O ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: EFICÁCIA E EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA VIA DO CONTROLE DIFUSO E O PAPEL DO SENADO FEDERAL

PROPOSITION X, OF ART. 52 OF THE FEDERAL CONSTITUTION: EFFECTIVENESS AND THE EFFECT OF BRAZILIAN SUPREME COURT DECISIONS IN THE DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND THE FEDERAL SENATE ACTS

ANTONIO CARLOS FAUSTINO (*)
MARCELO DOS SANTOS BASTOS (**)

Recebido para publicação em 02.07.2008

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O texto constitucional de 1988 e o papel do Senado Federal; 3. Sistemática do controle concentrado ou abstrato; 4. Sistemática do controle difuso (incidental ou concreto); 5. Eficácia das decisões de inconstitucionalidade no controle difuso; 6. Efeitos das decisões de inconstitucionalidade no âmbito do STF; 7. A prescrição e o art. 52, X da CF; 8. Súmula vinculante e a repercussão geral; 9. Análise conclusiva; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem como tema a atual interpretação que vem sendo dada pelo Supremo Tribunal Federal ao dispositivo constante do inciso X, do art. 52 da Constituição Federal, em especial quanto à necessidade de comunicação ao Senado Federal quando, no controle de constitucionalidade pela via difusa, o Supremo declara a inconstitucionalidade da lei. A análise contempla a eficácia e os efeitos produzidos por essas decisões e o fenômeno da mutação que o texto constitucional vem sofrendo com o novo sentido atribuído pelo Supremo Tribunal Federal. Registra-se, ainda, a tendência de equiparação do sistema ao stare decisis norte-americano, com a adoção da súmula vinculante e da repercussão geral no controle difuso de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: controle difuso; eficácia; efeitos; inconstitucionalidade; Senado Federal.

ABSTRACT: The present study it has as subject the current interpretation that comes being given for the Brazilian Supreme Court to the constant device of interpolated proposition X, of art. 52 of the Federal Constitution, in special how much to the necessity of communication to the Federal Senate when, in the control of constitutionality for the diffuse way, the Supreme Court one declares the unconstitutionality of the law. The analysis contemplates the effectiveness and the effect produced for these decisions and the phenomenon of the mutation that the constitutional text comes suffering with new sense attributed for the Brazilian Supreme Court. It is registered, still, the trend of equalization of the system to stare decisis of United States of America, with the adoption of the binding abridgement and the general repercussion in the diffuse control of constitutionality.

KEY-WORDS: diffuse control; effectiveness; effect; unconstitutionality; Senate.

(*) Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru (SP), advogado, Chefe-Adjunto da Assessoria Jurídica do Banco do Brasil no Estado de São Paulo.

(**) Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru (SP).

1. INTRODUÇÃO

A presente análise tem como objeto o dispositivo constitucional inserido no inciso X, do art. 52, da Constituição Federal, que trata da competência privativa atribuída ao Senado Federal, para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A evolução dos mecanismos de controle de constitucionalidade ao longo dos anos bem como a concentração de atribuições da jurisdição constitucional no âmbito do STF têm aproximado cada vez mais o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade do sistema norte-americano denominado *stare decisis*, pelo qual há vinculação mais intensa aos precendentes da Suprema Corte do que ao livre convencimento do magistrado, característica do sistema brasileiro, originária da formação romanista do sistema jurisidicional brasileiro.

Essa evolução sistêmica gradual fez com que a necessidade de intervenção do Senado Federal no controle de constitucionalidade, mesmo que pela via incidental, se esvaziasse, dando origem a críticas doutrinárias freqüentes sobre essa participação, que cada vez mais mostra-se destituída de sentido frente à atribuição exclusiva do Supremo de guardião da Constituição.

Observa-se que cada vez mais se intensifica o poder e a eficácia vinculante e *erga omnes* das decisões do Pretório Excelso. Longe da pretensão de esgotarmos o debate sobre o tema, nossa singela contribuição científica objetiva tornar mais evidente a controvérsia e despertar-lhe o interesse, contribuindo, assim, para sua fixação e conseqüente tomada de posição frente à constante mutação que vem sendo observada na prática da jurisdição constitucional brasileira.

