

COORDENADORES
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

P.
RIADP
v.4/n.12/ex.2
2003



REVISTA IBERO-AMERICANA DE DIREITO PÚBLICO



AMÉRICA JURÍDICA
2003

TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCRETO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: 1. Da prescrição para restituição/compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. 3. Da restituição/compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. 4. Da restituição/compensação de tributos declarados inconstitucionais pela Excelsa Corte em controle difuso de constitucionalidade, com ulterior edição de Resolução do Senado Federal. 5. Da restituição/compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo Excelso Pretório em controle concentrado de constitucionalidade posteriormente à edição de Resolução do Senado Federal. 6. Da restituição/compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto de constitucionalidade, sem ulterior Resolução do Senado Federal.

1. DA PRESCRIÇÃO PARA RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO O DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Superior Tribunal de Justiça, consoante evidenciado em artigo intitulado “Prescrição e Vedação aos Limites à Compensação de Tributos Declarados Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”,¹ de autoria deste subscritor, firmou tese segundo a qual, para as hipóteses de devolução de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, o *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional para repetição/compensação do indébito pelo contribuinte deve ser contado da aludida declaração.

No sempre acatado magistério de Pontes de Miranda, “não se declara inconsti-

tucionalidade decreta-se, porque a eficácia preponderante da decisão é constitutiva negativa, pois quem fez a lei, o Decreto-Lei, o decreto, o regulamento, ou qualquer outra fonte de direito, com infração da Constituição, nulamente legislou”.²

A título de reforço, não é demais lembrar que, desconstituído o suporte fático-jurídico da obrigação, bem é de ver que *a fortiori* igual ocorre com as correspectivas consequências jurídicas. Nesse diapasão, não assiste razão aos que procuram visualizar eventual decadência/prescrição entre a data do recolhimento indevido do tributo e/ou da contribuição fulminado com a pecha da inconstitucionalidade, pois, como disse o saudoso mestre acima lembrado, cuida-se de legislação nula, como se inexistente fora *ab initio*. É um nada. Nos versos de Fernando Pessoa, *do nada, nada se tira; ao nada, nada se dá*.

Dessarte, afastada a contagem do prazo prescricional para repetição do indébito

1 In: Revista Ibero-Americana de Direito Público. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, v. XI (em homenagem ao Ministro Sydney Sanches).

2 Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975, VI, p. 43.

tributário previsto no Código Tributário Nacional, tendo em vista que a prestação pecuniária exigida por lei inconstitucional não é tributo, mas um indébito genérico contra a Fazenda Pública, aplica-se a regra geral de prescrição de indébito prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

O presente trabalho cuida do termo inicial para restituição/compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto e abstrato de constitucionalidade.

Nesse sentido, examinar-se-ão as hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu apenas em controle abstrato de constitucionalidade; em que o Senado Federal editou Resolução para suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional em controle concreto; em que houve tanto declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado pela Máxima Corte como Resolução do Senado a suspender a execução da lei anteriormente declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso em controle concreto de constitucionalidade; e, finalmente, em que o Senado Federal não suspendeu a eficácia da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte apenas incidentalmente.

2. DO SISTEMA MISTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 adota o sistema híbrido, ou misto, de controle de constitucionalidade, que combina os modelos difuso (adotado no Brasil desde o advento do Decreto nº 848, de 11.10.1890, que, em seu artigo 3º, dispunha que “*na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte*”) e concentrado (que vigora de forma ampla desde a Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.1965).

O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição (art. 102, *caput*, da CF), é titular exclusivo do controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, realizado no julgamento de Ações Diretas de Constitucionalidade,

que pleiteiam a confirmação da validade da norma impugnada (art. 102, §2º, da CF), e de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que apontam sua invalidade (art. 103 da CF). É, também, realizado o exame da validade constitucional de uma norma *incidenter tantum* pela Corte Suprema quando atua como última instância decisória numa relação jurídica processual concreta.

3. DA RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade sempre teve efeitos *erga omnes*, seja por força de determinação constitucional, no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, §2º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.3.1993), ou em virtude da Ação Direta de Inconstitucionalidade, por entendimento jurisprudencial pacificado, apesar de não constar expressamente na Constituição Federal.

