IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS — ALÍQUOTA — VIGÊNCIA DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E DE ATOS COMPLEMENTARES

— A aprovação constitucional de atos de natureza legislativa não significa devam eles permanecer eficazes e vigentes, quando a Constituição adotou sistema com eles incompatível.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cetenco Engenharia S.A. *versus* Prefeitura Municipal de Cubatão
Recurso extraordinário nº 81 122 — Relator: Sr. Ministro
XAVIER DE ALBUQUERQUE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, de conformidade com a ata de julgamento e notas taquigráficas, à unanimidade conhecer do recurso e lhe negar provimento por maioria de votos.

Brasília, 15 de setembro de 1976. *Djaci Falcão,* Presidente. *Xavier de Albuquerque,* Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: O V. Acórdão recorrido está assim concebido, fls. 137-139:

"Cetenco Engenharia S.A. impetrou mandado de segurança contra o Diretor do Departamento da Receita da Prefeitura Municipal de Cubatão a fim de que seja reconhecida a ilegalidade da alíquota de 3% do imposto sobre o valor dos serviços, previstas na Lei Municipal nº 891, de 25 de outubro de 1971, por contrária ao art. 9º, nº I, do Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967.

A sentença de fls. 69-74 concedeu a segurança, sendo interposto recurso oficial.

Agravou, tempestivamente, a vencida de petição, pretendendo a reforma da sentença, sob alegação de que o Ato Complementar nº 36/1967, não subsiste, face ao advento da Constituição Federal de 1967.

O recurso foi contraminutado e a decisão mantida. A douta Procuradoria-Geral da Justiça opina pelo provimento dos recursos.

A atual Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda nº 1, de outubro de 1969, estabeleceu competência sem limites dos Municípios de instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em Lei Complementar. Apenas previu a possibilidade de uma lei da mesma natureza, fixar as alíquotas máximas desse imposto, conforme dispõe o art. 24, § 4º.

Essa possibilidade ainda não foi convertida em lei, limitando a autonomia municipal.

O Ato Complementar nº 34 estabeleceu que a alíquota máxima para a cobrança do imposto municipal sobre serviços, na execução de obras hidráulicas ou de construção civil, era de 2%.

Essa norma limitadora vigiu até a entrada em vigor da Constituição de 1967, emendada em 1969, que não a acolheu, embora tenha admitido a possibillidade da fixação das alíquotas máximas referentes a esse imposto.

Não ocorre, assim, ilegalidade do lançamento do imposto impugnado, sendo legítima a exigência da Prefeitura Municipal de Cubatão.

Pelo exposto e nos termos do parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça dão provimento aos recursos para cassar a segurança concedida."

Inconformado, o contribuinte interpôs recurso extraordinário, que foi admitido com base nas letras *a* e *c* do art. 119, III da Emenda Constitucional nº 1/1969, alegando que o V. Acórdão recorrido violou o disposto nos art. 9º do Ato Complementar nº 34/1967, e 15, II, *a* e 24, § 4º da Constituição Federal, e julgou válida lei local contestada em face da Constituição — Lei nº 891, de 25.10.1971 (que fixa em 3% a alíquota) por entender que, o que se discute é saber-se se está ou não em vigor o art. 9º, item I do Ato Complementar nº 34/1967.

Esclareceu o ilustre Presidente que não era tranqüilo o entendimento na justiça local, havendo divergência de julgados — fls. 160, pelo que admitiu o recurso, salientando que dois outros o foram por seu antecessor (fls. 160).

O recorrente instruiu suas bem lançadas razões, com o acórdão da Sessão Plenária do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 9 de maio de 1974. Fls. 184-186, em grau de revista, em caso análogo, que assim decidiu:

"1 — O Imposto Sobre Serviços foi criado pela Emenda Constitucional nº 18, de 1965; o Código Tributário Nacional (Lei nº 5 172, de 1966) estabeleceu normas a respeito. O Ato Complementar nº 34, de 1967, alterou o Código Tributá-

rio Nacional e estipulou novas normas tributárias, inclusive fixando o limite de 2% para aquele imposto *na execução de obras hidráulicas ou de construção civil* (art. 9º, nº I).

A Constituição de 1967 manteve a competência municipal para o Imposto Sobre Serviços, *definidos em lei complementar*. A Emenda Constitucional de 1969 conservou essa redação, mas acrescentou que "*Lei complementar poderá fixar as alíquotas máximas do imposto*".

2 — Cuida-se, aqui, de verificar se é válida a fixação da alíquota de 3% no ISS., fixada pela Lei nº 891, de 1971, do município de Cubatão, diante do limite máximo de 2% constante do art. 9º, nº I do Ato Complementar nº 34, de 1967, quando se trata de execução de obras hidráulicas ou de construção civil.

O acórdão revidendo entendeu que sim, porque já não mais subsiste o Ato Complementar nº 34, no ponto em que estabeleceu aquele limite de 2%.

Entretanto, o aresto divergente, emanado da Primeira Câmara, é que resolveu com acerto a questão. Com efeito: o referido Ato Complementar nº 34 ainda vigora, naquilo que não contrariar a vigente Constituição. Como observa Geraldo Ataliba, "as leis que tratam de matéria de lei complementar, se seu conteúdo for incompatível com a nova Constituição, continuam em vigor, sem eficácia porém" (*in Lei Complementar na Constituição*, p. 55). Ou seja, a lei complementar que for compatível com a Constituição atual, continua plenamente eficaz.

Ora, aquele dispositivo do Ato Complementar nº 34 (o que fixa o limite da alíquota) é inteiramente compatível com a Constituição vigente; em conseqüência, não se pode deixar de considerar ainda vigorante o referido dispositivo.

Assinale-se, outrossim, que todos os Atos Complementares foram aprovados pela Emenda Constitucional nº 1, de ..... 17.10.1969 (art. 181).

3 — Nessas condições, é julgada procedente a revista e cassado o acórdão recorrido, devendo os atos retornarem à Câmara de origem, para novo julgamento do agravo de petição."

A Procuradoria-Geral da República assim se manifesta, fls. 240 a 242:

"1. A recorrente impetrou segurança contra o Diretor do Departamento da Receita, do Município de Cubatão-SP, sustentando a ilegitimidade da cobrança do imposto sobre serviços, à alíquota de 3%, prevista na Lei Municipal nº 891, de ... 25.10.1971, fundada em que o art. 9º, I, do Ato Complementar nº 34, de .... 30.1.1967, fixa em 2% a alíquota máxima do imposto quanto a obras hidráulicas ou de construção civil.

