

INTRODUÇÃO

Inconstitucionalidade é o fenômeno que se configura quando são editadas normas infraconstitucionais em desconformidade com o Texto Constitucional (inconstitucionalidade por ação) ou quando deixam de ser editados atos legislativos ou administrativos indispensáveis para tornar plenamente aplicável uma norma constitucional de eficácia limitada (inconstitucionalidade por omissão).

Percebe-se, do exposto, que constitucionalidade/inconstitucionalidade, consoante leciona Jorge Miranda, “designam *conceitos de relação*: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base” (2009, p. 437) (destaque nosso).

No dizer de Marcelo Neves, a questão da inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos é um problema de relação *internormativa intra-sistemática*, isto é, de relação entre normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal (1988, p. 68-73).

O controle de constitucionalidade tem como um de seus objetivos realizar um juízo de conformidade entre determinado ato normativo e a Constituição, seja estadual ou federal, ou seu respectivo bloco de constitucionalidade.

Tal controle depende, no entanto, de provocação, muito porque o ordenamento jurídico entende pela presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, devendo os órgãos responsáveis pelo controle manter uma postura de extrema autocontenção (NEVES, 1988, p. 145), notadamente em respeito à vontade do legislador (MENDES, 1999, p. 232).

De se notar, ainda, que este juízo de conformação tem como espectro de análise o tempo em que a norma é editada (STF, ADI 2/DF). É dizer, portanto, que o controle de constitucionalidade utiliza dos parâmetros constitucionais vigentes à época da edição da norma (FERREIRA FILHO, 2003, p. 189).

Ocorre que o mundo dos fatos não é estático, de modo que outras normas, inclusive constitucionais, surgem no desiderato entre a edição de uma norma e o efetivo momento da análise em controle de constitucionalidade (MIRANDA, 1988, p. 296).

Tal cenário pode ensejar dupla perspectiva: um caminhar da norma em análise para a sua inconstitucionalidade (“inconstitucionalidade superveniente”) (MENDES e BRANCO, 2021, p. 2370) ou o contrário, o surgimento de parâmetros constitucionais posteriores à edição da norma em análise que poderiam, num plano hipotético, convalidar-lhe.

O presente trabalho tem por objeto de estudo a segunda situação descrita, denominada “constitucionalidade superveniente” (ou “constitucionalização superveniente”), que ocorreria no caso em que um ato normativo infraconstitucional, ao tempo de sua edição, mostrava-se incompatível com o Texto Constitucional então vigente, mas que se tornaria compatível devido à mudança da cláusula de parâmetro constitucional. A análise será feita tomando por base essencialmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

1. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

Há uma classificação que, levando em consideração o *momento de edição* do ato normativo infraconstitucional – relativamente à Constituição –, divide as inconstitucionalidades em “originária” e “superveniente”.

“Inconstitucionalidade originária” ocorreria quando a norma infraconstitucional é editada durante a vigência da Constituição, mas com esta apresenta-se incompatível desde sua origem.

“Inconstitucionalidade superveniente”, por outro lado, ocorreria no caso em que a norma infraconstitucional precede à Constituição, tornando-se com esta incompatível, seja na situação de fato ou na interpretação da norma alvo do controle (LAURENTIIS, 2017, p 218-219). Também ocorreria quando, por força de emenda à Constituição, a norma infraconstitucional editada durante a vigência da Constituição torna-se incompatível com o texto constitucional modificado.

O STF, contudo, não admite a figura da “inconstitucionalidade superveniente”, pois entende que o que se tem, em tal caso, é a *não recepção* (“revogação”), pela Constituição nova, das normas infraconstitucionais anteriores que sejam com ela incompatíveis (ADI 2/DF)¹. A incompatibilidade de norma infraconstitucional com emenda constitucional superveniente, segundo o STF, também se resolve no campo da revogação (ADI 3569/PE).

2. CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

¹ Ressalte-se, contudo, que o STF chegou a empregar a expressão “inconstitucionalidade superveniente” para descrever a situação da parte final da redação original do art. 186 do Código de Processo Penal, que assim dispunha: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, *o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*” (HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 30.10.2001, DJ 14.12.2001, p. 26) (destaque nosso).