A respeito do tema, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki ressalta que anteriormente à Lei nº 9.868/99, por não haver disposição expressa no sentido do efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, “questionava-se a existência do efeito vinculante das decisões nele proferidas. A dúvida não procedia. A falta de menção explícita de modo algum representa empecilho ao reconhecimento do referido efeito”.³

O atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça assevera, ademais, que “o efeito vinculante, que representa, em essência, a imposição obrigatória do cumprimento da decisão, constitui, no caso da ação direta de inconstitucionalidade, decorrência natural do sistema de controle de constitucionalidade. É paradoxo imaginar-se, nesse domínio jurídico, uma sentença com eficácia *erga omnes* que não seja de observância obrigatória por todos e notadamente pelos órgãos jurisdicio-

nais e autoridades administrativas encarregadas de aplicar a lei. Seria decisão sem autoridade alguma, e a própria ação direta não passaria de mera consulta ao Supremo, que atuaria em domínio meramente formal”.⁴

Preleciona, finalmente, que deve ser considerada “a idêntica natureza das duas ações, a direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, apta, qualquer delas, a produzir declaração jurisdicional da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do preceito normativo. Não teria sentido nem razão alguma atribuir às suas sentenças de mérito eficácias distintas. Tanto uma como a outra ao enfrentarem o mérito, produzem sentença com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Mesmo que não tivesse havido a referência a respeito dela no §2º do art. 102 da Constituição, tal eficácia se faria naturalmente presente na ação declaratória, de modo que o dispositivo deve ser interpretado como mera explicitação do que decorre da natureza do controle concentrado de constitucionalidade”.⁵

Confirmando o que restava consolidado na jurisprudência, a Lei nº 9.868/99,⁶ que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, conferiu expressamente eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a todas as decisões da Máxima Corte no exercício do controle abstrato, ao estabelecer, no parágrafo único do seu art. 28, que:

“Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à

Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Sobre os efeitos da representação interventiva, antecessora do controle abstrato de normas pelo Supremo Tribunal Federal, é de toda conveniência transcrever o ensinamento do eminente Ministro Moreira Alves segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade obtida em representação “passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex tunc*), independentemente da atuação do Senado, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo do seu desencadeamento se fez *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as conseqüências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente”.⁷

No âmbito das Turmas de Direito Público que compõem a egrégia Primeira Seção do STJ, verifica-se uma diversidade de entendimentos acerca do marco inicial para contagem do prazo suso mencionado, os quais podem ser assim resumidos: a prescrição inicia-se na data da declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo; da publicação do respectivo acórdão da Excelsa Corte; ou do trânsito em julgado do acórdão. Esse último entendimento é o que tem, nos últimos tempos, prevalecido na Segunda Turma do STJ.⁸

Dos três marcos apresentados, entendendo que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de tributo em controle concentrado de constitucionalidade, deva ser fixado como termo inicial a data do trânsito em julgado do acórdão, quando não mais se submeterá a qualquer alteração, devido ao esgotamento do prazo para interposição de recursos aptos a provocar a modificação do *decisum*.

4 Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

5 Idem, p. 54.

6 De passagem, é de bom conselho lembrar que, até o advento da Lei nº 9.868/99, de regra a declaração de inconstitucionalidade produzia sempre efeitos *ex tunc*. Agora, “*poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*” (art. 27).

7 STF – Representação nº 1.012/SP, Rel. Min. Moreira Alves, In: DJ de 5.11.1979.

8 Nessa esteira os seguintes julgados da Segunda Turma: AGREsp n. 267.953/GO, Rel. Min. Franciulli Netto, In: DJ de 8.9.2003; EDREsp nº 256.946/RS, Rel. Min. Peçanha Martins, In: DJ de 4.8.2003; AGA nº 491.324/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, In: DJ de 30.6.2003. No mesmo sentido, cite-se o seguinte precedente da Primeira Turma: AGREsp n. 371.481/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, In: DJ de 30.6.2003.

