

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
DIREITO NOTURNO

Aniele Torresilha de Oliveira

Separação de poderes, competência legislativa e o *leading case* RE 714.139

Florianópolis
2022

Aniele Torresilha de Oliveira

Separação de poderes, competência legislativa e o *leading case* RE 714.139

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilson Wessler Michels

Florianópolis

2022

Autora: Aniele Torresilha de Oliveira

Título: Separação de poderes, competência legislativa e o *leading case* RE 714.139

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota máxima.

Florianópolis, Santa Catarina, 07 de dezembro de 2022.

Prof. Dr. Gilson Wessler Michels, Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori

Autora: Aniele Torresilha de Oliveira

Título: Separação de poderes, competência legislativa e o *leading case* RE 714.139

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota máxima.

Florianópolis, Santa Catarina, 07 de dezembro de 2022.

Prof.Dr. Gilson Wessler Michels, Universidade Federal de Santa Catarina

George Brito Castro de Lima
(Mestrando em Direito, Estado e
Sociedade PPGD/UFSC)

João Victor Szpoganicz
Junckes (Mestrando em Direito
PPGD/UFSC)

RESUMO

O tema objeto da presente monografia decorre da importante análise de duas perspectivas político-constitucionais muito em voga hodiernamente, a saber: a competência dos entes federativos no disciplinamento de seus sistema tributário e a competência da jurisdição constitucional em delimitar, e limitar, aquela. Nesse sentido, esta pesquisa possui o objetivo principal de analisar se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 745 adentrou, indevidamente, na esfera legislativa dos Estados. O método adotado para a realização do presente projeto foi o indutivo e o método de procedimento monográfico, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, foi possível concluir que houve abuso de poder por parte do Supremo, considerando que a Corte, na qualidade de guardiã da Constituição, não se limitou a interpretar o princípio tributário da seletividade, porquanto determinou, de forma expressa, a alíquota a ser observada no ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, competência eminentemente legislativa.

Palavras-chave: tributação; ICMS; federalismo; competência legislativa; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

The subject matter of this monograph stems from the important analysis of two political-constitutional perspectives that are very much in vogue nowadays, namely: the competence of federal entities in disciplining their tax system and the competence of the constitutional jurisdiction in delimiting, and limiting, that one. In this sense, this research has the main objective of analyzing whether the Federal Supreme Court, in the judgment of Theme nº 745, unexpectedly entered the legislative sphere of the States. The method adopted to carry out this project was the inductive method and the monographic procedure, through the technique of bibliographical and documental research. In the end, it was possible to conclude that there was an abuse of power by the Supreme Court, considering that the Court, as guardian of the Constitution, did not limit itself to interpreting the tax principle of selectivity, since it expressly determined the aliquot to be observed in the movement of goods tax incident on electricity and telecommunications services, an eminently legislative competence.

Keywords: tribute; ICMS; federalism; legislative competence; constitutional review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O (SUB)SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO	9
1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS: LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR	10
1.1.1 O Princípio da Seletividade do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias	15
1.2 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO	17
1.2.1 Federalismo no Brasil	17
1.2.2 Competência Tributária	18
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	21
2.1 BREVE INTRODUÇÃO A RESPEITO DOS PODERES CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
2.1.1 Sistema de Freios e Contrapesos	24
2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	27
2.2.1 Controle Concentrado	29
3.2.1.1 <i>Ação direta de inconstitucionalidade por ação e ação direta de inconstitucionalidade por omissão</i>	31
3.2.1.2 <i>Ação declaratória de constitucionalidade</i>	35
3.2.1.3 <i>Arguição de descumprimento de preceito fundamental</i>	36
2.2.2 Controle Difuso	38
3 O JULGAMENTO DO TEMA 745 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	44
3.1 VOTOS	47
3.1.1 Ministro Marco Aurélio	47
3.1.2 Ministro Alexandre de Moraes	48
3.1.3 Ministro Dias Toffoli	49
3.1.4 Ministro Gilmar Mendes - Voto Vista	50
3.2 RESULTADO	51
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

No ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal procedeu com o julgamento do Tema nº 745, tendo como *leading case* o RE nº 714.139.

A tese fixada foi a de que

Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços.

A competência dos entes federativos no disciplinamento de seu sistema tributário ocupa, desde sempre, importante espaço de debate no judiciário, ao passo em que a doutrina vem se dedicando cada vez mais à análise da competência da jurisdição constitucional em sede de controle de constitucionalidade.

O julgamento do tema afetado acabou por influenciar de forma direta no consumo de serviços de energia e telecomunicações por parte do contribuinte em razão da minoração da carga tributária, de modo a refletir, de maneira expressiva, nos cofres públicos, o que não se deu apenas nas contas públicas estaduais, mas, igualmente, de todos os municípios brasileiros, haja vista que, conforme o art. 158, IV, da Constituição Federal, pertencem aos municípios 25% do montante arrecadado a título de ICMS pelos Estados.

Desse modo, em face das importantes consequências jurídicas do julgamento, pretende a presente monografia verificar se a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 714.139 ofendeu o princípio da separação dos poderes no que concerne à competência legislativa tributária dos Estados.

Para tanto, o presente trabalho foi dividido em 3 capítulos.

No primeiro, buscou-se expor a sistemática do subsistema constitucional tributário, seus princípios e competências, a fim de dar conceituação mais precisa ao princípio cerne da discussão, o princípio da seletividade tributária, e constatar como se dá a repartição de competências tributárias na Constituição Federal.

No segundo, pretendeu-se demonstrar como o controle de constitucionalidade é exercido no Brasil em decorrência da separação tripartite de poderes.

Por fim, relatou-se como se deu o julgamento do RE tido como um dos objetos da presente pesquisa por meio da exposição dos votos dos julgadores.

Como conclusão, foram enfrentados os pontos da matéria tributária e constitucional, sendo concluído que a decisão prolatada pela Suprema Corte no Tema 745, ao minorar a alíquota de ICMS incidente sobre serviços de telecomunicações e energia elétrica, acabou por invadir competência do poder legislativo: a atribuição constitucional de legislar sobre matéria tributária.

O método adotado para a realização do presente projeto foi o indutivo, a partir da análise dos conceitos referentes ao objeto investigado, bem como da doutrina e jurisprudência atuais e o procedimento técnico, por sua vez, foi o monográfico, utilizando-se como técnica de pesquisa a técnica bibliográfica e documental.

1 O (SUB)SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

O sistema constitucional tributário brasileiro está disciplinado na Constituição Federal em seu título VI, que dispõe a respeito de seus princípios gerais, das limitações ao poder de tributar, dos impostos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como da repartição das receitas tributárias.

A tamanha importância dada à tributação na Constituição Federal decorre do fato de que “não há Estado Social sem que haja também Estado fiscal” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.389). A concretização dos direitos fundamentais sujeita-se, diametralmente, à arrecadação financeira e é daí que decorre o poder estatal de tributar.

Isso se dá porque, conforme Holmes e Sustain (2019, p. 30)

Os direitos têm um custo alto porque o custo dos remédios é alto. Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme; e os direitos jurídicos não têm significado algum quando não são garantidos coercitivamente. Para dizê-lo de outra maneira, quase todos os direitos implicam deveres correlativos, e os deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público mediante recursos à fazenda pública.

Nota-se que o próprio texto constitucional se refere ao regramento tributário como um “sistema”, inferindo-se, a partir do conceito sistemático de Canaris (2003, p. 23) que seu objetivo consiste em “traduzir e realizar a adequação valorativa da ordem jurídica” tributária. Paulo de Barros Carvalho (2015), contudo, ao classificar a ordem jurídica brasileira como um sistema de normas composto por subsistemas, identifica a própria carta constitucional como sendo o mais importante subsistema da ordem jurídica, composto por diversos subconjuntos, a exemplo do direito constitucional tributário, que:

Pertencendo ao estrato mesmo da Constituição, da qual se destaca por mero expediente lógico de cunho didático, o subsistema constitucional tributário realiza as funções do todo, dispondo sobre os poderes capitais do Estado, no campo da tributação, ao lado de medidas que asseguram as garantias imprescindíveis à liberdade das pessoas, diante daqueles poderes. (CARVALHO, 2015, p. 155)

Desse modo, antes que se possa discutir a respeito da competência legislativa tributária dos Estados, a fim de analisar a tese fixada pelo Supremo

Tribunal Federal no *leading case* RE 714.139, imperioso que se discorra a respeito do subsistema constitucional tributário como um todo.

Isto posto, o presente capítulo tratará a respeito dos princípios gerais tributários, das limitações ao poder de tributar e, considerando a forma federativa de Estado adotada pelo constituinte¹, como se dá a repartição de competências tributárias dentro do ordenamento constitucional brasileiro.

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS: LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

Os princípios são o cerne de uma das mais discutidas questões de teoria do direito na doutrina nacional e internacional. Sua diferenciação com relação às regras permeia até mesmo os debates jurídicos mais recentes, motivo pelo qual sua conceituação se mostra fundamental.

Nos dizeres de Canotilho (1941, p. 1.161) “os princípios são normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos”, entendimento também adotado por Alexy (2006, p. 90), que entende que princípios seriam mandamentos de otimização dotados de caráter *prima facie* “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, podendo se referir tanto a direitos individuais, quanto coletivos.

Sem embargo, Neves (2014, p. 132) descreve princípios como sendo normas balizadoras da construção ou reconstrução das regras jurídicas, cuja importância “relaciona-se com a capacidade de viabilizar uma reprodução complexamente adequada do sistema jurídico em relação à sociedade como um todo”.

Carraza (2015, p. 49), por outro lado, conceitua os princípios jurídicos como

[...] um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável, o entendimento e aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

¹ CF, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]

Não obstante todas as diferenciações teóricas a respeito do tema, o presente trabalho adotará como conceito de “princípio” aqueles acima descritos e, em especial, aquele descrito por Canotilho. Nesse sentido, os princípios constitucionais tributários estariam subclassificados como princípios constitucionais impositivos², haja vista que, segundo Sacha Calmon Cólho (2020, p. 190), “os princípios constitucionais dizem como devem ser feitas as leis tributárias, condicionando o legislador sob o guante dos juizes, zeladores que são do texto dirigente da Constituição”, mas também como princípios garantia³, porquanto “traduzem no imo e em suas expansões projeções de direitos fundamentais, ou melhor, no miolo, são garantias de direitos fundamentais” (CÔELHO, 2020, p. 220).

Na Constituição Federal, os princípios tributários estão classificados como “limitações ao poder de tributar” e, conforme exposto por Mendes e Branco (2015, p. 1.415), “representam umas das primeiras esferas de restrição da intervenção estatal junto aos cidadãos”. Tamanha é a importância de tais princípios que, para Baleeiro (1999, p. 90) as limitações da competência tributária “deitam raízes nas próprias origens históricas e políticas do regime democrático”.

Nesse sentido, conforme leciona Paulsen (2022, p. 292)

As limitações ao poder de tributar visam preservar valores fundamentais para o cidadão contribuinte. O papel das garantias outorgadas ao contribuinte e das imunidades tributárias normalmente diz respeito à preservação da segurança, da justiça, da liberdade e da forma federativa de Estado.

