

Inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 na Parte em que alargou a Base de Cálculo da Cofins – uma Abordagem de Direito Intemporal

Sacha Calmon Navarro Coêlho

- Professor Titular de Direito Tributário da UFMG e Advogado.

Igor Mauler Santiago

- Professor de Direito Tributário da Faculdade Milton Campos e Advogado.

Eduardo Maneira

- Professor de Direito Tributário da UFMG e Advogado.

1. Resenha Legislativa da Cofins

Disponha o art. 195, I, da Carta de 1988, em sua redação original:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.” (destaque nosso)

Com apoio nesse dispositivo, foi instituída, pela Lei Complementar nº 70, de 30.12.1991, contribuição social sobre o faturamento, denominada Cofins, nos seguintes termos:

“Art. 1º. Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep, fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas, inclusive as a elas equiparadas

pela legislação do Imposto sobre a Renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de 2% (dois por cento) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.” (destaque nosso)

A Lei nº 9.718, de 27.11.98, a par de elevar a alíquota da Cofins de 2% para 3% e permitir a compensação de até um terço do valor efetivamente pago com a CSLL devida em cada período de apuração trimestral ou anual (art. 8º e §§, facultade depois revogada pela MP nº 1.858-10/99, com efeitos a partir de janeiro de 2000), pretendeu ainda alargar a base de cálculo da contribuição, equiparando a expressão *faturamento*, constante da norma constitucional autorizativa, a *receita bruta*, de abrangência muito maior.

Confira-se:

“Art. 2º. As contribuições para o PIS / Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º. 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.”

O dispositivo entraria a vigor em 01.02.99 (Lei nº 9.718/98, art. 17, I).

Numa tentativa de convalidação *a posteriori* da equiparação, editou o Congresso Nacional a Emenda Constitucional nº 20, de 16.12.98, que conferiu ao art. 195 da Carta Magna a seguinte redação:

“Art. 195...

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

(...)
b) a receita ou o faturamento.”

2. Inconstitucionalidade do Art. 3º da Lei nº 9.718/98

2.1. Conceito constitucional de faturamento

O art. 3º da Lei nº 9.718/98, que altera a base de cálculo da Cofins, padece de inconstitucionalidade formal originária.

Isso porque o art. 195, I, da Constituição autorizava a instituição, por lei ordinária, de contribuição sobre o faturamento, e não sobre todas as receitas da pessoa jurídica. Para ir além da expressa previsão constitucional, deveria o legislador atender ao ditame do § 4º do mesmo dispositivo, que, combinado com o art. 154, I, da Constituição, exige lei complementar para o exercício da competência tributária residual da União. Não o tendo feito, editou lei inconstitucional, que a doutrina clássica e a jurisprudência do STF, mais do que simplesmente inválida, têm por inexistente.

E assim é porque o termo *faturamento*, utilizado na redação original do art. 195, I, da Constituição, tem acepção jurídica precisa, como declarado pelo STF tanto no julgamento do RE 150.764, que declarou inconstitucional o art. 9º da Lei nº 7.689/88 (que tratava do Finsocial), quanto no julgamento da ADC nº 1-1/DF, que declarou constitucional a instituição da Cofins pela Lei Complementar nº 70/91. Em ambas as oportunidades, esclareceu o STF que o termo designa *o produto de todas as vendas de mercadorias*

ou serviços realizadas pelo contribuinte, e não apenas o resultado de suas vendas a prazo (sujeitas à emissão de fatura).

A exegese, se dá maior elastério à expressão, de todo modo limita-a à receita auferida com as vendas de mercadorias ou serviços, deixando claro que o termo não é amplo o suficiente para confundir-se com a receita bruta da pessoa jurídica (integrada ainda por receitas financeiras, receitas decorrentes da venda de bens do ativo, indenizações, ressarcimentos de despesas, etc.).