Por essa fiveleta passa o escólio de Ricardo Lobo Torres ao elucidar que “na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da data do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado Federal que suspendeu a lei com base em decisão proferida incidental *tantum* pelo STF (Restituição de Tributos, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 169)”.⁹

A corroborar com esse entendimento, merece destaque o raciocínio expendido por Marco Aurélio Greco e Helenilson Cunha Pontes ao assentarem que “o trânsito em julgado tem o condão de operar a estabilização da ordem jurídica, pois é neste preciso momento que se realiza, de modo definitivo, o efeito legislativo negativo decorrente da inconstitucionalidade”.¹⁰

Mais adiante, pontificam os doutos autores que “a razão jurídica para a fixação deste termo inicial é que somente com o trânsito em julgado opera-se a definitividade e imutabilidade da decisão; isto é, somente neste momento é que se pode conhecer com absoluta exatidão qual a norma individual e concreta que o Poder Judiciário julga válida para regular a situação jurídica posta em juízo”.¹¹

4. DA RESTITUIÇÃO/ COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELA EXCELSA CORTE EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, COM ULTERIOR EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL

No controle difuso de constitucionalidade, a decisão acerca da inconstitucionalidade resolve uma questão de direito incidental e prejudicial no curso de uma ação, de forma a afastar a aplicação da norma ao caso concreto. O efeito da declaração de

inconstitucionalidade restringe-se à relação concreta entre as partes do processo objeto de julgamento. Por essa razão, a eficácia da decisão proferida não atinge o ato em si, mas apenas a relação jurídica objeto da prestação jurisdicional.

A inconstitucionalidade declarada pela Excelsa Corte mediante o controle direto ou concentrado tem eficácia *erga omnes*. O controle difuso, no entanto, opera efeitos apenas *inter partes*, mas, uma vez suspensa a eficácia da norma pelo Senado Federal, ocorre a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado.

A Constituição Federal, em seu art. 52, inciso X, dispõe que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

O Senado Federal, portanto, é competente para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema em controle difuso de constitucionalidade (art. 178 do RISTF), conferindo eficácia *erga omnes* à decisão da Máxima Corte.

Consoante o ensinamento do douto Ministro Gilmar Ferreira Mendes, “no âmbito da sistemática adotada pela ordem constitucional brasileira, ao contrário da decisão proferida no controle direto ou concentrado, que, por sua própria natureza, é dotada de eficácia geral, a decisão manifestada no controle difuso ou incidental há de ter eficácia limitada às partes envolvidas na controvérsia. Eventual extensão da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal há de depender sempre do pronunciamento do Senado Federal”.¹²

Por essa razão, “se houver a declaração de inconstitucionalidade, argüida como questão prejudicial, a consequência é a não aplicação da norma impugnada na relação jurídica sob exame. Não há a invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão afasta, apenas, a sua incidência no caso, para o caso e entre as partes. A eficácia da sentença é restrita, particular, refere-se, somente, à lide, subtrai a utilização da lei ques-

9 Apud Hugo de Brito Machado, TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 44.403/PE, In: DJ de 24.6.1994.

10 Inconstitucionalidade da Lei Tributária: Repetição do Indébito. São Paulo: Dialética, 2002. p. 68.

11 Idem, p. 70.

12 Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 353, e segs.

tionada ao caso sob julgamento, não opera erga omnes. A lei, teoricamente, continua em vigor, não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros, sendo aplicada a outros casos".¹³

Assim, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei tributária, e, posteriormente, o Senado editou Resolução para suspender seus efeitos, este será o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional conferido ao contribuinte para requerer a restituição/compensação do indébito.

Ajusta-se a essa tese o raciocínio expandido quando do julgamento de matéria atinente ao empréstimo compulsório sobre aquisição de automóveis de passeio e utilitários, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288, de 23 de julho de 1986. Os arts. 11 e seus incisos II, III, e IV, 13 e seus §§15, 16 e seu §2º, e a expressão "bem como dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários", contida no parágrafo único do art. 10 do referido decreto-lei, foram declarados inconstitucionais pela Excelsa Corte no julgamento do Recurso Extraordinário nº 121.336-CE¹⁴ e, posteriormente, tiveram sua execução suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 50, publicada no DOFC de 10.10.1995.

Diante do exposto, o termo inicial do prazo prescricional para restituição/compensação do empréstimo compulsório sobre aquisição de automóveis de passeio e utilitários deve ser contado da data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 50, em consonância com o seguinte acórdão da egrégia Segunda Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. STF. EFEITOS INTRA PARTES. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL. EXTENSÃO ERGA OMNES. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. A declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo

Excelso Supremo Tribunal Federal no RE 121.336/CE somente passou a ter eficácia erga omnes quando da promulgação da Resolução do Senado Federal nº 50/1995, ocasião em que foram tornados sem efeito os atos praticados sob abrigo dos artigos suspensos do Decreto nº 2.288/86.