São princípios constitucionais tributários expressos na CF/1988 o princípio da estrita legalidade, da anterioridade, da isonomia e da irretroatividade da lei tributária, dispostos no art. 150 e incisos, da Constituição Federal, assim como os princípios da uniformidade geográfica (art. 151, I, da CF/1988), da não discriminação tributária (art. 152, da CF/1988) e da não cumulatividade (arts. 153, § 3º, II, 155, § 2º, I, 154, I, 195, §4º e 195, § 12).

² Nos princípios constitucionais impositivos, subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por preceitos definidores dos fins do Estado, ou normas programáticas definidoras de fins ou de tarefas. (CANOTILHO, 1941, p. 1.166 e p. 1.167).

³ [...] estes princípios traduzir-se no estabelecimento direto de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem “princípios em forma de norma jurídica” (Larenz) e considere o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação. (CANOTILHO, 1941, p. 1.167)

Do mesmo modo, merecem ser destacados também como princípios constitucionais o que Carvalho (2015) considera como princípios implícitos, quais sejam: o princípio da tipologia tributária (art. 154, I, da CF), da proibição de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, da CF), da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF), da vinculabilidade da tributação (art. 142, do Código Tributário Nacional), da territorialidade da tributação⁴ e da indelegabilidade da competência tributária (art. 7º, do CTN).

Côelho (2020) enumera como princípios constitucionais tributários, ainda, o princípio do livre trânsito de pessoas e bens em território nacional, os princípios da generalidade, universalidade e progressividade do Imposto de Renda, o princípio da progressividade dos impostos sobre a propriedade urbana e rural, o princípio federativo da uniformidade da tributação federal, o princípio do tratamento fiscal privilegiado para as regiões economicamente subdesenvolvidas e para as microempresas, o princípio da unidade nacional e do mercado comum nacional, o princípio da isonomia entre as pessoas políticas, o princípio da anualidade orçamentária, o princípio do devido processo legal nas esferas administrativa e judicial, em matéria fiscal, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional da lei e do ato administrativo normativo de caráter fiscal e, por fim, o princípio do sigilo fiscal, bancário e profissional.

Os princípios estruturantes do direito tributário, todavia, são aqueles consagrados nos artigos 145, § 1º, 150, inc. I, II e III, “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal, motivo pelo qual importa-nos sua definição.

De acordo com Baleeiro (1999, p. 90), o princípio da legalidade tributária “prende-se à própria razão de ser dos Parlamentos”, de sorte que fora expressamente declarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 959.274 como “verdadeiro direito fundamental dos contribuintes”.

A esse respeito, a Constituição é clara ao dispor em seu inc. I que é “vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”, ou seja, a competência para instituir tributos se restringe ao poder legislativo. Via de regra, o exercício de tal competência se dá por meio da

⁴ Conforme Carvalho (2015, p. 177) “não se manifesta ostensivamente na fraseologia constitucional, mas se reveste de insofismável energia latente, como decorrência imediata de importantes diretrizes do sistema”.

edição de lei ordinária, com exceção dos empréstimos compulsórios (art. 148, CF), impostos residuais de competência da União (art. 154, I, da CF), contribuições sociais residuais (art. 195, § 4º, da CF) e imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, da CF).

O princípio da isonomia, conforme consta do texto constitucional, traduz-se na proibição de “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”. Entretanto, consoante leciona Paulsen (2022, p. 182) “o princípio da isonomia não apenas proíbe tratamentos diferenciados sem uma justificação constitucional, como exige tratamentos diferenciados onde haja distinta capacidade contributiva ou essencialidade do produto”, de modo que guarda inescusável relação com outro princípio tributário de extrema relevância: o princípio da capacidade contributiva.

Dispõe o art. 145, § 1º, da CF, que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Da leitura do dispositivo que consagra o “princípio da capacidade contributiva” extrai-se que a tributação depende diretamente do acúmulo de riqueza por parte do contribuinte, ao mesmo tempo em que deve ser mensurada de acordo com seu potencial financeiro, de modo a resguardá-lo de eventuais abusos estatais, em busca da concretização dos próprios objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁵.

Por fim, resta-nos a discriminação de dois princípios temporais muito pertinentes no dia-a-dia do legislativo e dos operadores do direito: os princípios da anterioridade e irretroatividade tributária, regulados pelo art. 150, inc. III e suas alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição da República:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

- b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
- c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

O princípio da anterioridade exige que “a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes [...] saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos”, enquanto o princípio da irretroatividade “deflui da necessidade de se assegurar às pessoas segurança e certeza quanto a seus atos pretéritos em face da lei” (CÔELHO, 2020, p. 227).

No que se diz respeito ao princípio da irretroatividade tributária, Paulsen chama atenção para a inexistência de exceções quanto à sua aplicação, ressaltando que “a lei instituidora ou majoradora de tributos tem de ser necessariamente prospectiva, não se admitindo nenhum tipo de retroatividade, seja máxima, média ou mínima” (PAULSEN, 2022, p. 316).

Por sua vez, o princípio da anterioridade, enquanto profundamente vinculado ao princípio da segurança jurídica, exige, conforme Humberto Ávila (2011, p. 587), “a realização de um estado de calculabilidade”, calculabilidade essa que

[...] significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente.

Referido princípio, diferentemente dos demais, subdivide-se em duas espécies: anterioridade do exercício (art. 150, III, b, da CF) e anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c, da CF). A anterioridade do exercício implica na garantia de que a instituição ou majoração de tributos só surtirá efeitos com relação ao contribuinte no próximo exercício, ou seja, a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente. Por outro lado, a anterioridade nonagesimal “garante ao contribuinte o interstício de 90 dias entre a publicação da lei instituidora ou majoradora do tributo e sua incidência apta a gerar obrigações tributárias” (PAULSEN, 2022, p. 320).

Expostos os princípios constitucionais estruturantes do sistema tributário, importa detalhar, especificamente, o princípio cerne do julgamento do RE 714.139, qual seja, o princípio da seletividade.

1.1.1 O Princípio da Seletividade do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias

Ao presente, nos interessa especialmente a discussão que gira em torno da técnica de seletividade adotada pelo legislador no que concerne ao imposto sobre circulação de mercadorias, previsto no art. 155, § 2º, III, do texto constitucional.

Poderia a seletividade do ICMS ser considerada como princípio, como ocorre com o Imposto sobre Produtos Industrializados? Antes de adentrar no mérito da questão, importa discorrer a respeito do que se entende por seletividade na ordem tributária brasileira.

Do ponto de vista semântico, conforme o dicionário Michaelis, ser seletivo significa “escolher e pôr à parte dentre muitas opções”. No campo do direito tributário, o princípio da seletividade está insculpido no art. 153, § 3º, I e também no art. 155, § 2º, da Constituição Federal, que dispõem, respectivamente, que o IPI “*será seletivo, em função da essencialidade do produto*” e que o ICMS “*poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços*”.

Ou seja, é possibilitado ao legislador a concessão de tratamento tributário diferenciado a determinados produtos e serviços, se demonstrado seu caráter essencial. Referido princípio “é atendido adotando-se um processo de comparação de produtos industrializados (no caso do IPI) e de mercadorias ou serviços (no caso do ICMS)” (Carraza, 2015, p. 117), com o propósito de aferir o grau de essencialidade dos mesmos, de modo que, para Sacha Cálmon Coelho (2020), decorre do próprio princípio da justiça.

Para Paulsen (2017, p. 1749-1750)

Ser seletivo implica ter alíquotas diferenciadas dependendo do produto (individualmente considerado) ou do tipo de produto (se alimentício, de higiene, têxtil etc.), sendo que o critério para tal seletividade é dado pelo próprio constituinte: o grau de essencialidade do produto.

Há, entretanto, discussão doutrinária no que concerne à natureza da seletividade quando se diz respeito ao ICMS. Para José Afonso da Silva (2014) a seletividade não pode ser aplicada como princípio ao ICMS, porquanto, no que concerne ao imposto sobre circulação de mercadorias, se trata de mera faculdade do legislador. Por sua vez, Roque Antônio Carraza (2015, p. 115) defende que a seletividade no ICMS, assim como no IPI, além de princípio, é obrigatória,

sustentando que as normas constitucionais que versam sobre o tema “não estão dando uma mera faculdade ao legislador, mas, pelo contrário, estão lhe impondo um inarredável dever, de cujo cumprimento não se pode furtar”.

Como visto, para se aplicar a seletividade tributária, é imprescindível que se avalie o caráter essencial dos produtos objeto de tributação, de modo que não há como se discutir seletividade sem que se discorra sobre sua intrínseca relação com a essencialidade.

O conceito de essencial está atrelado ao imprescindível, indispensável, fundamental. Isto posto, no direito tributário, pode-se afirmar como essenciais aqueles produtos e serviços que se relacionam com a concretização dos valores previstos no texto constitucional, destinados à proteção da dignidade humana, em todos os seus aspectos.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2014, p. 679) defende uma divisão graduada da essencialidade como norte para a seletividade adotada pelo legislador, a partir da categoria dos produtos tributáveis, os subdividindo em três categorias passíveis de gradação:

(a) produtos necessários (a.1) à vida - como o pão, o sal, os calçados populares, o vestuário comum, certos medicamentos etc.. que deverão ser isentos ou não tributados, ou tributados mediante alíquotas módicas; (a.2) a certo tipo de produção ou ao desenvolvimento do país - tais como máquinas, aparelhos, equipamentos e materiais destinados à produção, ferramentas, certos veículos etc., que poderão ser isentados ou não tributados, ou tributados mediante alíquotas baixas; (b) produtos úteis, como latas, caixas, vasilhame em geral, agulhas, furadores, percevejos, alfinetes etc.; tais produtos são úteis, uns mais que outros, mas não são indispensáveis; por isso, deverão ser tributados com alíquotas médias, sem razão para isenções; (c) produtos supérfluos: (c.1), suntuários, tais como jóias, casacos de pele, caviar etc., (c.2) de vícios: bebidas, fumo, cigarros, cartas de jogar etc., que devem ser fortemente tributados.

O princípio da seletividade se concretiza a partir da definição progressiva de alíquotas por parte do legislador. Isso significa que, quanto maior o grau de essencialidade de um produto, menor será a alíquota instituída sobre o mesmo.

Em que pese a adoção de alíquotas diferenciadas no ICMS não seja obrigatória, pela literalidade do dispositivo constitucional, se realizada, forçoso que se dê em conformidade com a essencialidade da mercadoria ou serviço.

Desse modo, assim como defende Carraza (2015), inegável seu caráter principiológico, visto que trata-se de norma balizadora da atividade legislativa

tributária: adotando a sistemática da progressividade de alíquotas, fica o legislador vinculado a sua aplicação.

