

27/11/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 578.582 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
AGDO.(A/S) : VARIG S/A - VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE
ADV.(A/S) : VERA LUCIA SCHERER OLIVEIRA

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário. Imposto sobre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte aéreo de cargas. Inconstitucionalidade da Lei estadual nº 8.820. Fatos impositivos ocorridos após a edição da Lei Complementar nº 87/96. Impossibilidade de reputar superada a mácula da inconstitucionalidade.

1. A Corte de origem aplicou adequadamente o entendimento constante da ADI nº 1.089/DF. As razões de decidir extraídas do referido precedente são suficientes para demonstrar que a Corte Suprema não permite que o Estado-membro crie uma nova hipótese de incidência sem o amparo da norma geral editada pela União.

2. A aplicação do precedente não precisa ser absolutamente literal. Se, a partir do julgado, for possível concluir um posicionamento acerca de determinada matéria, já se afigura suficiente a invocação do aresto para afastar a vigência da norma maculada pelo vício da inconstitucionalidade, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

3. O suposto “alinhamento” superveniente das normas correlatas às balizas constitucionais não supre o vício da inconstitucionalidade da norma promulgada em desacordo com a ordem constitucional vigente.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

RE 578.582 AGR / RS

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de novembro de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

27/11/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 578.582 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
AGTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
AGDO.(A/S) : VARIG S/A - VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE
ADV.(A/S) : VERA LUCIA SCHERER OLIVEIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Estado do Rio Grande do Sul interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que neguei seguimento ao recurso extraordinário, com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

O Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso extraordinário contra acórdão proferido pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

‘EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO DE CARGAS DOMÉSTICAS. STF. CONVÊNIO 66/88. INCONSTITUCIONALIDADE NECESSIDADE. LEI ESTADUAL Nº 8.820/89. LEI COMPLEMENTAR 87/96. REPRISTINAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 1.089, para declarar inconstitucional o Convênio 66/88, sem redução de texto, excluindo, ao efeito de incidência do ICMS, da compreensão da expressão serviços de transportes interestadual e intermunicipal a navegação área. Isto porque, em se tratando de nova hipótese de incidência tributária, é indispensável lei

RE 578.582 AGR / RS

complementar.

2. A partir do advento da Lei Complementar nº 87/96, somente é cabível a instituição de ICMS sobre os serviços de transporte aéreo interestadual e intermunicipal de carga. É que o Supremo Tribunal Federal julgou precedente, em parte, a ADI 1.600 para declarar inconstitucional a Lei Complementar nº 87/96 no tocante à incidência do ICMS sobre os serviços de transporte aéreo de passageiros internacional, interestadual e intermunicipal e sobre os serviços de transporte aéreo de cargas internacional.

3. É inconstitucional a Lei nº 8.820/1989 do Estado do Rio Grande do Sul na parte em que instituiu o ICMS sobre os serviços de transporte aéreo de carga interestadual e intermunicipal antes da edição da Lei Complementar nº 87/97. Isto porque, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.089, a instituição do ICMS sobre os serviços de transporte aéreo de carga interestadual e intermunicipal pelos Estados está subordinada à prévia edição de lei complementar.

4. A superveniência da Lei Complementar nº 87/96 não teve o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.820/89 na parte em que instituiu o ICMS sobre o serviço de transporte aéreo sobre cargas domésticas.

Recurso provido' (fl. 305).

Insurge-se, no apelo extremo, amparado na alínea a, do permissivo constitucional, sustentando violação dos artigos 24, inciso I, 97 e 155, inciso II, da Constituição Federal e 34, §§ 3º e 8º, do ADCT, aduzindo que o acórdão recorrido, em última análise, reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo legal do Estado do Rio Grande do Sul, violando o que dispõe o artigo 97 da Constituição Federal, que atribui a competência para tanto ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Sustenta, ainda, ter ocorrido violação ao artigo 24, inciso I,

RE 578.582 AGR / RS

da Constituição Federal e ao artigo 34, §§ 3º e 8º do ADCT. Nesse particular, afirma que deve prevalecer a supremacia da competência impositiva das pessoas físicas na hipótese de inação do legislador complementar.

