

DA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

GILMAR FERREIRA MENDES*

I

11560

I - Considerações preliminares

O Supremo Tribunal Federal viu-se confrontado com pedido de suspensão provisória de ato normativo já no julgamento da Representação nº 94, de 17 de julho de 1946, atinente às disposições parlamentaristas constantes da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Naquela oportunidade, deixou assente o eminente Relator, Ministro Castro Nunes, *verbis*:

"Devo informar ao Tribunal que o Exmo. Sr. Procurador encaminhou-me petição o pedido formulado pelo Governador do Estado para que fosse suspensa provisoriamente a Constituição, até o pronunciamento provocado. Mandei juntar aos autos a petição, sem despachar. O pedido de suspensão provisória não poderia ser deferido por analogia com o que se prescreve no processamento do mandado de segurança. A atribuição ora conferida ao Supremo Tribunal é *sui generis*, não tem por objeto ato governamental ou administrativo, senão ato constituinte ou legislativo; não está regulada em lei, que, aliás, não poderia dispor para estabelecer uma tramitação que entorpecesse a solução, de seu natural expedita, da crise institucional prefigurada. Acresce por sobre tudo isso que o poder de suspender o ato argüido de inconstitucional pertence ao Congresso, nos termos expressos do art. 13, como sanção articulada com a declaração da inconstitucionalidade"⁽¹⁾.

A Lei nº 2.271, de 1954, que regulamentou o processo da representação interventiva, previsto no art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946, fixou, no art. 4º, a seguinte regra:

"Aplica-se ao Supremo Tribunal Federal o rito do processo do mandado de segurança, de cuja decisão caberão embargos caso não haja unanimidade."

(1) Rp nº 94, Relator Ministro Castro Nunes, Archivo Judiciario 85:31 (32).

Essa disposição permitiu que o Supremo Tribunal, ainda que com alguma resistência, passasse a deferir o pedido de liminar, suspendendo a eficácia do ato normativo impugnado, em consonância com a orientação consagrada na Lei do Mandado de Segurança⁽²⁾.

Na Rp nº 933 - RJ, de 5 de junho de 1975, o Supremo Tribunal reafirmou essa orientação, desta feita em controle abstrato de normas, deferindo pedido de medida cautelar requerido pelo Procurador-Geral da República, nos termos do art. 175 c/c o art. 22, inciso IV, do Regimento Interno⁽³⁾.

O eminente Relator, Ministro Thompson Flores, manifestou-se, expressamente, em favor da admissibilidade da medida cautelar nos seguintes termos:

"Embora reconheça que a concessão de medida preventiva, em processo de representação possa suscitar discussão, estou convencido do acerto de nosso Regimento Interno ao admiti-la, em seu art. 175 c/c o art. 22, IV.

2. Em princípio, atribuo-lhe plena eficácia, face a expressa prerrogativa atribuída pela Constituição, em seu art. 120, parágrafo único, 'c', *verbis*:

Art.120. ...

Parágrafo único - O regimento interno estabelecerá:

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso;

E entre tais processos, inclui-se a representação, por expressa determinação daquela Carta, artigo 119, I, I.

3. Forte, pois, no próprio texto constitucional, proporcionando ele que regulasse o Supremo Tribunal o respectivo processo, permitiu-lhe, como sua natural decorrência jurídica, a ado-

(2) Rp 466, Relator: Ministro Ari Franco, RTJ 23:1 (8); RP 467, Relator: Ministro Victor Nunes, RTJ 19:5.

(3) Cuidava-se de pedido de suspensão de execução formulado pelo então Procurador-Geral da República Ministro Moreira Alves assim fundamentado: "Tendo em vista a faculdade contida no art. 175, combinado com o art. 22, inciso IV, do Regimento Interno, e por se cuidar de acesso aos Tribunais e promoções, remoções e permutas na Magistratura, o representante requer, para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, que seja suspensa a execução dos artigos que são objeto da presente representação" (RTJ 76:343).