1.2 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO

A repartição de competências tributárias na Constituição da República decorre diretamente do pacto federativo, que pressupõe a descentralização do poder político nacional e a autonomia de cada Estado-membro. Tal autonomia atrai, entretanto, a necessidade de uma divisão das atribuições de cada ente, a fim de que se favoreça a eficácia da ação estatal, conforme exposto por Mendes e Branco (2015).

Destarte, a fim de se compreender melhor como se dá a repartição de competências tributárias na carta constitucional, necessário que se apresente um panorama da forma de Estado adotada pelo Brasil: o federalismo.

1.2.1 Federalismo no Brasil

O federalismo clássico, enquanto modelo de Estado, surgiu nos Estados Unidos⁶, como uma solução às dificuldades enfrentadas pelo país após sua independência, tendo sido fortemente influenciado pela ideologia liberalista.

Conforme Raul Machado Horta (2001, p 224), o federalismo tornou-se a solução para para que os Estados com dimensões continentais pudessem equacionar o exercício do poder político em seus territórios. O modelo passou, então, a ser adotado por diversos países, cada qual com suas particularidades, motivo pelo qual Mendes e Branco (2015, p. 814) defendem não haver “um modelo único de Estado Federal a ser servilmente recebido como modelo necessário”.

O Estado Federal possui, entretanto, características próprias e inerentes ao mesmo, que permitem conceituá-lo como

[... um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os

⁶ “Coube aos estadunidenses reunidos em convenção na Filadélfia, no ano de 1787, idealizar o Estado Federal em uma versão autônoma que atualmente se denomina de clássica. Foi uma resposta a dificuldades enfrentadas no período pelas ex-colônias inglesas na América, após a independência conquistada por grande esforço bélico.” (LOPES FILHO, 2019, p. 19)

Estados Federais participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação. (MENDES E BRANCO, 2015, p. 818)

Conforme se verifica, uma das características base do federalismo é a repartição constitucional de competências entre os entes federados, que decorre justamente da autonomia conferida aos mesmos pela carta constitucional.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi clara ao dispor que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos” (art. 18), ensejando na necessidade de se disciplinar as competências legislativas e materiais de cada ente federado, com o objetivo de dar organicidade e segurança à atuação dos mesmos.

Inclusive, a esse respeito, Horta (2002, p. 308) pontua que “a decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado federal, para determinar os graus de centralização e de descentralização do poder federal”.

Nesse aspecto, considerando que “a efetividade da autonomia dos entes periféricos [...] demanda uma independência financeira que permita livre deliberação sobre os respectivos e inevitáveis gastos” (LOPES FILHO, 2019, p. 68), há quem defenda a existência de um dever fundamental de pagar impostos, como o faz José Casalta Nabais (2004), seguido no Brasil por Joacir Sevegnani (2009).

Sendo assim, coube ao texto constituinte atribuir a cada ente federativo competências legislativas tributárias, a fim de corresponder às demandas sociais que exigem dispêndio de dinheiro.

1.2.2 Competência Tributária

No entender de Carraza (2015, p. 593), a competência tributária é a faculdade que a carta constitucional confere aos entes federativos de criação, *in abstracto*, de tributos. Tal faculdade fora instituída pela Constituição Federal, que permite aos entes federados a instituição de cinco espécies de tributos, quais sejam os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.

No ordenamento constitucional brasileiro, as competências tributárias foram partilhadas entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, sendo que a este restou assegurada a possibilidade de cobrança tanto dos impostos municipais, quanto estaduais⁷.

À União, por força do disposto no art. 153, da Constituição Federal compete a instituição de impostos sobre importação, exportação, renda e proventos de qualquer natureza, produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro, operações relativas a títulos ou valores mobiliários, assim como sobre propriedades territoriais rurais e grandes fortunas e, mediante lei complementar, impostos não previstos no art. 153, observadas as limitações do inc. I, do art. 154 e, na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários (art. 154, II, CF/1988).

Aos Estados e ao Distrito Federal, conforme disposição expressa do texto constitucional⁸, cabe a instituição de impostos sobre transmissão causa *mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos, operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior e propriedade de veículos automotores.

Aos municípios restou a competência para instituição de impostos sobre propriedade predial e territorial urbana, transmissão *inter vivos* por ato oneroso de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis, bem como impostos sobre serviços de qualquer natureza, desde que não compreendidos no art. 155, II, da CF e definidos em lei complementar.

As contribuições de melhoria, por sua vez, podem ser instituídas por quaisquer dos entes federativos, de modo que “a competência para sua instituição fica a cargo do ente político ao qual se vincula” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.396). No mais, a partir da Emenda Constitucional nº 39/2002, os Municípios e o Distrito Federal passaram a gozar da competência para a instituição de contribuição “para o custeio do serviço de iluminação pública”,⁹ cuja constitucionalidade restou reconhecida pelo Supremo quando do julgamento do RE 573.675.

⁷ Art. 147 c/c art. 155, da Constituição Federal de 1988.

⁸ Art. 155, da Constituição Federal de 1988.

⁹ Art. 149-A, da Constituição Federal de 1988.

A competência tributária, conforme Carraza (2015, p. 597) “exaure-se com a edição de lei veiculadora da norma jurídica tributária” e, “uma vez exercitada, cede passo à capacidade tributária ativa” e caracteriza-se por sua privatividade, indelegabilidade, incaducabilidade, inalterabilidade, irrenunciabilidade e facultatividade.

Isso significa que “as normas constitucionais que discriminam as competências tributárias [...] habilitam a pessoa política contemplada - e somente ela - a criar, querendo, um dado tributo; e proíbem as demais de virem a instituí-lo” (CARRAZA, 2015, p. 611). Ou seja, gozam os entes federativos de exclusividade no que concerne à possibilidade de instituição de determinada espécie tributária, de modo que, não podem os Estados, por exemplo, instituir tributo de competência dos Municípios, sob pena de patente inconstitucionalidade. Ainda, não é permitido ao ente contemplado a delegação da competência que lhe foi atribuída a terceiros, porquanto “as competências públicas outorgadas pela Constituição não são bens disponíveis, não podem ser transacionadas, gratuita ou onerosamente, pelas pessoas públicas nela investidas” (CARRAZA, 2015, p. 780) e, pela mesma razão, é irrenunciável, em que pese possibilitada a delegação das funções de cobrar, arrecadar e fiscalizar, ou seja, da capacidade tributária ativa dos entes públicos (BALEEIRO, 1999, p. 81).

Diz-se que a competência tributária é, ainda, incaducável, de modo que seu não exercício por determinado lapso temporário, não implica na impossibilidade de seu exercício, por decorrência lógica de sua facultatividade: os entes federativos não são obrigados a instituir tributos. Conforme exposto por Aliomar Baleeiro (1999, p. 87, “a competência fiscal não é *res nullius* de que outra Pessoa de Direito Público se poderá aproveitar pela inércia do titular dela”.

Por fim, como dito, é a competência tributária também inalterável, ou seja

Os limites que a Constituição traçou para que as pessoas políticas tributassem não podem ser deslocados nem pelo Código Tributário Nacional (ou normas jurídicas que lhe façam as honras), nem por leis ordinárias, decretos, portarias, atos administrativos etc. (CARRAZA, 2015, p. 784)

Especificamente no que se diz respeito ao imposto sobre circulação de mercadorias, objeto do *leading case* RE 714.139, importante ressaltar que a Constituição Federal estabeleceu, no art. 146, *caput*, considerando justamente a

natureza federativa do Estado brasileiro, que cabe à União, por meio de lei complementar, “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”.

Tal disciplina foi regulamentada pela Lei Complementar nº 87/1996, conhecida como Lei Kandir, a qual, enquanto lei geral, passou a orientar o exercício da tributação estatal, a fim de que os Estados pudessem exercer de forma plena sua competência tributária no que concerne ao ICMS.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal se encontra em posição hierarquicamente superior às demais normas legais, chamadas de infraconstitucionais. Para Canotilho (1941, p. 1.147), “as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria”, caracterizando-se como normas de normas, o que quer dizer que configuram-se como fontes jurídicas de outras normas legais, de modo que todos os atos normativos lavrados pelo poder público devem guardar conformidade com o disposto no texto constitucional. É também o entendimento de Hans Kelsen (2003, p. 103), representante da Escola de Viena e “pai” do positivismo jurídico, que classifica a Constituição como a norma suprema do ordenamento jurídico “cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral”.

Nesse sentido, um dos mecanismos mais relevantes do ordenamento jurídico brasileiro de proteção à harmonia entre as normas constitucionais e as demais normas legais é o controle de constitucionalidade, sendo que ao presente, nos interessa, em especial, como se dá o referido controle pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Constituição, conforme disposto no art. 102, do texto constitucional.

2.1 BREVE INTRODUÇÃO A RESPEITO DOS PODERES CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 foi clara ao dispor que “todo o poder emana do povo”. Nesse sentido, conforme Norberto Bobbio (2007, p. 77), “por longa tradição o Estado é definido como o portador da *summa potestas*”, o que significa que, “o poder soberano reside nos cidadãos e é exercido pelo órgãos sociais, sobre todas as pessoas, cidadãos ou não, sujeitas àqueles órgãos” (ATALIBA, 1964, p. 87).

Sob tal perspectiva, importa conceituar o que se entende como poder político, considerando que a presente monografia tangencia o exercício do poder político realizado pelo poder judiciário. De maneira breve, para Bobbio (1998, p.

956), “o que caracteriza o poder político é a exclusividade do uso da força em relação à totalidade dos grupos que atuam num determinado contexto social”.

Nos dizeres de José Afonso da Silva (2014, p. 45)

[...] o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum

Tal poder, conforme Silva (2014) é uno, indelegável e indivisível e se compõe de múltiplas funções distintas entre si: a executiva, legislativa e judiciária¹⁰.

Ou seja, o poder é apenas um. Todavia, em razão da necessidade de um controle mútuo entre as funções de Estado, as funções políticas foram delegadas a órgãos distintos, dispendo a Constituição Federal em seu art. 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Historicamente, a teoria da separação de poderes contemporânea foi idealizada por Montesquieu (1996) em sua obra “O Espírito das Leis”, que a idealizou como um sistema capaz de coibir a concentração do poder político nas mãos de um só órgão, a fim de possibilitar um controle mútuo entre as funções de Estado, sob o fundamento de que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166).

É o que entende José Afonso da Silva (2014, p. 110):

O certo é que as três funções básicas do poder político existem em qualquer tipo de organização estatal e governamental. Se essas funções são desempenhadas por uma pessoa ou por um órgão só tem-se a concentração de poderes - e, conseqüentemente, o abuso de poder, o autoritarismo, a ditadura, a tirania. Se são confiadas a órgãos distintos, iguais, independentes, ainda que harmônicos entre si, tem-se a separação de Poderes.

¹⁰ A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas "leis". A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal. Por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o Direito aos casos concretos, a fim de dirimir conflitos de interesse. (SILVA, 2014, p. 45)

E também Luís Roberto Barroso (2018, p. 113):

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

À vista disso, de acordo com Silva (2014, p. 112) “para que se verifique a separação de Poderes no sentido posto por Montesquieu são necessários dois elementos: especialização funcional e independência orgânica”. A especialização funcional, segundo Barroso (2018, p. 113) “inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas”, enquanto a independência orgânica se caracterizaria a partir da vedação de que um mesmo indivíduo seja, concomitantemente, membro de mais de um poder e da proibição de que um poder busque a destituição de membros de qualquer um dos outros “por força de decisão exclusivamente política”.

Canotilho (1941, p. 555) afirma que “o princípio da separação de poderes é, como princípio organizatório estrutural, uma das grandes constantes do Estado Constitucional”, da mesma forma que o faz Barroso (2018, p. 113), que o classifica como “um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais”.

Para Montesquieu (1996, p. 167), conforme se dá na Constituição Federal de 1988, “existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”, sendo este o que se entende hodiernamente por “poder judiciário”. Ao legislativo, de acordo com o autor, caberia o dever de legislar e fiscalizar, ao executivo o dever de administrar a coisa pública e ao judiciário, o dever de julgar.

Dessa divisão, tornou-se imprescindível a criação de um sistema de pesos e contrapesos.

2.1.1 Sistema de Freios e Contrapesos

De maneira sintética, conforme Piske e Saracho (2018), o sistema de freios e contrapesos se dá no fato de que os poderes devem ser controlados uns pelos outros, de modo a mantê-los em equilíbrio.

Na Constituição Federal, o *checks and balances system* pode ser verificado em diversos dispositivos, alguns muito em voga nas discussões jurídicas atuais, a exemplo do controle de constitucionalidade, dos institutos de sanção e veto, o processo de nomeação de cargos pelo Presidente da República, da sustação legislativa de atos normativos elaborados pelo executivo, da própria dinâmica de intervenção federal, estado de defesa e de sítio, da possibilidade de julgamento dos membros do Supremo Tribunal Federal pelo legislativo em caso de crime de responsabilidade e da concessão de indulto pelo Presidente.

Sobre os institutos de sanção e veto, enuncia a carta constitucional:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

A sanção legislativa pelo Presidente consiste em sua aquiescência ao projeto apresentado, “com o quê se transforma em lei, porque a lei só nasce com a sanção, que é pressuposto de existência” enquanto a promulgação se trata da “comunicação, aos destinatários da lei, de que esta foi criada com determinado conteúdo”, ato obrigatório, porquanto “a lei só se torna eficaz [...] com a promulgação publicada” (SILVA, 2014, p. 466).

O veto, por sua vez, “é o modo de o chefe do Executivo exprimir sua discordância com o projeto aprovado, por entendê-lo inconstitucional ou contrário a interesse público” (SILVA, 2014, p. 466). Não obstante, em outro mecanismo do sistema de freios e contrapesos, caso o Presidente da República vete determinado projeto de lei, é possibilitada ao Senado sua derrubada e, no caso de inércia do chefe do executivo, do mesmo modo, a promulgação do ato legal, *ex vi* do art. 66, da carta constitucional:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do

recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

[...]

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

[...]

§ 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

O processo de nomeação de Ministros pelo Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República¹¹ também sujeita-se, como dito, ao sistema de freios e contrapesos, na medida em que cabe ao legislativo a aprovação do ato, exegese do art. 101, § único, da CF/1988:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Ainda, goza o legislativo de diversos outros meios de controle do executivo, elencados no art. 49, da Constituição Federal, de onde se extrai:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

No que concerne à sustação de atos normativos do executivo por parte do legislativo, José Afonso da Silva (2014, p. 411) aponta tal competência como inusitada, defendendo que “tem natureza de verdadeiro controle político de

¹¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

constitucionalidade”, caracterizando-se como “um meio específico de o Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa”.

Outrossim, exerce o legislativo controle do judiciário e do executivo na hipótese de prática de crime de responsabilidade, já que não se mostraria razoável que tal matéria fosse apreciada pelo Supremo, haja vista a possível existência de conflito de interesses, na medida em que trata-se de julgamento envolvendo um de seus integrantes ou daquele responsável pela indicação dos mesmos:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Do mesmo modo, ao executivo é permitida a faculdade de conceder indulto e comutar penas, exercendo controle sobre as decisões prolatadas pelo judiciário que tenham se fundado em evidente abuso de poder¹²:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

Por fim, sendo o controle de constitucionalidade um dos principais instrumentos para a concretização da teoria da tripartição de poderes e do sistema

¹² Inclusive, a esse respeito, importa trazer à baila o emblemático caso de concessão de indulto a Daniel Silveira pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro em razão da condenação do Deputado pelo Supremo pela prática de crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito. O caso reverberou no mundo jurídico com a arguição da inconstitucionalidade do ato, o que levou ao ajuizamento de diversas ações junto ao Supremo, requerendo a declaração de nulidade do indulto concedido. Como tese de defesa da ilegalidade do ato, sustentam alguns juristas que a possibilidade constante no art. 84, XII, da Constituição Federal, só se mostraria legítima caso demonstrado abuso de poder por parte do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que o mecanismo configura-se como um contrapeso na ordem constitucional brasileira, devendo ser concedido com fundamento em evidente interesse público, o que defendem não ter ocorrido no caso. Miguel Reale Júnior, docente junto à Universidade de São Paulo foi um dos juristas que defendeu a inconstitucionalidade do ato, sob o fundamento de que afronta o princípio da separação de poderes, haja vista que “afronta o livre exercício do Poder Judiciário”, incorrendo em patente inconstitucionalidade. Ainda segundo Reale, o ato acabou por resultar “sem dúvida nenhuma um confronto inimaginável entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário”. Para o ex-ministro do STF, Carlos Ayres Britto, Bolsonaro “afrontou a Constituição ao fazer uso desbordante, excessivo, mais do que isso, totalmente descabido de um decreto de indulto”. A questão ainda está pendente de julgamento pelo Supremo e, certamente, irá se configurar como importante precedente sobre o sistema de freios e contrapesos na ordem constitucional brasileira. (PORTO; SOUZA; RODRIGUES, 2022)

de freios e contrapesos e também inerente ao tema objeto da presente pesquisa, merece especial atenção neste capítulo, pelo que se passa a expor em seguida.

2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade advém, conforme Barroso (2019), da rigidez e supremacia das normas constitucionais, o que significa que, consoante já exposto anteriormente, nenhuma norma legal ou ato do executivo pode subsistir se contrários ao texto constitucional. Desse modo, tem-se que o controle de constitucionalidade no Brasil se constitui como um contrapeso que se dá tanto com relação ao poder legislativo, quanto ao executivo, motivo pelo qual se mostra tão relevante.

Tal competência, atribuída ao poder judiciário, foi consagrada por meio do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, nos Estados Unidos ainda no ano de 1803, que afirmou ser o poder judiciário o intérprete final da constituição (BARROSO, 2019).

A propósito, para o autor

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. (BARROSO, 2019, p.40)

Esse é também o entendimento de Luiz Magno e Eduardo de Carvalho (2015, não paginado) que sustentam que “sem dúvida, a partir da decisão proferida pela Suprema Corte norte americana no caso *Marbury vs. Madison*, foi inaugurado o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, mais especificamente o controle difuso”.

A inconstitucionalidade consiste, sinteticamente, na desconformidade de uma determinada norma com relação ao texto constitucional - matéria cuja competência para análise é exclusiva do poder judiciário - e pode ser classificada como “formal” ou “material” e também “por ação” ou “por omissão”.

A inconstitucionalidade formal consiste em um vício de ordem procedimental na edição do ato normativo, enquanto “os vícios materiais dizem respeito ao próprio

conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.058).

A inconstitucionalidade por ação, por sua vez, se caracteriza por meio da edição de um ato normativo em desconformidade com a carta constitucional, enquanto a inconstitucionalidade por omissão - inovação da Constituição de 1988 - trata-se justamente do não cumprimento de um dever legislativo outorgado pelo constituinte.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2015, p. 1070) defendem que “a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”, enquanto José Afonso da Silva (2014, p. 287) faz importante observação a respeito do momento de caracterização da mesma, discorrendo que “esta só se caracterizará pelo não cumprimento, depois de tempo razoável, das imposições constitucionais positivas”.

Nesse mesmo sentido, Barroso (2019, p. 74) argumenta que “o mero não fazer por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão institucional”, porquanto “esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal”. Ou seja, não há que se falar em inconstitucionalidade por omissão quando estivermos diante de faculdade do legislador, a exemplo da aplicação do princípio da seletividade no imposto sobre circulação de mercadorias, mas tão somente de mandamentos explícitos e positivos da constituição, dos quais o legislativo não se pode furtar.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello, conceituou o tema:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná- los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (ADI 1458 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128)

Isto posto, como mencionado, a competência para análise das arguições de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico nacional se dá por todos os órgãos do judiciário. Isso quer dizer que tanto a Suprema Corte quanto magistrados de primeira e segunda instância possuem o poder de declarar uma norma como inconstitucional. Daí que se fala em controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade.

2.2.1 Controle Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade “consiste na atribuição da guarda da Constituição a um único órgão ou a um número limitado deles” (BARROSO, 2019, p. 306) e, no Brasil, é de atribuição do Supremo Tribunal Federal, por força do disposto no já mencionado art. 102, da Constituição Federal.

A matéria principal arguida em sede de controle concentrado é, justamente, a inconstitucionalidade de determinado ato jurídico. Vale dizer: a controvérsia processual é a norma objeto do controle constitucional, que é cotejada a partir dos parâmetros de controle instituídos pelo texto constitucional.

A Constituição da República, ao prever em seu art. 102, *caput*, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” instituiu quatro modalidades de controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão¹³, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

A ação declaratória de constitucionalidade e as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão constam do inciso I, alínea “a”, do art. 102, da CF/1988 e possuem legitimidade para propor ações diretas de inconstitucionalidade 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 de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

¹³ A ADO não consta no rol do art. 102, mas sim no art. 103, § 2º, da Constituição Federal.

Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e também a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme disposição expressa do art. 103, da Constituição Federal. Outrossim, no que concerne à ação declaratória de constitucionalidade, em que pese o art. 13, da Lei nº 9.868/1999 preveja que somente podem propô-la o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal e o Procurador-Geral da República, tal disposição não encontra mais guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a EC nº 45/2004 revogou o antigo parágrafo 4º, do art. 103, da CF/1988, passando a outorgar a todos os legitimados constantes do *caput* e incisos do referido dispositivo constitucional, a competência para o ajuizamento da ADC.

Os legitimados para propor a ação de descumprimento de preceito fundamental, entretanto, não constam no texto constitucional, motivo pelo qual são regulados pela Lei nº 9.882/1999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal” disciplinou em seu art. 2º, II, que “podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”.

Desse modo, tem-se que os entes que gozam de legitimidade ativa em sede de controle concentrado são os mesmos para todas as ações. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência fazem importante diferenciação entre estes, distinguindo-os como legitimados universais e legitimados especiais, o que interfere diretamente na admissibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Nas palavras de Barroso (2019, p. 313), os legitimados universais “são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese”, enquanto os especiais “são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada”.

Nessa classificação, tem-se como legitimados especiais as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, desde que demonstrada pertinência objetiva entre o objeto da ação de inconstitucionalidade e a atividade de representação do órgão (MENDES, 2012, p. 112), os Governadores de Estado, se

demonstrada “relação de pertinência entre a norma impugnada e os interesses que a eles cabe legitimamente tutelar” (BARROSO, 2019, p. 318) e a Mesa de Assembleia Legislativa, acaso também comprovado vínculo objetivo entre a norma objeto do controle e suas competências.

Os legitimados universais, por seu turno, consoante Barroso (2019) são o Presidente da República, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as Mesas do Senado e da Câmara, não cabendo restrições ao interesse de agir destes.

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão podem ser propostas em face de leis e atos normativos federais e estaduais, enquanto a ação declaratória de constitucionalidade somente pode ser ajuizada em face de lei ou ato normativo federal, conforme dicção do art. 102, I, a, do texto constitucional.

Nota-se que, no caso de eventual inconstitucionalidade de norma editada pelo poder municipal, não é possível a proposição das referidas ações. Nesses casos, portanto, é cabível arguição de descumprimento de preceito fundamental, cujo objeto consiste em “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º, Lei nº 9.882/1999).

3.2.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade por ação e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição Federal é regulamentada por meio da Lei nº 9.868/1999, que disciplinou pormenorizadamente o procedimento a ser seguido no processo e julgamento do referido mecanismo de controle constitucional por parte do judiciário, além de regulamentar também o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade.

Como dito, a ADI possui como objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Busca, portanto, a nulidade da norma objeto do controle, por sua incompatibilidade com o texto constitucional.

Nesse sentido, foram elencados como requisitos da petição inicial da ação direta de constitucionalidade:

Art. 3º A petição indicará:

- I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;
- II - o pedido, com suas especificações.

Sua distribuição se dá mediante sorteio ou prevenção entre os Ministros da Corte Constitucional, por força do disposto no art. 66, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, alterado pela Emenda Regimental 38/2010, sendo impedidos aqueles Ministros que tenham atuado nos autos previamente na condição de Procurador-Geral de Justiça, considerando que, conforme Mendes (2012, p. 79) “ao exercer as atividades do *parquet*, o então Procurador-Geral de Justiça profere juízo opinativo acerca da constitucionalidade ou não da norma impugnada”, de modo que não seria razoável que pudesse proferir novo pronunciamento na qualidade de Ministro, sob pena de se infringir o princípio do juiz natural.

O conteúdo impugnado, como mencionado anteriormente, consta do art. 102, I, a, da CF/1988 e seu provimento depende de dois quóruns distintos, assim como na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e na arguição de descumprimento de preceito fundamental: o quórum de instalação e o quórum de julgamento, sendo que este decorre de previsão constitucional, dispondo o art. 97, da Carta Magna que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Ou seja, são necessários 6 votos para que determinada norma seja declarada inconstitucional perante ao Supremo, ao passo que no quórum de instalação, cuja previsão consta do Regimento Interno do STF, exige-se o voto de 8 dos 12 ministros integrantes da corte constitucional:

Art. 143. O Plenário, que se reúne com a presença mínima de seis Ministros, é dirigido pelo Presidente do Tribunal.

Parágrafo único. O *quorum* para votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros.

A decisão que declara a inconstitucionalidade da norma objeto de controle possui efeitos gerais, vinculantes, retroativos e repressivos.

O efeito *erga omnes* da decisão, conforme Barroso (2019) se dá em razão da legitimação extraordinária pela qual atuam as pessoas e órgãos constantes do art. 103 da Constituição, que em que pese ajam em nome próprio, o fazem em defesa do interesse coletivo. O efeito vinculante atribuído à ADI, por sua vez, decorre do enunciado constante no art. 102, § 2º, do texto constitucional que dispõe 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.

Por fim, goza a decisão declaratória de inconstitucionalidade de efeito retroativo, decorrência lógica da nulidade da norma, o que acaba por atrair seus efeitos repressivos, conforme disposto no art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, caso existente legislação anterior a respeito da matéria.

No que se diz respeito à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, constituem requisitos essenciais de sua petição inicial: a) a indicação da “omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa” e b) “o pedido, com suas especificações”, por força do disposto no art. 12-B, da Lei nº 9.868.

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão assemelha-se, em muito, com o da ADI. Tanto é que a própria lei que a regulamenta estabeleceu a aplicação, no que couber, das disposições referentes à ação direta de inconstitucionalidade ao procedimento da ADO¹⁴.

Não obstante, o objeto do controle constitucional na ação direta de inconstitucionalidade por omissão difere, em muito, do objeto da ação direta de inconstitucionalidade por ação.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme Mendes e Branco (2015, p. 1.215) o objeto do controle constitucional é a “omissão total,

¹⁴ Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei.

absoluta, do legislador, quanto a omissão parcial, ou o cumprimento incompleto ou defeituoso do dever constitucional de legislar”.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 1.178) “a omissão inconstitucional, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, é, em princípio, normativa”. Não obstante, segundo o entendimento dos autores

[...] a omissão inconstitucional, objeto da ação, não decorre, necessariamente, de previsão de legislar contida em norma constitucional, mas pode advir da falta ou da insuficiência de norma, ou de prestação fático-administrativa, para proteger ou viabilizar a realização de um direito fundamental. (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 1.179)

Os efeitos da decisão que declara inconstitucionalidade por omissão, do mesmo modo que na ação direta de inconstitucionalidade por ação, são *erga omnes* e vinculantes, pelos mesmos motivos expostos anteriormente. Não obstante, o efeito temporal da mesma se diferencia daquele constatado na ADI, tendo sido objeto de importantes discussões no âmbito da doutrina e jurisprudência nacionais.

No entender de Barroso (2019, p. 469), os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade por omissão não comportam “analogia precisa com os da declaração de inconstitucionalidade por ação, que como regra retroagem ao momento de ingresso do ato no mundo jurídico”, de modo que, para o Ministro “no caso de omissão, é preciso aguardar um período razoável para sua caracterização”.

Gilmar Mendes (2012, p. 420), por sua vez, defende que “o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão pode ter produzido efeitos no passado”, motivo pelo qual, “faz-se mister, muitas vezes, que o ato destinado a corrigir a omissão inconstitucional tenha caráter retroativo”, embora faça ressalva no sentido de que “a amplitude dessa eventual retroatividade somente poderá ser aferida em cada caso”.

Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013, p. 1.203), do mesmo modo, entendem que

[...] a decisão de inconstitucionalidade por omissão, ao pôr em destaque situação de inconstitucionalidade que perdurou no passado, pode ter efeitos retroativos em relação aos prejuízos sofridos por aqueles que não puderam exercer os seus direitos, assim como aos danos provocados a direitos em virtude de falta de proteção a direitos fundamentais.

Derradeiramente, a título de ilustração, cita-se a ADO nº 26, que tratou sobre a criminalização da homofobia e foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal

Federal ainda no ano de 2019 com eficácia vinculante e *erga omnes*, de onde se extrai relevante conceituação:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. [...] A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. (ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020)

2.2.1.2 Ação declaratória de constitucionalidade

Conforme Mendes e Branco (2015, p. 1.190), é “muito pouco provável que se verifique o julgamento da ADC de forma isolada, sem que tenha havido a propositura de uma ADI”, motivo pelo qual “as regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à ADI são, na sua essência, extensíveis à ADC”. Seus efeitos, da mesma forma que na ADI, são *erga omnes*, retroativos e vinculantes.

Não obstante, a ação declaratória de constitucionalidade, diferentemente da ADI e da ADO, possui como objeto o reconhecimento de compatibilidade entre a Constituição Federal e lei ou ato normativo federal, sendo, portanto, o objeto de controle da ADC sua principal distinção com relação às ações diretas de inconstitucionalidade.

Outra importante diferenciação se dá em razão da necessidade, na ação declaratória de constitucionalidade, de “uma legitimação para agir *in concreto*, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.187), por força do disposto no art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999:

Art. 14. A petição inicial indicará:
I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;
II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

No que concerne ao referido interesse de agir, Barroso (2019, p. 409) discorre que "somente diante da fundada ameaça à segurança jurídica e à isonomia, decorrente de decisões contraditórias, é que haverá interesse em agir e estará legitimada a intervenção do Supremo Tribunal Federal". E, nesse sentido, Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013, p. 1.048), defendem que

Se é certo que a divergência judicial gera insegurança e incerteza jurídica, é incontestável que a ação declaratória de constitucionalidade não serve para eliminar controvérsia judicial, mas para estancar a dúvida que paira sobre a constitucionalidade de uma norma.

Expostas as principais características da ADI, ADO e ADC, passa-se a discutir, enfim, sobre um último mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico nacional: a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.2.1.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista pelo texto constitucional em seu art. 102, § 1º, é aplicável em razão do princípio da subsidiariedade¹⁵ e tem por objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, conforme disposição expressa da Lei nº 9.882/1999, que dispõe sobre seu processo e julgamento.

¹⁵ AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÕES JUDICIAIS. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER A TRANSPORTADORAS, EM ORDEM A NÃO EXPOREM SEUS VEÍCULOS AO TRÁFEGO COM EXCESSO DE GARGA EM RODOVIAS. FIXAÇÃO DE MULTA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO. CONDENAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL COLETIVOS. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À ADPF. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. **O cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais, ou a verificação, *ab initio*, de sua inutilidade para a preservação do preceito. Precedentes desta SUPREMA CORTE.** 2. **A existência de outros meios idôneos ao enfrentamento da lesão constitucional alegada pelo Agravante, em razão dos quais se mostra desatendido o requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999), inviabiliza o imediato acesso à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Precedentes.** 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ADPF 882 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-001 DIVULG 07-01-2022 PUBLIC 10-01-2022) (Grifo nosso)

Ou seja, também é possível o controle concentrado de constitucionalidade nos casos em que a ADI, ADO e ADC não se mostram cabíveis, sendo este, inclusive, pressuposto de admissibilidade da ADPF:

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Nas palavras de Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013, p. 1.208)

[...] o espaço da arguição está exatamente no lugar em que se apresenta a necessidade de tutela pronta e geral, em face da Constituição Federal, de direito pré-constitucional, de direito municipal e de norma secundária, bem como de declaração de constitucionalidade, diante da Constituição Federal, dos direitos municipal e estadual.

Gozam de legitimidade para a arguição de descumprimento de preceito os mesmos legitimados para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade, por força de disposição do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999, que devem fazer constar na petição a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado¹⁶.

A decisão prolatada em arguição de descumprimento de preceito fundamental possui efeitos *erga omnes*, vinculantes e retroativos, da mesma forma que os demais mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade.

Entretanto, seus efeitos gerais e vinculantes não decorrem de disposição constitucional, mas sim da própria Lei n 9.882, que dispõe:

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

[...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

¹⁶ Art. 3º, da Lei nº 9.882/1999

Quanto ao seu procedimento, a ADPF segue o mesmo rito disciplinado na Lei nº 9.868/1999, já exposto nos tópicos precedentes.

Delineado, portanto, como se dá o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, passa-se a discorrer a respeito do controle difuso, que, a rigor, foi exercido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento objeto desta monografia.

2.2.2 Controle Difuso

O controle difuso de constitucionalidade, segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 1.108), se caracteriza a partir da existência “de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário”. Para José Afonso da Silva (2014, p. 279), portanto, o controle concreto “reconhece jurisdição constitucional a todos os componentes do Poder Judiciário”. Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013, p. 895), por seu turno, o classificam como “tarefa cotidiana e rotineira dos juízes e tribunais”.

Desse modo, tem-se que todos os órgãos judiciais são competentes para reconhecer e declarar a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal municipal, estadual ou federal e de qualquer ato praticado pelo poder público em desacordo com a Constituição Federal. Qualquer ação judicial pode sujeitar-se ao controle difuso de constitucionalidade, ainda que a inconstitucionalidade - que pode ser levantada por qualquer uma das partes¹⁷ e pelo próprio magistrado, de ofício - não seja a matéria principal *sub judice*.

Trata-se, pois, de controle constitucional por via incidental, o que quer dizer que “a decisão da questão de constitucionalidade não é a decisão da questão principal ou, mais exatamente, do objeto litigioso do processo” (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 896)

Em razão do já mencionado princípio de reserva de plenário, por força do disposto no art. 97, da Constituição Federal, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹⁷ "Sem embargo da expansão do controle por via de ação direta, nos últimos anos, o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais." (BARROSO, 2019, p.184)

A respeito, prevê a Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Tem-se, pois, no âmbito do segundo grau de jurisdição, procedimento específico para o incidente de arguição de inconstitucionalidade, o qual encontra-se disciplinado no capítulo IV, do Código de Processo Civil, dos artigos 948 a 950.

Arguida inconstitucionalidade em sede de controle difuso, o relator deve intimar as partes e o Ministério Público para que se manifestem a respeito. Após, deve submeter a questão ao colegiado que, caso rejeitada a arguição, prosseguirá com o julgamento da matéria principal e, na hipótese de acolhimento da inconstitucionalidade, submeterá a questão ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, a quem cabe, conforme dicção do art. 97, da CF/1988, a competência para declarar a inconstitucionalidade aventada.

A regra comporta apenas uma exceção, contida no art. 949, § único, do CPC: “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”.

A inconstitucionalidade arguida de forma incidental, como mencionado, pode ser objeto de controle de qualquer um dos órgãos do judiciário, incluindo do Supremo Tribunal Federal, tanto no julgamento de processos de competência originária da Corte quanto no julgamento de recursos, ordinário e extraordinário.

Considerando o objeto de pesquisa desta monografia, qual seja, o acórdão de um Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, nos interessa como é regulamentado, em âmbito constitucional e infraconstitucional, este controle difuso de constitucionalidade incidentalmente realizado pelo Supremo Tribunal.

O Recurso Extraordinário é a forma pela qual a Suprema Corte, enquanto guardiã da Constituição, realiza a fiscalização concreta da constitucionalidade de leis e atos normativos. A teor do art. 102, III, da Carta Magna:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Seu cabimento depende, entretanto, da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, conforme enunciado no parágrafo 3º do dispositivo supracitado, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Não obstante, conforme Barroso (2019, p. 214), “a Constituição utilizou, deliberadamente, um conceito jurídico indeterminado, deixando a tarefa de concretização a cargo do legislador ordinário e, sobretudo, do próprio STF”. Foi então que sobreveio a Lei nº 11.418/2016 e acrescentou no Código de Processo Civil de 1973 a regulamentação da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.

Com a revogação da Lei nº 5.869/1973 (antigo CPC), a disciplina do Recurso Extraordinário passou a constar no Capítulo VI, do Código de Processo Civil de 2015, dos artigos 1.027 ao 1.044, dispondo o art. 1.035, do *codex* processual civilista, em observância ao § 3º. da Constituição Federal que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral”.

Nos termos do parágrafo 1º do art. 1.035, do CPC, “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Outrossim, segundo o dispositivo em comento, haverá repercussão geral sempre que o objeto do recurso extraordinário seja acórdão contrário à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos, ou que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

Entretanto, segundo o art. 324, § 1º, do Regimento Interno da Corte Constitucional, “somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecerem a existência de matéria constitucional”.

Procedimentalmente, cabe ressaltar o disposto no art. 1.036, do Código de Processo Civil:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

É justamente o que ocorreu no RE 714.139, recurso afetado como *leading case* do Tema nº 745, do Supremo Tribunal Federal e objeto de análise desta monografia.

Nesse contexto, por exemplo, o art. 1.030 do CPC disciplina diversas situações processuais que são interligadas ao processamento e julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, pelo que importa citá-lo:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

Da decisão que reconhece a repercussão geral, por sua vez, decorrem importantes efeitos, tal como a eficácia vinculante, nos termos do art. 927, IV, do

Código de Processo Civil, a impor aplicabilidade obrigatória por toda a jurisdição¹⁸. Vale dizer: todo juiz e tribunal deve, doravante, seguir o entendimento consolidado na tese do Supremo Tribunal Federal.

Ao que importa destacar sobre os referidos efeitos do julgamento em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com a sistemática da Repercussão Geral, sobreleva a questão da aplicação imediata da tese então definida.

Exceção se dá quando há possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, que via de regra são retroativos e, particularmente, na seara tributária, resultam na possibilidade de repetição do indébito por parte dos contribuintes¹⁹, ou cobrança, por parte dos entes federativos. Tal possibilidade é aspecto de grande importância no âmbito do direito tributário, haja vista o condicionamento do agir do Fisco quanto à questão discutida, o que acaba por gerar importante impacto financeiro nos cofres públicos.

Inicialmente, a possibilidade de modulação da eficácia de decisões proferidas em sede de controle de Constitucionalidade no Brasil se deu com o art. 27, da Lei n. 9.868/1999:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em que pese a inexistência de previsão nesse sentido no que se diz respeito ao controle difuso, o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar o referido dispositivo por analogia em situações excepcionais, desde que demonstrado extremo risco à segurança jurídica ou ao interesse público. Mais especificamente, a respeito da modulação de efeitos em controle incidental de constitucionalidade em

¹⁸ Outros dispositivos do Código de Processo Civil disciplinam a possibilidade de aplicação da tese assentada no julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, por exemplo a tutela de evidência (art. 311, II) e a improcedência liminar do pedido (art. 332, II).

¹⁹ Art. 168, do Código Tributário Nacional: o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

matéria tributária, colhe-se de voto prolatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do AI 478721 AgR²⁰:

[...] em matéria tributária, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações.

Não obstante, com a inclusão do art. 23 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, passou-se a se reconhecer uma possibilidade de modulação da eficácia das decisões judiciais, inclusive em controle difuso, sem a necessidade de analogia com o art. 27:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

O que se verifica, a partir de tal previsão, conforme Weber Luiz de Oliveira (2018, p. 6), é que

[...] toda decisão - administrativa, judicial e de controle -, como ato estatal dotado de poder e, por consectário, de responsabilidades, deve refletir sobre os efeitos que a sua implementação pode causar, para o fim, talvez, de calibrar o conteúdo decisório

Daí se advém, portanto, dispositivo específico a justificar a possibilidade da modulação de efeitos em sede de Recurso Extraordinário sob a sistemática da Repercussão Geral.

²⁰ TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA (IPTU). MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROGRESSIVIDADE. CONSTITUCIONAL. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade. Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. TAXA DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA PÚBLICA. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Inconstitucionalidade, conforme a jurisprudência do STF. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento. (AI 478721 AgR, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 16-02-2007 PP-00060 EMENT VOL-02264-08 PP-01648)

3 O JULGAMENTO DO TEMA 745 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 18/12/2021, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 714.139, sob a sistemática da Repercussão Geral, tendo o recurso sido afetado como Tema 745.

O *leading case* trata-se de RE interposto em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível nº 2011.017834-5, protocolada pela empresa Lojas Americanas S/A em face de sentença proferida pela 3º Vara da Fazenda Pública da Capital (Florianópolis), que denegou a segurança pleiteada pela recorrente em mandado de segurança impetrado contra ato dito ilegal atribuído ao Diretor de Administração Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, consistente na cobrança de ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação sob alíquota de 25%²¹.

O acórdão recorrido restou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA DE ICMS (25%). ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE, EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO (ART. 155 § 2º, III). INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. "A Constituição Federal dispõe que o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços" (art. 155, § 2º, III - grifei). Diferentemente, no caso do IPI a CF determina que "será seletivo, em função da essencialidade do produto" (art. 153, § 3º, I, da CF - grifei). Não há dúvida de que o legislador estadual não pode simplesmente desconsiderar a norma prevista no art. 155, § 2º, III, da CF, por conta da potestatividade inerente à expressão "poderá ser seletivo". No entanto, há que reconhecer que é determinação que dá ao legislador margem mais ampla de decisão que a expressão "deverá ser seletivo", reservada apenas ao IPI. Essa constatação restringe a atuação do Judiciário a hipóteses inequívocas de violação do Princípio da Seletividade, que não é o caso dos autos. Para que o pleito formulado pelo impetrante pudesse ser apreciado

²¹ Lei nº 10.297/1996, art. 19. As alíquotas do imposto, nas operações e prestações internas e interestaduais, inclusive na entrada de mercadoria importada e nos casos de serviços iniciados ou prestados no exterior, são:

I - 17% (dezessete por cento), salvo quanto às mercadorias e serviços relacionados nos incisos II a IV;

II - 25% (vinte e cinco por cento) nos seguintes casos:

- a) operações com energia elétrica;
- b) operações com os produtos supérfluos relacionados na Seção I do Anexo I desta Lei;
- c) prestações de serviços de comunicação;

III - 12% (doze por cento) nos seguintes casos:

- a) operações com energia elétrica de consumo domiciliar, até os primeiros 150 kWh (cento e cinquenta quilowatts-hora);
- b) operações com energia elétrica destinada a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 kWh (quinhentos quilowatts-hora) mensais por produtor rural.

pelo Judiciário, seria necessário que, por algum meio de prova, o interessado demonstrasse peremptoriamente a incompatibilidade da norma estadual com a determinação constitucional. Mais: essa prova, no caso do Mandado de Segurança, deveria ser pré-constituída. A seletividade conforme a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação. Embora seja inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou demonstrada" (RMS 28.227/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.017834-5, da Capital, rel. José Volpato de Souza, Quarta Câmara de Direito Público, j. 08-03-2012).

Defendia a empresa apelante que a alíquota do imposto sobre circulação de mercadorias referente aos serviços de telecomunicação e de energia elétrica no Estado de Santa Catarina, fixada em 25%, constituía tratamento diferenciado com relação aos demais produtos tributados pelo Estado, em afronta ao princípio da isonomia e da seletividade do ICMS, sob o fundamento de que a fixação da alíquota em patamar majorado em relação a outros produtos de menor importância social não se coaduna com a Constituição Federal.

O Estado de Santa Catarina fundamentou a legalidade da alíquota sob o argumento de que o legislador possui discricionariedade para selecionar os produtos tidos como essenciais, cabendo-lhe a fixação da alíquota que entender devida.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina se manifestou no sentido de que a adoção da técnica da seletividade no que concerne ao imposto sobre circulação de mercadorias, prevista no art. 155, § 2º, III, do texto constitucional, assim como defende José Afonso da Silva (2014), trata-se de uma faculdade e não de mandamento imperativo.

Nesse sentido, argumentou a Corte Estadual que

[...] a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabelecem alíquotas máximas (até 25%) para o ICMS incidente sobre operações com energia elétrica, sob o fundamento de que se trata de uma mercadoria tão essencial quanto qualquer outra de primeira necessidade, a incidência de alíquota mais elevada sobre as operações com energia elétrica não viola o princípio constitucional da seletividade fundado na essencialidade da mercadoria (art. 155, § 2º, inciso III, da CF/88), sobretudo porque não tem apenas o objetivo de abastecer os cofres públicos com os recursos financeiros necessários à manutenção das atividades estatais (fiscalidade), mas também o de evitar o consumo abusivo e o desperdício que, se não for controlado pelo Poder Público, poderá levar ao racionamento forçado da energia elétrica, comprometendo, indubitavelmente, o crescimento do País e, via de consequência, toda a sociedade brasileira.

A impetrante protocolou, pois, Recurso Extraordinário em face do *decisum*, alegando, em síntese, “inegável interesse econômico da sociedade com o resultado da lide”, sob o fundamento de que o constituinte, ao estabelecer no art. 155, § 2º, II que o ICMS poderá ser seletivo, estabeleceu determinação ao legislador, ao contrário do que sustentou o Tribunal de Justiça catarinense.

Subsidiariamente, defendeu que

[...] ainda que se entenda pela faculdade do legislador estadual em incorporar o princípio constitucional da seletividade ao ICMS, o mesmo, ao optar por incorporar o referido princípio na legislação estadual - o que se consubstancia na diferenciação entre as alíquotas fixadas para o cálculo do imposto - deve, necessariamente, observar o critério da essencialidade do produto.

Argumentou, portanto, que, acaso adotada a técnica da seletividade, “quanto maior a importância e necessidade do produto, menor deve ser obrigatoriamente a alíquota do ICMS incidente sobre o mesmo”, o que aduziu não ter sido observado pelo Estado de Santa Catarina na edição da Lei nº 10.297/1996, que instituiu alíquota de 25% sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações, da mesma forma que sobre produtos supérfluos, como, por exemplo, bebidas alcoólicas.

O Estado de Santa Catarina apresentou contrarrazões ao recurso, aduzindo, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que

Em sede de controle de constitucionalidade o pedido deve ser o de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo infraconstitucional que esteja em desacordo com a Constituição da República. Nestes casos, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, verificando que o dispositivo legal infraconstitucional destoa da Lei Fundamental, determina a sua exclusão do ordenamento estatal. Entretanto, no exercício da jurisdição constitucional não pode o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer outro órgão do Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade difuso, transformar-se em legislador positivo, alterando o conteúdo da norma, como equivocadamente pretende a recorrente.

No mérito, sustentou que

[...] a escolha da alíquota do ICMS em função da essencialidade foi atribuída, pelo constituinte, como uma faculdade ao legislador ordinário estadual, devendo-se observar, sempre que possível, a questão da capacidade contributiva, nestes casos, cristalizada através do princípio da seletividade.

Defendeu, pois, que

[...] a competência para fixação de alíquotas do ICMS é do legislador estadual, sendo impossível atender-se ao requerimento da autora, em transformar o Poder Judiciário em legislador ativo, apresentando tutela judicial substitutiva da vontade do legislador, o que implicaria na violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Magna Carta, em desacordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, o Ministro Relator, Marco Aurélio, negou seguimento ao recurso, dispondo que “as razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos ao acórdão atacado”, buscando a recorrente o reexame dos elementos probatórios constantes dos autos, o que inviável em sede de Recurso Extraordinário. Irresignada, a recorrente interpôs agravo regimental, ao qual também se negou provimento. Opostos embargos de declaração, estes foram julgados procedentes, determinando-se a sequência do RE.

A repercussão geral da matéria foi, então, reconhecida pelo Min. Relator que, nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, inseriu a matéria no plenário virtual da Corte.

A Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo parcial provimento do recurso, entretanto, com a modulação dos efeitos da decisão *pro futuro*.

Isto posto, passa-se à exposição do acórdão e dos votos prolatados pela Suprema Corte.

3.1 VOTOS

3.1.1 Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, se manifestou no sentido de que a técnica da seletividade constante do art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal, em que pese facultativa, não resulta na inexistência de “núcleo essencial a ser preservado quando evocado pelo legislador ordinário”. Sustentou, nesse sentido, que “adotada a seletividade pelo legislador, o critério não pode ser outro senão a essencialidade”, de modo que, no seu entendimento, a legislação catarinense estaria em desacordo com os dispositivos constitucionais que versam sobre o tema,

haja vista “tratar-se de bens e serviços de primeira necessidade”, cuja utilidade social consta do próprio texto constitucional (artigo 21, incisos XI e XII, alínea “b).

Defendeu serem os serviços de energia elétrica e de telecomunicações demanda inelástica, em razão de sua indispensabilidade, de modo a atrair “o reenquadramento jurisdicional da imposição tributária sobre a energia elétrica e os serviços de telecomunicação, fazendo incidir a alíquota geral, de 17%”.

A fim de legitimar sua decisão, consignou, prefacialmente, não se tratar de “anômala atuação legislativa do Judiciário”, mas sim de “glosa do excesso”, a atrair “a recondução da carga tributária ao padrão geral, observadas as balizas fixadas pelo legislador comum, no papel que lhe é próprio”.

Propôs, então, a seguinte tese ao Tema nº 745:

Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços.

3.1.2 Ministro Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, se manifestou pela constitucionalidade da norma impugnada no que concerne à alíquota incidente sobre a energia elétrica, sob o fundamento de que o Estado de Santa Catarina, ao aplicar o princípio da seletividade no imposto sobre circulação de mercadorias nas operações com energia elétrica, o fez em conjunto com o princípio da capacidade contributiva quando adotou alíquota reduzida para aqueles consumidores que se caracterizam como “usuários domiciliares” com consumo energético de até 150Kwh mensais, do mesmo modo que o fez para produtores e cooperativas rurais redistribuidoras com consumo mensal de até 500Kwh, enquanto adotou a alíquota majorada de 25% para os demais consumidores em razão de sua (presumida) maior capacidade contributiva.

Defendeu, portanto, a inexistência de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente, argumentando que “o tratamento diferenciado foi estabelecido pelo Estado justamente com vistas a equalizar o ônus das operações com energia elétrica”.

Prosseguiu sustentando que “em função da diversidade socioeconômica das diversas unidades da federação, não há como estabelecer um critério rígido para a seletividade/essencialidade dos bens sobre os quais incidem o ICMS”, aduzindo competir o legislador estadual a análise pormenorizada “das necessidades e peculiaridades regionais, a fim de estabelecer as alíquotas do ICMS, considerando não apenas a essencialidade do bem em si mesma [...], mas também o princípio da isonomia e da capacidade contributiva”.

Não obstante, no que se diz respeito à alíquota incidente sobre os serviços de telecomunicações, se manifestou pela inconstitucionalidade da exação, argumentando que o Estado de Santa Catarina, ao estabelecer a incidência de alíquota majorada para a cobrança do tributo, desconsiderou completamente a essencialidade do serviço.

Divergiu, portanto, em parte do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, propondo como tese de repercussão geral:

- I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva.
- II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem.
- III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS.

3.1.3 Ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, motivo pelo qual o julgamento foi suspenso, tendo sido designado, posteriormente, como redator do acórdão.

Em oposição ao que fez constar o Ministro Alexandre de Moraes, votou no sentido de que a “essencialidade da energia elétrica independe da classe na qual se enquadra seu consumidor (ou o consumo) ou da quantidade de energia elétrica consumida”, de modo a resultar na inconstitucionalidade da norma objeto de controle incidental no *leading case*. Aqui, nos importa citar relevantíssimo trecho de seu voto:

Os grupos de consumidores de energia elétrica beneficiados com a alíquota de 12% são, evidentemente, ínfimos em comparação com a universalidade daqueles onerados com aquela alíquota elevada de 25%. Na adoção do ICMS seletivo, a referida lei equiparou a energia elétrica a produtos

supérfluos, cobrando, como regra, o ICMS sobre tal bem com alíquota elevada de 25%. São onerados com essa alíquota os consumidores comerciais e industriais, o Poder Público bem como os consumidores residenciais e rurais cujo consumo supere aqueles limites.

Só de maneira excepcional, a lei previu a cobrança desse tributo com menor onerosidade em prol de alguns poucos grupos. Ou seja, a lei catarinense, não obstante tenha observado a eficácia positiva da seletividade na cobrança do ICMS sobre energia elétrica com aquela alíquota de 12%, nas situações acima especificadas, violou a eficácia negativa do mesmo preceito ao estabelecer a incidência, como regra, do ICMS sobre energia elétrica com a elevada alíquota de 25%, a qual, aliás, onera os produtos supérfluos. Houve, portanto, ofensa ao conteúdo mínimo da seletividade.

Outrossim, ao tratar a respeito da alíquota incidente sobre os serviços de telecomunicações, observou que, em que pese a legislação guardasse guarida com as disposições constitucionais há época em que foi editada, hodiernamente não há como se negar o caráter essencial dos serviços de telecomunicações. Desse modo, sustentou não ter a legislação catarinense acompanhado as mudanças sócio-econômicas da população, de modo que acabou por tornar-se, com o passar do tempo, inconstitucional.

Não obstante, propôs a modulação dos efeitos do *decisum*, levando-se em conta o grande impacto que os mesmos, caso admitidos retroativamente, causariam no planejamento financeiro dos Estados. Sugeriu, portanto, que a produção de efeitos da decisão se desse tão somente a partir do exercício financeiro seguinte, com ressalva das “ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito”.

Em seguida, o julgamento foi suspenso para colheita do voto dos demais membros da Suprema Corte a respeito da proposta de modulação apresentada pelo Min. Dias Toffoli e, quando retomado, pediu vista dos autos o Min. Gilmar Mendes.

3.1.4 Ministro Gilmar Mendes - Voto Vista

Em seu voto, Gilmar Mendes assentou, que “o Fisco dispõe de discricionariedade para estabelecer cargas tributárias diferenciadas para as diferentes mercadorias, tendo em vista objetivos extrafiscais”, haja vista tratar-se a essencialidade de conceito jurídico indeterminado, restando “amplo espaço de conformação ao legislador estadual, a quem foi delegada a possibilidade de diferenciar as alíquotas conforme as circunstâncias regionais”.

Nesse sentido, da mesma forma que o fez o Ministro Alexandre de Moraes, defendeu que

O legislador estadual, ao estipular as alíquotas diferenciadas de energia elétrica, não desconsiderou o critério da essencialidade, mas, sim, a ele agregou elementos que a um só tempo concretizam a capacidade contributiva e estimulam o uso racional da energia elétrica

Reconheceu, pois, a constitucionalidade da exação no que concerne à alíquota do ICMS incidente sobre a energia elétrica no Estado de Santa Catarina.

Entretanto, acompanhou os demais julgadores no que concerne à inconstitucionalidade da alíquota majorada do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicações, sob o fundamento de que

Em verdade, a majoração das alíquotas do ICMS relativas aos serviços de comunicações, no Estado de Santa Catarina, revestem-se unicamente de finalidade arrecadatória, contribuindo para a regressividade do sistema que se buscou combater com o estabelecimento da possibilidade de aplicação do princípio da seletividade ao referido imposto.

Por fim, aderiu à proposta de modulação de efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli. Entretanto, sugeriu que a produção de seus efeitos se desse a partir do Plano Plurianual de 2024-2027, ressalvadas, de igual modo, as ações ajuizadas até o início do julgamento do Tema, a fim de que as expectativas de receitas por parte dos Estados possam ser “recalibradas e adequadamente redimensionadas nas despesas de capital assumidas e na formulação das políticas públicas, sem alcançar e prejudicar a execução dos programas em andamento”.

3.2 RESULTADO

Colhidos todos os votos, o Ministro Dias Toffoli modificou sua proposta de modulação, aderindo à sugestão dada pelo Ministro Gilmar Mendes. Foi acompanhado pela maioria dos Ministros, restando vencido o Ministro Edson Fachin, que em que pese tenha reconhecido a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS incidente sobre energia elétrica e sobre os serviços de telecomunicação, se manifestou contrário à modulação *pro futuro* dos efeitos da decisão, sob o argumento de que “ a modulação não deve ser um meio hábil para atingir o equilíbrio orçamentário às custas dos contribuintes”.

O acórdão restou assim ementado:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade. 1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço. 2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa. 3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade. 4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateu a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional. 5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 745: Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços. 6. Recurso extraordinário parcialmente provido. 7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21). (RE 714139, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049 DIVULG 14-03-2022 PUBLIC 15-03-2022)

Opostos embargos de declaração com o intuito de modificar a modulação dos efeitos do *decisum*, estes foram rejeitados:

Segundos embargos de declaração em recurso extraordinário. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado.

Mantida a modulação dos efeitos da decisão. 1. O Plenário da Corte enfrentou adequadamente todos os pontos colocados em debate, nos limites necessários ao deslinde do feito. Não há, portanto, nenhum dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil. 2. Não se vislumbram razões para alterar a modulação dos efeitos do acórdão embargado ou a ressalva estabelecida quanto a ela. 3. Embargos de declaração rejeitados. (RE 714139 ED-segundos, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 13-06-2022 PUBLIC 14-06-2022)

Todas as citações aqui referendadas foram extraídas dos autos do processo eletrônico referente ao Recurso Extraordinário nº 714.139, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4307031>. Acesso em: 21 nov. 2022.

É o que se tinha a expor.

CONCLUSÃO

Como visto, a decisão do RE 714.139 enfrentou matéria de direito tributário de grande relevância no federalismo brasileiro, qual seja, a competência constitucional dos entes federativos na regulamentação da imposição de tributos e o sistema de divisão de poderes e os freios e contrapesos.

Nesse sentido, em um primeiro momento se mostrou necessário expor como se dá o regramento do sistema tributário na Constituição Federal, a fim de esclarecer o modo de repartição de competências tributárias entre os entes federativos e também quais os princípios norteadores do poder de tributar no ordenamento jurídico nacional.

Desse modo, em que pese a discussão doutrinária a respeito do princípio da seletividade no imposto sobre circulação de mercadorias, já que alguns autores o classificam como mera técnica em razão da literalidade do art. 155, § 2º, III, da Constituição, que dispõe que o imposto em comento “poderá ser seletivo”, a conclusão a qual se chega a partir do estudo realizado é que a seletividade no imposto sobre circulação de mercadorias é, assim como no imposto sobre produtos industrializados, princípio. Isso porque, conforme exposto no capítulo 1, princípios são mandamentos imperativos dotados de caráter vinculante, tidos como normas balizadoras do sistema jurídico, sendo esta a classificação que se pode atribuir à seletividade no ICMS, porquanto ao adotar a sistemática da progressividade de alíquotas, fica o legislador vinculado a sua aplicação.

Constatou-se, em seguida, que a competência para instituição do imposto sobre circulação de mercadorias é exclusiva dos estados, em que pese caber à União a regulamentação de regras gerais em matéria tributária, o que se dá em razão da necessidade de se manter a coesão e harmonia do sistema em âmbito nacional, considerando a forma federativa do Estado brasileiro.

Conforme explanado, a Constituição foi clara ao estabelecer que compete aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de impostos sobre operações de circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de comunicação.

Destarte, evidente que goza o legislador de discricionariedade na aplicação do princípio da seletividade no ICMS, cabendo-lhe selecionar os produtos que entender essenciais, bem como estabelecer as alíquotas incidentes sob os mesmos.

A esse respeito, haja vista que o RE 714.139, julgado pelo Supremo Tribunal Federal e afetado como *leading case* do Tema nº 745 tratou da matéria em controle difuso de constitucionalidade - mecanismo decorrente do sistema de freios e contrapesos inerente ao sistema federativo de Estado - expôs-se sobre as justificativas e mecanismos do controle de constitucionalidade no Brasil.

Por fim, passou-se ao relatório do acórdão prolatado pela Suprema Corte quando do julgamento do Tema 745, ocasião na qual o STF definiu que, em razão da essencialidade da energia elétrica e dos serviços de telecomunicação, adotada a técnica de seletividade no imposto sobre circulação de mercadorias, não é permitida a instituição de alíquota superior a das operações em geral.

Não obstante, ainda que na qualidade de guardião da Carta Magna, é importante ressaltar a existência de limitações ao poder interpretativo concedido ao Tribunal Constitucional, a quem cabe tão somente balizar, de forma genérica, a aplicação das normas constitucionais, sem que se adentre na esfera de outro poder.

Contudo, da análise dos votos dos Ministros, verifica-se que a corte constitucional acabou por transpor esfera própria do poder legislativo estadual, qual seja: a possibilidade de regulamentar a cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias, como exposto no capítulo que se dedicou às competências tributárias.

Inclusive, nesse mesmo sentido se manifestou o Ministro Alexandre de Moraes:

Cumprir destacar que não compete ao Poder Judiciário estabelecer quais os critérios a serem adotados pelo legislador tributário estadual na aplicação do princípio da seletividade do ICMS, considerando a essencialidade do bem, sob pena de atuar como legislador positivo, o que ensejaria ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

É justamente o que se constata no caso, levando-se em consideração que, ao invés de se limitar à interpretação do princípio da seletividade tributária, além de estabelecer o critério de seletividade a ser adotado pelo legislador no caso do ICMS incidente sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicações, o Supremo acabou por definir a alíquota máxima a ser instituída pelos Estados, atribuição dada pela Constituição ao poder legislativo estadual, de modo que, em seu exercício de contrapeso, avançou na própria disciplina da norma tributária.

Levando em conta os significativos reflexos do julgamento no âmbito do direito público, como exposto, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da

decisão, permitindo que sua eficácia ficasse suspensa até o plano plurianual de 2024, ressalvadas as ações propostas até a data de julgamento do *leading case*. Ou seja, houve o estabelecimento de dois efeitos em face da decisão: uma referente às questões *sub judice*, as quais concedeu-se efeito retroativo, limitado, entretanto, ao dia 05/02/2021, enquanto para as questões não judicializadas até a referida data, deu-se efeitos prospectivos.

Contudo, por oportuno, não se pode deixar de mencionar o encampamento da tese do Supremo por parte do Congresso Nacional, que editou a Lei Complementar nº 194/2022, alterando o Código Tributário Nacional e a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos à energia elétrica e às comunicações, dentre outros.

De certa forma, portanto, a modulação de efeitos acabou perdendo objeto/eficácia, já que, no exercício de sua competência legislativa, a União passou a determinar que “os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos”, vedando a fixação de alíquotas sobre as referidas operações em patamar superior ao das operações em geral.

Conclui-se, assim, que o poder judiciário, além de ter adentrado em competência constitucional dos entes federativos estaduais, deu subsídio para o próprio poder legislativo federal o fizesse, resultando no desequilíbrio das competências tributárias dispostas na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2006.

ATALIBA, José Geraldo de. Alguns Aspectos do Conceito Atual de Soberania. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 7, p. 79-89, abr. 1964.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno e RÊGO, Eduardo de Carvalho. Por trás de Marbury vs. Madison: uma análise histórica sobre a política envolvendo a criação do controle jurisdicional de constitucionalidade. In.: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de e VILLATORE, Marco Antônio César (Orgs.). **I Encontro de Internacionalização do**

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 2, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Brasília.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1458. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de mai. de 1996. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 set. 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur21022/false>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de jun. de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 959.274. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 29 de agosto de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 out. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4955288>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 714.139. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. DF, 18 de dezembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4307031>

CANARIS, Claus Wilhelm, **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed., trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

CONPEDI (Vol. 14). Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, p. 513-540
EDITORA MELHORAMENTOS LTDA. (ed.). **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2019.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HORTA, Raul Machado. **O Federalismo no Direito Constitucional Contemporâneo**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 17, n. 19/20, p. 223-249, dez. 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. 3. ed. Trad. J. de Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES FILHO, Jurandir Mourão. **Competências Federativas: na constituição e nos precedentes do STF**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **O Sistema Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Baron de La Brède Et de. **O Espírito das Leis**. 2. ed. Trad. Cristina Murachco São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Quando o Segundo Sol Chegar, Para Realinhar as Órbitas dos Planetas”: De Como a Lei 13.655/2018 Intenta Alinhar Decisões Judiciais, de Controladoria e Administrativas à Órbita da Segurança Jurídica e Eficiência na Criação e Aplicação do Direito Público**. Revista da Procuradoria Geral do Estado, Florianópolis, p. 199-213, dez. 2018. Anual.

PAULSEN, L. **Constituição e Código Tributário Comentados à Luz da Doutrina**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

PAULSEN, L. **Curso de direito tributário completo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discurso-s-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 24 nov. 2022.

PORTO, Douglas; SOUZA, Renata; RODRIGUES, Jorge Fernando. **Perdão para Silveira é inconstitucional e afronta STF, dizem Ayres Britto e Reale Júnior**. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/perdao-para-silveira-e-inconstitucional-e-afronta-stf-dizem-ayres-britto-e-reale-junior/>. Acesso em: 24 nov. 2022.

SEVEGNANI, Joacir. **A Resistência aos Tributos no Brasil: estado e sociedade em conflito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.