2. O TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988 E O PAPEL DO SENADO FEDERAL.

O dispositivo constitucional ora analisado tem o seguinte texto:

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

Esse dispositivo constitucional, com poucas alterações, vem sendo repetido no texto das Constituições brasileiras desde 1934, a partir da qual se concebeu ao Senado Federal a missão de garantidor da observância do princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário, atuando no controle difuso, até então preponderante, decidia pela

inconstitucionalidade da lei, tendo como corolário desse princípio, que somente por lei é que se poderia revogar outra lei. Essa seria a lógica do papel do Senado no controle difuso da constitucionalidade[1].

3. SISTEMÁTICA DO CONTROLE CONCENTRADO OU ABSTRATO.

O controle de constitucionalidade no Brasil é misto[2], feito ora por via de ação (abstrato/político), ora por exceção (concreto/judicial). No sistema abstrato o Senado Federal não tem qualquer atuação. Nas ações diretas de inconstitucionalidade, as decisões do STF estão dispensadas da comunicação ao Senado, por força do que aquela Corte estabeleceu regimentalmente, desde abril de 1977[3].

4. SISTEMÁTICA DO CONTROLE DIFUSO (INCIDENTAL OU CONCRETO).

De regra, deve-se observar a determinação do Regimento Interno do STF, em consonância com o que dispõe o art. 52, X da CF, no sentido de que, se proferido acórdão em via de exceção, além das autoridades interessadas, deverá ser comunicado da decisão o Senado, após seu trânsito em julgado. Dissemos que essa é a regra, a qual vem sendo sistematicamente excepcionada na prática, em face do esvaziamento da função do Senado no controle difuso, dada a tendência de preponderância do controle concentrado, cujas decisões são dotadas de vinculação geral (eficácia *erga omnes*).

5. EFICÁCIA DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO.

Não há qualquer dúvida, em face do texto legal, quanto à eficácia *erga omnes* nas ações diretas decididas no controle concentrado. No que diz respeito ao controle difuso, a eficácia, de regra, é *incidenter tantum*, ou seja, restringe-se às partes do caso concreto decidido.

---

1 Segundo Sérgio Resende de Barros, *in* RIL 40/158: "(...) é imprescindível entender bem a origem e a lógica dessa competência peculiar, que resultou de uma variação inevitável na transplantação para o Brasil do modo norte-americano de controlar a conformidade das leis com a Constituição".

2 Oswaldo Luiz Palu esclarece, *in* Controle de Constitucionalidade, conceitos, sistemas e efeitos, 2ª ed. São Paulo: RT, 2001: "Não temos uma corte constitucional no padrão europeu, este o melhor sistema por estar a mesma em posição eqüidistante dos clássicos poderes; entregamos ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis. Quiçá um dia possamos dar um passo decisivo na estabilidade nas instituições e adotar um órgão não judiciário (corte constitucional) com integrantes escolhidos por modos diversificados e com mandatos certos para a função política de controle da constitucionalidade das leis".

3 Conforme Gilmar Ferreira Mendes, *in* RIL n. 41/162: "Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema, tendo firmado posição, em 1977, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato".

Porém, tal regra vem sendo excepcionada por força da re-interpretação dada pelo STF ao art, 52, X da CF, em razão da multiplicidade de processos com idêntico objeto, aflorados no sistema difuso[4]. Com isso tais decisões, com eficácia ampliada para todos, passaram a se generalizar, pois a fim de conter a gama de recursos extraordinários com identidade de objeto que atravancam a pauta do STF, viu-se como necessário emprestar um novo sentido interpretativo ao texto constitucional, considerada essa realidade, criando-se não somente eficácia vinculante às decisões do controle difuso, como também a sua eficácia *erga omnes*, haja vista esse novo sentido emprestado pela Corte Suprema ao texto do art. 52, X.

Para Gilmar Mendes, a *eficácia "erga omnes"* e o *efeito vinculante* deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos, cujos conceitos foram estabelecidos em justificação por ele apresentada (MARTINS, 2001: 337):

> "tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes... (...)* Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Grunde*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição."

6. EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO STF.

Na via do controle abstrato, é certo que a legislação que trata do controle jurisdicional de constitucionalidade delineia os contornos que o STF poderá emprestar aos efeitos das decisões, seja em caráter liminar, como permite o art. 11, § 1° da Lei 9.868/99 (*ex nunc*) ou definitivamente, momento em que poderá haver modulação dos efeitos, em vista de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (art. 27).

