco."

Ao que respondi:

"Excelência, mas se essa fiscalização pudesse ser feita com perfeição, não haveria razão para o instituto da substituição tributária."

O Ministro Carlos Velloso entendeu que o argumento não faria jus a minha cultura.

Dois erros: não só não tenho essa cultura que Sua Excelência me atribuiu, mas, no ponto, consenti, entendendo que exigir uma segunda fiscalização na ponta da circulação da mercadoria é, efetivamente, esvaziar o § 7º do artigo 150, que veio na trilha do que afirmaram os votos vencidos no Recurso Extraordinário nº

ADI 2.675 / PE

213.396, exatamente para autorizar, em sua plenitude, o instituto da substituição tributária.

A novidade, no caso, é a regra local, que permite a restituição do imposto pago a maior em relação ao prisma material do fato gerador posteriormente ocorrido, mas, também, a complementação do que acaso se tivesse pago a menor.

Impressionou-me, na leitura de um dos muitos doutrinadores que se debruçaram sobre a matéria, uma citação - salvo engano meu, feita pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa - de que a norma constitucional não seria peremptória e que seu espaço de indeterminação poderia ser preenchido pelos estados no exercício de sua autonomia constitucional e, especificamente, de sua autonomia tributária.

Nas não é preciso enfatizar, a meu ver, que falar de pacto federativo, de autonomia estadual em matéria de ICMS é uma obra de ficção. Por suas próprias características, o ICMS é efetivamente um tributo de regulação nacional, no que o que se reserva ao estado é exceção, não a regra.

Evidentemente, o convênio, aqui interpretado como vedando a restituição, veio exatamente para evitar, como todas as normas nacionais do ICMS, para minimizar a guerra fiscal praticada ainda hoje por quase todos os estados.

ADI 2.675 / PE

Creio que as dúvidas que poderiam existir efetivamente foram aplacadas pelo voto magnífico hoje proferido pelo Ministro Eros Grau.

Por isso, a partir do notável voto do Relator, de uma das Adis do Ministro Cezar Peluso, que não participara do julgamento da Adi n° 1.851, peço vênias a todos os que tomaram posição contrária para acompanhar os votos dos Ministros Nelson Jobim, Eros Grau e Gilmar Mendes e julgar procedente a ação.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. (§ 3° do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental n° 26, de 22 de outubro de 2008)

07/02/2007

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675-5
PERNAMBUCO

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) - Senhores Ministros, peço vênia ao Ministro-Relator, Carlos Velloso, para alinhar, também, com a divergência, com o que a Casa fica, exatamente, dividida.

Teremos de aguardar o voto de desempate do Ministro Carlos Britto.

Farei juntar um modesto voto escrito.

Apenas reafirmo o argumento, que já é antigo e já fora esgrimido pelo Ministro Ilmar Galvão, o qual asseverou no seu voto, na ADI nº 1.851, que o acolhimento da interpretação ampliativa do § 7º do artigo 150 “*valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva, visto que implicaria, no que concerne ao ICMS, o retorno ao regime de apuração mensal do tributo*”.

Com essas abreviadíssimas razões, registro meu voto pela procedência da ação.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Decisão: Após o relatório do Senhor Ministro Carlos Velloso, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, neste relatório, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator, julgando improcedente a ação direta, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence, por decisão unânime, admitiu o julgamento da ação de inconstitucionalidade, em pauta, malgrado a decisão tomada na ADI nº 1.851-4/AL. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, e Nelson Jobim. Falou pelo requerente o Dr. Sérgio Augusto Santana Silva, Procurador do Estado. Plenário, 27.11.2003.