2. O v. acórdão de fls. 137-139 decidiu pela legitimidade da imposição segundo a alíquota maior, sob o pressuposto de que o art. 9º, I, do Ato Complementar nº 34, de 1967, não sobreviveu à Constituição de 1967.

3. Funda-se o apelo excepcional na letra *a* do preceito constitucional, sob alegação de negativa de vigência ao art. 9º do Ato Complementar nº 34/1967, e ofensa aos art. 15, II, *a*, e 24, § 4º, da Constituição Federal, e, na letra c, porque a decisão recorrida julgou válida lei local contestada em face dessas mesmas disposições.

4. O Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967, foi lançado sob o influxo da Constituição de 24.1.1967, já existente, embora com início de vigência previsto para 15 de março do mesmo ano. Se é certo que o art. 173 da Constituição de 1967 não poderia aprovar atos legislativos inexistentes, o art. 181, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, repetiu aquela aprovação, como observou o

Senhor Ministro Luiz Gallotti, Relator do RE nº 70 979, Pleno (*R.T.J.* 59/95).

5. A questão se resume, pois, em verificar a conformação das disposições do Ato Complementar nº 34, de 1967, ao texto constitucional de 1967, inclusive na redação da Emenda Constitucional nº 1/1969. Ela deve ser aferida, obviamente, em função do conteúdo das regras jurídicas existentes ao tempo de incidência do novo texto constitucional e não em relação ao processo legislativo requerido pelos textos constitucionais que se substituem. Daí a conclusão de Pontes de Miranda: "Se a regra jurídica por menos graduada que seja, não se limitou ou foi limitada quanto à sua incidência, e incidiria antes e depois de 14 de março de 1967, somente poderia incidir a partir de 15 de março de 1967, se ela mesma poderia ser editada sob a Constituição de 1967 (*Comentários à Constituição de* 1967 com a Emenda Constitucional nº 1/1969, SP, Ed. Rev. dos Tribunais Ltda., 1972, 4ª ed., p. 435).

6. Sob esse aspecto, a restrição do art. 9º, I, do Ato Complementar nº 34/1967, é plenamente compatível com o novo texto constitucional. Regula esse dispositivo limitação constitucional ao poder tributário municipal, permitida pelo art. 19, § 1º, da Constituição Federal de 1967, e, mais especificamente, pelo art. 24, § 4º, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

7. Quando o Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967, foi lançado, a Constituição de 1967 já estava promulgada. Como ainda não estivesse em vigor, não poderia ser obedecido o processo legislativo de lei complementar, prevista em seu art. 19, § 1º. Mas, sendo executória para o Poder Público, podia ser regulada (ver Ruy Barbosa Nogueira, respondendo a consulta sobre a sobrevivência do art. 7º do Ato Complementar nº 35, de 1967, *in R.D.A.* 92/398).

O eg. Supremo Tribunal Federal impugnou, é certo, o art. 6º do Ato Complementar nº 35, de 28.2.1967, mas sob outro pressuposto, ou seja, o de que só norma constitucional poderia atingir a competência tributária que a Constituição confere aos Estados. No caso se tratava de ingerência de disposição de ato complementar em matéria de exclusiva alçada constitucional. O art. 9º, I, do Ato Complementar nº 34, de 1967, ao contrário, regulou limitação prevista na própria Constituição (art. 19, § 1º, da Constituição Federal de 1967, e art. 24, § 4º, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

Pelo conhecimento e provimento.

Brasília, 8 de abril de 1975. *Moacir Antonio Machado da Silva*, Procurador da República."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra (Relator): Não se discute que ao Município compete instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União, ou dos Estados, definidos em lei complementar, art. 24, II da Constituição Federal, nem tampouco que o Decreto-lei nº 406/1968, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 834, de 8.9.1969, art. 8º, § 1º, 19, permita a imposição do imposto sobre serviços, na execução de construção civil, obras hidráulicas, nas condições que especifica.

O que se sustenta é que o art. 9º, I, do Ato Complementar nº 34, continua em vigor, e assim vige o limite de 2% na cobrança do imposto sobre serviços na execução de obras hidráulicas ou de construção.

Em outros termos, pode a lei municipal posterior à Constituição, aumentar

alíquota, em desacordo com o Ato Complementar nº 34?

Admitiu-o o acórdão recorrido, e não o admitiu o acórdão citado em grau de Revista.

O art. 9º do Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967, foi aprovado pelo art. 181, III, da Emenda Constitucional nº 1/1969, e assim, não perdeu a sua vigência.

Não é ele incompatível com a Constituição de 1967, pois esta admite, no § 4º do art. 24 da Constituição Federal, o princípio da limitação das alíquotas do imposto, por lei complementar.

Admitido o princípio, até que nova lei complementar altere (§ 47 do art. 24, da Constituição Federal), a limitação constante do Ato Complementar nº 34, art. 9º, I, continuará em vigor, a alíquota nele estabelecida, por ter força, pelo menos, de lei complementar, que não pode, à evidência, ser derrogada por lei municipal.

O Decreto-lei nº 406/1968, por igual, não revogou o Ato Complementar nº 34/1967, em seu art. 13, como demonstra a recorrente, f. 177.

Assim entendendo, conheço do recurso e lhe dou provimento para conceder a segurança impetrada.

EXTRATO DA ATA

RE nº 81.122 — SP — Rel., Ministro Cordeiro Guerra. Recte., Cetenco Engenharia S.A. (Advs., Oswaldo Rodrigues e Joaquim Jair Ximenes Aguiar). Recda., Prefeitura Municipal de Cubatão (Adv., Hugo Mósca).

Decisão: Pediu vista o Ministro Xavier de Albuquerque, após o voto do Relator conhecendo e dando provimento ao recurso.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves.

Brasília, 14 de maio de 1975.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Antes de entrar em vigor a Constituição de 1967, o art. 9º do Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967 estabeleceu limites máximos para as alíquotas do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza. Discute-se se tal preceito limitador sobreviveu à vigência daquela Constituição, ou se, ao contrário, perdeu sua eficácia a partir de quando entrou ela a reger o sistema tributário nacional.