A “constitucionalidade superveniente” (ou “constitucionalização superveniente”) é o fenômeno inverso ao da “inconstitucionalidade superveniente” e, assim, ocorreria no caso em que um ato normativo infraconstitucional teria nascido inválido (por afrontar a Constituição então vigente), mas seria posteriormente “convalidado” pelo advento de novo paradigma de confronto (nova Constituição ou nova redação de dispositivo constitucional).

2.1. O entendimento da doutrina

O vício da inconstitucionalidade, entretanto, macula o próprio plano de validade da norma, havendo posicionamentos doutrinários para ambas as hipóteses, de possibilidade de convalidação (CANOTILHO, 2001, p. 1338), ou não, desde obras mais antigas sobre o tema (FERREIRA FILHO, 2003, p. 190).

Sucedem que, quando se qualifica uma norma como constitucional ou inconstitucional, ela assim o é desde sua origem, de modo que o juízo acerca da validade constitucional supõe a declaração ou reconhecimento de uma situação preexistente (MENDES e BRANCO, 2021, p. 2364).

Em se tratando de constitucionalidade superveniente, escopo do presente estudo, seria a possibilidade de uma norma constitucional posterior, ou quiçá uma nova interpretação jurídica (mutação constitucional) (MORAIS, 2014, p. 243), convalidar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais anteriormente editadas.

De se notar, ainda, que tal hipótese de constitucionalidade superveniente enseja outra perspectiva, que não diz respeito ao juízo de convalidação (VELOSO, 1999, p. 258), mas sim a uma evidente mudança de parâmetros a serem utilizados no controle de constitucionalidade. Ou seja, a decisão atinente ao controle de determinada norma infraconstitucional pautar-se-ia não mais nas balizas da época de seu nascimento, mas do momento da efetiva decisão de controle.

Tal visão não é de todo modo rechaçada pela doutrina, já tendo alguns autores, embora minoritários, defendido que a situação de incompatibilidade entre uma norma inferior e um preceito constitucional superveniente também ensejaria uma afetação negativa ao plano de validade, caracterizando-se, assim, como vício de inconstitucionalidade, e não simples revogação.

Celso Ribeiro Bastos, de maneira mais explícita e relativo ao tema específico da constitucionalidade superveniente, defendia a ideia de sua possibilidade, ainda que timidamente frente aos reiterados precedentes do STF pela impossibilidade. Dizia o referido autor: “(...) a

única exigência para que o direito ordinário anterior sobreviva debaixo da nova Constituição é que não mantenha com ela nenhuma contrariedade, não importando que a mantivesse com a anterior, quer do ponto de vista material, quer formal (...)” (BASTOS, 1999, p. 73).

Apenas a título de diferenciação, quando se fala da inconstitucionalidade superveniente, entende-se que tal vício diz respeito à contradição para com as balizas materiais da Constituição, não tanto às regras formais de elaboração das normas infraconstitucionais.

A questão da constitucionalidade superveniente não é, ao revés, tão simples e, conforme exposto em tópicos próprios, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de historicamente não aceitar tal hipótese, aparentemente tergiversa, ao menos em alguns de seus traços.

Tal juízo de conformidade posterior põe o julgador diante de uma tarefa que vai além da mera interpretação jurídica de antinomias (BOBBIO, 1995, p. 81), já se tendo correntes doutrinárias que alertam para a importância da interpretação no controle de constitucionalidade frente a mutabilidade do cenário fático (MENDES e BRANCO, 2021, p. 2371).

Esta questão ganha relevo na medida em que é de premente necessidade compatibilizar o controle de constitucionalidade, que pressupõe uma Constituição rígida, com a dinamicidade do mundo dos fatos (CANOTILHO, 2001, p. 1338).

2.2. A evolução da jurisprudência do STF

Durante muito tempo o STF não admitiu o fenômeno da “constitucionalidade superveniente”, por entender que a inconstitucionalidade é *vício insanável* e, assim, a modificação do parâmetro constitucional não teria o condão de convalidar uma lei inconstitucional.

É o que se deu, por exemplo, com a Lei n. 9.718, de 27.11.1998, que, em seu art. 2º, dispunha que as contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, seriam calculadas com base no seu *faturamento*, o qual, nos termos do art. 3º do mesmo diploma legal, corresponderia à *receita bruta* da pessoa jurídica.

O § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1998, por sua vez, dispunha: “Entende-se por receita bruta a *totalidade das receitas* auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas” (destaque nosso).

Ante a redação original do inciso I do art. 195 da CF (que dispunha que a contribuição dos empregadores para a seguridade social incidiria “sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro”), a jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de tomar as expressões *receita bruta*

e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

Por conseguinte, reconheceu o STF a *inconstitucionalidade* do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

A Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, alterou a redação do inciso I do art. 195 da CF, tendo estabelecido que a contribuição para a seguridade social devida pelo empregador, pela empresa e pela entidade a ela equiparada na forma da lei passaria incidir sobre “a receita ou o faturamento”.

Ante a citada modificação, argumentou-se que o § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1998 teria se tornado compatível com a nova redação do Texto Constitucional.

O STF, contudo, entendeu que tal não seria possível, pois o legislador ordinário teria se antecipado à Emenda Constitucional n. 20/1998, sendo que somente após o advento desta é que passou a ser possível a incidência da contribuição sobre a receita ou o faturamento, não sendo possível a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal (RE 358273/RS).

Outro caso julgado pelo STF dizia respeito à constitucionalidade de leis municipais que instituíram a cobrança de alíquotas progressivas do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana – IPTU (art. 156, inciso I, CF).

A redação original do § 1º do art. 156 da CF previa, para o referido imposto, somente a denominada “progressividade extrafiscal”, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana e aplicada com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182 da CF.

No entanto, apesar disto, vários municípios editaram leis cobrando alíquotas progressivas de IPTU em razão do valor do imóvel (a chamada “progressividade fiscal”).

O STF reconheceu a inconstitucionalidade de tais alíquotas progressivas, por entender que, à época, a única hipótese constitucional de progressividade das alíquotas do IPTU era a destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana (RE 203115/SP).

Foi, então, promulgada a Emenda Constitucional n. 29, de 13.09.2000, que alterou a redação do § 1º do art. 156 da CF, tendo assim passado a dispor: “Sem prejuízo da

progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I - ser progressivo em razão do valor do imóvel”².

Por conseguinte, os diplomas legais instituidores de alíquotas progressivas de IPTU editados em data posterior ao advento da EC 29/00 são constitucionais (RE-AgR 758394/SP).

Entretanto, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional n. 29/2000, o STF continuou declarando a inconstitucionalidade das leis municipais que, anteriormente à referida emenda, instituíram a progressividade fiscal para o IPTU (RE-AgR 466400/RS).

Portanto, o STF concluiu não ter se operado a constitucionalização superveniente das referidas leis municipais, estando tal entendimento consolidado na Súmula 668 daquela Corte: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

Outro caso julgado pelo STF referia-se à Lei n. 9.783, de 28.01.1999, que instituíra contribuição previdenciária relativamente a *pensionistas e a servidores inativos* dos três poderes da União³. Semelhantes exações foram criadas pelos Estados-membros sobre seus servidores aposentados e seus pensionistas.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, introduziu no inciso II do art. 195 da CF, regra reveladora da não incidência (imunidade) de contribuição sobre aposentadoria e pensão, considerado o trabalhador.

Levando em conta a disposição do § 12 do art. 40 da CF – neste introduzido pela Emenda Constitucional n. 20/1998 –, que determina a aplicação aos servidores públicos, no que couber, do regime geral de previdência social, o STF, apreciando pedido de medida cautelar na ADI 2010/DF, manifestou-se no sentido de que a CF não admitia a instituição da contribuição de seguridade social sobre inativos e pensionistas, e que, por conseguinte, a Lei n. 9.783/1999 teria regulado, indevidamente, matéria não autorizada pelo Texto Constitucional (ADI-MC 2010/DF). Tal precedente passou a servir de paradigma para a declaração de inconstitucionalidade de contribuições equivalentes instituídas no âmbito estadual.

Consolidou-se no STF o entendimento de que a vedação constitucional à cobrança de contribuições previdenciárias sobre inativos e pensionistas deu-se somente a partir da Emenda

² No RE 586693/SP, com repercussão geral reconhecida, o STF ficou a seguinte Tese: “É constitucional a Emenda Constitucional n. 29, de 2000, no que estabeleceu a possibilidade de previsão legal de alíquotas progressivas para o IPTU de acordo com o valor do imóvel”.