2. O prazo prescricional, portanto, iniciou-se em 9.10.1995, data em que foi editada a Resolução Senatorial, que tornou devidos, erga omnes, os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos – hipótese autorizadora da repetição de indébito, ex vi do art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional – findando-se em 8.10.2000.

(...)

4. Recurso especial a que se dá provimento".¹⁵

A mesma lógica se aplica à contribuição para o PIS, cujo termo inicial deve ser contado a partir da Resolução do Senado Federal nº 49, publicada no DOFC de 10.10.1995, que suspendeu a contribuição dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449/88, os quais introduziram modificações essenciais na sistemática de cobrança, na alíquota e na base de cálculo do PIS, declarada inconstitucional por ocasião do julgamento, em 24.6.1993, do Recurso Extraordinário nº 148.754-2/RJ, publicado no DJU de 4.3.1994 e com trânsito em julgado em 16.3.1994. Nessa esteira, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. DECRETOS-LEIS Nºs 2.445/88 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. RESOLUÇÃO Nº 49 DO SENADO FEDERAL.

Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que o termo a quo do lapso prescricional para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS é o da Resolução do Senado que suspendeu a execução dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal por meio do controle difuso.

13 VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 41.

14 STF – RE nº 121.336/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, In: DJ de 26.6.1992.

15 STJ - REsp nº 346.357/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, In: DJ de 25.8.2003.

*Agravo regimental a que se nega provimento.*¹⁶

5. DA RESTITUIÇÃO/ COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO EXCELSESO PRETÓRIO EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE POSTERIORMENTE À EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL

Cumpra salientar, por outro lado, que nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal declare em controle concentrado a inconstitucionalidade da lei cuja execução já havia sido suspensa por Resolução do Senado Federal, o prazo para requerer a restituição/compensação do tributo declarado inconstitucional deve ter início com a data da publicação da aludida Resolução, e não do trânsito em julgado da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, a Resolução do Senado Federal, antecipadamente à manifestação da Excelsa Corte em controle abstrato, já havia conferido efeito *erga omnes* à prévia decisão da Máxima Corte em controle difuso de constitucionalidade. A decisão posterior proferida em controle concentrado de constitucionalidade não produzirá, nesse caso, consequência jurídica relevante, pois os efeitos da lei já haviam sido suspensos.

No Superior Tribunal de Justiça, conquanto haja julgados no sentido de que o termo *a quo* para restituição/compensação da contribuição previdenciária sobre avulsos, autônomos e administradores deve ser contado a partir do julgamento da ADIn nº 1.102/DF,¹⁷ entendo que o prazo prescricional deve ser contado a partir da Resolução do Senado Federal nº 14/95, publicada no *DOFC* de 28.4.1995.

É certo que a Resolução do Senado Federal nº 14/95, anteriormente ao julgamento, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, da ADIn nº 1.102/DF (julgada em 5.10.1995, *DJ* de 17.11.1995, com trânsito em julgado em 13.12.1995), suspendeu a execução da expressão “avulsos, autônomos e administradores” (art. 3º, I, da Lei nº 7.787/89), declarada inconstitucional pela Excelsa Corte em controle difuso de constitucionalidade (RE nº 177.296/RS, julgado em 15.9.1994, *DJ* de 9.12.1994, com trânsito em julgado em 2.2.1995).

Conclui-se, pois, que, se antes do julgamento da ADIn a lei já havia sido suspensa pelo Senado Federal, o termo inicial deve ser da publicação da referida Resolução no *Diário Oficial*.

6. DA RESTITUIÇÃO/ COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE, SEM ULTERIOR RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL

O Excelso Pretório, em diversas oportunidades, manifestou-se no sentido de que é facultativa a suspensão pelo Senado Federal, por Resolução, da lei que declarara inconstitucional em controle concreto de constitucionalidade.

Nas palavras do saudoso Ministro Victor Nunes Leal, “o Senado terá o seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. (...) Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”.¹⁸

No mesmo eito, o Excelso Pretório, no julgamento da Representação nº 1.012/SP, elucidou que “*para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vi-*

16 STJ – Ag.REsp. nº 529.723/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, j. em 2.9.2003. No mesmo eito: Ag.REsp. nº 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, in *DJ* de 9.6.2003 e Resp. nº 528.023/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. em 4.9.2003, entre outros.

