

**CARLOS FLÁVIO VENÂNCIO MARCILIO**

**DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO  
CONTROLE CONCENTRADO E A REPETIÇÃO DO  
INDÉBITO TRIBUTÁRIO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Tributário e Finanças Públicas no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

	2
<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>5</b>
<b>1. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	<b>6</b>
<b>1.1. Considerações iniciais</b>	<b>6</b>
1.1.1. Caráter dúplice	7
1.1.2. Processo objetivo	9
1.1.3. Inexigibilidade de interesse jurídico específico, natureza política e indisponibilidade da ação	11
1.1.4. Causa de pedir aberta	13
<b>1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade</b>	<b>14</b>
1.2.1. Legitimidade	14
1.2.2. Objeto	16
1.2.3. Fundamento jurídico	19
1.2.4. Pedido	20
1.2.5. Outros requisitos da petição inicial, emenda e petição inepta	20
1.2.6. Desistência	22
1.2.7. Procedimento	23
1.2.8. Medida Cautelar em ADIn	25
<b>1.3. Ação Declaratória de Constitucionalidade</b>	<b>30</b>
1.3.1. Legitimidade	31
1.3.2. Requisitos da petição inicial	32
1.3.3. Petição inepta, desistência e intervenção de terceiros	33
1.3.4. Procedimento	35
1.3.5. Medida Cautelar na ADC	36
<b>1.4. Decisões e técnicas de decisão</b>	<b>38</b>
1.4.1. Considerações iniciais	38
1.4.2. Declaração de nulidade	39
1.4.3. Interpretação conforme a Constituição	40
1.4.4. Prazo para impugnar o ato declarado inconstitucional	41
1.4.5. Declaração de constitucionalidade	42
<b>1.5. Efeitos das decisões</b>	<b>43</b>
1.5.1. Efeitos ex tunc e ex nunc	43
1.5.2. Eficácia erga omnes	44
1.5.3. Efeito vinculante	46
1.5.4. Eficácia erga omnes e efeito vinculante nas cautelares	47
<b>2. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REPETIÇÃO DE INDÉBITO</b>	<b>49</b>
<b>2.1. Considerações gerais</b>	<b>49</b>
<b>2.2. Controle de constitucionalidade concentrado da norma tributária</b>	<b>50</b>

<b>2.2. Repetição de indébito</b>	<b>52</b>
<b>2.3. Repetição de indébito decorrente de declaração de inconstitucionalidade</b>	<b>54</b>
2.3.1. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex tunc	54
2.3.2. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc	55
2.3.3. Requisitos da repetição de indébito do tributo inconstitucional	59
<b>2.4. Efeito ex tunc contra os contribuintes</b>	<b>60</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>64</b>

## RESUMO

Será abordado na presente monografia os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e a sua relação com a repetição do indébito tributário. Analisar-se-á, portanto, as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* e *ex nunc* no instituto da repetição de indébito.

Palavras-chave: Declaração de inconstitucionalidade – efeitos – repetição do indébito tributário.

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o escopo principal de analisar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e suas implicações na repetição do indébito tributário.

Dessa forma, o primeiro capítulo trata do controle concentrado de constitucionalidade, limitando-se, porém, a análise da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Aborda-se, portanto, as características, a legitimidade, o objeto, o fundamento, o procedimento, e os efeitos das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Tal capítulo tem por objetivo precípua expor as características e os efeitos das decisões no controle concentrado para, mais adiante, poder-se estudar as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade da lei tributária na repetição de indébito.

No segundo capítulo, é analisado o controle concentrado de constitucionalidade das leis tributárias e a repetição de indébito. Assim, define-se a repetição de indébito, aborda-se a repetição de indébito em decorrência da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* e a possibilidade ou não do contribuinte reaver o pagamento do tributo inconstitucional quando a decisão de inconstitucionalidade possuir apenas efeitos prospectivos. Por fim, é tratada a declaração de inconstitucionalidade da lei tributária mais benéfica ao contribuinte e a possibilidade de efeitos *ex tunc* contra os contribuintes.

## 1. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

### 1.1. Considerações iniciais

No Brasil adotou-se o sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade, que conjuga o sistema difuso e o sistema concentrado.

No sistema de controle concentrado, também denominado de controle abstrato, “a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros”. Nesta forma de controle, a impugnação da lei ou ato normativo é feita em tese, independente da existência de qualquer litígio, visando precipuamente a defesa da Constituição<sup>1</sup>.

Já no sistema de controle difuso ou concreto de constitucionalidade, “a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial”<sup>2</sup>. Logo, o controle difuso envolve a análise de um caso concreto pelo Judiciário, onde analisar-se-á a constitucionalidade de uma norma, incidentalmente, para a proteção de um direito subjetivo, objeto da ação<sup>3</sup>.

O exercício do controle de constitucionalidade, no sistema difuso, ser faz por via de exceção, ou incidental, onde a parte suscita a inconstitucionalidade da norma quando do julgamento de um caso concreto. No sistema concentrado, o exercício do

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 869 e 871.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 869.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 647.

controle se faz por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da argüição de descumprimento de preceito fundamental<sup>4</sup>.

O controle concentrado de constitucionalidade engloba a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito de preceito fundamental<sup>5</sup>.

Entretanto, o objeto deste trabalho limita-se ao estudo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, que são as figuras mais usuais no controle abstrato. Assim, de início, é importante destacar as características dessas ações e do processo de controle concentrado de constitucionalidade, que por ser um processo objetivo não se aplicam as normas de Direito Processual comum, de caráter subjetivo<sup>6</sup>.

### *1.1.1. Caráter dúplice*

Primeiramente, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm caráter dúplice e produzem efeitos semelhantes,

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 50 e 51

<sup>5</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111.

<sup>6</sup> MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Elementos para uma teoria do processo objetivo de defesa da Constituição*. In: FÉRES, Marcelo Andrade & CARVALHO, Paulo Gustavo M. **Processo nos Tribunais Superiores**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 339 a 342.

sendo a ação direta de inconstitucionalidade uma ação declaratória de constitucionalidade com o sinal trocado <sup>7</sup>.

De fato, a ação direta de inconstitucionalidade tem natureza constitutiva negativa, pois visa retirar do ordenamento jurídico a norma tida por inconstitucional. No entanto, se a ação direta de inconstitucionalidade for julgada improcedente, esta produzirá apenas efeitos declaratórios, isto é, vai declarar que a lei ou ato normativo impugnado é constitucional, como se fosse uma ação declaratória de constitucionalidade julgada procedente<sup>8</sup>.

Da mesma maneira, a ação declaratória de constitucionalidade tem natureza declaratória, pois objetiva que a lei ou ato normativo objeto da ação seja declarado em conformidade com a Constituição. Entretanto, se a ação declaratória de constitucionalidade for julgada improcedente, esta produzirá efeitos constitutivos negativos, como uma ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, vez que retirará do ordenamento jurídico a norma inconstitucional<sup>9</sup>.

O caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade encontra-se positivado no art. 24 da Lei n. 9.868.

---

<sup>7</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111 e 112.

<sup>8</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111 e 112.

<sup>9</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111 e 112.

### 1.1.2. Processo objetivo

O processo de controle concentrado de constitucionalidade tem natureza objetiva, não conhece partes e pode ser deflagrado sem a necessidade de comprovação de um interesse jurídico específico, outorgando-se ao Tribunal Constitucional um instrumento político de controle de normas<sup>10</sup>.

Neste mesmo sentido, Canotilho disserta sobre a objetividade do controle concentrado:

“O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a ‘defesa da constituição’ e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição. Dado que se trata de um processo objectivo, a legitimidade para solicitar esse controlo é geralmente reservada a um número restrito de entidades”<sup>11</sup>.

“Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo e de normas não é um processo contraditório, no qual as partes ‘litigam’ pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente de um *processo objectivo*, sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possa ser ouvidos”<sup>12</sup>.

O carácter objetivo do processo de controle abstrato de normas é acentuado pela ampliação da legitimidade para a propositura da ação a diferentes órgãos e entidades que atuam como representantes do interesse público na preservação da segurança jurídica e não na defesa de interesses próprios ou alheios<sup>13</sup>. Há no controle abstrato de

<sup>10</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 356.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.871.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.980.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 156 e 157.

normas “um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente um requerido”<sup>14</sup>.

Neste sentido vale transcrever o parecer emitido por Gilmar Mendes, quando era Procurador da República, na Rp. 1.405 de relatoria do Min. Moreira Alves:

“Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição.” (...) “Neste sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente um requerido”<sup>15</sup>.

Também sobre o tema, destaca-se o voto do Min. Moreira Alves quando do julgamento da ADC 1, nos seguintes termos:

“Esta Corte já firmou entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como *processo objetivo*, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos poderes constituídos decorrente da observação, ou não, da Constituição pelos atos normativos dele emanados”<sup>16</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica quanto à natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 356.

<sup>15</sup> Parecer emitido por Gilmar Mendes na Rp. 1.405, quando este era Procurador da República e transcrito em MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 141. nota 25.

<sup>16</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ. 16/06/1995. p. 18.213.