³ Anteriormente à Lei n. 9.783/1999, a Medida Provisória n. 1.415, de 29.04.1996 (e suas reedições), havia modificado a redação do art. 231 da Lei n. 8.112, de 11.12.1990, para estender aos proventos dos servidores públicos inativos da União a incidência de contribuição para o custeio da previdência social.

Constitucional n. 20, de 15.12.1998. Assim, decidiu a Corte que seria constitucional a cobrança das citadas contribuições anteriormente ao advento da referida emenda, mas seria inconstitucional o desconto realizado no período posterior ao início de vigência da emenda em questão (RE-AgR 424837/TO).

Adveio, então, a Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003, que, dentre outras alterações na Constituição Federal, passou a prever expressamente a possibilidade de instituição de uma contribuição incidente sobre proventos e pensões de aposentados e pensionistas do serviço público (art. 40, *caput c/c* § 18).

O STF declarou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003, no que tange à instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e sobre as pensões dos servidores públicos (ADI 3105/DF), entendendo ser legítima a incidência da mencionada contribuição quanto ao período posterior à referida emenda (RE-AgR-ED-EDv 383406/MG).

Contudo, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional n. 41/2003, o STF continuou declarando a inconstitucionalidade das contribuições previdenciárias sobre proventos de aposentados e pensionistas fundadas em leis anteriores àquela Emenda Constitucional, que passou a permitir tal cobrança (RE-AgR 461639/RJ)⁴.

O STF, contudo, aparentemente passou a admitir o fenômeno da constitucionalidade superveniente ao julgar a ADI 2869, ajuizada contra lei do Estado do Rio de Janeiro, que, com fundamento no § 1º do art. 82 do ADCT (neste incluído pela Emenda Constitucional n. 31, de 14.12.2000), instituiu adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre os produtos e serviços supérfluos a ser destinado a um fundo estadual de combate à pobreza.

Os autores da ação alegavam, dentre outros fundamentos, que o § 1º do art. 82 do ADCT seria norma de *eficácia limitada*, pois o adicional nele previsto somente poderia ser criado *após lei federal* definir a lista de supérfluos, conforme previsto no art. 83 do ADCT.

Posteriormente ao ajuizamento da mencionada ADI, a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, em seu art. 4º, assim dispôs: “Art. 4º Os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, *naquilo em que estiverem em desacordo* com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (destaque nosso).

⁴ Tal matéria teve repercussão geral reconhecida no julgamento do AI 831223/MG, no qual, quanto ao mérito, foi reafirmada a jurisprudência dominante sobre a matéria (AI-RG 831223/MG).

O STF, em decisão monocrática do relator da ADI referida, fixou que “o art. 4º da Emenda Constitucional n. 42/2003 *validou* os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal, *ainda que estes estivessem em desacordo com o previsto na Emenda Constitucional n. 31/2000*. Sendo assim, se pairavam dúvidas acerca da constitucionalidade dos diplomas normativos ora adversados, estas foram expressamente enxotadas pelo mencionado art. 4º” (destaques nossos).

Após tal julgamento, ambas as Turmas do STF consolidaram entendimento no sentido de que o art. 4º da Emenda Constitucional n. 42/2003 teria *convalidado* os adicionais de ICMS referentes aos fundos de combate à pobreza instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mesmo quando em desacordo com o disciplinado na Emenda Constitucional n. 31/2000 (RE-AgR 508993/RJ; ARE-AgR 999890/RJ).

Outro caso no qual o STF acabou por admitir a possibilidade de constitucionalização superveniente de normas originariamente inconstitucionais foi o da criação de municípios em desacordo com as exigências estabelecidas pelo § 4º do art. 18 da CF, que, em sua redação original, assim dispunha: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por *lei estadual*, obedecidos os *requisitos previstos em Lei Complementar estadual*, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas” (destaques nossos).

A Emenda Constitucional n. 15, de 12.09.1996, deu nova redação ao referido enunciado, que assim passou a dispor: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por *lei estadual*, dentro do *período determinado por lei complementar federal*, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei” (destaque nossos).

Apesar da lei complementar federal a que alude o dispositivo constitucional não ter sido elaborada até o presente momento – o que impossibilitaria a atuação legislativa estadual –, diversos Municípios foram criados, caracterizando vício de inconstitucionalidade formal.

Examinando a questão, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se por declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses das leis estaduais submetidas a controle abstrato, como ocorreu nas ADI 2240/BA, 3316/MT, 3489/SC e 3689/PA.

A Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008, acrescentou, então, ao ADCT o art. 96, assim redigido: “Ficam *convalidados* os atos de criação, fusão, incorporação e

desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação” (destaque nosso).

Diante da referida alteração constitucional, entendeu o STF restarem prejudicadas as ADI ajuizadas em face de leis de criação de Municípios publicadas até 31.12.2006: “Com o advento da Emenda Constitucional n. 57/2008, foram convalidados os atos de criação de Municípios cuja lei tenha sido publicada até 31.12.2006, atendidos os requisitos na legislação do respectivo estado à época de sua criação” (ADI-AgR 2381/RS).

Como se vê, ao julgar a convalidação superveniente da criação de municípios, realizada pela Emenda Constitucional n. 57/2008, o STF tem entendido pela possibilidade de constitucionalização superveniente de normas originariamente inconstitucionais, exigindo para tanto, contudo, que a alteração constitucional traga expressa determinação nesse sentido – tal como fizeram as Emendas Constitucionais 42/2003 (relativamente ao adicional do ICMS destinado aos fundos estaduais de combate à pobreza) e 57/2008 (relativamente aos atos de criação de municípios).

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO SUPERVENIENTE POR NORMA INFRACONSTITUCIONAL?

Recentemente houve um caso sobre o qual ainda não há decisão do STF a respeito, mas que reacende o debate sobre o fenômeno da constitucionalidade superveniente.

Estamos nos referindo à situação da chamada “guerra fiscal” entre as unidades da Federação envolvendo a concessão de benefícios fiscais em matéria de ICMS⁵.

A Constituição Federal de 1988 exige que a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao mencionado imposto seja precedida de deliberação entre Estados e Distrito Federal, conforme regulamentação em lei complementar (art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g), que, atualmente, ainda é a Lei Complementar n. 24, de 07.01.1975, recepcionada pelo atual sistema constitucional, consoante já reconheceu o STF (ADI 1179/SP).

A celebração dos convênios interestaduais – enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas de competência tributária em matéria de ICMS – constitui pressuposto essencial à válida concessão, pelos

⁵ Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (art. 155, inciso II, CF).

Estados-membros ou Distrito Federal, de benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão, conforme reconhecido pelo STF (ADI-MC 1247/PA).

Ocorre que, não obstante a clareza de tal exigência constitucional, diversas unidades da Federação têm concedido benefícios fiscais de ICMS sem submeter previamente a questão à deliberação das demais, procedimento que tem ensejado disputas entre estas pela atração de maiores investimentos para suas regiões e que vem sendo denominado “guerra fiscal” (STF, ADI-MC 930/MA).

Considerando que a inobservância das disposições da Lei Complementar 24/1975 acarreta, cumulativamente, a nulidade do ato concessivo do benefício (art. 8º, inciso I) e, por consequência, a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente (art. 8º, inciso II), e com o intuito de tentar resolver o conflito de interesses entre as unidades da Federação, foi promulgada a Lei Complementar n. 160, de 07.08.2017, que estabeleceu:

Art. 1º Mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar sobre:
I - a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos *em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal* por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar;
(...) (destaque nosso)

Além de, relativamente ao passado, dispor sobre a remissão, a Lei Complementar 160/2017 dispôs também *para o futuro*, ao permitir que os Estados e o Distrito Federal celebrassem convênio autorizativo da “restituição das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais referidos no inciso I deste artigo que ainda se encontrem em vigor” (art. 1º, inciso II).

Como se vê, referido diploma legitimou a reinstituição de benefícios fiscais de ICMS que, anteriormente à sua promulgação, tenham sido instituídos por legislação estadual (ou distrital, no caso do DF) em desacordo com o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF.

Ao assim proceder, a Lei Complementar 160/2017 pretendeu, em verdade, *convalidar* as legislações estaduais concessivas de incentivos fiscais de ICMS que, por não serem precedidas de convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, são inconstitucionais.

O próprio STF parece reconhecer ser este o indisfarçável objetivo da referida legislação.

Com efeito, e por exemplo, na ADI 4832/AM, ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo em que se discute a validade de normas editadas pelo Estado do Amazonas que, segundo o autor da ação, teriam concedido incentivos fiscais de ICMS sem prévio convênio interestadual – e, assim, em violação do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal – a Relatora, Ministra Rosa Weber, proferiu despacho em 06.02.2019, do qual é extraído o seguinte trecho:

(...)

Em 7 de agosto de 2017, foi editada a Lei Complementar nº 160, que previu a possibilidade dos Estados e do Distrito Federal *convalidarem* incentivos fiscais concedidos em desacordo com o citado dispositivo constitucional. Assim, necessário seja esclarecido se isto ocorreu em relação aos incentivos em tese instituídos pelas normas impugnadas nesta ação.

Ante o exposto, intimem-se o requerente (...), os interessados (...) e os *amici curiae* admitidos (...) para manifestarem-se sobre a eventual *convalidação* dos incentivos fiscais objeto das normas impugnadas e, em tendo existido, seus reflexos sobre esta ação.

(...) (destaques nossos)

O mesmo entendimento consta do voto do Relator, Ministro Edson Fachin, na ADI 5929/DF, conforme se infere da leitura do seguinte trecho:

(...)

Considerando o caráter eminentemente nacional do ICMS, a Constituição Federal prevê um regime jurídico próprio para a prática de incentivos fiscais de ICMS; o que regulado nas Leis Complementares nº 24/1975, 87/1996 e, recentemente, nº 160/2017, que prevê procedimento de *convalidação* de incentivos concedidos à revelia do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

(...) (destaque nosso)

Registre-se, contudo, que a inobservância das regras fixadas pela Lei Complementar 24/1975 não configura mera situação de ilegalidade, mas de *inconstitucionalidade*, por afronta ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF, consoante já reconheceu o STF, dentre outras oportunidades, na ADI-MC 2376/RJ, assim ementada:

EMENTA: (...) 2. Ato governamental concessivo de desoneração de ICMS em operações internas sem que tenha sido objeto de convênio e que não levou em conta a Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, recebida pela Constituição Federal de 1988, *é o bastante para caracterizar por si só a sua inconstitucionalidade*. Precedentes (ADIMCs 2.736-PR, SYDNEY SANCHES, julgada em 15.02.2001, e 2.353-ES, SEPÚLVEDA PERTENCE, julgada em 19.12.00, *inter plures*). Medida cautelar deferida. (destaque nosso)⁶

⁶ No mesmo sentido foi decidido, dentre outros julgados, na ADI 1179/SP, que assim restou ementada: “EMENTA: (...) I. - Concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, por Estado-membro ao arripio da norma inscrita

Ora, se o incumprimento das disposições da Lei Complementar 24/1975 configura caso de *inconstitucionalidade*, não poderia ser objeto de convalidação por norma infraconstitucional – no caso analisado, pela Lei Complementar 160/2017 –, que, evidentemente, não possui autoridade de tornar válida outra norma igualmente infraconstitucional que tenha sido editada em desconformidade com o Texto Constitucional.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se, em síntese, que:

a) “constitucionalidade superveniente” (ou “constitucionalização superveniente”) é o fenômeno que ocorre no caso em que um ato normativo infraconstitucional, ao tempo de sua edição, figurava-se inválido, por afrontar a Constituição então vigente, mas é convalidado pelo advento de novo parâmetro de confronto (nova Constituição ou nova redação de dispositivo constitucional), com o qual se mostra compatível;

b) a jurisprudência do STF tradicionalmente vinha entendendo que a inconstitucionalidade, por sua gravidade, é um vício insanável e, assim, não costumava admitir o fenômeno da constitucionalidade superveniente;

c) levando em conta casos mais recentes julgados pelo STF – o do adicional do ICMS destinado aos fundos estaduais de combate à pobreza e os de diversos atos de criação irregular de municípios –, a jurisprudência da Corte está passando a admitir a possibilidade de constitucionalização superveniente de normas originariamente inconstitucionais, exigindo para tanto, contudo, que a alteração constitucional traga expressa determinação nesse sentido – tal como se deu relativamente às Emendas Constitucionais 42/2003 e 57/2008;

d) não se pode aceitar que norma inconstitucional tenha eficácia de convalidar outra norma igualmente infraconstitucional editada em desconformidade com o Texto Constitucional, tal como parece o STF admitir nos processos envolvendo a aplicação da Lei Complementar 160/2017, editada com o indissimulável propósito de legitimar legislações locais concessivas de benefícios fiscais de ICMS manifestamente inconstitucionais, assim considerados por afrontarem diretamente o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal.

no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, porque não observada a Lei Complementar 24/75, recebida pela CF/88, e sem a celebração de convênio: *inconstitucionalidade*. II. - Precedentes do STF. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (destaque nosso).

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Súmula 668. Aprovada na Sessão Plenária de 24.09.2003. **Diário da Justiça** de 09.10.2003, p. 4; **Diário da Justiça** de 10.10.2003, p. 4; **Diário da Justiça** de 13.10.2003, p. 4.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, j. em 06.02.1992, **Diário da Justiça** de 21.11.1997, p. 60585.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 358273/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 09.11.2005, **Diário da Justiça** de 15.08.2006, p. 25.

_____. *Habeas Corpus* (HC) 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 30.10.2001, **Diário da Justiça** de 14.12.2001, p. 26.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3569/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 02.04.2007, **Diário da Justiça** de 11.05.2007, p. 47.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 203115/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, j. em 28.11.1997, **Diário da Justiça** de 20.03.1998, p. 18.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 586693/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 25.05.2011, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 119 divulg. 21.06.2011 public. 22.06.2011.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR) 758394/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. em 20.08.2013, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 175 divulg. 05.09.2013 public. 06.09.2013.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR) 466400/RS, Rel. Min.

Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 27.09.2011, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 196 divulg. 11.10.2011 public. 13.10.2011.

_____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) 2010/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 30.09.1999, **Diário da Justiça** de 12.04.2002, p. 51.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR) 424837/TO, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. em 28.04.2015, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 096 divulg. 21.05.2015 public. 22.05.2015.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3105/DF, Rel. p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Pleno, j. em 18.08.2004, **Diário da Justiça** de 18.02.2005, p. 4.

_____. Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR-ED-EDv) 383406/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 12.04.2018, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 080 divulg. 24.04.2018 public. 25.04.2018.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR) 461639/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 18.10.2011, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 210 divulg. 03.11.2011 public. 04.11.2011.

_____. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento (AI-RG) 831223/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. em 16.06.2011, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 192 divulg. 05.10.2011 public. 06.10.2011.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2869/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, j. em 04.05.2004, **Diário da Justiça** de 13.05.2004, p. 4.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR) 508993/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. em 26.11.2013, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 114 divulg. 12.06.2014 public. 13.06.2014.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE-AgR) 999890/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. em 26.05.2017, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 130 divulg. 16.06.2017 public. 19.06.2017.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 09.05.2007, **Diário da Justiça** de 03.08.2007, p. 29.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3316/MT, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 09.05.2007, **Diário da Justiça** de 29.06.2007, p. 21.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3489/SC, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 09.05.2007, **Diário da Justiça** de 03.08.2007, p. 29.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3689/PA, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 10.05.2007, **Diário da Justiça** de 29.06.2007, p. 22.

_____. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-AgR) 2381/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 24.03.2011, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 068 divulg. 08.04.2011 public. 11.04.2011.

_____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) 1247/PA, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 17.08.1995, **Diário da Justiça** de 08.09.1995, p. 28354.

_____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) 930/MA, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 25.11.1993, **Diário da Justiça** de 31.10.1997, p. 55540.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1179/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 13.11.2002, **Diário da Justiça** de 19.12.2002, p. 69.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4832/AM, despacho da Rel. Ministra Rosa Weber em 06.02.2019, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 26 divulg. 08.02.2019 public. 11.02.2019.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5929/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. em 14.02.2020, **Diário da Justiça Eletrônico** n. 047 divulg. 05.03.2020 public. 06.03.2020.

_____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) 2376/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 15.03.2001, **Diário da Justiça** de 04.05.2001, p. 3.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1179/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 13.11.2002, **Diário da Justiça** de 19.12.2002, p. 69.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Inconstitucionalidade superveniente: usos, desusos e mutações. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 201-221, set./dez. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, t. 2.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempos de crise do Estado Social**. Coimbra: Coimbra Editora, tomo II, 2º v. 2014.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional da constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.