A regra para as decisões de inconstitucionalidade pelas vias direta e difusa é a retroatividade radical (*ex tunc*). Porém, observa-se com freqüência no controle difuso, a aplicação da modulação desses efeitos pelos Ministros do STF. Identificamos no controle difuso, em decorrência dessa modulação, os seguintes efeitos:

[4] Gilmar Ferreira Mendes, *Op. cit.*: "a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito".

a) transcendente é o efeito atribuído à decisão do STF no controle difuso, cuja fundamentação e parte dispositiva terão aplicação a todos os órgãos similares do país, sujeitos ao caráter normativo emprestado à decisão daquele caso concreto, isto porque transcende o interesse das partes[5] ;

b) ex nunc, no controle difuso, é o efeito emprestado à declaração de inconstitucionalidade comunicada pelo STF ao Senado, irradiado após a publicação da respetiva Resolução que lhe dá eficácia erga omnes;

c) pro futuro ou prospectivo, é o efeito atribuído pelo julgador, quando declara a inconstitucionalidade da lei, sem emprestar-lhe retroatividade, dadas relevantes razões de segurança jurídica, determinando que as relações jurídicas decorrentes se restabeleçam por ocasião de uma condição temporal futura[6];

d) ex tunc é o efeito decorrente da decisão que declara a inconstitucionalidade, cuja natureza é prodominantemente declaratória, não constitutiva. A nulidade fere-a ab initio, retroagindo os seus efeitos até o berço da lei. Torna a lei nati morta[7] .

Com a possibilidade de modulação, a teoria da nulidade da norma inconstitucional vem sendo relativizada pelo STF, em razão dos efeitos decorrentes da política judicial adotada.

7. A PRESCRIÇÃO E O ART. 52, X, DA CF.

Interessante a análise feita no âmbito do STJ para definir o termo *a quo* do prazo prescricional para repetição do indébito contra a Fazenda Pública, em decorrência de lei declarada inconstitucional em matéria tributária. Para definição do termo *a quo* do prazo prescricional, a Resolução do Senado Federal, publicada após a comunicação do Supremo, teve importância fundamental e foi decisiva para a formação do convencimento do Ministro Relator, Luiz Fux. Não há como deixar de transcrever referida decisão monocrática, dada sua relevância para o tema em análise:

5 Ao julgar o RE 197.917-SP, O STF estendeu à todas as Câmaras Municipais os efeitos do julgado, por meio de regulamentação do TSE.

6 Tal efeito foi estabelecido pelo STF no RE 197.917-SP Relator: Min. Maurício Correia, cuja questão tratava da camposição da Câmara de Vereadores do Município de Mira Estrela SP.

7 Cfe. Alfredo Buzaid, *in* Da Ação Direta, edição 1958, p. 132, *apud* STF - RE 93.356-5 MT – Relator: Min. Leitão de Abreu.

"Processo RESP 600676 Relator(a) Ministro LUIZ FUX

Data da Publicação DJ 29.04.2004 Decisão

RECURSO ESPECIAL Nº 600.676 - CE (2003/0189378-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : MARCOS ALEXANDRE TAVARES MARQUES MENDES E OUTROS

RECORRIDO : RAIMUNDO FERREIRA DA SILVA E OUTRO

ADVOGADO : JOÃO EVANGELISTA CUNHA PIRES

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE VEÍCULOS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. O sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil implica assentar que apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado têm efeitos erga omnes. Consectariamente, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem eficácia inter partes. Forçoso, assim, concluir que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, tratando-se de controle difuso, somente na hipótese de edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos erga omnes àquela declaração (CF, art. 52, X).

2. Ressalva do ponto de vista do Relator, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade somente tem o condão de iniciar o prazo prescricional quando, pelas regras gerais do CTN, a prescrição ainda não se tenha consumado. Considerando a tese sustentada de que a ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível, e em face da discricionariedade do Senado Federal em editar a resolução prevista no art. 52, X, da Carta Magna, as ações de repetição do indébito tributário ficariam sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido, violando o primado da segurança jurídica, e a fortiori, todos os direitos seriam imprescritíveis, como bem assentado em sede doutrinária: "Por isso, o controle da legalidade não é absoluto, exige o respeito do presente em que a lei foi vigente. Daí surgem os prazos judiciais garantindo a coisa julgada, e a decadência e a prescrição cristalizando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

(...)

Como a ADIN é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus

efeitos, estabilizando as relações jurídicas, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade da lei. O acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição. Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do

acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da actio nata. Trata-se de repetição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito. Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIN, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN." (Eurico Marcos Diniz de Santi. Decadência e Prescrição no Direito Tributário. São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, p. 271/277)

3. Submissão ao entendimento predominante da Primeira Seção do STJ, no julgamento do ERESP nº 423.994/MG, com a ressalva do relator de que essa tese não pode reabrir prazos prescricionais superados à luz do CTN. Destarte, naquele julgamento restaram assentados os seguintes termos iniciais da ação de repetição: a) quando no controle concentrado houver declaração de inconstitucionalidade, inicia-se a prescrição qüinqüenal da ação, do trânsito em julgado da declaração pelo STF; b) quando o controle for difuso, o termo inicial é a data da publicação da resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CF). Inexistindo resolução do Senado, aplicam-se as regras gerais de prescrição previstas no CTN; c) inocorrendo declaração de inconstitucionalidade, prevalece a tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), vale dizer, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um qüinqüênio, computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título do tributo.

4. A declaração da inconstitucionalidade do Decreto-lei 2.288/86 se deu no julgamento do Recurso Extraordinário 121.336/CE (controle difuso), publicado no DJ de 26/06/1992. Entretanto, a Resolução nº 50 do Senado Federal, consectária ao referido julgamento, e que suspendeu a execução dos arts. 11, II, III e IV, 13, 15 e 16 e § 2º, do mencionado Decreto-lei, foi publicada no Diário Oficial da União apenas em 10/10/1995, pelo que este é o termo inicial da prescrição da ação de repetição do indébito, perfazendo o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, em 10/10/2000.

5. Recurso especial provido (CPC, art. 557, § 1º-A). Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª

Região, assim ementado:

"Tributário. Empréstimo Compulsório sobre combustíveis e veículos. Decreto-lei n. 2.228/86. Inconstitucionalidade. Não ocorrência de prescrição. Direito à restituição. Apelo provido."

Em suas razões, a recorrente alega, em resumo, violação aos arts. 168 e 165 do CTN, uma vez que a Corte de origem afastou a ocorrência da prescrição da pretensão dos autores. Não foram oferecidas contra-razões. O recurso foi admitido na instância de origem Relatados, decido.

O recurso especial merece conhecimento, uma vez que a matéria foi devidamente prequestionada. Sobre a prescrição para a repetição de indébito de tributo declarado inconstitucional, esta Corte vinha enfrentando a matéria sem que houvesse qualquer diferenciação destacada entre as decisões proferidas no controle difuso e no controle concentrado de constitucionalidade. A respeito, confiram-se os precedentes abaixo:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE VEÍCULOS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86. INCONSTITUCIONALIDADE. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTO NOVO. IMPROVIMENTO.

- Conta-se do trânsito em julgado do Acórdão proferido pelo Pleno do STF, que julgou o RE nº 121.336-CE, em 17/10/90 e publicado no DJ de 26/06/97, declarando a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288/86, a contagem do prazo prescricional de 05 (cinco) anos para pleitear a repetição do indébito.

- Agravo regimental que se limita a repetir tese já enfrentada pela decisão recorrida.

- Improvido." (AGRESP 268.188/MT, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 11/06/2001) (grifo nosso)

"Tributário. Contribuição Previdenciária Incidente Sobre Remuneração Paga a Autônomos, Avulsos e Administradores. Compensação. Critérios. Índices De Correção Monetária. Leis 7787/90, 8212/91, 8177/91. ADIN 1102-2/DF.

(...)

2. A prescrição quinquenal para a compensação correspondente à contribuição previdenciária indevidamente recolhida sobre a remuneração dos trabalhadores avulsos, autônomos e administradores só começa a fluir após o julgamento da ADIN nº 1102-2/DF.

(...)

4. Recurso parcialmente provido." (RESP nº 181.398/MG, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 25.02.2002) (grifo nosso)

"TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEI INCONSTITUCIONAL.

1. Atende ao princípio da ética tributária e o de não se permitir a apropriação indevida, pelo Fisco, de valores recolhidos a título de tributo, por ter sido declarada inconstitucional a lei que o exige, considerar-se o início do prazo prescricional de indébito a partir da data em que o colendo Supremo Tribunal Federal declarou a referida ofensa à Carta Magna.

2. Recurso improvido." (RESP 200.909/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 01/07/99) (grifo nosso)

Todavia, mister enfrentar a questão à luz da eficácia da declaração de inconstitucionalidade num e noutro caso. No sistema adotado pelo Brasil, apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado têm efeitos erga omnes. Neste sentido, a lição do ilustre constitucionalista José Afonso da Silva:

"A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, importa em suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato, como veremos nas distinções feitas em seguida.

Em primeiro lugar, temos que discutir a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via da exceção, e que se resolve pelos princípios processuais. Nesse caso, a argüição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento incidenter tantum, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade, como já vimos." (Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 53/54) Ora, se a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso apenas tem efeitos inter partes, forçoso concluir que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito, quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, mesmo no controle difuso, quando da edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos erga omnes àquela declaração (CF, art. 52, X). Nesse mesmo sentido, o entendimento de Marco Aurelio Greco e Helenilson Cunha Pontes: "A declaração de inconstitucionalidade pode advir de um julgamento incidenter tantum proferido em processo de outro contribuinte. Ou seja, um contribuinte, por discordar da exigência, ingressa com algum tipo de processo judicial (suponhamos que antes do prazo de cinco anos do pagamento efetuado) e obtém êxito, a ponto de, naquele processo, ser declarada a inconstitucionalidade da lei. Olhemos da perspectiva dos demais contribuintes. Em relação a estes, esta declaração de inconstitucionalidade tem o efeito de deflagrar a fluência do prazo prescricional? A rigor, a pergunta não é exatamente esta, mas sim sobre um dado anterior, qual seja, saber se essa decisão tem o efeito de alterar a situação jurídica subjetiva de quem não foi parte naquele processo. Uma resposta possível é a de que a decisão incidenter tantum não produz efeitos em relação a terceiros. Portanto, numa primeira interpretação, pode-se sustentar que a declaração incidenter tantum não altera a situação jurídica subjetiva do contribuinte que pagou aquele tributo, mas não participou do processo em que houve a

respectiva declaração de inconstitucionalidade. A situação dos demais contribuintes somente será alterada se vier a ser editado um dentre outros dois tipos de atos jurídicos que apresentam eficácia geral e, portanto, atinjam todos os contribuintes, mesmo os que não participaram do processo específico. No âmbito federal, pode haver: a) uma Resolução do Senado suspendendo a execução da lei, nos termos do inciso X do artigo 52 da CF/88; ou b) um ato de caráter geral que reconheça a inconstitucionalidade e estenda, a todos os contribuintes que se encontrem na mesma situação, os efeitos do julgamento que a declarou. É o caso de Decreto do Presidente da República, de Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e de Súmula da Advocacia Geral da União." (Inconstitucionalidade da Lei Tributária - Repetição do Indébito.

São Paulo, Dialética, 2002, p. 71/72) Definidos os limites do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no controle difuso e no concentrado, subjaz ainda uma questão a ser analisada: tendo em vista que a Ação Direta de Inconstitucionalidade é imprescritível (Súmula 360 do STF), e em face da discricionariedade do Senado Federal em editar a resolução prevista no art. 52, X, da CF/88, ficariam as ações de repetição do indébito tributário sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido? Os que defendem