Decisão: Chamado o feito para dar prosseguimento ao julgamento, antecipou o pedido de vista o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Presidente, julgando procedente a ação, indicou adiamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.08.2005.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie (Presidente), julgando procedente a ação direta, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso (Relator), Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, julgando-a improcedente,

foi o julgamento suspenso para colher o voto de desempate do Senhor Ministro Carlos Britto, ausente ocasionalmente. Não votam o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso, e a Senhora Ministra Cármen Lúcia, por suceder ao Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 07.02.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

p/Luiz Tomimatsu
Secretário

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Decisão: Após o relatório do Senhor Ministro Carlos Velloso, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, neste relatório, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator, julgando improcedente a ação direta, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence, por decisão unânime, admitiu o julgamento da ação de inconstitucionalidade, em pauta, malgrado a decisão tomada na ADI nº 1.851-4/AL. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, e Nelson Jobim. Falou pelo requerente o Dr. Sérgio Augusto Santana Silva, Procurador do Estado. Plenário, 27.11.2003.

Decisão: Chamado o feito para dar prosseguimento ao julgamento, antecipou o pedido de vista o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Presidente, julgando procedente a ação, indicou adiamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.08.2005.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie (Presidente), julgando procedente a ação direta, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso (Relator), Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, julgando-a improcedente, foi o julgamento suspenso para colher o voto de desempate do

Senhor Ministro Carlos Britto, ausente ocasionalmente. Não votam o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso, e a Senhora Ministra Cármen Lúcia, por suceder ao Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 07.02.2007.

Decisão: O Tribunal resolveu questão de ordem, suscitada pelo Senhor Ministro Carlos Britto, no sentido de sobrestar o julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade para que este seja realizado em conjunto com o RE nº 593.849-MG, da relatoria do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Ausentes, nesta deliberação, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) e, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 17.12.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

P/Luiz Tomimatsu
Secretário

19/10/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675 PERNAMBUCO**ANTECIPAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, como Vossa Excelência já noticiou, são duas ações diretas de inconstitucionalidade: a ADI 2.675, cujo Relator é o Ministro Ricardo Lewandowski, e a ADI 2.777, da relatoria do eminente Ministro Cezar Peluso. Em ambas, verificou-se o empate. E, coerentemente com o que votei na repercussão geral do Ministro Edson Fachin, também aqui estou esposando a mesma tese.

Como eu havia antecipado, se por acaso a minha tese, acompanhando o Ministro Fachin, não tivesse prevalecido no julgamento da repercussão geral, eu me ajustaria para acompanhar a maioria do Plenário. Mas a maioria do Plenário segue a posição que me parece correta. De modo que, Presidente, para não estender este julgamento, eu estou desempatando a ambas as ações para julgar improcedentes. Quer dizer, são ações em estados da Federação que previram precisamente a possibilidade de restituição do ICMS recolhido a maior, quando a operação subsequente não tinha a dimensão econômica da presunção. O Tribunal entendeu que essa presunção não é definitiva; é uma presunção que pode ser adequada à realidade fática subjacente. De modo que penso que essas leis sejam constitucionais. De maneira que nós estamos aqui superando o entendimento anterior que vigorava nessa matéria, por força da Ação Direta 1.871, da relatoria do eminente e muito estimado Ministro Ilmar Galvão.

Por se tratar, Presidente, de leis que deferiam o benefício - portanto, asseguravam uma posição mais favorável para o contribuinte, e a ação é de constitucionalidade -, não vejo razão evidentemente para modular os efeitos temporais. Eu até admito, em doutrina, a excepcional possibilidade de se modularem efeitos em uma ação declaratória de constitucionalidade; mas certamente este não é o caso.

De forma que eu estou afirmando, Presidente, em ambas as ações a mesma tese que, com grande fidalguia e humildade, o Ministro Fachin

ADI 2675 / PE

me honrou adotando, que é a seguinte para as duas ações...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Então, Vossa Excelência julga improcedente?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -
Improcedentes ambas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.675, vencidos os Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie. E, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.777 - julgada improcedente -, vencidos os Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie. Proclamação do resultado, portanto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -
Exatamente. É isso. E com a mesma tese que adotamos na repercussão geral.

