Competência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.
Legislador negativo e legislador positivo.
Jurisprudência majoritária.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Agravo de Instrumento nº 136.736
Agravante: Mesbla da Amazônia Ltda.
Agravada: União Federal
Relator: Sr. Ministro CARLOS VELLOSO

Despacho do Relator

Despacho: — Vistos. O acórdão recorrido considerou legítima a isenção do Imposto sobre Operações de Câmbio instituída pelo art. 6º do Decreto-lei 2.434/88, nas operações de câmbio realizados para o pagamento de bens importados, com guias de importação ou documento assemelhado, emitidos após 1º de julho de 1988.

Daí o RE, inadmitido pela decisão do eminente Presidente do TRF-1ª Região.

Desde o primeiro momento em que me deparei com a questão constitucional aqui discutida, pareceu-me que a norma concessiva da isenção, inscrita no art. 6º do D.L. 2.434, de 1988, tratou desigualmente a iguais, dado que não há "correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação legal decidida em função dele." (Celso Antônio Bandeira de Mello, "O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", Malheiros Edit., 3ª edição, 1993, pág. 37). É que, como bem percebeu a ilustre Juíza Lúcia Figueiredo, na AMS 14.601, adotou-se, como fator de discrímen, um fato aleatório — a época da emissão das guias — alheio à hipótese de incidência do IOF/câmbio.

Por isso, dei provimento a diversos agravos, a fim de que pudesse o Supremo Tribunal Federal examinar e decidir a questão constitucional.

É verdade que, declarada a inconstitucionalidade do art. 6º do D.L. 2.434/88, a declaração não aproveitaria a ninguém: o resultado da declaração seria retirar do mundo jurídico a norma concessória da isenção. O que sustento, entretanto, e o fiz, mais de uma vez, no antigo T.F.R., é que poderia o Judiciário, afastada a norma Inconstitucional, estender a todos quantos estão em situação idêntica, a norma concessória da isenção. Na AMS nº 111.588-SP, sustentei, no antigo T.F.R., esse entendimento, com o apoio dos meus eminentes pares, de então. Destaco do voto que proferi:

"O que deve ser dito é o seguinte: o § 5º do art. 6º do Decreto-lei 1.381/74 será inconstitucional, se o intérprete entender de aplicá-lo somente aos incorporadores, em detrimento daqueles que se encontram em situação idêntica aos incorporadores. Porque, aplicado desta forma, citado dispositivo legal — § 5º do art. 6º — estaria tratando desigualmente a iguais, assim criando privilégio incompatível com o princípio da igualdade (CF, art. 153, § 1º). Pode o intérprete, todavia, para o fim de evitar a inconstitucionalidade, estendê-lo aos que, não sendo incorporadores, encontram-se na mesma situação destes. Com isto, o dispositivo legal não é inconstitucional. Estará assim o intérprete prestando obséquio ao princípio segundo o qual é seu dever procurar encontrar interpretação inteligente da lei, para o fim de

evitar a declaração de inconstitucionalidade desta. Tudo, na verdade, se resume numa questão de interpretação. A interpretação do Fisco, que a sentença prestigiou, afronta a Constituição. A interpretação que ora empretamos aos dispositivos legais retro indicados, pretende dar cumprimento à Constituição." (Rev. de Dir. Trib., 44/97).

Sei que há reação, nesta Corte, a esse entendimento, com base na concepção de que o Juiz, no controle de constitucionalidade, age como legislador negativo, não podendo, tendo em vista o princípio da separação de poderes, assumir funções de leigslador positivo. A Súmula 339, que sempre vi com reserva, é exemplo da reação de que falamos. A solução estaria, então, para os que encaram, com ortodoxia, a Súmula 339, a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial, na ação própria, com efeito praticamente ineficaz (C.F., art. 103, § 2º).

O certo é que a pretensão dos contribuintes, de lhes ser estendida a isenção, mediante a declaração de inconstitucionalidade da norma ilegítima, foi rejeitada por ambas as Turmas do Supremo Tribunal — na 2ª Turma apenas eu tenho ficado vencido — em numerosas decisões, o mesmo ocorrendo em diversas decisões singulares dos eminentes Ministros desta Corte (Ag. 142.400 (AgRg)-AM, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, "DJ" de 17.06.94; RREE 157.228-SP, Rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, "DJ" de 03.05.94 e 176.100-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, "DJ" de 14.06.94; Ag. 152.362 (AgRg)-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, "DJ" de 15.04.94; Ag 162.005-PR, Rel. Min. Paulo Brossard, "DJ" de 24.06.94, Ag 167.454/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, "DJ" de 21.06.94, Ag 150.741-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, "DJ" de 28.06.94, Ag 136.465-DF, Rel. Min. Sepulveda Pertence, "DJ" de 28.06.94; Ag 151.804 (AgRg)-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, "DJ" de 15.04.94; Ag 152.082-SP, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" de 28.06.94, Ag 161-964-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, "DJ" de 28.06.94, Ag 139.147-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, "DJ" de 17.06.94, *inter plures*).

O meu entendimento a respeito do tema, pois, é minoritário, na Corte. Não devo insistir em sustentá-lo, pelo menos por ora.

Do exposto, com ressalva do meu entendimento a respeito do tema, nego seguimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília, 04 de julho de 1994.

Ministro CARLOS VELLOSO — Relator