Ao final, afirma que foi violado o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, com espeque no entendimento de que o dispositivo invocado, à luz da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 03/93, tem espectro mais amplo que o antigo ICM, na medida em que passou a incidir sobre o transporte inclusive aéreo.

Decido.

De início, cumpre rechaçar de plano a suposta violação ao artigo 97 da Constituição Federal que estaria consubstanciada na impossibilidade de um órgão fracionário do tribunal a **quo** reconhecer a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei.

Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que não fere a cláusula de reserva de plenário, o julgado proveniente de órgão fracionário do tribunal de origem, que aplica a jurisprudência firmada pelo Pleno ou por ambas as Turmas desta Corte, sem submissão da questão ao órgão especial do Tribunal de origem. Nesse sentido:

‘Não há reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) à aplicação de jurisprudência firmada pelo Pleno ou por ambas as Turmas desta Corte. Ademais, não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes. Assim, cabe à parte que se entende prejudicada discutir a simetria entre as questões fáticas e jurídicas que lhe são peculiares e a orientação firmada por esta Corte. De forma semelhante, não se aplica a reserva de Plenário à constante rejeição, por ambas as Turmas desta Corte, de pedido para aplicação de efeitos meramente prospectivos à decisão’ (AI nº 607.616-AgR/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim**

RE 578.582 AGR / RS

Barbosa, DJe de 1/10/10).

O que se pode constatar é que o Tribunal de origem balizou seu entendimento nas orientações que ficaram assentadas no julgamento de duas ADIs apreciadas por esta Corte (n^{os} 1.089 e 1.600); logo, não houve declaração de inconstitucionalidade por parte do Tribunal de origem e, sim, aplicação dos precedentes emanados por este Supremo Tribunal Federal.

Adentrando propriamente na matéria ora sob consideração, constata-se que após a celebração do Convênio ICMS 66/88, o Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei n^o 8.820, em 27 de janeiro de 1989, a qual deu amparo à Fazenda Pública daquele Estado para exigir o ICMS sobre as prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores.

Posteriormente, no julgamento da ADI n^o 1.089, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do Convênio 66/88, sem redução de texto, excluindo da incidência do ICMS a navegação aérea. Ficara assentada a imprescindibilidade de Lei Complementar para conceber uma nova hipótese de incidência para o imposto. Nesse sentido:

‘TRANSPORTE AÉREO. ICMS. Dada a gênese do novo ICMS na Constituição de 1988, tem-se que sua exigência no caso dos transportes aéreos configura nova hipótese de incidência tributária, dependente de norma complementar à própria carta, e insuscetível, à luz de princípios e garantias essenciais daquela, de ser inventada, mediante convênio, por um colegiado de demissíveis ad nutum. Procedência da ação direta com que o Procurador-Geral da República atacou o regramento convencional da exigência do ICMS no caso dos transportes aéreos’ (ADI n^o 1.089-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, DJ de 27/6/97).

RE 578.582 AGR / RS

As diretrizes anteriormente fixadas no Convênio 66/88 foram reproduzidas na Lei Complementar 87/96, restando sanado, em tese, o vício que fora destacado na ADI nº 1.089, haja vista que na hipótese o alargamento do critério material da incidência estaria sendo ampliado em sede de Lei Complementar.

Ocorre que novamente a pretendida ampliação da hipótese de incidência do ICMS referente aos serviços de transporte teve sua constitucionalidade questionada. Na ocasião do julgamento da ADI nº 1.600, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação procedente, em parte, para declarar inconstitucional a Lei Complementar nº 87/96, no tocante à incidência do ICMS sobre os serviços de transporte aéreo de passageiros internacional, interestadual e intermunicipal e sobre os serviços de transporte aéreo de cargas internacional. Confira-se:

'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 87/96. ICMS E SUA INSTITUIÇÃO. ARTS. 150, II; 155, § 2º, VII 'A', E INCISO VIII, CF. CONCEITOS DE PASSAGEIRO E DE DESTINATÁRIO DO SERVIÇO. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. ALÍQUOTAS PARA OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E PARA AS OPERAÇÕES INTERNAS. INAPLICABILIDADE DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PARTIÇÃO DA RECEITA DO ICMS ENTRE OS ESTADOS. OMISSÃO QUANTO A ELEMENTOS NECESSÁRIOS À INSTITUIÇÃO DO ICMS SOBRE NAVEGAÇÃO AÉREA. OPERAÇÕES DE TRÁFEGO AÉREO INTERNACIONAL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS NACIONAIS. QUANTO ÀS EMPRESAS ESTRANGEIRAS, VALEM OS ACORDOS INTERNACIONAIS - RECIPROCIDADE. VIAGENS NACIONAL OU INTERNACIONAL - DIFERENÇA DE TRATAMENTO. AUSÊNCIA DE NORMAS DE

RE 578.582 AGR / RS

SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ART. 151, CF É O DAS RELAÇÕES DAS ENTIDADES FEDERADAS ENTRE SI. NÃO TEM POR OBJETO A UNIÃO QUANDO ESTA SE APRESENTA NA ORDEM EXTERNA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO, DE PASSAGEIROS - INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO ICMS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS PELAS EMPRESAS AÉREAS NACIONAIS, ENQUANTO PERSISTIREM OS CONVÊNIOS DE ISENÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS. AÇÃO JULGADA, PARCIALMENTE PROCEDENTE' (ADI nº 1.600, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Nélson Jobim**, DJ de 20/6/03).

É possível extrair do julgado acima a conclusão de que a incidência, sobre os serviços de transporte aéreo de pessoas, em qualquer hipótese, é inconstitucional, da mesma forma que a incidência sobre o serviço de transporte de cargas internacional.

Conjugando o que foi asseverado na referida ADI, com a orientação de que *'a exigência no caso dos transportes aéreos configura nova hipótese de incidência tributária, dependente de norma complementar à própria carta'* (ADI 1089) não se pode olvidar de que sequer a exigência do imposto sobre a prestação de serviços de transporte aéreo de carga interestadual e intermunicipal seria possível à luz da Lei nº 8.820/89 do Estado do Rio Grande do Sul. Para a referida hipótese, somente após a edição da Lei Complementar nº 87/96, tornou-se possível a exigência do ICMS diante da prestação de serviços de transporte aéreo.

Corroborando as razões que militam pela impossibilidade dos Estados instituírem o imposto exercendo competência legislativa plena, mediante a falta de Lei Complementar editada

RE 578.582 AGR / RS

pela União Federal, cumpre trazer à colação jurisprudência assentada nesse sentido:

‘TRIBUTÁRIO - ADICIONAL AO IMPOSTO DE RENDA (LEI Nº 6.352/88, DO ESTADO DE SÃO PAULO) - INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA INSTITUIÇÃO - AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR NACIONAL (CF, ART. 146) - IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO, PELO ESTADO-MEMBRO, DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- É inconstitucional a Lei nº 6.352, de 29/12/88, que, editada pelo Estado de São Paulo, instituiu o adicional ao imposto de renda no âmbito daquela unidade da Federação.

- Os Estados-membros não podem instituir, mediante ato legislativo próprio, o tributo a que se refere o art. 155, II, da Constituição (Adicional ao Imposto de Renda) enquanto não for editada, pela União Federal, a lei complementar nacional prevista no art. 146 da Lei Fundamental da República. A existência desse ‘**vacuum legis**’ não confere aos Estados-membros a possibilidade de exercerem, com base nas regras inscritas no art. 24, § 3º, da Constituição e no art. 34, § 3º, do ADCT/88, competência legislativa plena, eis que as recíprocas interferências que se estabelecerão, obrigatoriamente, entre o imposto de renda, sujeito à competência legislativa da União, e o adicional ao imposto de renda, incluído na esfera de competência impositiva dos Estados-membros, reclamam a edição de lei complementar nacional que indique soluções normativas necessárias à superação de possíveis conflitos de competência entre essas entidades políticas.