Nessa linha, o seguinte trecho do voto do Min. Moreira Alves, na ADC nº 1/1:

Note-se que a Lei Complementar nº 70/91, ao considerar o faturamento como 'a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza' nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como assinalou o eminente Ministro Ilmar Galvão, no voto que proferiu nº 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços 'coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como *produto de todas as vendas*, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis A prazo (art. 1º da Lei nº 187/36)'.” (*in Revista Dialética de Direito Tributário* nº 1, p. 95, destaque nosso)

Do mesmo modo, assim se pronunciou o Min. Ilmar Galvão:

“Por fim, assinale-se a ausência de incongruência do excogitado art. 2º da LC 70/91, com o disposto no art. 195, I, da CF/88, ao definir 'faturamento' como 'receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.'

De efeito, o conceito de 'receita bruta' não discrepa do 'faturamento', na acepção que este termo é utilizado para efeitos fiscais, seja, *o que corresponde ao produto de todas as vendas*, não havendo qualquer razão para que lhe seja restringida a compreensão, estreitando-o nos limites do significado que o termo possui em direito comercial, seja, aquele que abrange tão-somente as vendas a prazo (art. 1º da Lei nº

187/36), em que a emissão de uma 'fatura' constitui formalidade indispensável ao saque da correspondente duplicata.

Entendimento nesse sentido, aliás, ficou assentado pelo STF, no julgamento do RE 150.755." (in *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 1, pp. 99/100, destaque nosso)

É nesse sentido que deve ser entendida a ementa do julgamento em que o STJ definiu, por outros motivos (seu suposto enquadramento no conceito de mercadorias), a incidência da Cofins sobre imóveis. Confira-se:

"Tributário. Cofins. Incidência. Comercialização de imóveis.

Artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

A Lei nº 9.718, de 27.11.98 - a dispor que o faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica -, foi recepcionada pela atual redação do art. 195, inciso I, da constituição Federal.

A Lei nº 9.718/98 'estendeu o conceito constitucional de faturamento em relação a todas as pessoas jurídicas de direito privado.' (cf. Vittorio Cassone, 'Cofins - Lei n. 9.718 - Validade e Alcance', in *Repertório de Jurisprudência IOB*, Tributário, Constitucional e Administrativo, n. 8/99, 1/13.411).

O Excelso Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, no que se refere às empresas vendedoras de mercadorias e/ou prestadoras de serviços, quanto ao campo de incidência da Cofins ou do extinto Finsocial, equiparou faturamento à receita bruta, o que desautoriza a conclusão de que faturamento havia sido empregado em sentido restrito.

O imóvel é um bem suscetível de transação comercial, pelo que se insere no conceito de mercadoria.

Não se sustém, *data vênia*, nos dias que correm a interpretação literal do disposto no art. 191 do Código Comercial e do artigo 19, § 1º, do Regulamento n. 737. Em épocas de antanho, os imóveis não constituía objeto de ato de comércio. Atualmente, tal não se dá, por força das Leis nº 4.068/62 e 4.591/64.

Embargos de Divergência rejeitados. Decisão por maioria." (Embargos de Divergência em Resp. nº 156.384/RS, Rel. Min. Franciulli Netto)

No que diz respeito à suposta *recepção* do art. 3º da Lei nº 9.718/98, vale notar que, padecendo o dispositivo de

inconstitucionalidade formal originária, como se demonstrará no item 2.2 infra, não há que se cogitar do fenômeno. Nesse sentido, o voto do Min. Ilmar Galvão nos autos do RE nº 191.044-5, em que se discutia a contribuição para o IBC:

"Por isso mesmo, a Carta de 1988 não encontrou tributo suscetível de ser por ela recebido, na forma prevista no art. 34, §5º, do ADCT. Pelo motivo já apontado de que o DL nº 2.295/86 se revelara, desde a sua edição, incompatível com a EC 01/69 e, por conseguinte, sem qualquer validade." (DJ 31.10.97)

É verdade que não existe inconstitucionalidade formal superveniente. Não quer isso dizer, todavia, que o novo texto constitucional (quer se trate de nova Constituição, quer seja resultado de emenda) convalidaria a inconstitucionalidade formal ordinária. Não convalida.

