

19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

**EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONAS**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
EMBARGANTE(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS  
ADVOGADO(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
EMBARGADO(A/S) : PARTIDO LIBERAL - PL E OUTRO  
ADVOGADO(A/S) : HENRIQUE NEVES DA SILVA E OUTRO  
EMBARGADO(A/S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT E OUTRO(A/S)  
ADVOGADO(A/S) : MARCIO LUIZ SILVA E OUTRO(A/S)  
EMBARGADO(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS

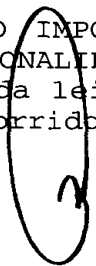
REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - PROCESSO OBJETIVO - GOVERNADOR DO ESTADO. A representação processual do governador do estado no processo objetivo se faz por meio de credenciamento de advogado, descabendo colar a personalidade considerado aquele que, à época, era o chefe do Poder Executivo.

REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - PROCESSO OBJETIVO - GOVERNADOR DO ESTADO. Atua o legitimado para ação direta de inconstitucionalidade quer mediante advogado especialmente credenciado, quer via procurador do Estado, sendo dispensável, neste último caso, a juntada de instrumento de mandato.

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DA PECHA DE INCONSTITUCIONAL - EFEITO - TERMO INICIAL - REGRA X EXCEÇÃO. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RETROATIVIDADE TOTAL. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência.

MUNICÍPIOS - PARTICIPAÇÃO NA ARRECADAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL - ALCANCE DA DECLARAÇÃO. A ofensa frontal da lei do Estado à Constituição Federal implicou, no julgamento ocorrido, o



afastamento retroativo à data do surgimento de eficácia do ato impugnado.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em rejeitar os embargos de declaração, vencidos os ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto e Ellen Gracie, Presidente. Ausente, justificadamente, o ministro Celso de Mello.

Brasília, 19 de outubro de 2006.

MARCO AURÉLIO

- RELATOR

03/08/2006

TRIBUNAL PLENO

**EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONAS**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
EMBARGANTE(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS  
ADVOGADO(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
EMBARGADO(A/S) : PARTIDO LIBERAL - PL E OUTRO  
ADVOGADO(A/S) : HENRIQUE NEVES DA SILVA E OUTRO  
EMBARGADO(A/S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT E OUTRO(A/S)  
ADVOGADO(A/S) : MARCIO LUIZ SILVA E OUTRO(A/S)  
EMBARGADO(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS

**R E L A T Ó R I O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Plenário julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade, ante fundamentos assim sintetizados pelo relator, ministro Maurício Corrêa (folha 216):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES. LEI ESTADUAL. ICMS. PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. CÁLCULO. VALOR ADICIONADO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL.

1. Atende as exigências legais procuração que outorga poderes específicos ao advogado para impugnar, pela via do controle concentrado, determinado ato normativo, sendo desnecessária a individualização dos dispositivos.

2. Não ocorre a prejudicialidade da ação quando a lei superveniente mantém em vigor as regras da norma anterior impugnada e sua revogação somente se dará pelo implemento de condição futura e incerta.

3. ICMS. Distribuição da parcela de arrecadação que pertence aos Municípios. Lei estadual que disciplina a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal. Matéria expressamente reservada à lei complementar (CF, artigo 161, I). Vício formal insanável que precede a análise de eventual ilegalidade em face da Lei Complementar federal 63/90. Violação direta e imediata ao Texto Constitucional.

4. Cuidando-se de defeito de forma que, pelas mesmas razões, atinge outros dispositivos não impugnados na inicial, impõe-se a aplicação da teoria da inconstitucionalidade consequencial.

5. Parcela relativa a um quarto da participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS (CF, artigo 158, parágrafo único, inciso II). Matéria reservada à lei estadual. Afronta formal não configurada. Inexistência de desrespeito ao princípio da isonomia.

Ação procedente em parte.

O Governador do Estado do Amazonas interpôs os embargos de declaração de folha 220 a 227, sustentando não se ter levado em conta "aspecto relevante, a ser necessariamente considerado na determinação dos efeitos da mencionada decisão, qual seja, a impossibilidade material de fazê-la retroagir ao período anterior a sua prolação" (folha 221). É que o aumento da parcela de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços do Município de Manaus, de 57,98443% para 65,00030%, acarretara a diminuição do que era devido a cinquenta e seis outros municípios que, no período compreendido entre o início da vigência da Lei nº 2.749 - 16 de setembro de 2002 - e a data do julgamento desta ação - 28 de maio de 2003 -, receberam parcela maior do que efetivamente tinham jus. Tais municípios, prossegue o embargante, já se manifestaram, apontando a inviabilidade material de restituir ou compensar os valores repassados a maior. O Governador afirma tratar-se de municípios do interior, pobres e carentes, cujas estruturas administrativas dependem, para funcionamento, exclusivamente da transferência dos recursos federais e estaduais, pois não contam com receita própria. Assim, a devolução ou compensação do que receberam em excesso "significará não só o agravamento da já combatida situação financeira desses municípios, mas o comprometimento da continuidade