- O poder de tributar deferido às pessoas estatais investidas de capacidade política não deve ser exercido com desrespeito aos direitos públicos subjetivos dos contribuintes ou com ofensa às limitações constitucionais

RE 578.582 AGR / RS

que restringem o desempenho, pelas entidades tributantes, de sua competência impositiva' (RE nº 149.955/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 3/9/93).

Recentemente, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de manifestar-se sobre pretensão análoga, ocasião em que foi mantida a jurisprudência anteriormente firmada pelo Tribunal Pleno. Confira-se:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR NACIONAL QUE DISPONHA SOBRE O TRIBUTO NOS TERMOS DO ART. 146, III, A, DA CONSTITUIÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PLENA PELOS ESTADOS MEMBROS COM AMPARO NO ART. 24, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. PREVISÃO DE ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS EM RAZÃO DO TIPO DE VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I Ante a omissão do legislador federal em estabelecer as normas gerais pertinentes ao imposto sobre a doação de bens móveis, os Estados-membros podem fazer uso de sua competência legislativa plena com fulcro no art. 24, § 3º, da Constituição. II A jurisprudência do STF firmou orientação no sentido de que, mesmo antes da EC 42/03 que incluiu o § 6º, II, ao art. 155 da CF, já era permitida a instituição de alíquotas de IPVA diferenciadas segundo critérios que não levem em conta a capacidade contributiva do sujeito passivo, por não ensejar a progressividade do tributo. É o que se observa no caso dos autos, em que as alíquotas do imposto foram estabelecidas em razão do tipo e da utilização do veículo. III Agravo regimental improvido' (RE nº 601.247-AgrR/RS, Segunda Turma, Relator Ministro **Ricardo**

RE 578.582 AGR / RS

Lewandowski, DJe de 13/6/12).

O entendimento pretendido pelo Estado do Rio Grande do Sul sugere que a superveniência da Lei Complementar nº 87/96 poderia convalidar a Lei Estadual nº 8.820/89. O acolhimento dessa tese implicaria em conceber uma espécie anômala de constitucionalidade superveniente, pois se estaria a admitir a premissa de que o advento da espécie legislativa constitucionalmente adequada para o disciplinamento da matéria teria o condão de manter hígida a norma anterior, que legislou sobre questão afeta a outra modalidade de ato normativo.

Contudo, cumpre enfatizar que a tese da constitucionalidade superveniente já foi rechaçada no âmbito desta Corte, prevalecendo o entendimento de que a primeira lei deve ser expungida do ordenamento por ter sido editada em desconformidade com a norma constitucional vigente no momento de sua edição. Nesse sentido, destacamos o RE nº 343.801-AgR/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto** (DJe de 26/6/12).

Diante do exposto, nego seguimento ao recurso. Publique-se.”

Alega o agravante que o foco da controvérsia tratada na origem é diverso do tema tratado na ADI nº 1.089/DF e, nesse particular, defende que a inconstitucionalidade da lei estaria sendo reconhecida pela origem, sem amparo em precedentes.

No mérito, afirma, em apertada síntese, que, no plano prático, não tem sentido decretar-se a inconstitucionalidade da Lei nº 8.820/89 por vício formal se essa circunstância não possui qualquer contemporaneidade com os fatos da vida que a norma veio a regular.

Sustenta, inclusive, que não tem sentido declarar a inconstitucionalidade de uma lei se, a respeito do fato concretamente considerado, não houve qualquer transgressão a nenhuma garantia do administrado. Ao final, defende que o Estado, diante da ausência da

RE 578.582 AGR / RS

norma geral editada pela União, poderia exercer a competência plena.

É o relatório.

27/11/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 578.582 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O inconformismo não merece prosperar, uma vez que o agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão agravada.

Sustenta a parte que a decisão monocrática não poderia ter considerado desnecessária a observação do art. 97 da Constituição Federal, reputando não haver conformidade com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal exarado no julgamento da ADI nº 1.089/DF. Aduz que o equívoco ocorre por ser apenas aparente a identidade do caso em comento com o precedente firmado em sede de controle concentrado, afirmando, *in verbis*, que:

“Naquela ocasião, o que restou assentado pela Suprema Corte foi a impossibilidade de regramento convenial disciplinar matéria que a Carta Republicana havia reservada à lei complementar.