Por outro lado, dizer que o STF tem equiparado *faturamento a receita bruta*, como faz a ementa, equivale a afirmar que a Suprema Corte não o restringe à receita das vendas a prazo, sujeita à emissão de fatura comercial, estendendo-o ao produto de todas as vendas de mercadorias e serviços (mas nunca a receitas de outras origens). Para comprovar tal assertiva, basta conferir o seguinte trecho do voto do Relator, Min. Franciulli Netto:

"Não há dar guarida ao entendimento de que, anteriormente à inovação, havia o legislador constituinte atribuído conceito restrito a expressão faturamento para nela abarcar apenas as vendas realizadas por meio de faturas.

Em primeiro lugar porque, em verdade, a Lei nº 9.718/98 'estendeu o conceito constitucional de faturamento em relação a todas as pessoas jurídicas de direito privado.' (cf. Vittorio Cassone, 'Cofins - Lei n. 9.718 - Validade e Alcance', in *Repertório de Jurisprudência IOB*, Tributário, Constitucional e administrativo, nº 8/99, 1/13.411).

Em segundo, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, no que se refere às empresas vendedoras de mercadorias e/ou prestadoras de serviços, quanto ao campo de incidência da Cofins ou do extinto Finsocial, equiparou faturamento à receita bruta, o que desautoriza a conclusão que leva à interpretação de que faturamento havia sido empregado em sentido restrito (cf. Oswaldo Othon de pontes Saraiva Filho, *in* Cofins: Empresas Imobiliárias e Afins, *in* *Repertório de Jurisprudência IOB*, Tributário, Constitucional e Administrativo, nº 22/95, 1/9.270; RE n. 150.764 – PE, Relator Min. Ilmar Galvão, *in* RTJ 147/1.039; Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1-DF, *in* DOU de 16.06.95 e RE nº 150.755-PE, Relator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, *in* RTJ 149/274-275).

Mais a mais, a fatura, da qual se destaca a duplicata, é peça típica da comercialização de coisas móveis, cuja propriedade se transfere com a simples tradição. Não há cogitar propriamente de fatura para venda de imóveis, uma vez que tal negócio jurídico depende de instrumento contratual próprio suscetível de ser matriculado no Serviço de Registro de Imóveis.

Vale a pena transcrever o seguinte trecho do artigo de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, já acima noticiado:

‘Impende enfatizar que a nossa Corte Constitucional, por azo do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1-DF (DOU de 16.06.95), declarou total harmonia entre o preceito do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 com a norma do art. 195, I, da Constituição Federal de 1988, afastando a objeção decorrente do artigo 110 do Código Tributário Nacional. Transcrevo trecho do voto abalizado Ministro Ilmar Galvão sobre a matéria:

‘Por fim, assinale-se que ausência de incongruência do exigitado art. 2º da LC 70/91, com o disposto no art. 195, I, da CF/88, ao definir faturamento como a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

De efeito, o conceito de receita bruta não discrepa do faturamento, na acepção que este termo é utilizado para efeitos fiscais, seja, o que corresponde ao produto de todas as vendas, não havendo qualquer razão para que lhe seja restringida a compreensão, estreitando-o nos limites do significado que o termo possui em direito comercial, seja, aquele que abrange tão-somente as vendas a prazo (art. 1º da lei n. 187/36), em que a emissão e uma fatura constitui formalidade indispensável ao saque da correspondente duplicata.

Entendimento nesse sentido, aliás, ficou assentado pelo STF, no julgamento do RE 150.755.”

Solidificou-se, então, o entendimento jurisprudencial de que o termo *faturamento* alcança tanto as vendas a prazo quanto as vendas à vista, mas nunca a totalidade das receitas.

Dessa maneira, uma interpretação adequada do texto constitucional, complementado pelo art. 110 do CTN, leva à conclusão de que não se permite o alargamento da base de cálculo da Cofins, de *faturamento* para *receita bruta*, por meio de mera lei ordinária que proceda à equiparação entre as expressões.