esta tese sustentam: a) não haver a lei regulando a prescrição da ação para pleitear a restituição de tributo inconstitucional, uma vez que os arts. 168 e 169 do CTN não se refeririam à ação com fundamento na inconstitucionalidade da lei; b) a presunção de constitucionalidade das leis impediria a afirmação da existência do direito à restituição do indébito antes da declaração da inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. Ora, a inconstitucionalidade da lei, no controle difuso, é causa petendi, e por isso o CTN a ela não se refere, mas tão-somente à ação de repetição, qualquer que seja a sua razão de ser. Por outro lado, a presunção de constitucionalidade das leis não é absoluta. Deveras, num sistema como o brasileiro, em que se admite o controle difuso, inúmeras são as ações em que os contribuintes pleiteiam a repetição sob a invocação incidenter tantum da inconstitucionalidade. Aliás, na hipótese vertente a declaração foi objeto de controle difuso em Recurso Extraordinário, consequentemente, no nosso sistema, não é necessário aguardar uma ação direta de inconstitucionalidade para repetir-se o tributo indevido. Em sendo possível discutir no controle difuso a legalidade do tributo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e em controle concentrado não tem o condão de reabrir prazos superados. A seguir esse raciocínio, vinte anos depois de incorporado o tributo ao erário, e satisfeitas necessidades coletivas com esses fundos, o Estado ver-se-ia instado a devolver as quantias sem que a contraprestação também ocorresse, gerando situação de enriquecimento por parte do cidadão em detrimento do Estado. Não é demais lembrar que a segurança jurídica opera-se pro et contra o cidadão e a Administração Pública. Esposando o entendimento acima delineado, afirmou Eurico Marcos Diniz de Santi que: "A máquina do tempo instalada no interior do direito não permite que seu operador navegue para o passado que quiser, o passado do direito é repleto de cavidades obstruídas pelo fluir do tempo que se tornam inacessíveis pelo próprio direito. Quando tomado como fato jurídico, o tempo cristaliza a trajetória de positivação no presente e consolida juridicamente o passado. No direito tributário, a segurança jurídica garante a consolidação do passado impondo ao Legislativo, que produz as leis, o limite da irretroatividade da lei; ao Executivo, que produz atos administrativos, o limite da decadência e ao Judiciário, que produz sentenças e acórdãos, o limite da prescrição. A segurança jurídica, portanto, promove a legalidade, garantindo o passado da lei, sem deixar de assumir a trajetória da lei no presente e os seus efeitos, ainda que no futuro essa lei deixe de ser lei. Como ensina GERALDO ATALIBA, os efeitos garantidos pela segurança jurídica são a coisa julgada não sujeita a recurso ou ação rescisória; o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Assim também entende RICARDO LOBO TORRES, quando diz que: 'a invalidade da lei declarada genericamente opera de imediato, anulando o presente os efeitos dos atos praticados no passado, salvo com relação à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido ou, o que é a mesma coisa, opera ex tunc relativamente a certos atos como, por exemplo, a sentença penal; no campo tributário, especificamente, isso significa que a declaração de inconstitucionalidade não atingirá a coisa julgada, o lançamento definitivo, os créditos prescritos (...)'. Por isso, o controle da legalidade não é absoluto, exige o respeito do presente em que a lei foi vigente. Daí surgem os prazos judiciais garantindo a coisa julgada, e a decadência e a prescrição cristalizando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. (...)

Como a ADIN é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo

indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis. A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, estabilizando as relações jurídicas, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade da lei. O acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição. Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da actio nata. Trata-se de repetição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito. Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIN, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN." (Decadência e Prescrição no Direito Tributário. São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, p. 271/277)

Por fim, cumpre destacar que a Lei 9.868/99, que regula o processo da declaração de inconstitucionalidade, introduziu, a propósito da sua eficácia temporal, importante inovação. Isto porque, após estabelecer como regra a eficácia ex tunc e vinculante do pronunciamento declaratório, permitiu ao E. STF dosar o grau de retroatividade em nome da "segurança jurídica", visivelmente consagrada no art. 28 do novel diploma.

Assim, o termo a quo da prescrição é a declaração de inconstitucionalidade erga omnes, desde que o prazo de prescrição, pelas regras gerais do CTN, não se tenha consumado. Entretanto, a Primeira Seção do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 423.994/MG, da relatoria do eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, decidiu, por maioria, afastar a tese de que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, ainda que com efeitos erga omnes, não pode reabrir prazos prescricionais superados, pelo que, tendo em vista a função uniformizadora da Corte, ressalvo o meu ponto de vista, acompanhando o entendimento predominante, no sentido de que é indiferente a consumação da prescrição, segundo os prazos do CTN, no momento em que declarada inconstitucional a exação. Naquele julgamento, restaram assentados os seguintes termos iniciais da ação de repetição:

a) quando no controle concentrado houver declaração de inconstitucionalidade, inicia-se a prescrição qüinqüenal da ação, do trânsito em julgado da declaração pelo STF;

b) quando o controle for difuso, o termo inicial é a data da publicação da resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CF).

Inexistindo resolução do Senado, aplicam-se as regras gerais de prescrição previstas no CTN;

c) inocorrendo declaração de inconstitucionalidade, prevalece a tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), vale dizer, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, contados a partir da

ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um qüinqüênio, computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título do tributo.

No caso dos autos, a declaração da inconstitucionalidade do Decreto-lei 2.288/86 se deu no julgamento do Recurso Extraordinário 121.336/CE (controle difuso), publicado no DJ de 26/06/1992. Entretanto, a Resolução nº 50 do Senado Federal, consectária ao referido julgamento, e que suspendeu a execução dos arts. 11, II, III e IV, 13, 15 e 16 e § 2º, do referido Decreto-lei, foi publicada no Diário Oficial da União apenas em 10/10/1995, pelo que este é o termo inicial da prescrição da ação de repetição do indébito, perfazendo o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, em 10/10/2000.

Eis o teor da citada Resolução:

"O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução dos arts. 11 e seus incisos II, III e IV; 13 e seus parágrafos; 15; 16 e seu § 2º; e da expressão "bem como dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários," no parágrafo único do art. 10, do Decreto-Lei nº 2.288, de 23 de julho de 1986, declarados inconstitucionais nos autos do Recurso Extraordinário nº 121.336.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário."

Assim, a pretensão dos autores se encontra atingida pela prescrição, uma vez que a ação foi ajuizada em 27/10/2000. Diante do exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao presente recurso especial para, reconhecendo a prescrição, julgar improcedente o pedido. Determino a inversão dos ônus sucumbenciais.

Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 17 de março de 2004.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator"

8. A SÚMULA VINCULANTE E A REPERCUSSÃO GERAL.

A súmula vinculante foi adotada para coibir a grande diversidade de decisões acerca de uma mesma matéria, principalmente quando o Supremo Tribunal Federal já tiver se manifestado reiteradas vezes sobre o tema[8].

No controle difuso de constitucionalidade, a súmula vinculará todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e terminará por alcançar o mesmo resultado que alcançaria a Resolução do Senado Federal prevista no art. 52, X da CF.

[8] Neste mesmo sentido: Andreo Aleksandro Nobre Marques, *in* RIL 43/170.

O instituto da repercussão geral impõe ao jurisdicionado, no controle difuso, um filtro para apreciação do recurso extraordinário, em especial aqueles com identidade de matérias cuja decisão encontra-se consolidada no âmbito do STF. Caso não haja demonstração de que a controvérsia jurídica apresenta repercussão econômica ou social, o recurso não será conhecido e a decisão do STF nesse sentido tem efeito vinculante para o tribunal *a quo* também em relação a outros recursos com identidade de matéria.

9. ANÁLISE CONCLUSIVA

Estamos convencidos de que o *stare decisis* acaba de ser adotado na sua forma original[9] na jurisdição constitucional brasileira[10], haja vista o advento da incorporação da súmula vinculante e da Repercussão Geral ao sistema de controle da constitucionalidade na via difusa.

Aliada a essas alterações legislativas, para sepultar de vez a competência do Senado Federal na atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade no controle difuso, o Supremo Tribunal Federal dá novo sentido interpretativo ao texto do art. 52, X da CF:

> "[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]".

É a chamada "mutação constitucional"[11] que fundamenta e atribui competência única e exclusiva ao STF de determinar os efeitos e a extensão da eficácia de suas decisões, sem

---

9 Sérgio Resende de Barros, *Op. cit.*, nos ensina que "o *stare decisis*, que se define por uma rígida vinculação dos juízes à jurisprudência superior" e tem uma forma jurisprudencial "nativa do direito antes baseado nos precendentes judiciais do que nas regras postas pelo legislador. Na mtriz inglesa, como na sua prole, inclusive nos Estados Unidos, é dever maior dos juízes *stare decisis et non quieta movere*. A sentença há de *estar com as coisas decididas e não mover as quietas*. Não deve mexer no que está pacífico. Sob esse princípio de jurisprudência se acomoda a justiça constitucional norte-americana, dando estabilidade ao controle difuso".

10 Veja-se o pensamento manifestado por Nina T. Disconzi Rodrigues, in RIL 38/149: "entedemos que, no caso incidental, ela, a resolução do Senado, de uma certa forma, substitui o *stare decisis* do direito americano.

11 Voto-vista Min. Eros Grau- STF - Reclamação 4.335-5 Acre. Relator: Min. Gilmar Mendes. Colhe-se a seguinte definição: "10. A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual.Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado."

ingerência de qualquer outro órgão dos demais Poderes da República. Nessa nova concepção, ao Senado Federal restará apenas e tão somente a incumbência da publicação no Diário do Congresso da decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo STF.

É certo que a jurisdição constitucional caminha para a preponderância do controle concentrado, abandonando-se o sistema de livre convencimento do juiz e adotando a súmula vinculante, aproxima-se do sistema de precedentes do *stare decisis* norte-americano, esvazia-se a competência do Senado e concentra-se o poder do controle constitucional nas mãos do STF.

Caberá doravante, à comunidade jurídica e científica, analisar os efeitos dessa mutação no equilíbrio decorrente do princípio da separação dos poderes e na função política que o STF[12] está assumindo em sua plenitude, em detrimento do Senado Federal, o que poderá legitimar a Corte Suprema como Tribunal Constitucional ou retirar-lhe a independência, tendo-se em conta o comprometimento decorrente dos critérios de composição de seus quadros e o compromisso que poderá se estabelecer com os programas de governo dos órgãos do Poder Executivo.

Enfim, o papel do Senado Federal no desempenho da competência que lhe foi atribuída pelo art. 52, X da CF nunca foi satisfatório, em razão da discricionariedade que detém. Porém, concentrar poder no Supremo Tribunal Federal pode retirar o equilíbrio que se espera do sistema de freios e contrapesos[13] do Estado Democrático de Direito. Fiquemos atentos.

---

12 Interessante a crítica apresentada por Luis Carlos Cancellier de Olivo, *in* RIL 38/149: "O STF é um órgão político ou técnico? Ele é o efetivo guardião da constitucionalidade das leis ou apenas um instrumento de consulta dos demais poderes? Dependendo da posição doutrinária dos autores, teremos respostas diferentes para essas questões. Certo é que o STF se diferencia das chamadas Cortes Constitucionais européias, como as de Portugal, Espanha ou França, ou mesmo da Suprema Corte norte-americana. Entretanto, os seus Ministros são indicados pelo Presidente da República de pois de aprovados pelo Senado Federal, contribuindo para reforçar a tese daqueles que o consideram como órgão político, subordinado ao Executivo. Mas não há como deixar de reconhecer que no caso brasileiro a separação das funções de cada poder comprova a atualidade da tradicional tese da independência entre os poderes de Montesquieu. Mesmo que se considere a prevalência do Executivo, o Judiciário dispõe de mecanismos que afinal equilibram essa relação, num verdadeiro sistema de *checks and balances*, sustentáculo de um sistema que se pretende democrático."

13 Sérgio Resende de Barros, *Op. cit.*: "Foi para obter um contrapeso de moderação no âmbito da Federação que a Constituição outorgou ao Senado, e não à corte constitucional, a função de suspender a execução da lei. Por isso, a Constituição fez do Senado o senhor da generalidade e não um mero servo da corte constitucional. Mesmo que esta julgue definitiva a inconstitucionalidade da lei, após negar-lhe aplicação em reiterados casos *inter partes*, e por isso peça a extenção *erga omnes*, o Senado não está obrigado a generalizar, pois pode muito bem achar oportuno e conveniente que a inconstitucionalidade continue a ser decretada apenas *inter partes*. Está aí a sua função moderadora, exercida em nome dos estados-membros."

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. *Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ª 40, n. 158, abr/jun. 2003, p. 233.

BUZANELLO, José Carlos. *Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 34, n. 136 out./dez. 1997, p.29.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito braisleiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. *Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil. Da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004*. Brasília, a. 43, n. 170, abr./jun. 2006, p.17.

MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. *Algumas questões objetivas sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 111.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade*.Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997, p. 11.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *Fundamentos do controle de constitucionalidade das leis*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 38, n. 149, jan./mar. 2001 p.79.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Nina T. Disconzi. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9.882/99*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 38, n. 149, jan./mar. 2001, p.111.

ROTHENBURG, Walter Cludius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SARMENTO, Daniel. *O controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Controle de constitucionalidade: com as modificações introduzidas pelas leis ns. 9.868/99 e 9.882/99*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.