17 Nesse sentido: Resp. nº 245.324/RS, Rel. Min. Peçanha Martins, in: *DJ* de 19.5.2003; Resp. nº 447.571/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in *DJ* de 26.5.2003; Resp. nº 216.320/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, in: *DJ* de 28.2.2000, entre outros.

18 STF – MS. nº 166.512/DF, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, in: *DJ* de 3.8.1966.

*gentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, que só passa em julgado para as partes em litígio (conseqüência estritamente jurídica), e que só tem eficácia erga omnes se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspender-la no todo ou em parte”.*¹⁹

Relevante, ainda, a observação do eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes de que “a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o contribuinte valer-se dessa forma complexa”.²⁰

O preclaro Ministro da Corte Suprema assevera, ademais, que “o Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infringência a princípio de ordem constitucional”.²¹

Por outro lado, adverte Zeno Veloso que “não há nenhum prazo, constitucional, legal ou regimental, para que o Senado se manifeste, após receber a comunicação do Supremo Tribunal de que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade de determinada norma”.²²

Questiona-se, pois, qual será o termo *a quo* para restituição/compensação daqueles tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal apenas em controle difuso de constitucionalidade, sem ulterior Resolução do Senado Federal para suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional.

Segundo entendimento da Suprema Corte da República, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma em controle difuso de constitucionalidade elide a presunção

de sua constitucionalidade e afasta a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal.

Ao se manifestar sobre o tema, o insigne Ministro Sepúlveda Pertence sustentou que “a decisão plenária do Supremo Tribunal, declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade: a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”.²³

Nessa quadra, estabelece o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98, que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Vem a calhar, uma vez mais, as palavras de Zeno Veloso, ao dissertar que “não se pode deixar de se concluir que se trata de introdução de efeito vinculante, quanto ao tema, em nosso controle incidental. Havendo decisão plenária – ou do órgão especial – que se tenha pronunciado sobre a questão, ou se a mesma já foi resolvida pelo Supremo, ressurgindo a matéria no órgão fracionário, não ocorrerá mais a elevação da arguição ao plenário – ou ao órgão especial – pois a decisão anterior terá de ser obedecida e seguida”.²⁴

Observa-se, pois, que a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de uma norma jurídica no controle concreto de constitucionalidade elimina a presunção de sua constitucionalidade perante os demais destinatários da norma, e afasta a reserva de plenário no julgamento, pelos tribunais de segunda instância, da sua constitucionalidade.

Nesse contexto, oportunas as considerações de Marco Aurélio Greco e Helenil-

19 STF – Representação nº 1.012/SP, Rel. Min. Moreira Alves, in: DJ de 5.11.1979.

20 *Op. cit.*, p. 392.

21 *Op. cit.*, p. 393.

22 *Op. cit.*, p. 58.

23 STF – RE n. 192.212-5/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in: DJ de 29.8.1997.

24 *Op. cit.*, p. 48, e segs.

son Cunha Pontes no sentido de que “a pronúncia de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, na medida em que permite que os destinatários da norma impugnada conheçam a posição do ‘intérprete autêntico último’ acerca da validade daquela norma, possui o inelutável ‘efeito extraprocessual’ de confirmar ou abalar a imperatividade de que a mesma até então é dotada. Com efeito, embora a decisão do Supremo, em sede de controle difuso, não tenha o condão de retirar a norma do ordenamento – com o mesmo perfil de revogação legislativa – isto é, suprimir-lhe totalmente a validade, excluindo-a do repertório de normas que compõem a ordem jurídica, influi diretamente sobre a imperatividade da norma.”²⁵

No entanto, apesar de extirpada a presunção de constitucionalidade da norma, é imprescindível, como salientado acima, que o Senado Federal edite Resolução para suspender os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade da norma pela Corte Suprema, com eficácia *erga omnes*, ou a declaração de invalidade da norma limitar-se-á às partes do processo.

Acerca do ato do Senado consubstanciado na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, vem à balha, novamente, o preciso magistério do Ministro Victor Nunes Leal:

“Esse ato, por um lado, é evidentemente executório, ou secundário, ou complementar, porque ele não poderia ser praticado se não existisse a decisão do Supremo Tribunal. (...) Por outro lado, esse ato não deixa de ser normativo. Se a lei é normativa e o Senado, ao suspendê-la, retira a eficácia da lei, ele acrescenta alguma coisa à decisão, e esse acréscimo tem força tão normativa como a da lei que é posta fora de circulação. Se essa eficácia normativa, que suspende a lei, não derivasse da resolução do Senado Federal mas do julgado do Supremo Tribunal, a intervenção do Senado seria desnecessária: a decisão seria executada, desde logo, com efeito normativo. Mas não é este o nosso sistema. Daí a necessidade de acrescentar um *plus* à decisão judiciária, tornando-a obrigatória *erga omnes*, por

ser ela, por natureza, obrigatória somente para as partes”.²⁶

No que concerne ao controle de constitucionalidade, José Joaquim Gomes Canotilho distingue entre “um sistema em que o órgão competente para fiscalização da constitucionalidade anula o acto com eficácia *erga omnes* (Allgemeinwirkung) e um sistema de desaplicação com eficácia *inter partes*. No primeiro caso, o acto normativo, uma vez declarada a inconstitucionalidade, é eliminado do ordenamento jurídico; no segundo tipo, o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes”.²⁷

A propósito, permita-se transcrever trecho do Parecer nº 154, de 1971, da autoria do Senador Accioly Filho:

“Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório.

A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. (...) Em suas consequências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera *ex nunc*, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é *ex tunc*, pois aquilo que é inconstitucional é nati-morto, não teve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido (...).

Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o quorum qualificado. Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos *erga omnes* à decisão. (...) A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a pro-

25 *Op. cit.*, p. 27.

26 STF – MS. 166.512/DF, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *in: DJ* de 3.8.1966.

27 Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed., Almedina, Coimbra, 2000. p. 796.

duzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.²⁸

No Brasil, “a tese da obrigatoriedade da decisão definitiva de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, na hipótese da fiscalização incidental, ‘não vingou por não encontrar apoio no nosso costume constitucional, na falta de texto expresso a respeito. Por outro lado, no direito nacional inexistia a força do precedente como no direito anglo-americano’ (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello). Certamente, para contornar a inexistência de efeito vinculante nas decisões de inconstitucionalidade pronunciadas, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, o Constituinte de 1934 (art. 91, IV, da Constituição) atribuiu ao Senado competência para, em suspendendo a execução do ato normativo viciado, dar efeito *erga omnes* à decisão definitiva da Excelsa Corte.”²⁹

Conclui-se, pois, que nas hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade de tributo pelo Supremo Tribunal Federal tiver ocorrido apenas em controle difuso de constitucionalidade e o Senado Federal não editar Resolução para suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional, o termo inicial para ajuizar a ação de restituição/compensação do indébito restará em aberto até a manifestação do Pretório Excelso em controle concentrado de constitucionalidade ou até a edição de Resolução, relembrando-se que não há prazo para o Senado Federal editá-la.

Enquanto perdurar a omissão do Legislador ou o Supremo Tribunal Federal

não se manifestar acerca da constitucionalidade da norma em controle concentrado de constitucionalidade, será imprescritível a ação que visa à restituição/compensação dos tributos declarados inconstitucionais apenas em controle concreto de constitucionalidade pela Corte Suprema.

Cumprir mencionar, a esse respeito, que a Máxima Corte declarou a inconstitucionalidade da contribuição para o FINSOCIAL, criada pelo art. 9º da Lei nº 7.689/88, por ocasião do julgamento, em 16.12.1992, do Recurso Extraordinário nº 150.764-1, publicado no DJU de 2.4.1993 e com trânsito em julgado em 4.5.1993. No entanto, conforme informa Zeno Velloso, “acolhendo parecer do Senador Amir Lando, o Senado negou-se a suspender a eficácia de legislação do Finsocial, declarada inconstitucional pelo STF (RE 150.764-1), alegando que a suspensão da eficácia dos artigos impugnados, operando *erga omnes*, traria ‘profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de congregação de esforços no sentido da recuperação da economia nacional’.”³⁰

Dessa forma, a ação para restituição/compensação da contribuição para o FINSOCIAL, enquanto não for editada Resolução do Senado Federal ou houver pronunciamento da Excelsa Corte acerca de sua constitucionalidade em controle concentrado, será imprescritível, por não ter sido instituído o termo *a quo* do lustro prescricional, ato que independe totalmente da iniciativa do contribuinte.

28 Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão do ato inconstitucional pelo Senado Federal. Extensão da competência. Efeitos. Revista de Informação Legislativa, out./dez. 1995. p. 266, e segs.

29 CLÈVE, Clèmerson Merlím. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 89.

30 *Op. cit.*, p. 58.