Sobre o tema, manifestou-se o STF, no julgamento do RE 166.772-9/RS, que tratava da contribuição previdenciária sobre folha de salários, cuja base foi indevidamente alargada por lei ordinária, para abarcar todos os pagamentos feitos pela pessoa jurídica. É conferir a ementa do julgado:

“Interpretação – Carga construtiva – Extensão. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional.

O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe ‘inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que conviria fosse por ela perseguida’ – Celso Antônio Bandeira de Mello – em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele.

Constituição – Alcance político – sentido dos vocábulos – Interpretação. O conteúdo político de uma constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito.

Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos as expressões e os vocábulos que as revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos, quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.

Seguridade social – Disciplina – Espécies – Constituições Federais –

distinção. Sob a égide das Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, bem como da Emenda Constitucional nº 1/69, teve-se a previsão geral do triplice custeio, ficando aberto campo propício a que, por norma ordinária, ocorresse a regência das contribuições. A Carta da República de 1988 inovou. *Em preceitos exaustivos – incisos I, II e II do artigo 195 – impôs contribuições dispondo que a lei poderia criar novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecida a regra do artigo 154, inciso I, nela inserta (§ 4º do artigo 195 em comento).*

Contribuição social – Tomador de serviços – Pagamentos a administradores e autônomos – Regência. A relação jurídica mantida com administradores e autônomos não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador dos serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorra via folha de salários.

Afastado o enquadramento no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, exsurge a desvalia constitucional da norma ordinária disciplinadora da matéria. A referência contida no § 4º do artigo 195 da Constituição Federal ao inciso I do artigo 154 nela insculpido, impõe a observância de veículo próprio – a lei complementar. Inconstitucionalidade do inciso I do artigo 3º da Lei nº 7.787/89, no que abrangido o que pago a administradores e autônomos. Declaração de inconstitucionalidade limitada pela controvérsia dos autos, no que não envolvidos pagamentos a avulsos.” (Pleno, RE nº 166.772-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, in *DJ* de 16.12.94, p. 34.896, destaque nosso)

2.2. Impossibilidade de convalidação retroativa do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pela Emenda Constitucional nº 20/98

Admitir tal convalidação seria o mesmo que atribuir efeitos retroativos à emenda constitucional, o que é vedado em nosso direito. Está assente na jurisprudência do STF que a Constituição nova e a emenda constitucional se aplicam de forma imediata, mas não retroativa. Nesse sentido, o seguinte julgado do STF:

“Impossível é confundir-se a aplicação imediata com a retroativa, a ponto de comprometer a almejada segurança jurídica, o que aconteceria caso viesse a ser admitido verdadeiro ‘ressuscitamento’ de demanda fulminada por prescrição. (RTJ, 143:1009).” (cit. por Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 84)

O princípio da irretroatividade das leis (tal o princípio da anterioridade das leis tributárias, assim já reconhecido pelo STF ao apreciar a EC nº 03/93), é direito fundamental do cidadão, ostentando o *status* de clausura pétrea, a obrigar mesmo o constituinte derivado. É o que leciona Luís Roberto Barroso:

“É bem de ver que a regra do art. 5º, XXXVI, se dirige, primariamente, ao legislador, e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. Seu alcance atinge, também, o constituinte derivado, haja vista que a não-retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual, e, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV. *Disto resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

O princípio da não-retroatividade, todavia, não condiciona o exercício do poder constituinte originário. A Constituição é o ato inaugural do Estado, primeira expressão do Direito na ordem cronológica, pelo que não deve reverência à ordem jurídica anterior, que não lhe pode impor regras ou limites. Doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que ‘não há direito adquirido contra a Constituição’.

Não obstante isto, mesmo na interpretação da vontade constitucional originária, a irretroatividade há de ser a regra, e a retroatividade, a exceção.