O eminente Relator entende que continua vigente o preceito limitador do referido Ato Complementar, pelo que não podem desatendê-lo as leis municipais ao fixarem as alíquotas do tributo em questão. Por isso, e desde que a Lei nº 891, de 25.10.1971, do município recorrido, fixou em 3% alíquota que aquela norma subordinara ao limite máximo de 2%, S. Exa. conhece do recurso do contribuinte e lhe dá provimento para conceder a segurança impetrada.

Data vênia, entendo diversamente. Abstraindo a questão de saber-se se o referido Ato Complementar podia legitimamente impor aos municípios, ao tempo em que foi editado, semelhante limitação, parece-me que, na melhor hipótese, terá ela perdido eficácia com o começo de vigência da Constituição de 1967, que em nenhum dispositivo a previu ou autorizou.

Pretende-se que estaria ela apoiada nos art. 19, § 1º, e 20, § 2º da mencionada Constituição, mas a argumentação, a meu ver, não procede.

O art. 19, § 1º, autorizou a lei complementar a regular as limitações consti-

tucionais do poder tributário. Ora, regular limitações constitucionais — isto é, impostas ou pelo menos previstas ou autorizadas pela própria Constituição — não pode importar em criar limitação de que ela não cogitou.

Também não tem préstimo o art. 20, § 2º, que autorizou a União, mediante lei complementar, atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, a conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais. Essa norma, como se sabe, visou a obviar a aplicação, que a jurisprudência consagrara, do princípio de que só pode isentar quem pode tributar, nada tendo a ver com limitação de alíquotas. De resto, pressupõe ela situações individualizadas nas quais sobreleve interesse social ou econômico nacional, pelo que não se lhe ajusta a absoluta genericidade que caracteriza o questionado art. 9º do Ato Complementar nº 34.

Só a Emenda nº 1, de 1969, ao dar nova redação à Constituição de 1967, é que veio autorizar a lei complementar, no § 4º do art. 24, a fixar as alíquotas máximas do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza. Mas essa inovação constitucional não podia ter o efeito de ressuscitar o art. 9º do Ato Complementar nº 34, que, por incompatível com a Constituição de 1967, cessara de viger desde quando entrou esta em vigor.

Por tais motivos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 81.122 — SP — Rel., Ministro Cordeiro Guerra. Recte., Cetenco Engenharia S.A. (Advs., Oswaldo Rodrigues e Joaquim Jair Ximenes Aguiar). Recda., Prefeitura Municipal de Cubatão (Adv., Hugo Mósca).

Decisão: Pediu vista o Ministro Leitão de Abreu, após os votos do Ministro Relator, conhecendo e dando provimento, e do Ministro Xavier de Albuquerque, não conhecendo do recurso.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Leitão de Abreu: Está no Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967: "Art. 9º — Ficam estabelecidas as seguintes alíquotas máximas para a cobrança do imposto municipal sobre serviços: I — execução de obras hidráulicas ou de construção civil, até 2%; ...". Sustenta-se, de um lado, que esse ato está em vigor, de modo que se acha com ele em aberto conflito lei municipal, que estipula, para construção civil, alíquota superior a 2%. Essa a opinião do relator, o eminente Ministro Cordeiro Guerra, que assim encerra o seu douto voto:

"O art. 9º do Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967, foi aprovado pelo art. 181, III, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e assim não perdeu a sua vigência.

Não é ele incompatível com a Constituição de 1967, pois esta admite, no § 4º do art. 24 da Constituição Federal, o princípio da limitação das alíquotas do imposto, por lei complementar.

Admitido o princípio, até que nova lei complementar altere (§ 47 do art. 24, da Constituição Federal), a limitação constante do Ato Complementar nº 34, art. 9º, I, continuará em vigor, a alíquota nele estabelecida, por ter força, pelo menos, de lei complementar, que não pode,

à evidência, ser derrogada por lei municipal.

O Decreto-lei nº 406/1968, por igual, não revogou o Ato Complementar nº 34/1967, em seu art. 13, como demonstra a recorrente, a fls. 177."

Assim não pensa, todavia, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, que, pondo de lado a questão de saber se o aludido Ato Complementar podia legitimamente impor aos municípios, ao tempo em que foi editado, a limitação tributária, a que se refere, entende que, na melhor hipótese, essa limitação terá perdido eficácia com o começo de vigência da Constituição de 1967, que em nenhum dispositivo a previu ou autorizou. Não encontraria apoio essa limitação, como vem alegado, nos art. 19, § 1º, e 20, § 2º, da mencionada Constituição; não no art. 19, 1º, porque aí somente se autorizou lei complementar a regular as limitações constitucionais do poder de tributar, ou seja, a regular limitações previstas ou autorizadas pela própria Constituição, não se compreendendo nesse poder o de instituir limitação de que a Constituição não cogitou; não no art. 20, § 2º, porque, nesse preceito, somente se autoriza a União, mediante lei complementar, a conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais, competência a cuja esfera escapa o estabelecimento de limitações ao poder de tributar, por isso que estas, pela sua natureza, hão de ter feição de absoluta genericidade, ao passo que o caráter individual ou particularizado é inerente às isenções de impostos. "Só a Emenda nº 1, de 1969, ao dar nova redação à Constituição de 1967" — concluiu Sua Excelência, — "é que veio autorizar a lei complementar, no § 4º do art. 24, a fixar as alíquotas máximas do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza. Mas essa inovação constitucional não podia ter o efeito de ressuscitar o art. 9º do Ato Complementar nº 34, que, por incompatível com a Constituição de 1967, cessara de viger desde quando entrou esta em vigor".

2. Também não proponho a questão de saber se o Ato Complementar nº 34 podia legitimamente impor aos municípios a limitação de que cogita o seu art. 9º. Ainda que não compreendido no *bill* de incensurabilidade judiciária, estatuído pelo art. 173, I, da Constituição de 1967, escaparia ele à apreciação judicial por força do art. 181, III, da Emenda Constitucional nº 1.

Admito, também, que esse Ato Complementar era inconciliável com a Constituição de 1967, uma vez que esta não autorizava a imposição, por lei complementar, de alíquotas máximas quanto ao imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza. A minha indagação consiste, contudo, em saber se, diante dessa inconciliabilidade, foi esse Ato revogado pela citada Constituição. Se sim, não haverá falar-se na sua vigência; se não, esta será irrecusável. Pelo primeiro termo da alternativa se enuncia o preclaro Ministro Xavier de Albuquerque, quando afirma que a inovação constante da Emenda nº 1, art. 24, § 4º, pelo qual se autorizou lei complementar a fixar as alíquotas máximas do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza, não podia ter o efeito de ressuscitar o art. 9º do Ato Complementar nº 34, que, por incompatível com a Constituição de 1967, cessara de viger desde quando entrou esta em vigor. Logo, embora a expressão não tenha sido usada, concluiu Sua Excelência ter sido o Ato Complementar nº 34, quanto ao art. 9º, revogado pela Emenda Constitucional nº 1.

3. Não foi usado, na hipótese, o termo revogação, porque a opinião dominante, quer na doutrina, quer na jurisprudência,

é de que, havendo incompatibilidade entre o texto constitucional e lei preexistente, deve esta reputar-se revogada. Diante dessa orientação, seria de esperar-se, no entanto, que, perante situação dessa natureza — colisão entre norma constitucional e lei ordinária a ela anterior, — o conflito se resolvesse em favor, naturalmente, da norma constitucional, com o declarar-se inaplicável, por ter perdido a vigência, a lei incompatível com a Constituição, sem necessidade de se pronunciar, com a solenidade do estilo, a inconstitucionalidade da lei.

Não investigo, no momento, porque não imprescindível, na espécie, à solução da controvérsia, se incensurável a posição adotada no sentido de sujeitar a declaração de inconstitucionalidade lei preexistente à Constituição e com ela achada em antagonismo. Questão é esta que merece reexaminada, porém, fazê-lo agora implicaria distender, desnecessariamente, o campo do debate. Aceno, tão-somente, para a questão, porquanto os termos sob os quais esta pode apresentar-se provocam estridência, na qual cumpre atentar. A dissonância se acusa em face de observação de que só há falar-se em inconstitucionalidade acerca de lei em vigor ou que em vigor se encontrava quando se lhe verificou a incidência impugnada pela parte. O exercício do *judicial control* se efetua para apurar se a entrada do ato legislativo no mundo jurídico se operou validamente, isto é, com observância do processo estabelecido para a sua criação. Não se discute, porque isso se supõe, a vigência da lei, mas se esta é escorreita formal e materialmente. Em vigor a lei, mas eivada de vício quanto à sua validade, tem lugar o juízo acerca da sua inconstitucionalidade. Leva isso a que se perquira como se há de caracterizar a privação de eficácia a que se acham sujeitas leis preexistentes à Constituição, quando com esta incompatíveis.

4. Velha e exata é a observação — vem esta, se não me engano, de Brinz — de que a ordem jurídica dispõe, antes de tudo, a respeito de si mesma, ou seja, acerca do processo de sua própria criação. Com esse axioma jurídico, se assim pode ser qualificada dita asserção, se harmoniza a afirmativa de que de nenhum modo é evidente, como parece, a proposição de que a lei posterior revoga a anterior. "Merkl" — escreve Karl Engisch — "sustentou exatamente o ponto de vista contrário, isto é, de que, em princípio, a *lex prior* prefere à *lex posterior*, quando norma jurídica especial não autorize a alteração da lei anterior" (*Was z.B. den Satz lex posterior derogat legi priori anbelangt, so ist er keineswegs so selbsverständlich wie es scheint. Merkl hat den geradezu entgegensetzten Standpunkt vertreten, dass im Prinzip die lex prior den Vorrang habe vor der lex posterior, wenn nicht eine besondere Rechtsnorm die Abanderung der frühren lex gestatte*" (*Die Einheit der Rechstornung*, Heidelberg 1935, p. 47).

Em nota, ao pé da página, transcreve Engisch passagens, colhidas em "*Die Lehre von der Rechtskraft*" e *AOR*, onde *Merkl* desenvolve essa teoria. "A proposição" — sustenta esse pensador jurídico — "*lex posterior derogat priori*" *não é*, corretamente entendida, um princípio lógico, mas a expressão de uma norma jurídica que prevê alterações da ordem jurídica alterações cuja validade está condicionada por aquela norma ... "Não é exato dizer" acrescenta Merkl — "que o princípio *lex posterior derogat legi priori* possibilita a modificação das leis, uma vez que, muito ao contrário, é somente a possibilidade dessa modificação, estabelecida na ordem jurídica, que permite editar a norma acerca da *lex posterior*.

Resultado" — conclui Merkl — "o direito, a não ser nas condiçções por ele mesmo estabelecidas, é imodificável. (*"Der Satz "lex posterior derogat legi priori" ist richtig verstanden kein logisches Prinzip, sondern der Ausdruck eines Rechtssatzes, welcher Rechtssanderung vorsieht, und ist in seiner Geltung durch einen solcher Rechtssatz bedingt... Nicht richtig ist zu sagen, der Satz "l.p.d.l. pr." ermögliche die Abänderung der Gesetze, vielmer ist es umgekehrt die in der Rechtsordnung niedergelegte Abänderungsmöglichkeit, die erst den Satz von der lex posterior auszusprechen erlaubt*" (ob. e p. citadas). Apressa-se, no entanto, Karl Engisch a impugnar tal doutrina, já ao dizer que essa teoria sofreu merecida rejeição, já ao enunciar as razões dessa repulsa. "O direito — escreve ele — funda-se na vontade de quem, originariamente, se acha legitimado para estabelecê-lo, de modo que, por força de manifestação dessa vontade no sentido de alterá-lo, isto é, por via de *lex posterior*, esse resultado se produz" (Ob. cit., p. 48).

Por esse critério, o chamado cronológico, o da virtude revogatória da *lex posterior*, solucionam-se, não só por imposição teórica, mas, ainda, por ditado do próprio direito positivo, as antinomias ocorrentes entre proposições que compõem complexo de normas relativas a determinada ordem jurídica. Nenhuma dificuldade suscita a aplicação desse critério, quando as relações de natureza cronológica dizem respeito a normas do mesmo nível, a saber, de proposições jurídicas que provêm, sob o ponto de vista formal, da mesma fonte. Porque situadas, sob o ângulo hierárquico, no mesmo plano, nada mais natural que disposição regulamentar seja modificada por outra disposição regulamentar, que norma legal seja alterada por outra norma legal, que provisão constitucional ou complementar seja revista por outro preceito complementar ou constitucional. Nesses casos, postas face a face, em relação de conflito, regras jurídicas de cada uma dessas espécies normativas, a colisão se verifica entre prescrições jurídicas de igual eficácia, procedentes, em princípio, as anteriores, do mesmo órgão que estabeleceu as posteriores. Embora dotadas da mesma autoridade, uma vez que oriundas da mesma fonte, a teoria da posterioridade cronológica se aplica sem embaraço, mormente porque observado, comumente, para a revogação da *lex prior* pela *lex posterior*, o princípio do paralelismo das formas. Isso sem falar em que a ordem jurídica, via de regra, professa, dogmaticamente, esse princípio, até no que concerne às normas constitucionais. Quanto à Constituição do Império, formulou-lhe o nosso Pimenta Bueno voto de perpetuidade: *esto perpetua*, augurou-lhe o grande publicista. É possível que, no íntimo, igual seja, quanto ao monumento que lhes saí do engenho, nesse momento criativo, quase onipotente, o voto dos fazedores de Constituição. Isso não impede que, geralmente, as cartas políticas regulem a sua revisão, cuidando, de maneira minuciosa, do processo a que se condiciona a sua alteração. Reformada a Constituição com obediência ao cerimonial nela para isso estipulado, indisputável é, assim, a força revogatória da chamada emenda constitucional, como indiscutível se mostra essa mesma força revogatória relativamente a reforma que dessa cerimônia venha, inapelavelmente, a prescindir, porquanto, em ambos os casos, o conflito se estabelece, no fundo, entre normas provindas do mesmo poder, o poder constituinte, não importando que se trate, num caso, de poder constituinte derivado e, no outro, de poder constituinte originário. Se bem que não equiparáveis, de modo pontual, quanto à amplitude de sua autoridade, o poder constituinte origi

nário e o poder constituinte derivado, a tradição jurídica trata a antinomia entre normas de um e de outro como se essa decorresse de conflito entre normas do mesmo nível. A opinião comum é, assim, que, mesmo nesse caso, o critério a aplicar-se, para solucionar a incompatibilidade, é o cronológico, admitindo-se, sem discrepância, que a norma constitucional posterior, em qualquer caso, revoga a anterior.

5. O critério cronológico — como é denominado por Bobbio, — não é aplicável, todavia, quando a antinomia se configure, não entre norrmas do mesmo nível, mas entre normas de nível diferente. Neste caso, o critério para solucionar a antinomia entre preceitos jurídicos, ao invés de ser o da *lex posterior*, é, segundo ainda a denominação que lhe atribui Bobbio, adotando, nesse particular, nomenclatura encontradiça na doutrina germânica, o da *lex superior*, também dito critério hierárquico. "O critério hierárquico, dito também da *lex superior*" — discorre Bobbio, — "é aquele segundo o qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferior*. Não temos" — continua esse escritor — "dificuldade de compreender a razão deste critério, depois de termos visto, no capítulo precedente, que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes, isto é, são dispostas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências dessa hierarquia normativa é precisamente esta: as normas superiores podem ab-rogar as inferiores; as normas inferiores não podem ab-rogar as superiores. A inferioridade de uma norma a respeito de uma outra consiste na menor força do seu poder normativo; esta menor força se manifesta exatamente pela incapacidade de estabelecer uma regulamentação que se oponha à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior. Em nosso ordenamento jurídico" — sublinha ele — "o princípio da hierarquia entre normas é expresso sob várias formas. A superioridade das normas constitucionais sobre as ordinárias é estabelecida pelo art. 134 da Constituição; a das leis ordinárias sobre os regulamentos, pelo art. 4º das Disposições Preliminares (*Os regulamentos não podem conter normas contrárias às disposições das leis*); a das leis ordinárias sobre as sentenças dos juízes, pelo art. 360 do Código de Processo Civil, que estabelece os motivos de impugnação de uma sentença, entre os quais *a violação ou falsa aplicação de normas de direito*; enfim a superioridade das leis ordinárias sobre os atos da autonomia privada, pelo art. 1 343 do Código Civil, que considera como causa ilícita de um contrato o fato de que seja contrária *a normas imperativas* — *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, G. Giappichelli — Editore — Torino, p. 97-98.

A regra da preferência hierárquica ou da *lex superior* não se acha expressa, em todos os casos, em nosso direito positivo, decorrendo, antes, na maior parte, da própria estrutura gradualista, inerente à nossa, como às demais ordens jurídicas. Não é explícita, entre nós, mas nem por isso, menos enérgica, a regra, já tradicional no direito germânico, de que o direito federal suplanta o direito estadual, ainda hoje exarada na Constituição de Bonn, art. 31: *Bundesrecht bricht Landesrecht*. Vigora essa regra, no nosso direito, com igual imperiosidade, já pela estrutura hierárquica da ordem jurídica, já porque maior a autoridade da lei federal, dentro de sua esfera de competência, em face do princípio estabelecido, constitucionalmente, quanto à partilha dos poderes entre União e Estados.

6. A *quaestio iuris*, para mim relevante e que me levou a aprofundar o exame do problema, reside, no entanto, em que,

sendo irrecusável o valimento do princípio da *lex superior*, para solução de antinomia entre normas situadas em degraus diferentes, não se acha esclarecido, em termos inequívocos, qual a situação a que fica relegada a *lex inferior*, quando sobrepujada por *lex superior*. Responde-se, comumente, que a norma antinômica, de caráter inferior, é revogada pela superior, porém essa resposta, na falta de disposição expressa, em que se atribua virtude revogatória, em caso de conflito, à norma de maior eminência, funda-se em construção jurídica, na qual, em última análise, se dá por suposto que essa constitui a conseqüência natural da prevalência de uma proposição normativa sobre outra.

Essa não é, contudo, a única e só maneira pela qual uma norma paralisa ou suspende o efeito de outra, podendo a preferência reconhecida a uma proposição normativa exercer-se sobre outra, sem que esta, obstada em sua eficácia, sofra revogação. Ocorre esse fenômeno naquilo que entende com a relação entre lei e costume, nos casos em que este atua, inelutavelmente, por virtude própria e não *secundum* ou *praeter legem*, isto é, em razão de habilitação que a própria ordem jurídica lhe confere para nela validamente integrar-se como fonte, bem que subordinada, do direito objetivo. Enamorada das ficções, a ciência ou a teoria jurídica, que nisso, aliás, não se distingue da teoria ou da ciência relativa às demais províncias do saber, a teoria ou a ciência jurídica, repito, ao se ver compelida, em presença da suplantação da lei pelo costume, sem autorização expressa daquela, a explicar esse fenômeno, produzido pela realidade social, finge, tecnicamente finge, que a autoridade adquirida pelo costume, que a força pela qual, como fonte inorgânica, este se impõe à lei ou às fontes orgânicas do direito, lhe é conferida pela própria ordem jurídica. Sob esse ponto de vista, seria possível considerá-lo, ora em paridade com a lei, a esta se sobrepondo segundo o critério cronológico, ora com superioridade sobre as fontes orgânicas, a estas se impondo segundo o critério da *lex superior*. A história jurídica revela, todavia, que, por vezes, com energia irresistível, o costume prevalece sobre a lei, até quando esta, como expressão do monopólio do direito pelo Estado, nega, peremptória ou terminantemente, ao direito costumeiro autorização para criar norma jurídica, recusando-lhe qualquer autoridade, seja para revogar a lei, seja para suspender-lhe ou paralisar-lhe a eficácia.

Ao examinar, em luminoso trabalho, esse fato, social e jurídico, Ruy Cirne Lima nele vislumbra uma das formas do predomínio dos fatos sobre o direito. "O predomínio material do costume sobre a lei escrita" — doutrina e insigne jurisconsulto — "supõe, entretanto, o predomínio dos fatos sobre uma inteligência dos mesmos fatos, ou seja, sobre o modo por que a lei escrita os entende; e em tais termos, salva a primazia da lei escrita, é uma exigência permanente da vida social... "O predomínio material dos costumes sobre a lei escrita" — acentua, pouco adiante — "é, pois, uma concomitância da vida social, que nenhum despotismo, menos ainda o da própria lei, poderá eliminar". "Do predomínio material do costume sobre a lei escrita" — prossegue — "da superação da norma escrita pela norma consuetudinária, sem revogação, porém, daquela, são numerosos, na história do direito luso-brasileiro, os testemunhos legislativos" (*Preparação à Dogmática Jurídica*, Sulina, 2ª ed., p. 65-66).

Enquanto parte da doutrina, ao enfrentar o problema da *lex superior*, lhe designa a eficácia como fruto de precedência ou prioridade (Vorrang), sem afirmar que essa afasta a revogação, Ruy Cirne Lima expressamente assevera, não envolver, em

qualquer caso, suplantação da lei pelo costume, revogação daquela. A superação da norma escrita pela norma consuetudinária, sublinha Cirne Lima, se verifica sem revogação daquela.

É certo que a prevalência do costume sobre a lei, não obstante vedação legislativa, sobre quebrar o monopólio estatal da criação do direito, envolve insurreição ou, como já se denominou fenômeno análogo, rebelião dos fatos contra o direito. Que o costume, portanto, não revogue a lei, aceito o caráter monopolístico que esta se arroga, é algo que está na essência do sistema. Mas, de qualquer maneira, o fato de impedir o costume, malgrado o veto legislativo, a eficácia da lei, quando disponha para isso de predomínio material, mostra que, nas relações jurídicas de caráter normativo, não é somente pela revogação que a norma jurídica é privada de eficácia, podendo esta ser como que colocada entre parênteses ou perder a sua eficácia, enquanto durarem as circunstâncias que lhe paralisaram a operatividade. Se isso pode ocorrer no concernente às relações entre costume e lei, a saber, entre normas de fonte inorgânica e de fonte orgânica, poderá isso verificar-se, também, entre normas de hierarquia desigual, integrantes das fontes oficiais de edição do direito, não acarretando, pois, necessariamente, a *lex superior* a revogação da *lex inferior*.

Essa construção jurídica, a qual se opõe à doutrina da revogação, que decorre, também, não mais do que de construção jurídica, tem por si o princípio da conservação do direito, a que melhor atende, bem como o postulado do paralelismo das formas, segundo o qual uma prescrição jurídica somente se revoga por meio de outra prescrição jurídica criada de acordo com o mesmo rito ou processo.

Assim como se pode sustentar e como, na realidade, se sustenta que o regulamento cuja eficácia foi tolhida por se haver tornado incompatível, em virtude de alteração da lei que complementou, com disposições que nesta figuravam, retoma a sua eficácia em face de nova modificação legislativa, com a qual o regulamento se harmonize, assim também se pode dizer que o mesmo se passa no tocante à desarmonia registrável, em iguais condições, entre a Constituição e a lei complementar. Num como noutro caso, o antagonismo derivado da *lex superior* apenas paralisa ou suspende a eficácia da norma de menor hierarquia, sem, no entanto, revogá-la. De sorte que, vindo esta a harmonizar-se com a lei a que se acha subordinada, desaparecendo, em outras palavras, pela alteração desta última, a antinomia entre a norma inferior e a superior, aquela recupera a sua eficácia, visto haver desaparecido o obstáculo, que suspendera a incidência de suas normas.

A esse entendimento se filia Geraldo Ataliba, quando escreve: "O pensamento comum, de maneira geral acolheu a opinião desse ínclito mestre (refere-se ao Ministro Victor Nunes Leal), sustentando que a lei anterior à Constituição, e com esta incompatível, é por ela revogada. Concordamos em que não é o caso de nulidade por inconstitucionalidade, como o demonstra a lição de Victor Nunes. Não nos parece, entretanto, que *in casu* ocorra revogação. Entendemos que a lei válida que vem a se tornar incompatível com a nova Constituição, é meramente tornada ineficaz. O que a norma nova superior acarreta é a perda da eficácia da norma inferior e anterior. A nova ordem constitucional destitui de eficácia todas as normas com ela incompatíveis. A nova Constituição só revoga a Constituição anterior. As leis que vierem a ser editadas na conformidade da nova Constituição é que vão revogando as leis antigas, algumas das quais já ineficazes *ex ope* de sua incompatibilidade

com princípios, normas ou mesmo com o espírito do novo sistema constitucional. Esta convicção nos advém da consideração de que as normas jurídicas só revogam normas de igual natureza. Relativamente às normas inferiores, elas limitam-se a paralisar-lhes a eficácia. Esta concepção técnica é compartilhada pelo insuperável Ruy Cirne Lima, que a expressou recentemente em parecer publicado na *R.D.P.*, 10/269. Em conseqüência, professamos entender persistirem vigendo, embora sem eficácia, as leis anteriores à nova ordem constitucional, que com ela se tornaram incompatíveis. Serão revogadas por novas normas de igual natureza, quando oportunamente editadas. As leis que tratam de matéria de lei complementar, se seu conteúdo for incompatível com a nova Constituição, continuam em vigor, sem eficácia porém, e somente serão revogadas por lei complementar expedida de acordo com o art. 50 do texto constitucional" (*Lei Complementar na Constituição,* Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 54-55).

6. Por essas razões, embora entenda, com o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, que o Ato Complementar nº 34, art. 9º, se tornou incompatível com a Constituição de 1967, penso, no entanto, que o art. 9º desse Ato Complementar teve, em razão dessa incompatibilidade, a sua eficácia tão-somente paralisada, ou suspensa. Diante disso, cessado esse antagonismo com a ordem constitucional, em face do disposto na Emenda Constitucional nº 1, art. 24, § 4º, retomou aquele preceito a sua eficácia, incidindo ele, por conseguinte, desde 30 de outubro de 1969, sem qualquer restrição. Nessas condições, *data venia* da conclusão a que chegou, no seu douto voto, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, acompanho as conclusões do voto proferido pelo preclaro Ministro Cordeiro Guerra: conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 81 122 — SP — Rel., Ministro Cordeiro Guerra. Recte., Cetenco Engenharia S.A. (Advs., Oswaldo Rodrigues e Joaquim Jair Ximenes Aguiar). Recda., Prefeitura Municipal de Cubatão (Adv., Hugo Mósca).

Decisão: Pediu vista o Ministro Thompson Flores, após os votos dos Ministros Relator, Leitão de Abreu, Antonio Neder e Bilac Pinto, conhecendo e dando provimento, e do Ministro Xavier de Albuquerque, não conhecendo do recurso. Não tomaram parte os Ministros Cunha Peixoto e Moreira Alves.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Cunha Peixoto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, o Dr. Henrique Fonseca de Araújo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Thompson Flores: Em Sessão de 14.5.1975, assim relatou a controvérsia o eminente Ministro Cordeiro Guerra (leu).

2. S. Exª conheceu do recurso e lhe deu provimento, com o seguinte voto (leu).

3. Pediu vista o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, que em Sessão de 28 daquele mês dissentiu. Leio o voto de S. Exa. (leu).

4. Seguiu-se com vista o eminente Ministro Leitão de Abreu, o qual, em Sessão de 31 do próximo passado, proferiu longo voto, concluindo por acompanhar o eminente Relator. Dispenso-me de qualquer referência ao voto de S. Exª, pois estão todos dele lembrados.

5. Pedi, então, vista dos autos para examinar um só ponto que me pareceu decisivo, isto é, se o Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967, em seu art. 9º, ao estatuir tetos para as alíquotas do I.S.S., se compatibilizava ou não com a Carta de 1967, afirmada pelo eminente Relator, e negada pelo voto dissidente do eminente Ministro Xavier de Albuquerque. E, tendo examinado o tema, devolvo os autos para que prossiga o julgamento.

II. Conheço do recurso, negando-lhe, porém, provimento, *data venia* dos votos proferidos.

1. O conhecimento o justifico, porque o recurso também se arrima na letra *c* da permissão constitucional. É que, desde o ingresso em juízo, contestou a recorrente a validade da Lei Municipal nº 891/1971, diante do Ato Complementar nº 34/1976, aprovado que estaria pela Constituição, e, todavia, o aresto recorrido desprezou a argüição. E, como tenho como *razoável* a alegação, tanto mais que dois pelo menos dos votos proferidos estão acolhendo a argüição, nos termos da *Súmula nº 285*, cabe o conhecimento da irresignação.

2. Todavia, a meu ver, improcede ela.

Em princípio, quero deixar expresso que não tenho por aprovado o Ato Complementar nº 34, através do art. 173 e seus incisos, da Constituição de 1967.

É que, ao tempo da promulgação desta — 24 de janeiro de 1967 — ainda não adviera aquele, pois data de 30 daquele mês e ano. Não poderia a Carta Maior aprovar ato que, então, inexistia.

De outra parte, e aqui reside, a meu sentir, o ponto essencial da controvérsia, reconheço a ocorrência de incompatibilidade entre o art. 9º daquele Ato, e a Constituição de 1967, quando aquele fixou o limite máximo para a alíquota de I.S.S.

Com efeito, no que pertine à limitação das alíquotas, dispôs o art. 19, § 1º:

"§ 1º Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder tributário."

Penso que, estatuindo, como estatuiu, que lei complementar regulará as limitações constitucionais do poder tributário, não só fez com que dependesse de diploma futuro, mas, ainda, que cuidasse de limitações por ela previstas, por certo não compreendendo a fixação máxima de alíquotas, das quais não cogitou.

De outra parte, não vejo, *data venia*, que ofereça qualquer préstimo o § 2º do art. 20 da Carta de 1967, ao dispor:

"§ 2º A União, mediante lei complementar, atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais."

É que visou não limitação de alíquotas, mas proporcionar à União, através de lei complementar, e em circunstâncias especiais, a conceder isenções fora de sua área de tributação, o que até então não era reconhecido pelos tribunais.

Dessarte, se o referido § 2º não oferece préstimo à solução da controvérsia, nem outro preceito foi indicado ou sequer exista, fica ela circunscrita ao já transcrito § 1º do art. 19.

É ele incompatível com a limitação imposta pelo art. 9º do Ato Complementar nº 34/1967, como, de resto, também reconheceu, em seu erudito voto, o eminente Ministro Leitão de Abreu; resultou revogado ao entrar em vigor a Constituição de 1967, pouco importando que a promulgação desta tenha precedido à vigência daquele.

O certo é que com a posterior entrada em vigor da Carta Maior, face à inconciliabilidade reconhecida entre ambos,

passara esta a prevalecer, afastando do mundo jurídico o referido art. 9º.

E tinha, a meu ver, que ser assim, pois, se a lei posterior incompatível, revoga a anterior, nos termos do art. 2º, e seu § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, com mais forte razão quando a incompatibilidade se faz com a vigência também posterior de norma superior como a Constituição.

Demais, se dito preceito sucedesse em vigência a ela, Constituição, seria considerado inconstitucional, nulo desde o nascedouro, por ser com ela incompatível.

E, se dito art. 9º perdera existência jurídica, tornara-se ineficaz, como querem uns, ou se anulara, como preferem outros, só por outra lei, e agora complementar, poderia ser revigorado, como sempre se tem entendido.

A compatibilização, pois, do preceito em comentário, art. 9º, com a Constituição vigente, através de seu art. 24, § 4º, não poderia ter o condão de ressuscitá-lo, a menos que o fizesse expressamente, o que não tenho por verificado, ante seu art. 181 e incisos, os quais pressupõem disposições legais, então, válidas, o que não ocorria com a norma em cogitação.

III. Em conclusão, conheço do recurso pela letra *c* da permissão constitucional, negando-lhe, porém, provimento.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Sr. Presidente, sobre a matéria de conhecimento e atendendo à advertência do eminente Ministro Thompson Flores, que agradeço, retifico meu voto para conhecer do recurso e lhe negar provimento.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

O Sr. Ministro Bilac Pinto: Sr. Presidente, desejo retificar meu voto para acompanhar as considerações do eminente Ministro Thompson Flores, bem como as razões expendidas pelo eminente Ministro Xavier de Albuquerque.

Conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 81 122 — SP — Rel., Ministro Cordeiro Guerra. Recte., Cetenco Engenharia S.A. (Advs., Oswaldo Rodrigues e Joaquim Jair Ximenes Aguiar). Recda., Prefeitura Municipal de Cubatão (Adv., Hugo Mósca).

Decisão: Pediu vista o Ministro Rodrigues Alckmim, após os votos dos Ministros Relator, Leitão de Abreu e Antonio Neder, conhecendo e dando provimento, e dos Ministros Xavier de Albuquerque, Thompson Flores e Bilac Pinto, conhecendo e negando provimento ao recurso.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Cunha Peixoto. Procurador-Geral da República, o Doutor Henrique Fonseca de Araújo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim: O Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967, em seu art. 9º, estabeleceu a alíquota máxima de 2% para a cobrança do imposto municipal sobre serviços no tocante à execução de obras hidráulicas ou de construção civil. A Lei nº 891, de 25.10.1971, do Município de Cubatão, fixou tal alíquota em 30%. Alega-se que, com a Constituição de 1967, o Ato Complementar nº 34 não mais se manteve em vigor, no ponto. Logo, podia o Município elevar

a alíquota. E legítima é a fixação dela em 3%. Neste sentido votaram os eminentes Ministros Xavier de Albuquerque, Bilac Pinto e Thompson Flores que conhecem do recurso (alínea *c*) e lhe negam provimento.

O voto do eminente Relator, Ministro Cordeiro Guerra, tem que o art. 9º do Ato Complementar nº 34 não é incompatível com a Constituição Federal de 1967, que admitia a limitação de alíquotas de imposto por lei complementar. E foi aprovado pelo art. 181, III, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, continuando em vigor. Conhece do recurso e lhe dá provimento. À mesma conclusão chega o erudito voto do eminente Ministro Leitão de Abreu, tendo que a eficácia da norma, suspensa na vigência da Constituição Federal de 1967, está agora restabelecida, em face da Emenda Constitucional nº 1/1969, que autoriza lei complementar a fixar alíquota máxima do imposto sobre serviços de qualquer natureza.

Relembrada a espécie, passo a proferir voto.

A Constituição Federal de 1967 não se compatibiliza com a regra do art. 9º do Ato Complementar nº 34. Nem o texto que autoriza lei complementar concessiva de isenções (art. 20, § 2º); nem o que estabelece possa lei complementar regular as limitações constitucionais do poder tributário (art. 19, § 1º) encerravam a possibilidade de fixação de alíquota máxima, por parte da União. A disciplina do sistema tributário, na Constituição de 1967, permitia, pois, ao Município, fixar em 3% a alíquota.

Considero que a aprovação constitucional de atos de natureza legislativa não significa devam eles permanecer eficazes e vigentes, quando a própria Constituição adotou sistema com eles incompatível. Assim, se o texto de 1967 não outorgava competência à União para fixar alíquota máxima do imposto sobre serviços, a fixação anteriormente feita não podia permanecer porque contrariada pelo novo texto constitucional.

Propõe o eminente Ministro Leitão de Abreu, porém, tese outra, qual a de que as normas jurídicas somente revogam normas de igual natureza. Quanto a normas inferiores, elas se limitam a paralisar-lhes a eficácia. Assim, paralisada a eficácia do Ato Complementar nº 34 pela Constituição de 1967, e eficácia foi restabelecida pela Emenda Constitucional nº 1/1969. Peço vênia para ponderar que o critério de escola, embora douto, não deve ser decisivo. Tem-se considerado que ainda que de hierarquia superior, a norma legal posterior revoga a que lhe seja contrária — critério que, menos técnico possivelmente, encerra a incontestável vantagem de dispensar, quando da revogação de qualquer norma, a pesquisa afanosa de normas de menor hierarquia, de eficácia acaso restaurada. Tenho, assim, que o critério da Lei de Introdução ao Código Civil encerra princípios gerais, aplicáveis também quando norma posterior de maior hierarquia dispõe diferentemente de norma anterior, excluindo, salvo cláusula expressa, a repristinação.

E a revogação da lei anterior pela ulterior, ainda que esta seja de maior hierarquia, não é simples construção jurídica, mas se apóia em texto de direito positivo, que não restringe, a revogação, a leis de igual natureza.

Concluo, pois, que a outorga feita pela Emenda Constitucional nº 1/1969 dê competência, à União, para limitar a alíquota do imposto sobre serviços, por meio de lei complementar, não restaura o mandamento constante do Ato Complementar nº 34, que a Constituição Federal de 1967 eliminou.

Com a vênia devida aos votos dissidentes, acompanho o do eminente Ministro

Xavier de Albuquerque: conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Presidente): Também acompanho o voto do eminente Ministro Xavier de Albuquerque, com as considerações desenvolvidas pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin, conhecendo do recurso, mas lhe negando provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 81 122 —SP — Rel., Ministro Cordeiro Guerra. Recte., Cetenco Engenharia S.A. (Advs., Oswaldo Rodrigues e Joaquim Jair Ximenes Aguiar). Recda., Prefeitura Municipal de Cubatão (Adv., Hugo Mósca).

Decisão: Conhecido unanimemente, foi negado provimento ao recurso contra os votos dos Ministros Relator, Leitão de Abreu e Antonio Neder. Votou o Presidente. Não tomaram parte no julgamento os Ministros Cunha Peixoto e Moreira Alves.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Rodrigues Allckmim, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Cunha Peixoto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antonio Neder e Xavier de Albuquerque. Procurador-Geral da República, o Dr. Henrique Fonseca de Araújo.