E aqui, Presidente, eu gostaria de mais trinta segundos - até debatia isso com o Ministro Fux anteontem em um evento acadêmico - para explicitar a razão pela qual eu entendo, e temos entendido, que, tanto em repercussão geral, quanto em ação direta, deve-se anunciar e enunciar a tese de julgamento. Porque, quando nós estabelecemos que a decisão em ação direta e a decisão em repercussão geral produzem efeitos vinculantes - quer dizer, é um precedente de índole normativa -, nós devemos explicitar a tese para que os juízes e tribunais saibam qual foi a *ratio decidendi* daquele julgado.

Eu li recentemente uma crítica de que nem nos Estados Unidos, em que o sistema de precedentes vinculantes vigora há muito tempo, a Suprema Corte explicita a tese de julgamento. Não explicita porque ela é inequívoca, porque o modo de deliberação, na Suprema Corte americana, diferentemente do nosso, é em privado - o que eles chamam "em conferência", a portas fechadas -, em que, depois que se sabe qual é a posição, escolhe-se um relator que vai redigir a posição que obteve maioria de votos. Portanto, o voto do relator corresponde à posição majoritária. Ele circula o voto previamente e todo o mundo aprova aquele

ADI 2675 / PE

voto como fiel a sua posição. De modo que, lá, não há dúvida sobre a tese, mas aqui, em que cada um de nós contribui com um voto num modelo agregativo, se não se enuncia a tese, muitas vezes quem lê o acórdão não é capaz de saber qual é a posição de consenso que verdadeiramente fundamentou aquela decisão. Se não se sabe qual é a posição de consenso, ou seja, qual é a tese de julgamento, como é que o tribunal de justiça ou o tribunal regional federal vão poder seguir, se cada um disse alguma coisa diferente? De modo que, no Brasil, diferentemente de outras partes do mundo, a enunciação da tese é importante, porque o nosso modelo de votação é agregativo, nós só convergimos no momento da enunciação da tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com muito gosto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa iniciativa de Vossa Excelência, que não é de hoje, de sempre estabelecer uma tese, é muito importante à luz do novo código, porque ele traz uma teoria geral da força da jurisprudência e faz uma gradação no sentido de que o STJ respeita a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e todos os demais tribunais. Os demais tribunais, em matéria infraconstitucional, respeitam as teses do STJ. Então, isso é fundamental, porque o juiz pode matar o processo no nascedouro com base nessa tese jurídica, que inviabiliza a possibilidade de recurso. Então, a duração razoável dos processos é inequívoca, porque o processo termina a partir do momento em que o juiz introjeta a nossa tese na causa. O recurso que vise a infirmar a tese é inadmissível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por essa única razão, Presidente, eu estou, no meu voto de desempate, também aqui, enunciando a mesmíssima tese que nós aprovamos na repercussão geral.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.675

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Decisão: Após o relatório do Senhor Ministro Carlos Velloso, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, neste relatório, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator, julgando improcedente a ação direta, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence, por decisão unânime, admitiu o julgamento da ação de inconstitucionalidade, em pauta, malgrado a decisão tomada na ADI nº 1.851-4/AL. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, e Nelson Jobim. Falou pelo requerente o Dr. Sérgio Augusto Santana Silva, Procurador do Estado. Plenário, 27.11.2003.

Decisão: Chamado o feito para dar prosseguimento ao julgamento, antecipou o pedido de vista o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Presidente, julgando procedente a ação, indicou adiamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.08.2005.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie (Presidente), julgando procedente a ação direta, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso (Relator), Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, julgando-a improcedente, foi o julgamento suspenso para colher o voto de desempate do

Senhor Ministro Carlos Britto, ausente ocasionalmente. Não votam o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso, e a Senhora Ministra Cármen Lúcia, por suceder ao Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 07.02.2007.

Decisão: O Tribunal resolveu questão de ordem, suscitada pelo Senhor Ministro Carlos Britto, no sentido de sobrestar o julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade para que este seja realizado em conjunto com o RE nº 593.849-MG, da relatoria do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Ausentes, nesta deliberação, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) e, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 17.12.2009.

Decisão: Colhido o voto do Ministro Roberto Barroso, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, vencidos os Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie. Não votam os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, por sucederem, respectivamente, os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso (Relator), Ellen Gracie, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, com voto proferido em assentada anterior. 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