Sempre que for possível, incumbe ao exegeta aplicar o Direito positivo, de qualquer nível, sem afetar situações jurídicas já definitivamente constituídas. *E mais: não há retroatividade tácita. Um preceito constitucional pode retroagir, mas deverá haver texto expresse neste sentido.* Na Constituição brasileira de 1988 há exemplos de retroatividade expressa, como o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com base nele, aliás, entendeu-se não ser oponível sequer a preexistência de coisa julgada, impondo-se a redução dos vencimentos do servidor aos limites

constitucionais." (in José Janguê Diniz, org., *Direito Constitucional*. Brasília, Consulex, 1998, pp. 96-97)

Afastando a convalidação retroativa de norma infraconstitucional por emenda constitucional posterior, já decidiu o STF:

"Constitucional. Inconstitucionalidade do Provimento nº 05/99 do Corregedor-Geral do Tribunal Superior do Trabalho.

O ato administrativo antecipou-se à edição da Emenda nº 24/99. Extinguia os efeitos jurídicos de todos os atos de nomeação, posse ou exercício de juiz classista de 1ª instância. A retroatividade, nesta hipótese, é incompatível com o sistema jurídico brasileiro, que arrola como invioláveis o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada ante a norma posterior.

Afronta ao art. 5º, XXXVI.

Liminar deferida." (STF, Pleno, ADIn-MC nº 2.201/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, unânime, in *DJ* de 13.10.2000, p. 9)

Na mesma linha, vedando a ratificação *a posteriori* de norma inferior por diploma que deveria existir ao tempo de sua elaboração, o seguinte julgado da Suprema Corte:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida liminar: Decreto 1.719/95. Telecomunicações: concessão ou permissão para a exploração. Decreto autônomo: possibilidade de controle concentrado. Ofensa ao artigo 84-IV da CF/88. Liminar deferida.

A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº 8, de 1995 – que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF – é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. *A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto.* Pela ótica da maioria, concorre, por igual, o requisito do perigo na demora.

Medida liminar deferida." (STF, Pleno, ADIn-MC nº 1.435/DF, Rel. Min. Francisco Rezek, in *DJ* de 06.08.99, p. 5)

E nem se diga que *in casu* não teria havido retroatividade da Emenda Constitucional nº 20/98, eis que a sua entrada em vigor (aos 16.12.98) precedeu a do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (em 01.02.99), e que a retroação se aferiria com base nas datas de início de vigência das normas, e não nas datas de sua publicação.

Tal raciocínio vem seduzindo alguns julgadores, como se verifica no seguinte aresto da 4ª Turma do TRF da 2ª Região:

"Constitucional. Tributário. Civil. Agravo de instrumento. Alterações na base de cálculo da Cofins e PIS introduzidas pela Lei 9.718/98.

A Suprema Corte já afirmou entendimento considerando faturamento a renda bruta das vendas, correspondendo à totalidade da receita bruta da empresa.

Não se vislumbra qualquer mácula no tocante a alteração na base de cálculo do PIS e da Cofins, visto que a Lei nº 9.718/98 dispôs expressamente que somente produziria seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999, momento que a Emenda Constitucional nº 20/98, já se encontrava em vigor.

Agravo provido." (TRF da 2ª Região, 4ª Turma, Agravo de Instrumento nº 1999.02.01.034314-6/ES, Rel. para o acórdão Des. Fed. Fernando Marques, j. em 09.08.2000)

Todavia, o seu equívoco é manifesto. Deveras, já decidiu o STF que *"o vício de inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração"*.

Confira-se:

"Constituição – Lei anterior que a contrarie – Revogação – Inconstitucionalidade superveniente – Impossibilidade.

A lei ou é constitucional ou não é lei.

Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado.

O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido." (Pleno, ADIn nº 2/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, in DJ de 21.11.97, p. 60.585)

Seguindo a concepção Kelseniana, equipara o STF os atributos de validade e existência da lei, afirmando que a lei inválida (inconstitucional) é lei que não existe (como tal, evidentemente).