Em momento algum, portanto, foi afirmada a impossibilidade de os Estados instituírem ICMS sobre o transporte interestadual e intermunicipal de cargas aéreas; apenas assentou-se a necessidade de lei complementar estabelecer normas gerais sobre a dita cobrança.”

Em suma, entende o Estado do Rio Grande do Sul que o **decisum** não poderia afastar a observância do princípio da reserva de plenário, pois o acórdão recorrido não aplicou o precedente de forma adequada. A inadequação decorreria do fato de que o Supremo Tribunal Federal não impediu o Estado de instituir ICMS sobre o transporte interestadual e intermunicipal, mas apenas previu a imprescindibilidade de previsão de lei complementar estabelecer normas gerais sobre essa cobrança.

Ora, se esta Corte decidiu que o critério material do tributo, por ser norma geral, só pode ser modificado por lei complementar e, por óbvio,

RE 578.582 AGR / RS

lei complementar editada pela União, significa que não está ao alvedrio do Estado prever uma hipótese de incidência unilateralmente, sem amparo na legislação federal.

Ao tempo da edição da lei estadual, a norma geral disciplinadora do ICMS era o Convênio nº 66/88, o qual teve reconhecida a inconstitucionalidade dos dispositivos referentes ao transporte aéreo. De acordo com o entendimento externado na ADI nº 1.089/DF, o Convênio firmado pelo CONFAZ não é apto a prever uma nova hipótese de incidência para o tributo.

Ao assentar a necessidade de lei complementar para estabelecer normas gerais, não se pode olvidar que a Suprema Corte exige que tal lei seja federal. Isso implica a conclusão de que o Estado só pode internalizar uma inovação após o amparo concedido pela edição da lei complementar editada pela União. Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte, firmada em caso semelhante:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. 2. Lei Estadual 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. Inconstitucionalidade formal. Matéria reservada à disciplina de lei complementar. Inexistência. Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XII) como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local” (grifei) (ADI nº 1.945/MT-MC, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 14/3/11).

A Corte de origem aplicou o entendimento constante na ADI nº 1.089/DF adequadamente. As razões de decidir extraídas do referido precedente são suficientes para demonstrar que esta Corte não permite que o Estado crie uma nova hipótese de incidência unilateralmente, sem haver amparo na norma geral. Não há violação da cláusula de reserva de plenário.

A aplicação do precedente não precisa ser absolutamente literal. Se a

RE 578.582 AGR / RS

partir do julgado for possível concluir um posicionamento acerca de determinada matéria, já se afigura suficiente a invocação do aresto para afastar a vigência da norma maculada pelo vício já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

“[...] 2. Não há reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) à aplicação de jurisprudência firmada pelo Pleno ou por ambas as Turmas desta Corte. Ademais, **não é necessária identidade absoluta** para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes. Assim, cabe à parte que se entende prejudicada discutir a simetria entre as questões fáticas e jurídicas que lhe são peculiares e a orientação firmada por esta Corte [...]” (grifei) (AI nº 607.616/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 1º/10/10).

Quanto ao mérito, o agravante alerta para um dado fático não considerado na decisão monocrática. Todavia, a referida circunstância possui importância apenas aparente: os fatos geradores originaram-se entre janeiro e novembro de 1997. Com espeque nesse dado, o agravante pretende demonstrar que o sistema jurídico estava em harmonia com os moldes constitucionais quando o ICMS foi cobrado, ou seja, a exação estava prevista em legislação estadual que obedecia previsões insculpidas na lei complementar que delimitou as normas gerais.

Ora, ao que parece, o recorrente está reconhecendo que a Lei nº 8.820/89 foi concebida com o vício da inconstitucionalidade e que, após a previsão da Lei Complementar nº 87/96, o sistema se harmonizou. Ressalta, em abono de sua tese, que os fatos imponíveis teriam ocorrido em momento em que o sistema já se encontrava perfectibilizado.