na prestação de serviços públicos essenciais às populações locais, que dependem basicamente das atividades do Poder Público, mormente no que se refere à saúde e educação" (folha 223). Entende o embargante, dessa forma, estarem presentes os requisitos autorizadores da atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão. Evoca precedentes jurisprudenciais e a norma do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Os embargados apresentaram a impugnação de folha 243 a 248. Em primeiro lugar, dizem da ilegitimidade do Governador e da irregularidade da representação processual. Alegam que a procuração constante dos autos fora outorgada pelo então governador Amazonino Mendes e, na época da protocolação dos embargos, o Governador do Estado era o Senhor Eduardo Braga. Aduzem que, na forma da Lei nº 9.868/99, a parte é a pessoa física do Governador do Estado, e não o governo. Assim, extinto o mandato, perderia ele a legitimidade para oferecer recursos contra a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Asseveram não vingar a pretensão do embargante de modificar a decisão em razão de fato posterior ao julgamento, até porque nunca postulado o efeito *ex nunc*, não havendo falar-se em omissão. Aludem ao precedente revelado com o julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.498-6/RS e ressaltam ainda haver dúvida quanto à harmonia, com a Carta, do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, estando pendente de julgamento nesta Corte a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

**ADI 2.728-ED / AM**

2.258-0/DF. Por último, salientam que as supostas dificuldades dos municípios não foram provadas, tampouco a presença de interesse social a autorizar o acolhimento do pleito.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A preliminar apontada na impugnação aos embargos improcede. Vigem, no âmbito da Administração Pública, o princípio da impessoalidade. Não fora isso, instrumento de mandato outorgado sem prazo de validade surte efeitos de forma projetada no tempo, descabendo cogitar de alteração, quer considerada a direção de pessoa jurídica de direito privado, quer de pessoa jurídica de direito público. Daí a impropriedade de se evocar a circunstância de o credenciamento anterior daquele que veio a atuar representando o Estado do Amazonas haver sido formalizado pelo Governador da época, e não pelo atual. A representação se faz regular até mesmo pelo fato de os embargos declaratórios haverem sido subscritos também pela Procuradora-Chefe do Estado do Amazonas no Distrito Federal, que atua independentemente de mandato a ser formalizado caso a caso.

Sob o ângulo da oportunidade dos embargos, o acórdão embargado foi publicado no Diário da Justiça de 20 de fevereiro de 2004, sexta-feira (folha 218), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 1º de março imediato, segunda-feira (folha 220). Deles conheço.

No mérito, inexistente omissão a ser suprida. Os embargos visam, isso sim, a dirimir casos concretos, relacionados com a conjuntura de municípios do Estado do Amazonas. A situação é semelhante à notada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº


1.498-6/RS, cujo acórdão relativo aos embargos declaratórios foi por mim redigido, tendo sido publicado no Diário da Justiça de 5 de dezembro de 2003. Assim sintetizei o entendimento do Plenário:

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DA PECHA DE INCONSTITUCIONAL - EFEITO - TERMO INICIAL - REGRA X EXCEÇÃO. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração, da lei fulminada por inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial diverso.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RETROATIVIDADE TOTAL. A inexistência de pleito de fixação de termo inicial diverso afasta a alegação de omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Constituição Federal, fulminando-o desde a vigência.

(...)

Ante esse quadro, desprovejo os declaratórios.





EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONAS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
EMBARGANTE(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS  
ADVOGADO(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
EMBARGADO(A/S) : PARTIDO LIBERAL - PL E OUTRO  
ADVOGADO(A/S) : HENRIQUE NEVES DA SILVA E OUTRO  
EMBARGADO(A/S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT E  
OUTRO(A/S)  
ADVOGADO(A/S) : MARCIO LUIZ SILVA E OUTRO(A/S)  
EMBARGADO(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO  
AMAZONAS

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, tenho suscitado, pelo menos do ponto de vista acadêmico, a possibilidade que aqui se coloca de haver uma omissão na declaração de inconstitucionalidade. Simplesmente afirmarmos a declaração de inconstitucionalidade. E sabemos que domina entre nós a doutrina do princípio da nulidade. Logo, não é preciso explicitar.

Todavia, pode haver uma omissão. E por quê? Qual é a justificativa - e isso tem sido objeto de discussão no Plenário - do artigo 27? É o confronto entre a idéia constitucional do princípio da nulidade e outra idéia, a do princípio de segurança jurídica. Logo, pode haver, sim, omissão. Daí me parecer relevante o fundamento expendido no caso específico.

Tema que vem sendo objeto de debate diz respeito ao



cabimento de embargos de declaração para explicitar que, em dada hipótese, a decisão haveria de ter efeitos limitados ou restritos e não eficácia retroativa *ex tunc*.

Na ADI 1498, discutiu-se a admissibilidade dos embargos de declaração para fixar que a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual do Rio Grande do Sul, que dispunha sobre o regime de cartórios, teria eficácia a partir da decisão concessiva da cautelar. Por seis votos a cinco, o Tribunal não conheceu dos embargos, vencidos Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, que os acolhiam.<sup>1</sup>

Se se entender que o fundamento para a limitação dos efeitos é de índole constitucional e que, presentes os requisitos para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, não poderá o Tribunal fazê-lo com eficácia *ex tunc*, afigura-se inevitável o acolhimento dos embargos de declaração nas hipóteses em que de fato se configura uma omissão do Tribunal na apreciação dessas circunstâncias.

A propósito, assinala Rui Medeiros, tendo em vista a experiência portuguesa:

"A solução neste tipo de situações decorre, quanto a nós, dos próprios limites da força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade. O puro silêncio do Tribunal Constitucional não contém um julgamento implícito sobre a admissibilidade ou não da limitação dos

<sup>1</sup> Cf. ADIn 1498, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ. De 05.12.2003.

efeitos da declaração. Como escreve Miguel Galvão Teles, quando os juizes constitucionais não limitam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não estão de forma alguma a fixar implicitamente os efeitos da inconstitucionalidade. Tais efeitos resultam tão só e unicamente da Constituição. Ora, em nossa opinião, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* vale nos precisos limites e termos em que julga.

É certo que, se a questão fosse equacionada nos estritos quadros da teoria processual civil sobre o caso julgado, o chamado efeito preclusivo da sentença e, mais concretamente, a regra de que o caso julgado civil cobre o deduzido e o dedutível poderiam eventualmente pôr em causa uma tal conclusão.

Mas, em face da singularidade do processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade, o que importa é sublinhar que não se vislumbra quaisquer razões jurídico-constitucionais imperiosas que imponham a rejeição da possibilidade de, em momento ulterior à declaração de inconstitucionalidade, se reconhecer a existência de fundamento para uma limitação do alcance da declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário, perante a verificação a *posteriori* de que uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória envolveria um sacrifício intolerável de outros interesses constitucionalmente protegidos, manda o princípio da proporcionalidade que se admita a superveniente limitação de efeitos."<sup>2</sup>

Assim, se se entende que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos é uma imposição da própria Constituição, não se há de atribuir valor definitivo a uma eventual omissão por parte do Tribunal. Daí a possibilidade de que se reconheça a omissão no âmbito nos embargos de declaração para os fins de explicitar a necessária limitação de

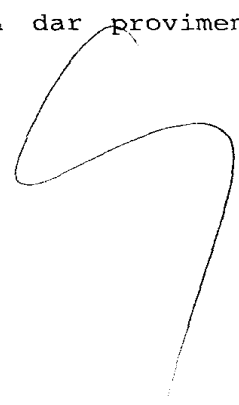
<sup>2</sup> Cf. Medeiros, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 738-739.

efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

No caso específico me impressiona o argumento, exatamente por nos lembrarmos, inclusive, daquela sessão em que se discutiu o tema envolvendo o Município de Manaus, os critérios do ICMS, o critério de divisão projetado pelo Estado-membro, o Estado do Amazonas, que, portanto, teria operado em favor dos Municípios do interior e em desfavor do Município de Manaus. Evidentemente, mantida a idéia da eficácia *ex tunc*, temos sérios problemas de recomposição desses valores.

Parece-me, portanto, que estamos aqui diante de um caso no qual o conflito entre a idéia da nulidade da lei inconstitucional e a de segurança jurídica - que dá armadura constitucional, contextura constitucional a este debate, que legitima o artigo 27 - arma-se em toda a plenitude.

Peço vênia ao eminente Relator para dar provimento aos embargos.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0**

PROCED.: AMAZONAS

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

EMBTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

ADV.(A/S): IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

EMBDO.(A/S): PARTIDO LIBERAL - PL E OUTRO

ADV.(A/S): HENRIQUE NEVES DA SILVA E OUTRO

EMBDO.(A/S): PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): MARCIO LUIZ SILVA E OUTRO(A/S)

EMBDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), rejeitando a preliminar e os embargos de declaração, e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, acolhendo os embargos, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 03.08.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

  
p/ Luiz Tomimatsu  
Secretário

19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONASVOTO VISTA

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:** Nos Embargos de Declaração interpostos pelo Governador do Estado de Amazonas, quanto ao julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2728, busca-se a determinação de efeitos *ex nunc* da inconstitucionalidade declarada por este Supremo Tribunal em 28 de maio de 2003.

A lei n. 2749, de 16 de setembro de 2002 do Estado de Amazonas, que dispunha sobre os critérios para o crédito das parcelas do produto da arrecadação dos impostos do Estado pertencentes aos Municípios, teve o seu inc. I e alíneas do art. 1º e parágrafo único deste artigo declarados inconstitucionais por este Supremo Tribunal Federal.

Em face dessa decisão, houve diminuição dos recursos recebidos pelos Municípios, menos relativamente a Manaus, que passou a receber mais.

Dá-se que, no prazo em que prevaleceram os dispositivos normativos tidos, naquela assentada, por inconstitucionais, o recebimento a maior dos Municípios tinha ocorrido (o que prevaleceu de 16 de setembro de 2002 até a data do julgamento, 28 de maio de 2003).

Na regra que se aplica à inconstitucionalidade afirmada por este Supremo Tribunal, a declaração opera efeitos *ex tunc*. Nula a norma, os Municípios teriam de devolver o *quantum*

recebido a maior durante o prazo de vigência da norma depois tida como inválida constitucionalmente.

O que se pede nos Embargos de Declaração é que se esclareça, na espécie, os efeitos, pedindo sejam eles tidos como *ex nunc*, em face da impossibilidade, até mesmo material e financeira, de os Municípios devolverem os valores antes recebidos (na forma e segundo a lei declarada inconstitucional).

O eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu que "inexiste omissão a ser suprida. Os embargos visam, isso sim, a dirimir casos concretos, relacionados com a conjuntura de municípios do Estado de Amazonas. ... ante esse quadro, desprojevo os declaratórios. "

Divergindo do nobre Relator, o Ministro Gilmar Mendes entendeu e votou no sentido de que "se se entende que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos é uma imposição da própria Constituição, não se há de atribuir valor definitivo a uma eventual omissão por parte do Tribunal. Daí a possibilidade de que se reconheça a omissão no âmbito dos embargos de declaração para os fins de explicitar a necessária limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. ... peço vênias ao Eminente Relator para dar provimento aos Embargos."

Pedi vista para melhor exame da matéria.

A questão que se põe nesse momento processual é se caberiam os embargos para explicitar efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei do Amazonas e se seriam de ser providos os embargos oferecidos.

Não houve pedido explícito anteriormente, pelo que, na linha do quanto votado pelo nobre Relator, não haveria omissão a ser sanada com os Embargos apresentados.

Dá-se, contudo, que a pretensão do Estado-embargante remete-se a situação que se não for confrontada - e não haveria outro que não o instrumento do pedido de esclarecimento dos efeitos da decisão por meio dos embargos - produzirá os efeitos difíceis de se operarem em razão das condições dos Municípios e até mesmo da forma de devolução em detrimento da segurança que se busca para os cidadãos que neles hauriram algum serviço prestado exatamente com os recursos entregues na forma das normas declaradas inválidas constitucionalmente.

Em que pese o art. 27 da Lei n. 9868 ser singular, exigindo o comedimento em sua aplicação, não há dúvida de que, comprovada ocorrência do excepcional interesse social, pode - e deve - o Supremo Tribunal *"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."*

A circunstância de a tanto não se ter aludido, tempestivamente, Autor ou Requerido, menos ainda comprovada aquela circunstância quando pendente o julgamento da ação, não faz com que ela não ocorra de fato. Para tanto, contudo, há que se indagar se se dão a préstimo os embargos declaratórios.

Não tenho como ocorrida na espécie a omissão formal, simplesmente porque a circunstância de *"relevante interesse social"* e impossibilidade material de os Municípios cumprirem as exigências



de devolução do indevido que lhes foi repassado não foi alegada. E, aliás, parece que sequer dela conheciam o ora Embargante, pois se relata, na peça de Embargos, que o "dando cumprimento à decisão deste Eg. Tribunal, o Estado do Amazonas editou o Decreto n. 23.442, de 02/06/03, e, face à decisão consensual do Estado e dos municípios de se adotarem os parâmetros de apuração de valor adicionado relativos aos anos de 2000 e 2001, respeitado o que decidido por essa Suprema Corte, foi editado o Decreto n. 23.476, de 16/06/03, recompondo e alterando os índices de distribuição da parcela do ICMS pertencente aos Municípios relativos ao período em que vigorou a lei considerada inconstitucional." Afirma-se, ainda, nos Embargos Declaratórios que: "constatou-se, então, que, antes do julgamento deste feito, com base na mencionada lei ... acarretando, conseqüentemente, redução dos índices de participação de 56 Municípios. Em relação a estes, houve, portanto... um recebimento a maior... Diante dessa situação advinda do que restou decidido neste feito foi o Estado notificado pelos 56 Municípios que receberam recursos a maior com base na lei inconstitucional, de que se encontram diante de impossibilidade material de restituir ou compensar os valores recebidos em excesso...".

De se notar, pois, que não houve omissão formal na decisão proferida por este Supremo Tribunal, porque não foi aventado ou trazido a esta Casa qualquer dado que lhe impusesse o dever jurisdicional de manifestar-se quanto aos efeitos, eventualmente peculiares e excepcionais, da declaração de inconstitucionalidade.

Portanto, formalmente, não há o atendimento das condições jurídico-processuais a permitirem o provimento dos embargos.

Não vejo, pois, como se viabilizar o provimento de recurso que se apresenta sem o atendimento das condições para ele previstas na legislação vigente (art. 535 do Código de Processo Civil).

Medida que tenha de ser adotada, se for o caso, não será, seguramente, a que se aviou nos presentes embargos, que rejeito por carência de seus requisitos legais.

Neste sentido, pedindo vênia ao douto Ministro Gilmar Mendes, cujas ponderações de fundo me são extremamente caras, acompanho o Ministro Relator. *g*

19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

EMB. DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONAS**EXPLICAÇÃO**

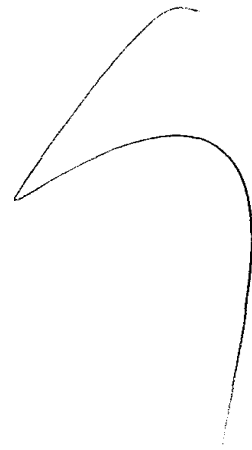
**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – Senhora Presidente, na verdade trata-se de um caso singular. Quando discutimos, à época, havia até uma preliminar inicial de não-cabimento da ação, na questão da impugnação - estou relendo, agora, o parecer da Procuradoria Geral -, e se entendeu que não se devesse conhecer da ação. A Procuradoria sustentou essa tese por entender que a impugnação fora incompleta. Mas o Tribunal superou essa orientação e julgou o mérito. Na verdade, é um briga que se coloca e repercute sobre os critérios de ICMS - aquela parte que pode dispor o Estado, a lei estadual - e que, no critério utilizado pelo Estado da Amazonas, favoreceu os pequenos municípios, aparentemente, em detrimento do Município de Manaus. Se não houver nenhuma ressalva, em se tratando de recurso já distribuído, muito provavelmente o Estado não terá como compensar o Município de Manaus e esses pequenos municípios também não terão como fazer esse ressarcimento. Esse é o dado fático que se coloca, e o Tribunal tem de levar em conta, tendo em vista a repercussão da decisão, uma vez que a lei é de 2002 e, em todos os anos, houve esse repasse, que é uma prática comum.

Por isso sustentei, e o faço até em inscritos doutrinários, que se o Tribunal eventualmente deixa de se pronunciar sobre os efeitos - a lei é clara nesse sentido-, a decisão opera-se com eficácia **ex tunc**, na linha do princípio da nulidade aqui aceito. Todavia, o tema pode ser, sim,

agitado em embargos de declaração. Tenho a impressão que estamos diante de um caso com singularidades evidentes, e que estamos, talvez, não definindo, projetando a questão para o futuro. É um tema sensível nessa perspectiva.

Entendo as ponderações trazidas pela Ministra Cármen Lúcia e sei que o caso é delicado, mas o caso é realmente de uma delicadeza extrema, muito provavelmente, se não houver uma decisão do Tribunal, vamos estar a eternizar essa demandas porque, no fundo, não há como expandir a receita nem do Estado, no caso específico, nem dos municípios para o fim de solver esse impasse que se colocou.

Por isso adotei a proposta, acolhendo os embargos de declaração de atribuir eficácia **ex nunc** a partir da nossa decisão à declaração de inconstitucionalidade.



*Supremo Tribunal Federal*

19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONASV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, entendo, também, que, do ponto de vista estritamente técnico, não estão presentes os pressupostos para acolher os embargos. Porém, preocupa-me o seguinte: se não acolhermos os embargos fechamos definitivamente as portas para, através de embargos declaratórios, abirmos essa discussão com relação aos efeitos da ação de inconstitucionalidade. Essa é uma questão importante, quer dizer, hoje vamos definir, salvo melhor juízo, um precedente importante. Se a matéria não foi suscitada, porque a expectativa da parte não pode ser antecipada com relação ao julgamento, então fechamos as portas em definitivo.

Mas, do ponto de vista estritamente técnico, acompanho o voto do Relator para rejeitar os embargos, com essa preocupação.



# # # #

19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONAS

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, se me permite, queria prestar um esclarecimento em face das alegações do Ministro Gilmar Mendes, por cuja tese tenho a maior simpatia. É que, neste caso, tal como disse o Ministro-Relator, passou-se um tempo enorme até que o próprio Estado se desse conta. Entendo - fui advogada durante trinta anos - que, como advogada, quando propomos alguma ação, temos a obrigação profissional de averiguar, levantar para um juiz todas as conseqüências que são, neste caso, não impensáveis, incogitáveis e imponderáveis. Quer dizer, se a lei fosse declarada inconstitucional da data de 16 de setembro de 2003 a 22 de maio, pagou-se a mais, evidente que se precisa pedir, como várias vezes, em várias ações diretas: se vier a ser declarada inconstitucional, que se admita apenas para argumentar - é até um jargão -, seja declarada com efeitos *ex nunc*. O próprio Estado confessa, nos embargos, que fez uma reunião para chegar a um consenso sobre como repassar ou refazer esses dados, uma vez que o Município de Manaus tinha recebido 52% e passaria a receber quase 60%, e os 56% receberam a menor. Quer dizer, tentou-se pedir de volta e, como não se chegou a um consenso, entrou-se com embargos de declaração.

O Ministro-Relator, no dia, foi extremamente operoso quanto a isso, porque a omissão contra a qual se quer uma declaração, não atende a nenhum requisito legal e, neste caso, não foi a matéria sequer aventada em hora alguma, porque nem o embargante sabia dos efeitos da decisão ou a eles não atentou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Ministra Cármen Lúcia, Vossa Excelência me permite? A lei é de 2002, o

ajuizamento foi no próprio ano e a decisão do Tribunal é de 2003. Preocupa-me muito, quanto a empréstimo de eficácia desde o momento da decisão que vier a ser proclamada pelo Tribunal, que não se iniba a aprovação de leis inconstitucionais; que passe a valer a pena, ante a morosidade do próprio Judiciário, lançar, no mundo jurídico, leis inconstitucionais. Agora, esse problema de distribuição do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços deve ser equacionado no âmbito administrativo, considerada a atuação do próprio Governador e também dos prefeitos envolvidos.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Lembro a Vossa Excelência que isso, de haver normas inconstitucionais, está em Rui Barbosa, que, contra leis mineiras, cansou de procurar os Tribunais dizendo: lança-se no mundo jurídico, apostando que uma parte não vai ser cumprida. Lembro-me bem das caudas orçamentárias que eram um problema imenso.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - E Vossa Excelência me permite até contar um episódio que ocorreu - creio que isso está no âmbito do folclore. Certa vez, adentrando um assessor o gabinete de um ministro, indagou o ministro qual seria a percentagem de inconstitucionalidade de certo anteprojeto elaborado. O assessor respondeu que seria na base de 30% a 40%. Premissa dessa conclusão: que apenas 30% a 40% ingressam em juízo para questionar alguma coisa.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Isso se atribuiu ao Ministro Dornelles e foi ainda no regime militar. Vi isso publicado nos jornais. Mas esse quadro mudou por completo depois da Constituição de 1988.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sou personagem de um episódio similar, na época com assessores do saudoso Ministro Dílson Funaro. Eu, então Procurador-Geral, recebi membros da sua assessoria, coisa não costumeira. Mas me pediu o Ministro que recebesse assessores que estavam às voltas com a minuta de um decreto-lei. Eu lhes ponderei: isso não passa pelo primeiro juiz de plantão na esquina. Foi-me respondido: doutor Procurador, nós até já desconfiávamos dessa inconstitucionalidade. Mas, veja: Vossa Excelência conhece um caso em que a União tenha ganho, a respeito da tributação pelo IOF de uma operação, que se quis aplicar num mesmo exercício, um caso em que a União tenha em juízo? Eu falei: não, se vocês têm algum devem colocar numa vitrine excepcional. O que vejo todos os dias são os ementários do então TFR com dezenas de páginas declarando inconstitucional a pretensão da Fazenda. Pois bem, responderam-me sabe V. Exa. qual foi a arrecadação? 89% da prevista.

Vale dizer, 89% dos atingidos não foram a juízo. Tenho muitas dúvidas - que ainda vou expor ao Tribunal, embora já desconfiando que serei vencido - quanto à constitucionalidade do artigo 27 da lei da ADIn, particularmente quanto a sua constitucionalidade formal.

Mas, de qualquer sorte, o que temo muito para o futuro deste Tribunal é o barateamento da modulação ou manipulação da eficácia temporal das declarações de inconstitucionalidade. E, agora, criando, na pauta do Tribunal, mais um processo que serão os embargos de declaração. Não haverá declaração de inconstitucionalidade, salvo inépcia manifesta do advogado, no qual, depois do julgamento, não se venha alegar efeitos sociais e econômicos relevantes para que o Tribunal aponha a sua decisão uma modulação temporal dos seus efeitos.



A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro, e esses embargos não cumprem nada do que são os requisitos para interpô-los. Serão embargos específicos. Neste caso, não houve omissão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Até reconheço que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a virtual irrecurribilidade de suas decisões, tem sido flexível, algumas vezes, quanto aos pressupostos dos embargos de declaração.

Mas, vindo a consolidar-se a constitucionalidade do artigo 27, não tenhamos dúvida. Em toda ação direta, declarada a inconstitucionalidade da norma questionada, sem ressalva, virão embargos de declaração, a suscitar que os efeitos desastrosos da declaração geram a necessidade de dar-lhe temperamentos no tempo.

19/10/2006

TRIBUNAL PLENO


EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONAS**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhora Presidente, sei que os argumentos **ad terrorem** impressionam, especialmente diante do estado em que se encontra o Tribunal com o número de processos e tudo mais.

Há um dado que o Ministro Sepúlveda Pertence não destacou quanto a essa informação da Fazenda que é uma situação pré 1988. Se olharmos o próprio modelo incidental, descobriremos isso em todos os processos. Mesmo com a abertura que hoje se tem para a propositura das ações – e as empresas são muito ativas nestas proposituras-, veremos que é um percentual mínimo diante da cobrança sistemática de tributos.

Só para dar uma idéia, o caso do FGTS, já aqui referido algumas vezes, deu ensejo a algo em torno de seiscentas e cinquenta mil ações. Se supusermos que dez pessoas estavam representadas em cada processo, teremos algo em torno de seis milhões e quinhentas mil pessoas. Os titulares de direito eram sessenta milhões. Portanto, dez por cento só vieram a juízo e depois se fez o acordo.

Esse é o quadro desse modelo de prestação incidental. Portanto, não surpreende isto em relação ao IOF ou qualquer outro tributo. Não é disso que se cuida. Agora, o modelo mudou radicalmente, pós 1988, com a criação da ação direta.



Há pouco estávamos a brincar com este caso do Rio de Janeiro e a generosidade do sistema que permite impugnações às vezes até lá não muito ortodoxas. E vimos, no julgamento anterior, a liberdade que se ofereceu aos partidos, associações, confederações, para trazer esse tipo de questão. Então, o quadro mudou, impondo, necessariamente, por conta da repercussão da decisão, um tipo de filtro, modulação ou calibragem na decisão que venha a ser tomada.

De resto, não é algo só do Brasil. No mundo todo, hoje, se olharmos, as Cortes acabam limitando - e não é surpresa também - em mais ou menos cinquenta por cento de decisões com efeitos gerais e cinquenta por cento de decisões com efeitos restritos ou limitados. É mais ou menos esse o índice da Corte Constitucional alemã, da Corte Constitucional italiana, da corte constitucional espanhola.

O próprio Garcia de Enterría, num célebre artigo, falando sobre essa questão, publicada na revista de direito público, chamava a atenção, porque, no sistema espanhol, não se previu inicialmente um modelo de limitação de efeitos, e num caso tributário, dizia ele, e para a salvação da fazenda pública espanhola, porque era uma questão que envolvia o imposto de renda, tributo central. Aqui, nem estamos discutindo isso, mas apenas uma um critério de distribuição entre municípios e Estados, o que pode onerar até os municípios que receberam a maior, e que terão, portanto, de devolver, pois aqui incidirá repetição indébita. Então é essa a singularidade do caso, mas nos sistemas hoje, dotados de responsabilidade fiscal, é muito comum a aplicação. Os tributaristas bateram-se contra o artigo 27, há uma reação muito grande em relação a isso, porque na estrutura de responsabilidade fiscal é muito comum a declaração de inconstitucionalidade com eficácia **ex nunc** em matéria tributária, exatamente porque os recursos já foram gastos. Os recursos, orçamentariamente previstos, já foram incorporados e gastos. Como se faz para garantir a repetição de indébito? Lançando novos tributos, não há outra forma. Vejam, são questões que devemos colocar.

Agora, em relação à questão técnica dos embargos de declaração, gostaria de fazer uma outra ponderação. Claro que devemos repelir os embargos de declaração abusivos em qualquer situação, mas o caso me parece que tem essa singularidade já demonstrada.

De mais a mais, há um outro dado, se nós trabalharmos com a idéia da constitucionalidade da limitação de efeitos declarada no artigo 27 – parece-me que isso não está em questão - teremos, na verdade, princípios aqui que precisam ser ajustados numa idéia de concordância prática, de compatibilização: Idéia da nulidade e a idéia de segurança jurídica. Se o Tribunal deveria ter aplicado uma limitação e não o fez neste caso - até me socorro das lições do Rui Medeiros, naquele célebre trabalho sobre a decisão de inconstitucionalidade -, ele foi omissivo. Os embargos de declaração são só instrumentos de provocação, por isso me parece não haver nenhuma heterodoxia no tipo de colocação. No caso específico, nós estamos apenas adiando o impasse, porque, de fato, nós estamos a ter, aqui, uma disputa entre municípios: no caso município central, município da capital do Estado e os pequenos municípios que se beneficiaram com a regra que depois reputamos inconstitucional.

Por essas razões, considero presentes os pressupostos. Entendo que houve a omissão e encaminhamento no sentido de dar provimento aos embargos.



19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONAS

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, não quero me comprometer com a corrente.

Em tese, entendo ponderáveis os argumentos do Ministro Gilmar, mas, nesse caso específico, vou acompanhar o voto do Relator.



19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

EMB. DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0  
AMAZONAS

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Também peço vênias  
ao Ministro Gilmar.

Entendo como ponderáveis os argumentos trazidos, mas  
acompanho o voto do Relator.

19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONASVOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, neste caso os protagonistas centrais são pessoas jurídicas de direito público exclusivamente e a postulação do Estado termina por beneficiar um número maior de municípios. Se algum município saiu prejudicado foi, ao que penso, exclusivamente a capital do Estado do Amazonas.

Eu deito um olhar mesmo, nesse caso, para o mundo circundante, para adotar uma postura um pouco mais substancialista. Entendo que o caso é singular, discordando do Ministro Gilmar quanto à heterodoxia. Peso que por ser extremamente singular, a nossa decisão deve ser heterodoxa.

Acompanho o voto do Ministro Gilmar Mendes, com a devida vênia dos que pensam em contrário.

\* \* \*



19/10/2006


TRIBUNAL PLENO

**EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0  
AMAZONAS**

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence.

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Senhora Presidente, em relação à admissibilidade dos embargos, tenderia a superar as objeções de heterodoxia, porque realmente é perfeitamente sustentável que o Tribunal devesse, dadas as repercussões possíveis do resultado do julgamento, ponderar a questão da limitação da eficácia da decisão. Então, eu superaria esse problema do conhecimento dos embargos de declaração.

Agora, em relação ao princípio geral que se deva aplicar, estou de acordo em que o Tribunal reafirme o princípio da nulidade original das inconstitucionalidades, sobretudo porque as suas decisões não têm apenas eficácia ampla, mas têm, também, sentido pedagógico, que é extremamente relevante num país cuja cultura é de que as inconstitucionalidades não são argüidas e que, portanto, sobretudo o Estado pode aproveitar-se da previsível inação dos particulares para resguardar-se dos efeitos dessas inconstitucionalidades. 




Esse episódio histórico a que se referiu o eminente Ministro Sepúlveda Pertence não é único, e duvido que não esteja, por exemplo, à base da lei do Estado do Rio de Janeiro tanto quanto ao IPTU, isto é, o Estado, de algum modo, conscientemente - se se pode dar uma concepção antropomórfica ao Estado - adota leis inconstitucionais na expectativa de que uma eventual inconstitucionalidade...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência está falando de uma lei do Rio de Janeiro, mas, neste caso, é do Amazonas.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Do IPTU.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Vossa Excelência me permite uma breve interrupção? Com a defesa que fizemos - com contra-ataques fulminantes, entre eles a da Ministra Cármen Lúcia - do efeito vinculante, que é exatamente o seu caráter isonômico em relação também à maioria silenciosa que não veio a juízo.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Isso me preocupa, porque, na medida em que o Tribunal prodigalize restrição da eficácia natural das declarações de inconstitucionalidade, concorre para essa cultura, que é altamente perniciosa à segurança jurídica, e, portanto...


**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Mas isso não está em questão. 

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Está. Mostrarei porque está em questão.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não está em questão porque o caso é singular.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Não vejo singularidade nenhuma neste caso. O Tribunal tem que se reservar, considerando o caso excepcional em que a consequência prática seja tão desproporcional que torne ao Tribunal repugnante sustentar uma eficácia **ex tunc**.

Neste caso, com o devido respeito ao eminente Ministro Gilmar Mendes, não vejo singularidade por dois motivos. O primeiro, porque o tempo de vigência da lei, até decisão do Tribunal, foi extremamente curto. A lei é de setembro, e o Tribunal se pronunciou em maio. Portanto, vamos dizer que, praticamente, desde o início de vigência, aplicação prática, medidas concretas de distribuição etc, essa lei deve ter operado entre dois, três ou quatro meses no máximo. Em segundo lugar, tampouco vejo singularidade na recomposição desses prejuízos. Basta que o Estado acerte a forma de compensação, sem exigir que os municípios devolvam e, em relação ao município de Manaus, que foi prejudicado, o Estado saberá como agir dentro das forças do seu orçamento. Noutras palavras: neste caso, não vejo singularidade que justifique fugir ao princípio geral.

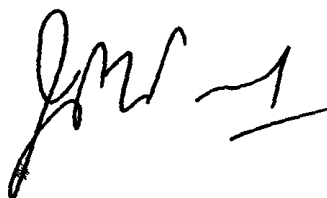
Peço vênua ao eminente Ministro Gilmar Mendes, cujas ponderações são respeitabilíssimas e com as quais, em tese, concordo, para, neste caso concreto, acompanhar o voto do eminente Relator e os demais votos. 

19/10/2006

TRIBUNAL PLENO

EMB. DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0 AMAZONASV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, como já adiantado na discussão, peço todas as vênias ao Ministro Gilmar e à sua visão sempre preocupada com a governança para rejeitar os embargos.



Nc.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.728-0**

PROCED.: AMAZONAS

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

EMBTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

ADV.(A/S): IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

EMBDO.(A/S): PARTIDO LIBERAL - PL E OUTRO

ADV.(A/S): HENRIQUE NEVES DA SILVA E OUTRO

EMBDO.(A/S): PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): MARCIO LUIZ SILVA E OUTRO(A/S)

EMBDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), rejeitando a preliminar e os embargos de declaração, e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, acolhendo os embargos, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 03.08.2006.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, vencidos os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto e a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.10.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

7) Luiz Tomimatsu  
Secretário