ção de medidas cautelares adequadas à garantia de plena eficácia de sua decisão.

4. Dir-se-á que, dada a índole do procedimento meramente declaratório, sem qualquer força executória, descaberia a antecipação da providência, a qual o próprio julgamento final o teria força. Penso, todavia, que assim não é.

5. De fato. Atribui a Magna Carta, privativamente, ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual, através da representação. Caso venha julgá-la procedente, a declaração de inconstitucionalidade é terminante, inalterável e irreversível. Tanto a Lei 4.337/64, que disciplinava o processo, como o Regimento Interno, art. 180, declaram que do julgamento se faça comunicação às autoridades interessadas, e que, transitado ele em julgado, se transmita o seu teor ao Senado Federal. Certo são duas providências distintas e para fins diversos. Esta tem efeito *erga omnes*; aquela entre os que figuraram na lide⁽⁴⁾.

Contra esse entendimento manifestou-se o Ministro Xavier Albuquerque, articulando as seguintes objeções:

"(...) Reconheço que o Regimento, indubitavelmente, permite ao relator submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de quaisquer direitos suscetíveis de grave dano de incerta reparação ou, ainda, medidas destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa. Ao pedir a suspensão liminar da execução das disposições impugnadas, o eminente Procurador-Geral, ao que ouvi, invocou o segundo fundamento do preceito regimental. Destinar-se-ia essa providência a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.

A meu ver, ainda que o Regimento possa ser entendido no sentido de permitir que o Tribunal suspenda liminarmente a execução de ato normativo ou de lei, quando objeto de representação de inconstitucionalidade, ainda que assim possa ser, não se desenha, no caso, a hipótese figurada no Regimento. Se o Tribunal houver de declarar inconstitucionais esses preceitos, ao julgar a Representação em definitivo, a suspensão liminar ou a falta de suspensão liminar de sua execução não alterará em nada, a meu ver, a eficácia do julgado. As normas serão tidas por inconstitucionais com o que não se haverão constituído direitos de nenhuma espécie com base nelas. Se atos administrativos houverem sido praticados, poderão ser desfeitos, porque fundados em lei declarada inconstitucional.

(4) Rp nº 933 (liminar), Rel.: Ministro Thompson Flores, RTJ 76:342 (343).

O que me parece, ao fim e ao cabo, é que a decisão do STF limitar-se-á, eventualmente, a declarar a inconstitucionalidade da lei, mas o fará num processo de cognição abstrata, com inteiro desconhecimento de eventuais direitos subjetivos envolvidos.

A suspensão da execução de lei declarada inconstitucional é, pela Constituição, prerrogativa do Senado. A meu ver, portanto, o Supremo não pode antecipar prestação jurisdicional que não lhe compete dar em definitivo⁽⁵⁾.

A controvérsia sobre a admissibilidade de medidas cautelares em representação de inconstitucionalidade ficou superada com o advento da Emenda nº 7, de 1977, que acrescentou ao elenco das competências originárias do Supremo Tribunal o julgamento do "pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República" (CF 1967/69, art. 119, I, p).

A Constituição de 1988 manteve inalterada essa orientação, prevendo, no art. 102, I, "p", a competência originária do Supremo Tribunal para julgar "o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade".

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, não tendo disciplinado, porém, o cabimento da medida cautelar.

2. Do cabimento de cautelar em ação declaratória de constitucionalidade

Como referido, a Emenda nº 3, de 1993, introduziu, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, destinada a dirimir controvérsias relacionadas com a legitimidade de lei ou ato normativo federal.

Caberia indagar, assim, se seria legítima a concessão de medida cautelar no âmbito da ação declaratória de constitucionalidade.

Seria fácil sustentar que, não tendo o texto constitucional contemplado expressamente essa possibilidade - tal como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade - não deveria admitir-se a liminar nesse processo especial de controle de normas.