O Direito reconhece a inconstitucionalidade como uma mácula congênita. Sob este prisma, não é possível admitir que os efeitos de uma norma inconstitucional sejam aproveitados após a superação do vício pelo advento de novas prescrições legislativas.

RE 578.582 AGR / RS

Ao ser editada, a norma deve atender, desde a sua promulgação, todos os requisitos formais e materiais para ser vigente. Se ela surge, no ordenamento, inconstitucional, jamais poderá ser aplicada. O que vem a ocorrer depois pouco importa, ainda que os efeitos práticos venham a sugerir a convalidação do vício.

O fato imponível ocorreu nos idos de 1997, já sob a égide da Lei Complementar nº 87/96. Contudo, não é a referida lei que faz surgir a obrigação tributária, mas a Lei Estadual nº 8.820/89, essa última inconstitucional desde a sua concepção.

Se a tese da constitucionalização superveniente é pertinente ao controle concentrado ou difuso, tal controvérsia é, juridicamente, indiferente para o deslinde deste caso. Aqui o determinante é observar que o reconhecimento da inconstitucionalidade retroage à origem da norma, que deveria estar em harmonia com o restante do sistema ao tempo de sua promulgação, o que impede a ocorrência de efeitos válidos. Na mesma esteira é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, para quem:

“Encarada sob o ângulo dos princípios informativos da criação das normas de direito, só podemos afirmar a existência de leis constitucionais. **Isto porque, ou ela foi produzida em conformidade com a Constituição, que é quem diz o que é direito em um determinado sistema, ou ela foi gerada em dissonância com o prescrito pela norma constitucional e neste caso não pode pretender ser lei [...]**” (grifei) (BASTOS, Celso Ribeiro, “Curso de direito constitucional”, São Paulo, Editora Saraiva, 2001. p. 47).

Não se diga que inconstitucionalidade não houve pelo suposto “alinhamento” superveniente das normas às balizas constitucionais. A inconstitucionalidade é confessa. Nas próprias palavras do recorrente, percebe-se sua certeza da inconsistência da lei estadual com o ordenamento, o que reforça o entendimento manifesto quando da prolação do juízo monocrático. Senão, vejamos:

RE 578.582 AGR / RS

“O vício de constitucionalidade contra o qual se insurge a empresa embargante é tão frágil, tão puramente formal, que poderia ter sido sanado pelo Estado do Rio Grande do Sul mediante a edição de uma nova lei que se limitasse a reproduzir *ipsis litteris*, a Lei 8.820/89.”

Ora, primeiro alega-se que o vício não existe, depois, que o vício existe, mas é frágil. Não existem inconstitucionalidades contundentes ou frágeis, mas tão somente inconstitucionalidades. O próprio causídico propôs a solução: o Estado deveria ter editado nova lei à luz da vigência da Lei Complementar nº 87/96, mas não o fez.

A questão primordial é que a proximidade ou não com a validade não é uma questão de injustiça, mas, antes disso, é um imperativo sistêmico que define a existência da norma. O Eminentíssimo Ministro **Gilmar Mendes**, colhendo lições de Kelsen, leciona o seguinte:

“(...) apreciando a questão relativa à lei promulgada sem observância dos pressupostos constitucionais, asseverava Kelsen, então, que não se cuidava, propriamente, de um injusto (**Unrecht**), em sentido jurídico, nem de um ato estatal viciado, mas de um nada jurídico (**rechtlich überhaupt nichts**)” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 19).

Por fim, a alegação de que “não tem sentido declarar a inconstitucionalidade de uma lei se, a respeito do fato concretamente considerado não houve transgressão a qualquer garantia do administrado”, ao meu sentir, não se sustenta.

Essa é uma regra aplicável à teoria das nulidades procedimentais. Ademais, no controle de constitucionalidade, não se tutela o indivíduo, mas a harmonia do sistema jurídico, que se traduz na conformação das normas com seus pressupostos de validade.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do agravo regimental.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 578.582

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGDO.(A/S) : VARIG S/A - VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE

ADV.(A/S) : VERA LUCIA SCHERER OLIVEIRA

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 27.11.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma