

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 1993.

a) **Antonio Carlos Grimaldi**, Relator.

VOTO EM SEPARADO

1. Das imputações feitas ao recorrente, cancelada aquela objeto do item 3 do AIIM, por força do art. 9º da Lei nº 7.646/91, subsidem as do item 1 e 2. A primeira diz respeito ao não recolhimento do imposto e a segunda trata de recolhimento a menor do que o devido, tudo em razão da chamada "substituição tributária interestadual".

2. A recorrente é empresa sediada em Poços de Cadas, MG, e tem como atividade o comércio de veículos, peças e acessórios. Nessa qualidade, vendeu a compradores deste Estado, em sua maioria empresas de transporte de passageiros, diversos ônibus também de procedência paulista, da marca Mercedes-Benz.

3. O auto inicial carrega à responsabilidade da recorrente o pagamento do imposto por suposto devido mercê da substituição tributária, de que trata o Convênio nº 107/89.

4. O relator nega provimento ao recurso escudado na consideração de que os valores apontados pelo fisco não foram impugnados pela autuada e que a exigência teria respaldo no Convênio nº 107/89. Além disso, este Tribunal, como órgão administrativo, "carece de competência para apreciar arguição de inconstitucionalidade", como em última análise resultaria do recurso ordinário interposto.

5. Tenho minhas dúvidas quanto a esta última afirmação. O que a este Tribunal não é dado, como de resto a quase totalidade das demais Cortes também não pode, é declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, uma vez que essa tarefa cabe com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Carta Magna, através do controle concentrado da constitucionalidade.

6. Mas não lhe seria defeso, como não o é para os Tribunais não constitucionais, negar a aplicação de lei viciada por inconstitucionalidade a um determinado caso concreto.

7. Afinal, como adverte Francisco Campos, "Um ato ou uma lei inconstitu-

cional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é uma lei aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca tivesse existido" ("Direito Constitucional", Freitas Bastos, RJ, 1956, vol. 1/430).

8. Em sentido análogo manifestaram-se também Buzaid ("Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade", Saraiva, SP, 1958, pág. 128) e, de longa data, Ruy Barbosa ("A Constituição e os Atos Inconstitucionais", Atlântida Ed., RJ, 2ª Ed., pág. 49), para os quais as leis inconstitucionais são absolutamente nulas.

9. É bem verdade que essa posição encontra opositores de nomeada. Themistocles Brandão Cavalcanti, p. ex., entende que a declaração de inconstitucionalidade não é dotada de eficácia tão drástica, a ponto de se considerar inexistente a lei inconstitucional ("Do Controle da Constitucionalidade", Forense, RJ, 1968, págs. 169/170). Da mesma forma José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo", Malheiros Ed., SP, 1992, pág. 53).

10. Mas essa posição restritiva não encontrou eco no Judiciário, onde, p. ex., decidiu o STF: "Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre o fato, nela, visto ou previsto, não há fato jurídico e, via lógica de consequência, o fato não produz qualquer efeito jurídico" (RE n. 93.173/SP, DJU de 08.08.82, pág. 7350). E mais, o Poder Executivo não é obrigado a observar leis que considere inconstitucionais, podendo negar-lhe o cumprimento (STF, RDA 97/116; TJ/SP, RT 407/131).

11. Por conseguinte, não vejo grandes obstáculos na apreciação, por Tribunais administrativos, de eventual arguição de inconstitucionalidade.

12. Seja como for, quero crer que a invalidade da exigência inicial, que a todas as luzes desenganadamente, atenta contra o princípio da legalidade, possa ser demonstrada por razões fundadas na legislação infraconstitucional, com o que estaria superada a restrição alegada pelo douto relator.

13. Na verdade, como anotou com acuidade Victor Uckmar, é dispensável que o princípio da legalidade venha expresso em norma constitucional,

porque, nessa omissão, ele poderia ainda ser deduzido, fazendo-o com a seguinte observação: "Todas as Constituições vigentes (...) afirmam explicitamente que os impostos devem ser aprovados pelos órgãos legislativos competentes, preceito que, pelo menos nos Estados de Direito, não seria nem mesmo necessário não existindo - como frisou Allorio - por força de uma regra geral, dentre os poderes da Administração Pública, o de modificar o direito vigente" (Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário, trad. de Marco Aurélio Greco, co-ed. EDUC/Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1976, pág. 25).

14. Destarte, para se ter e haver o auto vestibular como legal, basta atentar para o fato de que o Convênio nº 107/89, no qual se apóia, e por extensão as normas regulamentares nele referidas, estão em total descompasso com a legislação complementar e mesmo com a Lei nº 6.374/89, que instituiu o ICMS no Estado de São Paulo.

15. Para demonstrar essa circunstância, afastando-me da Constituição, começo por lembrar que o princípio da legalidade está também encartado no art. 97 do CTN, ao dispor que somente a lei pode estabelecer ("inter alia") "a definição do fato gerador da obrigação principal (...) e do seu sujeito passivo".

16. Peço desculpas aos nobres pares para referir essa norma, que é sobejamente conhecida. Mas isto é necessário, não só para efeito de exposição, como também porque o fisco invariavelmente a ignora.

17. Nos últimos anos, enquanto as demais Nações prosseguem céleres na rota do progresso, o Brasil regride a olhos vistos. Basta ver o estágio em que se encontra atualmente a saúde pública e também a educação, relegadas a um plano de miseria-bilidade.

18. O direito, fatalmente, não teria como escapar desse quadro dramático. Afinal, como assinalou Jayme de Altavila, o Direito não é bom, nem é mau, "ele é o espírito ático de Solon ou a alma acanhada de Dracon, traduzindo os merecimentos de suas épocas" ("Origem dos Direitos dos Povos", Melhoramentos, SP, 2ª ed., pág. 9). E, mais pessimista, Becker vaticinou: "Cada ano é ano de naufrágio fiscal. Os naufragos, só anos depois é que saberão que morreram afogados no mar de sar-