Esse também é o entendimento majoritário da doutrina constitucional clássica brasileira. Como testemunha José Afonso da Silva:

"Buzaid acha que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. Ruy Barbosa, calcado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, também dissera que toda medida, legislativa ou executiva, que despreze preceitos constitucionais é, de sua essência, nula. Francisco Campos sustenta que um ato ou uma lei contrário à constituição é inexistente." (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 55-56)

Dentre os juristas atuais, é ver Celso Ribeiro Bastos:

"Encarada sob o ângulo dos princípios informativos da criação das normas de direito, só podemos afirmar a existência de leis constitucionais. Isto porque, ou ela foi produzida em conformidade com a Constituição, que é quem diz o que é direito em um determinado sistema, ou ela foi gerada em dissonância com o prescrito pela norma constitucional e neste caso não pode pretender ser lei. A afirmação, segundo sempre do ponto de

vista da técnica jurídica, da possibilidade de existência de leis inconstitucionais é contraditória. Ao mesmo tempo em que se admite que só adquire a condição de lei o que for elaborado em conformidade com a norma constitucional, por outro lado, admite-se que algo, embora padecendo do vício gravíssimo de inconstitucionalidade, em razão da infringência do Texto maior, ainda assim, contudo, esse algo existe. Com vistas unicamente à teoria da criação do direito, ou a lei é constitucional para que possa existir, ou em caso contrário não se reveste nem mesmo da condição de lei, sendo dispiciendo o afirmar-se se é constitucional ou não. Pelo simples fato de ser lei, infere-se que se trata de lei constitucional, a única existente. *Em resumo: em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente.*" (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 47)

Ao lado da existência (de fato – publicação – e de direito – validade), reconhece-se à norma o atributo da vigência, que sucede lógica e (muitas vezes) cronologicamente ao primeiro. Só pode ter vigência a lei existente (no duplo sentido acima referido), não a adquirindo a lei contrária à Constituição.

Daí o equívoco dos que afirmam que a EC nº 20/98 teria convalidado a Lei nº 9.718/98, por ter entrado em vigor antes dela. O diploma legal, ofendendo a redação constitucional que vigorava quando de sua publicação, é lei inexistente, que jamais entra em vigor.

A inconstitucionalidade há de ser apurada "em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração" e jamais se remedeia.

Admitir tal convalidamento é transformar a demanda de inconstitucionalidade, de uma questão de lógica jurídica, numa questão de simples agilidade física, verdadeira corrida entre o Congresso Nacional (na condição de constituinte derivado), de um

lado, e os titulares da ADIn e o STF, de outro.

Deveras, como leciona Gilmar Ferreira Mendes, a lei pode ser objeto de ação direta ainda no período de sua *vacatio*:

"Promulgação, Publicação e Vigência.

O controle abstrato pressupõe a existência formal da lei ou do ato normativo. A vigência da lei não parece constituir requisito de admissibilidade, afigurando-se suficiente a promulgação e publicação definitiva." (*Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 264)

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes:

"No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, *já editados*, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna." (*Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 560)

Assim – tratando-se de lei em *vacatio* que ofende a redação atual da Constituição – se a ação direta é proposta e provida antes da entrada em vigor da emenda constitucional *reparadora* (o que é virtualmente impossível em caso de lei sobre contribuição previdenciária, que atende a espera de apenas noventa dias, prazo curto demais para o processamento da ADIn, mas perfeitamente praticável para lei sujeita à anterioridade anual), a inconstitucionalidade ficará configurada.

Por outro lado, se a ADIn não for proposta (e decidida) até o início da vigência da emenda constitucional *salvadora*, a inconstitucionalidade – que existiu e poderia mesmo ter sido declarada, como acima demonstrado – desaparecerá do

mundo jurídico, contrariando o axioma segundo o qual:

"O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, *pois os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso do tempo.*" (STF, ADIn-MC nº 1.247-9-PA, Rel. Min. Celso de Mello, *in DJ* de 08.09.95, p. 28.354 – na mesma linha, a Súmula nº 360 do STF; cit. por Alexandre de Moraes, *op. cit.*, p. 592)

3. Conclusão

Face ao exposto, com espeque na jurisprudência da Suprema Corte, concluímos que o art. 3º da Lei nº 9.718/98 padece de inconstitucionalidade formal originária, não havendo sido convalidado pela EC nº 20/98, que se lhe seguiu no tempo, mesmo que esta tenha entrado em vigor primeiro.