<sup>17</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-ED 2.982/CE. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos de Declaração. Questões relacionadas à violação do devido processo legal, do contraditório e à inconstitucionalidade por arrastamento. 3. Natureza objetiva dos processos de

Portanto, a não identificação de partes contrárias nas ações do controle concentrado de constitucionalidade apenas corrobora a natureza objetiva do controle abstrato<sup>18</sup>.

### *1.1.3. Inexigibilidade de interesse jurídico específico, natureza política e indisponibilidade da ação*

Como já mencionado no item 1.1.2, o processo de controle concentrado de constitucionalidade tem natureza objetiva, não conhece partes e pode ser deflagrado sem a exigência de que o autor demonstre um interesse jurídico específico, outorgando-se ao Tribunal Constitucional um instrumento político de controle de normas<sup>19</sup>.

O Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento da ADC 1/DF, salientou que:

“O controle direto de constitucionalidade, para mim, é o exercício de uma função predominantemente política, para o qual, entretanto, adotaram-se mecanismos jurisdicionais, a partir do órgão de controle, sobretudo quando se dá, como no Brasil, a competência a uma corte tipicamente jurisdicional, como o Supremo Tribunal e, também, da forma de exercício da função que imita o processo de parte”<sup>20</sup>.

---

controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. 4. Informações complementares. Faculdade de requisição atribuída ao relator com o objetivo de permitir-lhe uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia. 5. Extensão de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. Inconstitucionalidade por arrastamento. Tema devidamente apreciado no julgamento da Questão de Ordem. 6. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. 7. Embargos de declaração rejeitados. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ. 22/09/2006. p. 29.

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 155 a 157.

<sup>19</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 356

<sup>20</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ. 16/06/1995. p. 18.213.

Assim, como consequência da natureza objetiva e política do controle concentrado de constitucionalidade, o órgão legitimado para a propositura da ação constitucional não necessita demonstrar um interesse jurídico específico na causa, pois, age representando o interesse público na defesa da Constituição e na preservação da segurança jurídica. Logo, o controle abstrato de normas exige para a sua instauração apenas a existência de um interesse público na apreciação da questão pelo Tribunal Constitucional<sup>21</sup>.

Todavia, deve-se destacar que a natureza política do controle concentrado de constitucionalidade permite tão-somente que o órgão legitimado decida sobre a propositura da ação constitucional. Dessa maneira, proposta a ação constitucional pelo órgão legitimado para tal, este não tem poder de disposição sobre ação, sendo vedada a desistência ou o impedimento da análise da impugnação pelo Supremo Tribunal Federal<sup>22</sup>.

A vedação da atuação de ofício do Tribunal Constitucional pela imposição de que um órgão externo instaure o controle abstrato funda-se numa garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional, evitando o desequilíbrio entre os poderes. Todavia, após a instauração do controle abstrato, o órgão autor da ação constitucional não tem qualquer disposição sobre o processo, não se admitindo a desistência da ação<sup>23</sup>.

Ademais, as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade não estão vinculadas a qualquer prazo prescricional ou

<sup>21</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 139 a 142 e 356.

<sup>22</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 140.

<sup>23</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248.

decadencial, haja vista que as normas inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso de tempo<sup>24</sup>.

#### 1.1.4. *Causa de pedir aberta*

Como se verá adiante (item 1.2.5), é obrigatório que o autor da ação constitucional indique os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada impugnação, consoante determinação do inciso I, art. 3º da Lei 9.868.

Não obstante a obrigatoriedade legal de o autor indicar os fundamentos jurídicos que embasam sua impugnação, sob pena de indeferimento liminar da ação constitucional, o Supremo Tribunal Federal não está vinculado no julgamento aos fundamentos jurídicos constantes na inicial<sup>25</sup>. No entanto, cumpre ressaltar que, apesar do Supremo não estar adstrito aos fundamentos jurídicos expostos na petição inicial, ele está vinculado ao pedido<sup>26</sup>.

Sobre o tema, vale transcrever o entendimento de Canotilho:

“Todavia, pedida a declaração de um tipo de inconstitucionalidade, o TC pode declarar a inconstitucionalidade com base em vício diferente (ex.: inconstitucionalidade material em vez de inconstitucionalidade orgânica ou formal). O Tribunal Constitucional está condicionado, nos seus poderes de cognição, pelo pedido mas não pela causa de pedir”<sup>27</sup>.

Outrossim, é necessário destacar o seguinte trecho do voto do Min.

Moreira Alves no julgamento da ADC 1/DF:

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 242.

<sup>25</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 241.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 687.

<sup>27</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 980.

“Por isso mesmo, dado o caráter objetivo de processo relativo à ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o requerente não pode desistir da ação proposta; a *causa petendi* não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca todas as normas que integram a Constituição Federal...”<sup>28</sup>.

## 1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade está prevista no art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988 e ainda encontra-se disciplinada nos artigos 2º a 12 da Lei 9.868/99.

### 1.2.1. Legitimidade

A Constituição Federal de 1988 acabou com o monopólio, instituído pela Constituição Federal de 1967/69, do Procurador-Geral da República para propor a ação direta de inconstitucionalidade<sup>29</sup>.

No art. 103, a Constituição Federal de 1988, conferiu legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governador do Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.

<sup>28</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ. 16/06/1995. p. 18.213.

<sup>29</sup> Constituição Federal de 1967/69: “Art.114 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;”

Dessa forma a, ampla legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conferida pela Constituição de 1988, fortaleceu o controle abstrato de constitucionalidade, possibilitando o direito de propositura da ação por diferentes órgãos da sociedade e permitindo que controvérsias de cunho constitucional sejam submetidas diretamente ao Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup>.

No entanto, nem todos os órgãos legitimados podem propor ação constitucional para declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo. O Supremo Tribunal Federal, por sua jurisprudência<sup>31</sup>, estabeleceu o requisito da pertinência temática para auferir a legitimidade ativa quando o controle concentrado foi instaurado por iniciativa das confederações sindicais, entidades de classe de âmbito nacional, Mesa de Assembléias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e Governadores de Estado ou do Distrito Federal<sup>32</sup>.

A pertinência temática consubstancia-se na comprovação de um nexo de proximidade entre a função e os objetivos do órgão legitimado instaurador do controle abstrato e o conteúdo material da lei ou ato normativo impugnado por meio da ação constitucional. Portanto, o autor da ação constitucional (quando for confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Assembléia Legislativa ou Câmara do Distrito

<sup>30</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76 e 77.

<sup>31</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-MC 3.472/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ. 24/06/2005. p. 69. e ADI-MC 3.059/RS. Relator: Min. Carlos Britto. DJ. 20/08/2004. p. 36.

<sup>32</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 118.

Federal e Governador) deve demonstrar que a norma impugnada se aplica a ele direta ou indiretamente<sup>33</sup>.

Entretanto, a pertinência temática, como requisito para analisar a legitimidade ativa para a propositura da ação constitucional, não se aplica para o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso. Os entes enumerados acima são legitimados universais para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, sem que necessitem demonstrar qualquer nexos de afinidade com a questão versada ou sujeição direta ou indireta à lei ou ao ato impugnado<sup>34</sup>.

Cabe ressaltar aqui que a exigência da pertinência temática, criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para a propositura da ação constitucional por determinados órgãos é contraditória com a natureza objetiva (item 1.1.2) do processo de controle concentrado e com a inexigibilidade de demonstração de interesse jurídico específico (item 1.1.3) para instaurar o controle abstrato<sup>35</sup>.

### *1.2.2. Objeto*

De acordo, com art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal, podem ser impugnados por meio do controle abstrato de constitucionalidade a lei e o ato normativo federal ou estadual.

<sup>33</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 118 a 122.

<sup>34</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 174 e 175.

Assim, o direito federal passível de impugnação e de análise pelo Supremo Tribunal Federal, consiste em: 1) direito constitucional secundário<sup>36</sup>, vez que a reforma constitucional deve observar as exigências formais (art. 60 da CF) e as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF); 2) emendas constitucionais e, inclusive, propostas de emenda constitucional; 3) leis formais e materiais, entre elas a medida provisória; 4) decretos legislativos do Congresso, consubstanciados no art. 49, incisos I e V da CF; 5) decreto legislativo do Chefe do Executivo que promulga tratados e convenções; 6) atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União; 7) regimentos dos Tribunais Superiores, se possuírem caráter autônomo; 8) atos do Executivo com força normativa aprovados pelo Presidente da República<sup>37</sup>.

O direito estadual passível de análise pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado se consubstancia em: 1) disposições da Constituição Estadual; 2) leis estaduais, em sentido amplo; 3) leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União (parágrafo único do art. 22 da CF); 4) decreto editado com força de lei; 5) regimento dos Tribunais Estaduais e Assembléias Legislativas; 6) atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público estadual. Ressalva-se que as leis e atos normativos enumerados acima e editados pelo Distrito Federal são passíveis de impugnação por ação constitucional e podem ser analisados pelo Supremo<sup>38</sup>, entretanto os

<sup>36</sup> Normas constitucionais originárias não podem ser objeto do controle de constitucionalidade. Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 669.

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 194 a 196.

<sup>38</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 175 a 177.

atos normativos e leis editadas do Distrito Federal no exercício da competência municipal não podem ser objeto do controle abstrato de normas<sup>39</sup>.

O Supremo Tribunal Federal não pode analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos municipais<sup>40</sup>, bem como leis e atos normativos do Distrito Federal no quando no exercício de competência municipal.

As normas municipais também não podem ser objeto do controle concentrado, em face da Constituição, junto ao Tribunal de Justiça local, pois as decisões não poderiam ter efeito *erga omnes* e vincular o próprio Supremo. Assim, a única possibilidade de controle de constitucionalidade de normas municipais, tendo como parâmetro a Constituição, é no sistema difuso<sup>41</sup>.

Ainda, a jurisprudência do Supremo não admite ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeito concreto, com objeto e destinatários determinados<sup>42</sup>, assim como não cabe impugnação, no controle concentrado, de direito pré-constitucional<sup>43</sup>, de leis e atos normativos ainda não promulgados, editados e publicados<sup>44</sup> e de lei ou ato normativo já revogado<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-MC 1.750/DF. Relator: Min. Nelson Jobim. DJ. 14/06/2002. p. 126.

<sup>40</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 508/MG. Relator: Min. Sidney Sanches. DJ. 23/05/2003. p. 30.

<sup>41</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 671.

<sup>42</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-MC-QO 2.551/MG. Relator: Min. Celso de Mello. DJ.20/04/2006.p. 5. e ADI-MC 2.484/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ. 14/11/2003. p. 11

<sup>43</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 7/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ. 04/09/1992. p. 14.087. e ADI 521/MT. Relator: Paulo Brossard. DJ. 24/04/1992. p. 5.375

<sup>44</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 466/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ. 10/05/1991. p. 5.929. e ADPF-AgR 43/DF. Relator: Min. Carlos Britto. DJ. 19/12/2003. p. 49.

<sup>45</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-QO 1.445/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ. 29/04/2005. p. 8.

Outrossim, para o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decidiu que a ofensa deve ser frontal à Constituição Federal, não se admitindo a instauração do controle abstrato quando se tratar de inconstitucionalidade reflexa ou indireta<sup>46</sup> - <sup>47</sup>.

Por fim, esclarece-se que o parâmetro do processo de controle abstrato de normas sempre será a Constituição Federal com suas normas materiais e formais, além dos princípios materiais implícitos e não expressos<sup>48</sup>.

### *1.2.3. Fundamento jurídico*

Conforme o art. 3º, inciso I, da Lei 9.868, a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade deverá indicar o fundamento jurídico do pedido em relação a cada uma das impugnações.

É relevante ressaltar-se que há obrigatoriedade legal do autor da ação direta de inconstitucionalidade indicar os fundamentos jurídicos da impugnação, porém, o Supremo Tribunal Federal não está vinculado aos fundamentos jurídicos da petição inicial<sup>49</sup>.

Importante destacar que o Supremo não está vinculado aos fundamentos jurídicos da petição inicial, podendo declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada

---

<sup>46</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 123.

<sup>47</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-MC 1.347/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ. 01/12/1995. p. 41.685.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 222 e 223.

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 242.

por fundamentos jurídicos diversos, tendo em vista a causa de pedir aberta no controle abstrato, porém, o Supremo fica condicionado ao pedido da petição inicial<sup>50</sup>.

#### 1.2.4. Pedido

Outro requisito necessário da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade é o pedido, com suas especificações (Lei 9.868, art 3º, inciso II).

Além do pedido de declaração definitiva de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo na ação direta de inconstitucionalidade, poderá haver o pedido de concessão de medida cautelar.

Ressalta-se aqui que o Supremo fica vinculado ao pedido da petição inicial, mas não aos fundamentos jurídicos, como comentado no item 1.2.3. A vinculação aos limites do pedido se funda na garantia contra a supremacia constitucional e no equilíbrio entre os poderes do Estado<sup>51</sup>, no entanto, em alguns casos, o Supremo pode proferir decisões *extra petita*, como na declaração de nulidade total em decorrência da indivisibilidade da norma<sup>52</sup>.

#### 1.2.5. Outros requisitos da petição inicial, emenda e petição inepta

O parágrafo único do art. 3 da Lei 9.868, estabelece ainda como requisitos da petição inicial que esta seja apresentada em duas vias, que contenha cópias da

<sup>50</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 667.

<sup>51</sup> MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Elementos para uma teoria do processo objetivo de defesa da Constituição*. In: FÉRES, Marcelo Andrade & CARVALHO, Paulo Gustavo M. **Processo nos Tribunais Superiores**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 348.

<sup>52</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-QO 2.982/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Dia da publicação: 12/11/2004.

lei ou ato normativo impugnado e que contenha procuração com poderes específicos para impugnar determinar lei<sup>53</sup>, se subscrita por advogado.

Cabe aqui mencionar que o Presidente da República, a Mesa do Senado e da Câmara, a Assembléia Legislativa e a Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, têm capacidade postulatória plena e não necessitam de advogado para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade<sup>54</sup>.

A petição inicial poderá ser aditada ou emendada até a requisição de informações, pelo Supremo, do órgão que produziu a lei ou o ato normativo impugnado<sup>55</sup>.

O art. 4º da Lei 9.868, determina que a petição inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão indeferidas liminarmente pelo relator.

De acordo com o parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil, considera-se inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir (inciso I); da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão (inciso II); o pedido for juridicamente impossível (inciso III) e contiver pedidos incompatíveis entre si (inciso IV).

---

<sup>53</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 2.187/BA. Relator: Min. Octavio Gallotti. DJ. 12/12/2003, p. 12. e ADI 2.728/AM. Relator: Min. Mauricio Corrêa. DJ. 20/02/2004, p. 16.

<sup>54</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 246

<sup>55</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 3.103/PI. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ. 25/08/2006, p.14.

Assim, a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade será inepta quando não atender aos requisitos do art. 3º da Lei 9.868 (a petição deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos em relação a cada uma das impugnações e o pedido, com suas especificações), aplicando-se subsidiariamente as regras do parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil<sup>56</sup>.

A decisão monocrática do relator que indeferir liminarmente a petição inicial poderá ser impugnada por meio de agravo, conforme o parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.868. Porém, o agravo é cabível somente contra a decisão do relator que indefere a inicial, não sendo cabível contra a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal que não conhece a ação<sup>57</sup>.

#### *1.2.6. Desistência*

O art. 5º da Lei 9.868 não admite a desistência da ação direta de inconstitucionalidade após sua propositura.

Tal determinação decorre da natureza objetiva do processo de controle de constitucionalidade, onde a provocação de um órgão externo para desencadear a análise do Tribunal Constitucional é necessária, como garantia contra supremacia da jurisdição constitucional. Entretanto, os órgãos legitimados para provocar o Tribunal Constitucional e

---

<sup>56</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 247.

<sup>57</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI – AgR – QO 2.073/DF. EMENTA: ADIN não conhecida pelo Pleno. Petição de agravo. Questão de ordem. - Em se tratando de decisão do Pleno desta Corte que não conhece de ação direta de inconstitucionalidade, não é cabível o agravo a que alude o parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.868/99 que só é admissível contra despacho do relator que liminarmente indefere petição inicial de ação dessa natureza. Questão de ordem que se resolve no sentido do não- conhecimento do presente agravo. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 24/11/2000. p.89.

iniciar o processo de controle abstrato, por meio da ação de constitucionalidade, não têm poder de disposição da ação após sua propositura<sup>58</sup>.

#### 1.2.7. Procedimento

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade encontra-se disposto nos arts. 6º a 9º da Lei 9.868.

Após a análise da admissibilidade da ação pelo relator, o procedimento a ser seguido dependerá da existência ou não de pedido de cautelar. Ver-se-á agora o procedimento não havendo pedido de cautelar, que será abordada em outro tópico.

Assim, considerada a ação admissível pelo relator e não havendo pedido de cautelar, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades do qual emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º, *caput*, da Lei 9.868). As informações requisitadas pelo relator deverão ser prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido (parágrafo único do art. 6º da Lei 9.868).

Não será admitido a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade (art. 7º da Lei 9.868). Entretanto, poderá o relator, por despacho irrecurável, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, observado o prazo fixado no art. 6º da Lei 9.868 (parágrafo único, do art. 7º, *caput*, da Lei 9.868).

---

<sup>58</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248.

O parágrafo único do art. 7º da Lei 9.868, consagrou a possibilidade do relator admitir que interessados atuem no processo na condição de *amici curiae*, devendo os interessados fazer o pedido no prazo para as informações, qual seja, de trinta dias. Destaca-se aqui que o Supremo Tribunal Federal admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de sustentação oral por terceiros admitidos como *amicus curiae*, oportunizando que sejam trazidos novos argumentos e interpretações à instrução da ação direta de inconstitucionalidade<sup>59 - 60</sup>.

Decorrido o prazo para que as informações sejam prestadas, serão ouvidos sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias (art. 8º da Lei 9.868).

Caberá ao Advogado-Geral da União atuar como curador do princípio da presunção da constitucionalidade da lei, defendendo a norma impugnada, federal ou estadual. Assim, o Advogado-Geral da União está obrigado a defender a norma impugnada, sob pena de descumprimento da sua função constitucional, exceto quando já houver precedente do Supremo Tribunal Federal<sup>61 - 62</sup>.

Vencidos os prazos para a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 9º, *caput*, da Lei 9.868).

---

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 244 e 245.

<sup>60</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-MC 2.321DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 10/06/2005. p. 4.

<sup>61</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 682.

<sup>62</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1.616/PE. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ. 24/08/2001. p. 40.

O §1º do art. 9º, da Lei 9.868, autoriza o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de insuficiência de informações nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A disposição do §1º do art. 9º, da Lei 9.868, permite um mínimo de instrução probatória na ação direta de inconstitucionalidade, no entanto, o Supremo ainda não aplicou a disposição em análise, salvo o pedido de informações adicionais<sup>63</sup>.

Por sua vez, o §2º do art. 9º, da Lei 9.868, permite ao relator que solicite informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Por fim, o §3º do art. 9º, da Lei 9.868, determina que as informações e perícias referidas nos §§ 1º e 2º, serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

#### *1.2.8. Medida Cautelar em ADIn*

O art. 10 da Lei 9.868 estabelece que a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo, salvo no período de recesso, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar em 5 (cinco) dias.

---

<sup>63</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 252.

Fora do período de recesso, quando a cautelar poderá ser analisada e concedida monocraticamente, a medida cautelar exige para a sua análise a presença de pelo menos 8 (oito) ministros do Tribunal, e esta, ainda, só poderá ser concedida por decisão da maioria absoluta, ou seja, 6 (seis) ministros<sup>64</sup>.

A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade visa preservar a própria Constituição, afastando a aplicação, no início do processo, e com eficácia *erga omnes*, da lei ou o ato normativo que, num juízo provisório, se supõe ser inconstitucional<sup>65</sup>.

Assim como no Processo Civil, para a concessão da medida liminar se exige o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que devem estar plenamente claros na inicial. O *fumus boni iuris* consiste na plausibilidade dos fundamentos jurídicos expostos, enquanto o *periculum in mora* se consubstancia no prejuízo, irreparável ou insuportável, ocasionado pela demora da decisão judicial<sup>66</sup>.

A medida cautelar só deve ser apreciada após a manifestação, no prazo de cinco dias, dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Entretanto, o § 3º do art. 10º da Lei 9.868 autoriza que, em caso de urgência, seja deferida a cautelar sem oitiva prévia do órgão do qual emanou a lei ou ato impugnado.

Ademais, no período de recesso, pode ser concedida, monocraticamente, a cautelar, que ficará sujeita a confirmação pelo Tribunal nas primeiras sessões após o recesso<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 292.

<sup>65</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 285.

<sup>66</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 286.

<sup>67</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 291.

Como regra geral, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República se manifestarão apenas após a decisão da concessão ou denegação da medida cautelar. No entanto, o § 1º do art. 10º da Lei 9.868, permite ao relator, se considerar indispensável, ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

A manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República não se mostra necessária se o relator tiver sua convicção já formada para o julgamento da medida liminar. Aqui se faz a ressalva que o Procurador-Geral poderá sustentar oralmente sua opinião quando do julgamento pelo Plenário do Supremo<sup>68</sup>.

Como, no caso, trata-se de procedimento de cautela e a causa de pedir é aberta, não estando o Tribunal limitado aos fundamentos jurídicos trazidos pelo autor, quando o relator não formar sua convicção de imediato é recomendável que recolha mais informações. Dessa maneira, poderá o relator ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, antes do julgamento da medida cautelar<sup>69</sup>.

Já o § 2º do art. 10º da Lei 9.868, faculta aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos expedidores do ato impugnado a sustentação oral no julgamento da medida cautelar, nos termos do Regimento Interno, que, por sua vez, impõe o prazo de 15 (quinze) minutos.

O § 3º do art. 10º da Lei 9.868, como já mencionado acima, autoriza que, em caso de urgência, seja deferida a cautelar sem oitiva prévia do órgão do qual emanou a lei ou ato impugnado.

---

<sup>68</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 292.

<sup>69</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 292 a 294.

Dessa forma, na possibilidade de danos irreparáveis, poderá um ministro do Tribunal, isoladamente, conceder liminar para suspender a eficácia da lei ou o ato normativo, antes da oitiva do órgão que produziu o ato impugnado, sobretudo quando o Supremo já possuir jurisprudência sobre a questão versada<sup>70</sup>.

O art. 11 da Lei 9.868 impõe que, concedida a liminar, o Supremo fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar, então, as informações da autoridade da qual emanou o ato impugnado.

O prazo de 10 (dez) dias para publicação constante do art. 11, é o prazo máximo para publicação, podendo o Supremo comunicar a autoridade responsável pelo ato impugnado antes, inclusive por telegrama, tornando-se a decisão obrigatória a partir da comunicação<sup>71</sup>.

Após a publicação, o Tribunal solicitará as informações da autoridade ou órgão responsável pela lei ou ato objeto da ação direta de inconstitucionalidade. É possível que a autoridade já tenha prestado as informações anteriormente, quando não se tratar dos casos de urgência consagrados no § 3º do art. 10º da Lei 9.868, porém disporá de nova oportunidade prestar informações<sup>72</sup>.

O § 1º do art. 11 da Lei 9.868 dispõe que a medida cautelar terá eficácia *erga omnes* e será concedida com efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal considerar que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

---

<sup>70</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 301.

<sup>71</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 304 e 305.

<sup>72</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 305 e 306.

Portanto, tem-se, como regra geral, que a concessão de medida cautelar produzirá efeitos *ex nunc*, não retroativos. Todavia, excepcionalmente, e de modo expresso, o Supremo poderá conferir efeitos retroativos, *ex tunc*, à cautelar. Assim como a medida cautelar, o efeito retroativo poderá ser concedido a qualquer tempo, como em nova provocação ao Tribunal, e não somente quando do julgamento da medida cautelar<sup>73</sup>.

O § 2º do art. 11 da Lei 9.868 determina que a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, se existente, salvo expressa manifestação em contrário.

Como assevera Ives Gandra, é importante esclarecer-se que o § 2º “não trata de reprivatização, mas de restabelecimento de uma norma que não poderia ter sido validamente revogada por um diploma suspeito do vício maior de inconstitucionalidade”<sup>74</sup>. Apenas em casos excepcionais, a norma anterior não será restabelecida, sendo necessária determinação expressa do Supremo.

Finalmente, o art. 12 da Lei 9.868 autoriza, havendo pedido de medida cautelar e após a prestação de informações, em 10 (dez) dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, em 5(cinco) dias, ao relator, a seu critério e em razão da relevância da matéria e de seu significado para a ordem social e segurança jurídica, a submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Tal dispositivo permite que o relator, a seu critério, proponha ao Tribunal a antecipação da decisão definitiva quando da apreciação da medida cautelar. Para propor o

---

<sup>73</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 308 a 312.

<sup>74</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 312.

juízo definitivo quando da análise da cautelar, o relator deverá proceder conforme determina o art. 12 e observar a relevância da matéria e seu significado para a ordem social e segurança jurídica. Nada impede, porém, que, em casos de urgência, o relator conceda a liminar monocraticamente antes de seguir o procedimento do art. 12 para propor a antecipação do julgamento<sup>75</sup>.

A decisão do relator de não adotar o procedimento abreviatório do art. 12, quando o autor requer e demonstra na inicial estarem presentes os requisitos para tal, é irrecurável<sup>76</sup>.

### **1.3. Ação Declaratória de Constitucionalidade**

A ação declaratória de constitucionalidade foi criada pela Emenda Constitucional n. 3/1993 e está prevista no art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988 e ainda encontra-se disciplinada nos artigos 13 a 21 da Lei 9.868/99.

A ação declaratória de constitucionalidade objetiva afastar a insegurança jurídica ou a incerteza sobre a validade de uma norma, preservando a Constituição Federal. De fato, a ação declaratória de constitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, tem por escopo buscar uma decisão definitiva e vinculante acerca da constitucionalidade de uma norma, obrigando, no caso de procedência da ação, a sua

---

<sup>75</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 317 a 320.

<sup>76</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 322.

aplicação pelos demais órgãos do Judiciário e o seu cumprimento pela Administração Pública<sup>77</sup>.

Tendo em vista o caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (item 1.1.1), muitos dos comentários já feitos acerca da ação direta de inconstitucionalidade aplicam-se à ação declaratória de constitucionalidade.

### *1.3.1. Legitimidade*

A Emenda Constitucional n.3/1993 conferiu legitimidade para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade apenas ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. O art. 13 da Lei 9.868 reproduz o conteúdo da Emenda Constitucional n.3/1993.

No entanto, a Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou a legitimidade para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, conferindo-a aos mesmos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Portanto, nos termos do art. 103 da Constituição Federal podem propor a ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o

---

<sup>77</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 700.

partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.

### *1.3.2. Requisitos da petição inicial*

Conforme o art. 14 da Lei 9.868, a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade deverá indicar o dispositivo de lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido (inciso I), o pedido, com suas especificações (inciso II), a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação constitucional (inciso III).

Ainda, no parágrafo único do art. 14 da Lei 9.868, exige-se que a petição inicial seja apresentada em duas vias, com cópias do ato normativo objeto da ação e documentos necessários para comprovar a procedência do pedido, além de procuração com poderes específicos, quando subscrita por advogado.

Conforme determinação do inciso III do art. 14 da Lei 9.868, é necessária a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da norma questionada, não se afigurando suficiente, e sendo, inclusive, motivo de indeferimento liminar, a controvérsia doutrinária. Outrossim, faz-se necessário a demonstração da controvérsia judicial para a instauração do controle abstrato<sup>78</sup>.

Neste ponto, incidem as mesmas regras da ação direta de inconstitucionalidade, razão pela qual repetir-se-á alguns comentários já feitos.

---

<sup>78</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 371 a 376.

Apesar da obrigatoriedade legal do autor da ação declaratória de constitucionalidade indicar os fundamentos jurídicos da impugnação, porém, o Supremo Tribunal Federal não está vinculado aos fundamentos jurídicos da petição inicial e nem está limitado à análise apenas dos dispositivos objeto da ação<sup>79</sup>.

Cabe aqui mencionar que o Presidente da República, a Mesa do Senado e da Câmara, a Assembléia Legislativa e a Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, têm capacidade postulatória plena e não necessitam de advogado para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade<sup>80</sup>.

Ainda, o objeto da ação declaratória de constitucionalidade é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade (item 1.2.2).

### *1.3.3. Petição inepta, desistência e intervenção de terceiros*

Consoante o art. 15 da Lei 9.868, a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. Da decisão monocrática do relator que indeferir a petição inicial cabe agravo (parágrafo único do art. 15 da Lei 9.868).

Dessa maneira, a petição inicial que não observar os requisitos do art. 14 (indicar o dispositivo questionado, o pedido, com suas especificações e a existência de

---

<sup>79</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 123.

<sup>80</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 246

controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação) será indeferida liminarmente pelo relator<sup>81</sup>.

Assim como na ação direta de inconstitucionalidade, não se admite a desistência na ação declaratória de constitucionalidade (art. 16 da Lei 9.868).

A indisponibilidade da ação declaratória pelo seu autor decorre da natureza objetiva do processo de controle concentrado de constitucionalidade, onde a provocação de um órgão externo para desencadear a análise do Tribunal Constitucional é necessária, como garantia contra supremacia da jurisdição constitucional. Entretanto, os órgãos legitimados para provocar o Tribunal Constitucional e iniciar o processo de controle abstrato, por meio da ação de constitucionalidade, não têm poder de disposição da ação após sua propositura, em razão do interesse público envolvido<sup>82</sup>.

Por sua vez, o art. 18 da Lei 9.868 não admite a intervenção de terceiros na ação declaratória de constitucionalidade, bem como o art. 7º que não admite a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade.

Entretanto a vedação à intervenção de terceiros na ação declaratória de constitucionalidade não engloba a participação de *amici curiae*. O prazo para que interessados requeiram admissão no processo na condição de *amici curiae* é até a manifestação do Procurador-Geral da República. Em certos casos, poderá admitir-se a

---

<sup>81</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 376.

<sup>82</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248.

admissão posteriormente a manifestação do Procurador-Geral, porém, neste caso é relevante que seja concedida nova oportunidade de manifestação ao Procurador<sup>83</sup>.

#### *1.3.4. Procedimento*

O relator, após o juízo de admissibilidade da ação, abrirá vista ao Procurador-Geral da República, que deverá manifestar-se em 15 (quinze) dias (art. 19 da Lei 9.868).

Após a manifestação do Procurador, o relator lançará relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 20 da Lei 9.868).

O §1º do art. 20 da Lei 9.868 autoriza que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou no caso de insuficiência de informações nos autos, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Outrossim, conforme o §2º do art. 20 da Lei 9.868, o relator poderá solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais Federais e aos Tribunais Estaduais acerca da aplicação da norma objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

Por fim, §3º do art. 20 da Lei 9.868 determina que as informações, perícias e audiências mencionadas nos §§ 1º e 2º deverão ser realizadas no prazo de 30 (trinta) dias, contados da solicitação do relator.

---

<sup>83</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 377 a 379.

### 1.3.5. Medida Cautelar na ADC

O art. 21 da Lei 9.868 dita que o Supremo, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvem a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação, até que esta seja julgada definitivamente.

Logo, o objetivo da medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade é suspender, paralisar, o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da norma questionada, em instâncias inferiores, até que o Supremo decida definitivamente a questão<sup>84</sup>.

Destaca-se que, enquanto a liminar concedida na ação direta de inconstitucionalidade suspende a eficácia do ato impugnado, já na ação declaratória de constitucionalidade a concessão de liminar força a suspensão dos processos que versem sobre a mesma questão nas instâncias inferiores. De fato, “na ação direta de inconstitucionalidade a concessão da liminar atua sobre a eficácia da norma ou do ato; na declaratória, torna a eficácia do ato ou da norma de impossível apreciação pelos demais magistrados, implicando a suspensão do julgamento de todos os processos”<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 249 e 250.

<sup>85</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 383 e 384.

Assim, a concessão da medida cautelar na ação declaratória produz efeito vinculante, obrigando que as instâncias inferiores suspendam os processos que versem a mesma matéria da ação constitucional<sup>86</sup>.

Concedida a medida cautelar, o Supremo fará publicar em seção especial do Diário da Oficial da União a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de perda da sua eficácia (parágrafo único do art. 21 da Lei 9.868).

O prazo disposto no parágrafo único do art. 20 é o máximo para a publicação da decisão, podendo o Supremo comunicar imediatamente, por telegrama, o julgado aos presidentes dos Tribunais Regionais Federais e aos demais juízes federais, tornando-se a decisão obrigatória a partir da comunicação<sup>87</sup>.

O prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o julgamento definitivo da ação declaratória de constitucionalidade, sob pena de perda de eficácia da liminar, poderá ser ultrapassado se o Supremo não puder julgar nesse prazo o processo definitivamente, tratando-se aqui de um princípio programático. Outrossim, passado esse prazo, o Supremo poderá renovar a eficácia da decisão liminar<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 385.

<sup>87</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 393.

<sup>88</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 394 a 396.

## 1.4. Decisões e técnicas de decisão

### 1.4.1. Considerações iniciais

O art. 22 da Lei 9.868 impõe que a decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma somente será tomada se presentes pelo menos 8 (oito) Ministros na sessão.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em análise será declarada por decisão da maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, qual seja, 6 (seis) Ministros (art. 23 da Lei 9.868). Caso não seja alcançado o quorum para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em apreço, o julgamento será suspenso e aguardar-se-á o comparecimento dos Ministros ausentes, até que seja atingido o número necessário para a decisão (parágrafo único do art. 23 da Lei 9.868).

O art. 24 da Lei 9.868 consagra o caráter dúplice (item 1.1.1) da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade, sendo que a procedência produzirá efeitos equivalentes a improcedência da outra.

O art. 25 estabelece que julgada a ação, independente do resultado do julgamento<sup>89</sup>, deverá ser feita, obrigatoriamente, a comunicação ao órgão ou autoridade responsável pela expedição do ato.

Por sua vez, o art. 26 da Lei 9.868 prevê a irrecorribilidade da decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade, salvo a interposição de embargos de declaração. Tal artigo prevê,

---

<sup>89</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 401.

ainda, a impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra as decisões proferidas no controle abstrato.

Os embargos de declaração, previstos no art. 26, deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias e só podem ser interpostos pelas partes no processo do controle abstrato. Não se admite embargos de declaração com efeitos infringentes. São cabíveis embargos declaratórios para explicitar os efeitos da decisão<sup>90</sup>.

Outrossim, o art. 28 da Lei 9.868 determina que, no prazo máximo de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo deverá publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

#### 1.4.2. Declaração de nulidade

No julgamento de mérito o Supremo poderá declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Declarada a inconstitucionalidade da norma, via de regra, esta será reputada nula e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade serão *ex tunc*, retroagindo até a entrada em vigor da norma<sup>91</sup>. Todavia, admite-se a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em função do interesse social ou da segurança jurídica, conforme o art. 27 da Lei 9.8686 (tratado adiante no item 1.5.1).

A declaração de nulidade da norma inconstitucional pode ser total ou parcial.

<sup>90</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 401 e 402.

<sup>91</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 404.

A declaração de nulidade total é proferida em decorrência de vícios formais na produção da norma ou em razão de uma relação de dependência entre os diversos dispositivos constitucionais e inconstitucionais da norma, de modo que retirando alguns dispositivos a norma perderia sentido ou mudaria a intenção inicial do legislador<sup>92</sup>.

Já a declaração de nulidade parcial, ocorre somente normas divisíveis, onde declarar-se-á a nulidade apenas das partes eivadas do vício de inconstitucionalidade, preservando-se o restante, desde que não seja modificada a vontade do legislador. É possível, ainda, a declaração parcial de nulidade sem redução do texto da norma quando o Tribunal considera inconstitucional tão-somente a aplicação da norma em determinadas situações (a interpretação conforme à Constituição, item 1.4.3, em certos casos, leva a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto da norma)<sup>93</sup>.

#### *1.4.3. Interpretação conforme a Constituição*

A interpretação conforme à Constituição ocorre quando o Supremo Federal declara a legitimidade da norma objeto do controle concentrado desde que interpretada em conformidade com a Constituição Federal. Normalmente, quando usa esta técnica de decisão, o Supremo incorpora, sucintamente, o resultado da interpretação na parte dispositiva do julgado<sup>94</sup>.

Tal técnica de decisão fundamenta-se na supremacia da Constituição, o que obriga que as demais normas jurídicas sejam interpretadas em conformidade com a

<sup>92</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 341 e 342.

<sup>93</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 342 e 343.

<sup>94</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 346 a 351.

Carta Magna. Ademais, presume-se também que o legislador não visava promulgar uma lei inconstitucional. Contudo, a interpretação conforme à Constituição é inadmissível nos casos em que afrontar a expressão literal do texto da norma e nos casos que alterar a intenção originária do legislador<sup>95</sup>.

Interpretação conforme à Constituição é diferente de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Com efeito, quando se enfatizar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, o Tribunal deve utilizar a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de ser tecnicamente mais adequada, é dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a determinada hipótese). Já a interpretação conforme à Constituição, deverá ser utilizada quando se pretender declarar a constitucionalidade da lei<sup>96</sup>.

#### *1.4.4. Prazo para impugnar o ato declarado inconstitucional*

A ação direta de inconstitucionalidade não está vinculada a qualquer prazo prescricional ou decadencial, haja vista que as normas inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso de tempo<sup>97</sup>. Entretanto, o ato concreto fundamentado na norma inconstitucional não poderá ser impugnado a qualquer tempo, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

<sup>95</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 413 e 414.

<sup>96</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 414 a 419.

<sup>97</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 242.

Dessa maneira, apesar da declaração de inconstitucionalidade gerar, por consequência, a nulidade da norma desde a sua vigência, não se poderá eivar de nulidade todos os atos baseados na norma inconstitucional. Em proteção ao princípio da segurança jurídica, aplica-se o instituto da preclusão, onde somente poderão ser modificados os atos concretos passíveis de revisão ou impugnação, além da exceção consubstanciada na sentença condenatória penal<sup>98</sup>.

Admite-se, contudo, no prazo de 2 (anos) a contar do trânsito em julgado da decisão, a propositura de ação rescisória para modificar o julgado proferido com base em uma lei declarada inconstitucional. Ainda, a execução de uma decisão fundada em lei declarada inconstitucional poderá ser obstada tanto por ação rescisória como por embargos à execução<sup>99</sup>.

#### *1.4.5. Declaração de constitucionalidade*

A declaração de constitucionalidade da norma objeto da ação constitucional pelo Supremo, por procedência da ação declaratória ou improcedência da ação direta, acaba com as dúvidas existentes a respeito da aplicação da norma e vincula os demais órgãos do Judiciário a adotar este entendimento.

Destaca-se, neste ponto, a técnica de decisão consubstanciada na declaração de constitucionalidade da “lei ainda constitucional” que seria uma lei constitucional de acordo com a situação fática no momento da decisão, porém, com a

<sup>98</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 420 e 538 a 541.

<sup>99</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 421 e 422.

alteração da realidade poderá decretar-se a inconstitucionalidade da lei reputada constitucional anteriormente<sup>100 - 101</sup>.

## 1.5. Efeitos das decisões

### 1.5.1. *Efeitos ex tunc e ex nunc*

A declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como regra, possui efeitos *ex tunc*, sendo a lei ou o ato normativo inconstitucional nulo de pleno direito desde a sua introdução no ordenamento jurídico<sup>102</sup>.

Todavia, a aplicação do efeito *ex tunc*, quando da declaração de inconstitucionalidade, não se mostrava compatível com todas as situações enfrentadas pelo Supremo (como no caso da “lei ainda constitucional” – item 1.4.5), podendo, em determinados casos, gerar uma situações confrontantes com a vontade constitucional<sup>103</sup>.

Assim, o art. 27 da Lei 9.868 introduziu o efeito *ex nunc* no controle abstrato e possibilitou que o Supremo Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Contudo, como a atribuição de efeito *ex nunc* à norma inconstitucional tem caráter excepcional, a restrição dos efeitos deverá ser

<sup>100</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 425 a 432.

<sup>101</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 70.154/HC 70.154/RS. DJ. 27/06/1997. p. 30.225.

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 394 e 395.

<sup>103</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 332 e 333.

aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a 8 (oito) ministros<sup>104</sup>.

Portanto, a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade obedece a critérios jurídicos e não políticos<sup>105</sup>, assim o efeito *ex nunc* será aplicado somente se observado o requisito formal da maioria qualificada (dois terços do Tribunal, ou seja, 8 (oito) ministros) e o requisito material da presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social<sup>106</sup>.

O §2º do art. 102 da Constituição Federal, assim como o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868, estabelecem que as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, federal, estadual e municipal.

Ressalta-se, por fim, que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode ser aplicada ao sistema difuso<sup>107</sup>.

### 1.5.2. Eficácia erga omnes

As decisões definitivas de mérito, tanto as proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade como nas ações declaratórias de constitucionalidade, conforme o § 2º

<sup>104</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 483 a 485.

<sup>105</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 395.

<sup>106</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 690.

<sup>107</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 396 a 400.

do art. 102 da Constituição Federal e o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868, têm eficácia *erga omnes* ou contra todos.

A eficácia *erga omnes* é um instituto de direito processual e como consequência tem-se que uma mesma questão não poderá ser submetida por mais de uma vez ao Supremo Tribunal Federal. Ademais, proferida decisão definitiva de mérito pelo Supremo no controle concentrado, os demais órgãos do Judiciário ficarão obrigados a seguir esse entendimento<sup>108</sup>.

Entretanto, nos casos onde houver significativa mudança da situação fática, da realidade normativa ou da orientação jurídica dominante, é possível submeter novamente uma questão ao Supremo Tribunal Federal, que poderá mudar seu entendimento<sup>109</sup>.

Outrossim, a eficácia *erga omnes* elimina a ultra-atividade da norma declarada inconstitucional, observando-se, porém, o instituto da preclusão. Logo, os atos praticados com fundamento na lei declarada inconstitucional e não mais sujeitos à revisão ou impugnação não poderão ser modificados, enquanto que os atos baseados na lei declarada inconstitucional e passíveis de impugnação ou revisão poderão ser modificados<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 535 e 536.

<sup>109</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 536 a 538.

<sup>110</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 538 a 541.

Por fim, a eficácia *erga omnes* não vincula o legislador, que poderá editar nova norma de conteúdo igual que a anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Neste caso, caberá nova ação direta de inconstitucionalidade contra esta norma<sup>111</sup>.

### 1.5.3. Efeito vinculante

O efeito vinculante encontra-se expresso no art. 102, §2º, da Constituição Federal, que determina que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O efeito vinculante também está previsto no art. 29, parágrafo único, da Lei 9.868.

O efeito vinculante tem como objetivo primordial conferir maior eficácia às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, outorgando força vinculante à parte dispositiva e também aos fundamentos determinantes da decisão<sup>112</sup>.

Logo, proferida uma decisão definitiva de mérito pelo Supremo no controle concentrado de constitucionalidade, todos os órgãos do Judiciário e do Executivo deverão atuar em conformidade com a interpretação constitucional do Supremo. Destaca-

---

<sup>111</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 540 e 541.

<sup>112</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 542.

se, ainda, a impossibilidade de controle difuso pelos demais órgãos do Judiciário quando houver decisão definitiva de mérito proferida pela Corte Constitucional<sup>113</sup>.

A não observância do efeito vinculante por autoridades administrativas e por magistrados caracteriza grave violação do dever funcional (CPC, art. 133). Todavia, o efeito vinculante não se aplica ao próprio Supremo<sup>114</sup> nem ao Poder Legislativo<sup>115</sup>.

Em caso de descumprimento das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo no controle concentrado de constitucionalidade é cabível a propositura de reclamação (CF, art. 102, I) endereçada ao próprio Supremo para garantir a autoridade de suas decisões<sup>116</sup>.

#### *1.5.4. Eficácia erga omnes e efeito vinculante nas cautelares*

As decisões concessivas de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante<sup>117</sup>.

O deferimento da liminar na ação declaratória de constitucionalidade irá suspender os julgamentos, nas instâncias inferiores, que versem sobre a aplicação da lei impugnada no controle abstrato, até que o Supremo decida definitivamente a questão. Já a

<sup>113</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 690.

<sup>114</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 2.675/PE. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão 27/11/2003.

<sup>115</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Rcl-AgR 2.617/MG. Relator: Min. Cezar Peluzo. DJ. 20/05/2005. p. 7

<sup>116</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Rc-AgR 1.880/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ. 19/03/2004. p.17.

<sup>117</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC-MC 12/DF. Relator: Min. Carlos Britto. DJ. 01/09/2006 p. 15; Rcl. 935/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ. 17/10/2003. p. 14. e ADC-MC 8/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ. 04/04/2003. p.38.

concessão da medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade suspenderá a eficácia da norma impugnada até a decisão final de mérito<sup>118</sup>.

Finalmente, salienta-se que os efeitos da denegação da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade mostram-se controversos. Gilmar Ferreira Mendes, entende que nestas situações há “de se adotar fórmula semelhante à prevista no art. 21 da Lei n. 9.868/99, para a ação declaratória de constitucionalidade: determina-se a suspensão dos julgamentos que envolvam a aplicação da lei até a decisão final do Supremo Tribunal sobre a controvérsia constitucional”. Dessa forma, proteger-se-ia a segurança jurídica, sem conceder, de início, efeito vinculante a decisão denegatória da cautelar<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 249 e 250. e MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 553 a 561.

<sup>119</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 565.

## 2. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REPETIÇÃO DE INDÉBITO

### 2.1. Considerações gerais

O ordenamento jurídico brasileiro é formado por um conjunto de normas dispostas hierarquicamente. Nesta disposição hierárquica, a Constituição Federal é a lei fundamental do Estado, a norma suprema, de maior hierarquia, ocupando o ápice da pirâmide jurídica.<sup>120</sup>

Por conseguinte, as demais normas jurídicas para serem válidas devem estar em harmonia com a Constituição. Assim, as normas que violam e estão em desarmonia com a Constituição Federal são consideradas inconstitucionais.

No direito brasileiro prevalece a teoria da nulidade da lei inconstitucional, que vem sendo sustentada por praticamente todos os grandes constitucionalistas, que equiparam inconstitucionalidade com nulidade<sup>121</sup>. Logo, a lei declarada inconstitucional é considerada nula de pleno direito e possui eficácia *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagem para a entrada em vigor da norma inconstitucional. Dessa forma, a lei declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade não poderá produzir mais efeitos e, além disso, todos os atos pretéritos que a tiveram por fundamento estarão eivados de iliceidade<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33 a 36.

<sup>121</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

<sup>122</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321.

Ressalva-se, porém, que a nulidade da norma inconstitucional e a eficácia *ex tunc* não é absoluta, pois o art. 27 da Lei 9.868 introduziu o efeito *ex nunc* no controle abstrato e possibilitou que o Supremo Tribunal, excepcionalmente, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado<sup>123</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade, no controle concentrado, da norma impositiva tributária atinge diversos institutos do Direito Tributário, como o lançamento, a repetição de indébito, as sanções e a prescrição e decadência. Neste presente trabalho, limitar-se-á o estudo à repetição de indébito quando da declaração de inconstitucionalidade da lei impositiva tributária.

## **2.2. Controle de constitucionalidade concentrado da norma tributária**

No Direito Tributário brasileiro, a norma impositiva tributária, isto é, aquela que institui um tributo através da descrição da sua hipótese de incidência e prescrição dos seus critérios constitutivos, é complexa, vez que é formada por diversos dispositivos normativos. Portanto, a lei impositiva tributária necessita de um dispositivo constitucional, autorizando a instituição do tributo e estipulando seus limites, e de uma norma infraconstitucional, que criará o tributo em concreto<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 483 a 485.

<sup>124</sup> OLIVEIRA, Angelina Mariz de. **Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 63 e 64.

Logo, para a lei impositiva tributária, que institui tributos, ser válida, é necessário que aquela esteja de acordo com a Constituição. Em outras palavras, para a exigência de um tributo não basta apenas a previsão da hipótese de incidência em uma lei formal, exige-se, ainda, que a lei veiculadora da hipótese de incidência esteja de acordo com normas e princípios constitucionais<sup>125</sup>.

Destaca-se, ainda, que somente pode ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade a lei impositiva tributária, enquanto norma geral e abstrata. Em contraposição, o ato de cobrança do tributo e o lançamento devem ser objeto do controle difuso de constitucionalidade<sup>126</sup>.

Ainda, para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade, exige-se tão-somente que a lei impositiva tributária esteja vigente, mas sem necessidade de eficácia. Explica-se: a vigência da norma tributária, por meio de sua publicação, já possibilita a previsão de sua aplicação, mesmo que ainda não seja eficaz pela não ocorrência do fato gerador. Dessa maneira, não se faz necessário a ocorrência do fato gerador e o surgimento do tributo em concreto para deflagrar-se o controle concentrado de constitucionalidade<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> GRECO, Marco Aurélio e PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição de indébito**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 12.

<sup>126</sup> OLIVEIRA, Angelina Mariz de. **Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 63 a 68.

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Angelina Mariz de. **Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 63 e 68.

## 2.2. Repetição de indébito

O Código Tributário Nacional regulamenta a repetição de indébito em seu artigo 165.

A repetição de indébito “é uma relação jurídica, por força da qual o Fisco fica adstrito a devolver ao sujeito passivo da obrigação tributária o tributo indevido”. Esta relação jurídica surge do pagamento indevido, de um lado o contribuinte tem direito subjetivo à repetição do indébito e, de outro, o Fisco encontra-se obrigado a devolver o tributo pago indevidamente.<sup>128</sup>

Paulo Roberto Lyrio Pimenta, assim como Paulo de Barros Carvalho<sup>129</sup> e José Souto Maior Borges<sup>130</sup>, entendem que a repetição de indébito, ou a categoria tributo indevido, tem natureza tributária, haja vista que o pagamento indevido se enquadra nos requisitos do artigo 3º do Código Tributário Nacional, pois o atributo do pagamento ser devido não é elemento do conceito de tributo<sup>131</sup>.

Em contraposição, Luciano Amaro entende que a repetição de indébito não se cuida de tributo, mas de uma prestação de fato de valores recolhidos indevidamente

<sup>128</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 122 e 123.

<sup>129</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 307 Apud PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 123.

<sup>130</sup> BORGES, Souto Maior. **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**. vol. IV, Lançamento Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 213 a 219. Apud PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 123.

<sup>131</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 123.

a este título, pois “se inexistia obrigação tributária, de igual modo não havia sujeito ativo, nem sujeito passivo, nem tributo devido”<sup>132</sup> - <sup>133</sup>.

O fundamento do direito à repetição de indébito encontra-se no princípio do locupletamento sem causa<sup>134</sup>. Gabriel Lacerda Troianelli relaciona o direito do contribuinte à repetição de indébito com o direito à propriedade e ao devido processo legal, bem como aos princípios da moralidade e da legalidade<sup>135</sup>.

O exercício do direito do contribuinte à repetição de indébito deve ser formalizado por meio de um procedimento, administrativo ou jurisdicional, independente de prévio protesto.

O procedimento jurisdicional inicia-se com o ajuizamento, por parte do contribuinte, da ação de repetição de indébito, que segue rito ordinário e tem como objeto a condenação da Fazenda a restituir o tributo pago indevidamente<sup>136</sup>.

De acordo com o artigo 165 do Código Tributário Nacional, as hipóteses de repetição do indébito tributário são as seguintes: I- cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido; II- erro decorrente da identificação do sujeito

<sup>132</sup> AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 419.

<sup>133</sup> De igual entendimento: BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 576 Apud PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 123. e PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2005. p. 1143.

<sup>134</sup> AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 420.

<sup>135</sup> TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Fundamentos constitucionais do direito ao ressarcimento do indébito tributário**. RDDT, n. 27, dezembro/97. p. 24 Apud PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2005. p. 1143.

<sup>136</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 465.

passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na conferência de documentos; e, III- reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Segundo Aliomar Baleeiro, “os tributos resultantes da inconstitucionalidade, ou de ato ilegal, são os casos mais freqüentes do inciso I do art. 165”<sup>137</sup>.

Em contraposição, Paulo Roberto Lyrio Pimenta entende o Código Tributário Nacional não tratou da hipótese de repetição de indébito decorrente da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado. No entanto, a falta de previsão legislativa não constitui óbice à repetição do indébito decorrente da declaração de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, vez que a restituição, nesse caso, fundamenta-se na própria Constituição Federal e nos princípios da legalidade, moralidade, boa-fé, nulidade da norma inconstitucional e da proibição do enriquecimento sem causa<sup>138</sup>.

### **2.3. Repetição de indébito decorrente de declaração de inconstitucionalidade**

#### *2.3.1. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex tunc*

Como já exposto anteriormente, a teoria da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro e vem sendo sustentada por praticamente todos os grandes constitucionalistas, que equiparam inconstitucionalidade

<sup>137</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 881. Apud PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 125

<sup>138</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 125 a 127.

com nulidade<sup>139</sup>. Logo, a lei declarada inconstitucional é considerada nula de pleno direito e possui eficácia *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagem para a entrada em vigor da norma inconstitucional. Dessa forma, a lei declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade não poderá produzir mais efeitos e, além disso, todos os atos pretéritos que a tiveram por fundamento estarão eivados de iliceidade<sup>140</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *ex tunc* é a regra. Assim, a lei ou o ato normativo inconstitucional é nulo de pleno direito desde a sua introdução no ordenamento jurídico<sup>141</sup>.

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade da lei impositiva tributária, com efeitos retroativos, demonstra que o pagamento efetuado pelo contribuinte foi indevido e a cobrança do tributo pela Fazenda estava eivada de nulidade. Assim, diante da nulidade da norma impositiva tributária que ocasionou, conseqüentemente, a nulidade da cobrança do tributo e o pagamento indevido, se faz necessário a recomposição do *status quo ante*, com a devolução por parte da Fazenda do tributo, recebido com base em norma inconstitucional, ao contribuinte<sup>142</sup>.

### 2.3.2. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*

Com a evolução do direito constitucional e a maior complexidade das relações jurídicas, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade absoluta da lei

<sup>139</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

<sup>140</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321.

<sup>141</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 394 e 395.

<sup>142</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 126 e 127.

inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Há, inclusive, situações onde a aplicação continuada da norma por grande lapso temporal torna quase impossível a declaração de sua nulidade absoluta<sup>143</sup>, o que acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando a insegurança jurídica.

Para resolver este problema o art. 27 da Lei 9.868 veio a possibilitar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, tal dispositivo introduziu o efeito *ex nunc* no controle abstrato e possibilitou que o Supremo Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado<sup>144</sup>.

Contudo, como a atribuição de efeito *ex nunc* à norma inconstitucional tem caráter excepcional, a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a 8 (oito) ministros.

Entretanto, a possibilidade de temperar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei impositiva tributária tem gerado grandes divergências, pois a produção de efeitos somente a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento posterior que venha a ser fixado impede que o contribuinte possa reaver o pagamento do tributo inconstitucional.

---

<sup>143</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487.

<sup>144</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 483 a 485.

Neste caso, se verifica que o Estado, enquanto autor da lei inconstitucional, cobrou e arrecadou tributos inconstitucionais se beneficiando de um ato inconstitucional praticado por ele próprio.

Assim, Ives Gandra Martins é contra a aplicação da eficácia *ex nunc* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade na seara tributária, pois esta aplicação pode gerar a “irresponsabilidade impositiva, fazendo com que exações inconstitucionais, mesmo após o reconhecimento desses vícios por decisão definitiva da Suprema Corte, tenham seus inconstitucionais efeitos perpetuados, em benefício do Estado”<sup>145</sup>.

No mesmo sentido, Helenilson Cunha Pontes entende que declarada a inconstitucionalidade da lei tributária instituidora de tributo se faz necessário a devolução integral do tributo arrecadado com base naquela. Para Helenilson Cunha Pontes, é imperativa a devolução do tributo arrecadado com base em lei inconstitucional, não sendo admitida a modulação de efeitos da decisão e nem a adoção de razões de Estado, como a dificuldade financeira, “caso contrário estar-se-ia promovendo uma tentadora oportunidade para a proliferação de inconstitucionalidades úteis, isto é, exigências de tributos inconstitucionais e não devolvidos após a declaração de tal vício de validade pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 308.

<sup>146</sup> PONTES, Cunha Helenilson. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 80 e 81.

Ainda, Luís Roberto Barroso também alerta para o perigo de que a hipótese excepcional de restringir os efeitos da inconstitucionalidade vire regra, manipulada pelas “razões de Estado”<sup>147</sup>.

Em contraposição, Paulo Roberto Lyrio Pimenta entende que a modulação dos efeitos quando da declaração de inconstitucionalidade é aplicada no direito tributário da mesma maneira que em outras questões. Ademais, o doutrinador ressalta que quando o Supremo Tribunal Federal se deparar com uma situação excepcional onde o princípio da proporcionalidade afastar os princípios da legalidade, moralidade, boa-fé, nulidade da norma inconstitucional e enriquecimento sem causa, para atingir um fim protegido pela Constituição, poderá atribuir-se a norma inconstitucional efeitos não retroativos<sup>148</sup>.

Octavio Campos Fischer também se posiciona a favor da possibilidade de aplicação de efeitos *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade envolvendo matéria tributária no controle concentrado. Ademais, Octavio Campos Fischer entende que a “reserva do possível” e a impossibilidade do Estado de restituir o tributo instituído por lei inconstitucional em razão de dificuldades financeiras autoriza a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade<sup>149</sup>.

Já, Oswaldo Luiz Palu é adepto do posicionamento de que o artigo 27 da Lei 9.868/99 é parcialmente inconstitucional, pois a parte final do dispositivo permite que

<sup>147</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.

<sup>148</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 96 e 129.

<sup>149</sup> FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 280.

uma lei inconstitucional continue a ser aplicada em casos futuros<sup>150</sup>. Logo, a restrição dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade é possível, tendo o prazo final a publicação da decisão e daí por diante não seria mais possível aplicar-se a norma inconstitucional.

Portanto, sem adentrar-se no mérito a respeito da constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, que está sendo impugnado pelas ADIns 2.154 e 2.258, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, e considerando-se possível a restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em questões tributárias, a repetição do indébito tributário não é cabível quando o Supremo Tribunal Federal atribuir efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade da lei impositiva tributária<sup>151</sup>.

### 2.3.3. *Requisitos da repetição de indébito do tributo inconstitucional*

Portanto, diante do exposto, conclui-se que são requisitos para a repetição de indébito do tributo inconstitucional: 1) declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, no controle concentrado; 2) definitividade e imutabilidade da decisão; 3) publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade no Diário de Justiça no Diário Oficial da União, conforme preceito do artigo 28 da Lei 9.868/99; 4) subsunção do contribuinte à norma declarada inconstitucional, isto é, o contribuinte deve estar submetido à hipótese de incidência da norma inconstitucional e, por fim, 5) o contribuinte deve ter

<sup>150</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 186 e 187.

<sup>151</sup> Neste caso, há que se analisar se a limitação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a consequente vedação à repetição de indébito ofende a direitos fundamentais do contribuinte.

pago o tributo inconstitucional, vez que a repetição de indébito somente surge com o pagamento indevido<sup>152</sup>.

#### 2.4. Efeito *ex tunc* contra os contribuintes

Outro ponto importante a ser abordado é a possibilidade ou não de declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, da lei mais benéfica ao contribuinte. Assim, há de se analisar a existência de direito do Fisco em cobrar tributos ou diferenças de pagamento em decorrência da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos retroativos, da lei mais benéfica ao contribuinte.

Pela aplicação princípios da segurança jurídica e da boa-fé, fica manifesta a impossibilidade de agravamento da situação do contribuinte em decorrência da declaração de inconstitucionalidade. Com efeito, se o contribuinte cumpriu a obrigação tributária, não poderá a Fazenda pleitear a cobrança de novos tributos ou de acréscimos em razão da invalidação do lançamento por ofensa à segurança jurídica. Ainda, a atuação com boa-fé do contribuinte, que efetuou o pagamento do tributo, impede a revisão do lançamento tributário em face da declaração de inconstitucionalidade da norma mais benéfica ao contribuinte<sup>153</sup>.

Logo, o contribuinte não poderá ter sua situação agravada pela retroatividade da norma tributária em decorrência da declaração de inconstitucionalidade, haja vista os princípios protetivos da segurança jurídica, da boa-fé.

---

<sup>152</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 128 a 130.

<sup>153</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 158.

Outrossim, há de se mencionar o princípio da irretroatividade e o princípio da anterioridade tributária. Assim, a declaração de inconstitucionalidade da norma mais benéfica ao contribuinte vai acarretar a vigência da norma anterior, porém esta só poderá produzir efeitos a partir do próximo exercício financeiro, caso acarreta a majoração de tributos submetidos ao princípio da anterioridade, ou a partir de noventa dias contados da publicação da decisão de inconstitucionalidade, caso acarrete a majoração de contribuições sociais e outros tributos submetidos ao princípio da noventena<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 274 a 279.

## CONCLUSÃO

Primeiramente, pode-se concluir que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado, tem, em regra, efeitos *ex tunc*, o que acarreta a nulidade da lei ou do ato normativo desde a sua entrada em vigor e a desconstituição de seus efeitos.

No entanto, admite-se, em caráter excepcional, a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos ministros, desde que para a preservação da segurança jurídica ou de relevante interesse social. Assim, a declaração de inconstitucionalidade produzirá efeitos a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior que venha a ser fixado pelo Supremo quando da decisão.

Por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, da norma impositiva tributária acarreta a nulidade da exigência do tributo e comprova que o pagamento efetuado pelo contribuinte foi indevido. Dessa maneira, sendo nula a norma impositiva tributária e indevido o pagamento realizado pelo contribuinte, nasce o direito do contribuinte à repetição de indébito e faz-se necessária a restituição do tributo inconstitucional.

De maior dificuldade é a apreciação da possibilidade de repetição de indébito quando da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc*, da norma impositiva tributária. Partindo-se da premissa que o artigo 27 da Lei 9.868/99 é constitucional e admitindo-se a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade,

há de se concluir que a repetição do indébito tributário não é cabível quando o Supremo Tribunal Federal atribuir efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade da lei impositiva tributária. Entretanto, é necessário ressaltar que na presente conclusão da impossibilidade de repetição de indébito quando da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, não está se considerando uma possível afronta aos direitos fundamentais dos contribuintes.

Por fim, registra-se que o contribuinte não pode ter sua situação agravada em decorrência da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, de uma lei mais benéfica. De fato, os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da irretroatividade, deixam clara a impossibilidade de agravamento da situação do contribuinte em decorrência da declaração de inconstitucionalidade. Logo, a declaração de inconstitucionalidade da norma mais benéfica ao contribuinte só poderá produzir efeitos a partir do próximo exercício financeiro, caso acarreta a majoração de tributos submetidos ao princípio da anterioridade, ou a partir de noventa dias contados da publicação da decisão de inconstitucionalidade, caso acarrete a majoração de contribuições sociais e outros tributos submetidos ao princípio da noventena.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- GRECO, Marco Aurélio e PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição de indébito**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Elementos para uma teoria do processo objetivo de defesa da Constituição*. In: FÉRES, Marcelo Andrade & CARVALHO, Paulo Gustavo M. **Processo nos Tribunais Superiores**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 339 a 342.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Angelina Mariz de. **Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2005.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.
- PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2005.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. GRECO, Marco Aurélio. **Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição de indébito**. São Paulo: Dialética, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.