Convém ressaltar, de imediato, que, tal como já referido, o Supremo Tribunal Federal admitiu a utilização de liminar no processo de controle abstrato de

(5) Rp nº 933 (liminar), Rel.: Ministro Thompson Flores, RTJ 76:342 (345-346). Deve-se notar que somente a partir de 1977 - Parecer do Ministro Moreira Alves, DJ 16 de maio de 1977, pp. 3123-3124 - passou a Excelsa Corte, efetivamente, a emprestar tratamento diferenciado às decisões proferidas nas diferentes formas de arguição de inconstitucionalidade, reconhecendo a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato de normas.

normas, mesmo na ausência de norma autorizativa, por entender, fundamentalmente, que o poder de cautela seria inerente à própria atividade jurisdicional (RISTF, art. 175 c/c art. 22, IX)⁽⁶⁾.

Esse argumento tem aplicação também na ação declaratória de constitucionalidade.

Como se sabe, no julgamento da Questão de Ordem suscitada na Ação Declaratória nº 1, enfatizou-se a natureza idêntica dos processos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade, como se pode ler na seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, *verbis*:

"A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, já estabeleceu quais são os legitimados para propô-la e quais são os efeitos de sua decisão definitiva de mérito. Silenciou, porém, quanto aos demais aspectos processuais a serem observados com referência a essa ação.

Tendo em vista, porém, que a natureza do processo relativo a essa ação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, é de adotar-se a disciplina desta nesse particular, exceto no que se diferenciam pelo seu fim imediato, que é oposto - a ação direta de inconstitucionalidade visa diretamente à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, ao passo que a ação declaratória de constitucionalidade visa diretamente à declaração de constitucionalidade do ato normativo -, e que acarreta a impossibilidade da aplicação de toda a referida disciplina."

Na oportunidade, assentou o Supremo Tribunal Federal que a sentença de rejeição de constitucionalidade proferida no referido processo tem valor específico, afirmando-se que, no caso de improcedência da ação, terá o Tribunal de declarar a inconstitucionalidade da norma.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu que a decisão definitiva de mérito nela proferida - incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada ("*...produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo...*"). Por essa razão, eminentes membros do Supremo Tribunal Federal, como o Ministro Sepúlveda Pertence, têm sustentado que, "quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a

mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade"⁽⁷⁾.

Todos esses elementos reforçam o caráter *dúplix* ou *ambivalente* que marca também a ação declaratória no plano federal.

Assim, não parece subsistir dúvida de que a ação declaratória de constitucionalidade tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade, podendo-se afirmar até que aquela nada mais é do que uma ADIN com sinal trocado⁽⁸⁾.

Considerando a natureza e o escopo da ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece, igualmente, plausível admitir a concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretende eliminar.

Daí, afigurar-se-nos possível a concessão de liminar que assegure a plena aplicação da lei controvertida até a pronúncia da decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal⁽⁹⁾.

A providência cautelar poderia consistir, igualmente, na suspensão dos processos ou do julgamento das ações que envolvessem a aplicação da norma questionada até a decisão final da ação declaratória.

Essa última solução foi adotada pela Comissão de Juristas⁽¹⁰⁾ que elaborou o anteprojeto de lei sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória, tendo-se consagrado que a cautelar há de consistir na determinação de que os juízes e tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo, que, de qualquer sorte, há de se verificar dentro do prazo de 180 dias. É o que dispõe o art. 21 do Projeto, *verbis*:

"Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente

(7) Reclamação nº 167, Despacho, RDA 206, p. 246 (247).

(8) Cf. a propósito, Mendes, Gilmar Ferreira, Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda nº 3, de 1993, *In*: Martins, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira (org.), Ação Declaratória de Constitucionalidade, São Paulo, 1994, p. 56.

(9) Cf. nosso Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda nº 3, de 1993, *cit.*, p. 88.

(10) Cf. Projeto nº 2.960, de 1997, do Poder Executivo, encaminhado ao Congresso Nacional em 07.04.1997. O anteprojeto foi elaborado por Comissão de Juristas, presidida pelo Professor Caio Tácito e integrada pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Janyr Dall'Agnol, Antonio Herman Benjamin, Arnaldo Wald, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes (Relator do Anteprojeto), Luis Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

(6) Rp nº 933 (liminar), Rel.: Ministro Thompson Flores, RTJ 76:342 (343). Cf. também, voto divergente do Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 76, 345-346. Anteriormente já haviam sido deferidas medidas cautelares nas Representações Interventivas 467 (RTJ 19, p. 5) e 466 (RTJ 23, p. 1) (8).

na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação de lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de 180 dias, sob pena de perda de sua eficácia."

Se adotado pelo Congresso Nacional, referido instituto há de se constituir em valioso instrumento de economia processual, porquanto permitirá que o Supremo Tribunal Federal conceda cautelar com o escopo de suspender os processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo questionado por um prazo adequado para a solução da controvérsia constitucional.

De qualquer forma, convém observar que, independentemente da positivação do instituto no direito

ordinário, o argumento decisivo em favor da adoção da cautelar em ação declaratória advém da própria especificidade do instituto, destinado a solver controvérsias constitucionais de grande magnitude entre os diversos órgãos judiciários, administrativos e políticos.

Assim, há de se entender que da própria competência que se outorga ao Supremo Tribunal Federal para decidir, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a ação declaratória de constitucionalidade, tendo em vista a necessidade de definição de uma controvérsia constitucional, decorre também a atribuição para conceder cautelar que, pelo menos, suspenda o julgamento dos processos ou seus efeitos até a prolação de sua decisão definitiva.

** Procurador da República. Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA.*

ICMS: EXONERAÇÃO DAS EXPORTAÇÕES E TRIBUTAÇÃO AMPLA DAS IMPORTAÇÕES

MISABEL ABREU MACHADO DERZI*

1
11559

Há quem considere inadequada a tributação das importações. Há mesmo quem inquine de inconstitucional a Lei Complementar 87/96, na parte em que ela determina a incidência ampla do imposto estadual - ICMS - sobre as operações de importação, promovidas por pessoa física, sem habitualidade e para consumo (art. 4º, parágrafo único, I e II). Estão em jogo os dispositivos da Constituição, especialmente as normas constantes do art. 155, II, e 155, § 2º, IX, "a". O primeiro tem redação muito ampla e autoriza os Estados a tributar as importações, em sentido genérico, concedendo-lhes competência para instituir impostos sobre:

"II - 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;"

Pode-se ver no outro dispositivo (constante do art. 155, § 2º, IX, "a"), essa a grande questão, uma limitação, restringindo-se a competência estadual à incidência do imposto nas operações de importação,

feitas por estabelecimento comercial contribuinte? Pensamos que não. Eis o teor da norma constitucional:

"Art. 155, § 2º ...

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;"

É sabido que jurisprudência anterior à Constituição de 1988 excluía da incidência do tributo estadual (o ICM) os bens de capital importados por fabricantes para seu próprio uso. De longa data, o STF não os considerava "mercadorias em circulação" (RE 79.951, de 1975, RTJ, 78/215; e RF, 250/111 e seg.), em um contexto em que a sua aquisição não gerava crédito para o estabelecimento importador. É natural, para aliviar os rigores de um princípio da não-cumulatividade mal compreendido à época, restrito ao chamado crédito "físico", que tal jurisprudência tivesse prosperado. Parece-nos que a Constituição de 1988 quis apenas afastar aquela jurisprudência, que se tornara inadequada à luz do novo ordenamento, da nova ordem jurídica. Por isso mesmo ela não se utiliza das expressões tão-somente, ou exclusiva-