

HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS. EMENDA CONSTITUCIONAL, EXISTÊNCIA E EFICÁCIA SIMULTÂNEAS. IMEDIATIDADE DE EFEITOS. VALIDADE PRESUMIDA. DIREITO EXPECTATIVO E DIREITO ADQUIRIDO. DIREITOS FORMATIVOS. VIGÊNCIA DE NORMA INFERIOR. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA AUTONOMIA MUNICIPAL INAPLICÁVEIS.

É primário, a eficácia da norma constitucional - ainda que emanada de emenda - não cede o passo a qualquer regra infraconstitucional. Tenha esta irradiado efeitos (plano da eficácia) ou não (cingida ainda aos planos da existência e validade), a entrada daquela no sistema jurídico positivo faz tábula rasa a tudo que se lhe anteponha.

Não possuem a menor ressonância os momentos em que surgem emenda constitucional e norma inferior. Se aquela é anterior e esta a contrária, há inconstitucionalidade. Se é posterior, revogação.

Se a lei vige mas ainda não vigora, não há direito *adquirido*. Se o decurso do tempo basta à eficácia, trata-se de direito *expectativo*. E de direito *formativo*, se indispensável algum ato ao implemento do direito prometido.

Por grave que seja o impasse político-administrativo, tal não afasta a aplicação do direito posto pelo constituinte. É o ônus do estado de direito que os estados totalitários não arrostam.

Trata-se de consulta promovida pela Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul, representada por seu presidente Heitor Álvaro Petry, acerca da denominada espera nonagesimal trazida pela Emenda Constitucional nº 42 que acrescentou a alínea *c* ao inc. III do art. 150 da Constituição. Quer saber da aplicabilidade da nova regra, no caso de lei anterior publicada dentro dos noventa dias que antecederam à Emenda.

Preliminarmente, frise-se que a consulta é efetivada pela Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul - representada por seu presidente, Prefeito Heitor Álvaro Petry -, e não como está noticiado nos autos e na própria denominação do expediente. Sendo assim, a consulente carece de legitimidade para a articular (Regimento Interno, art. 139). Ainda em preliminar, a própria Consulente assevera "*que não é função do TCE intervir em questões desta natureza*" (fl. 04) (1). Ademais disso, a consulta sequer veio acompanhada de parecer jurídico daquela Instituição (Regimento Interno, art. 138, § 1º).

Quanto ao tema tratado, creio nada haja a acrescentar à minuciosa Informação nº 37/2004 da lavra dos Auditores Públicos Externos Paulo Luiz Squeff Conceição e Paulo Lourenço Machado (fls. 30 a 40). Escrever mais seria copiá-los; não posso dizer mais do que ensinam.

Conquanto assim - e sem qualquer ressaibo de perenidade -, não devo deixar de referir posições anacrônicas, profundamente equivocadas postas em outros trabalhos jurídicos que também instruem o processo. Chega-se a afirmar que a lei, por sua só publicação, gera ao ente que a cria (o Município) *direito adquirido* (?) à cobrança do tributo por ela instituído, ou criado, ou alterado, ou o que se queira.

Ora, se a lei, embora vigendo (pela publicação - plano da existência e presumida validade), ainda não vigora (plano da eficácia), o ente tributário titula não mais do que direito *expectativo* que é mais, certamente mais que mera *expectativa* de direito. Mas ainda não é direito *adquirido*. E se a lei, para ter eficácia, ela mesma prever algum ato anterior e necessário à

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

cobrança do tributo, nem de direito *expectativo* se trata. Trata-se, sim, de direito *formativo gerador*, aguardando a emissão do ato que destravar a potencialidade do direito previsto, fazendo-o, então - e agora sim -, direito adquirido à exigibilidade fiscal.

Também bizarro entendimento pinçou no direito das sucessões o instituto da comoriência a ser aplicado - por "simetria", alega-se - à simultaneidade de publicações de emenda constitucional e lei ordinária municipal que contiverem dispositivos contraditórios. E chegou-se a indagar "*qual delas entrou em vigor em primeiro lugar?*", como se houvesse algum interesse em sabê-lo, ou como se se tratasse de normas de idêntica hierarquia...

Não se baralhem institutos jurídicos para, violando o estado de direito, afastar incidência de norma constitucional de eficácia plena (a Emenda Constitucional nº 42/2002). Nem mesmo se, de sua aplicação, os interesses do erário forem contrariados ou se a eficácia da norma causar "*efeito surpresa ao ente político tributante, que não contava com essa inovação legislativa equivocada*". Menos ainda em nome do mal-compreendido "*princípio da autonomia municipal*" e muitíssimo menos com arrimo em alegado (e pouco conhecido para muitos) "*princípio da proporcionalidade*", e aqui inaplicável. Todas essas, mais não são do que lamentáveis tentativas - espera-se que frustradas - de rasgar-se a Constituição, trazendo-se a lume absurdo cotejo de normas de natureza díspar.

É como penso.

Porto Alegre, 16 de dezembro de 2004

Aderbal Torres de Amorim

Auditor Substituto de Conselheiro

(1) Como reiteradamente expressado, tenho posição firme acerca da impossibilidade competencial-constitucional desta Corte manifestar-se em matéria de consulta (Parecer nº 30/94).

Processo nº 8412-0200/04-0

DECISÃO: O Tribunal Pleno, em sessão de 22-06-2005, à unanimidade, acolhendo o Voto do Senhor Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, frisa, preliminarmente, que a resposta à presente Consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto, nos termos do que dispõe o parágrafo 2º do artigo 138 do Regimento Interno deste Tribunal, e decide pelo envio à Autoridade Consulente de cópia reprográfica da Informação nº 37/2004 da Consultoria Técnica e do Parecer nº 33/2004 da Auditoria, acolhidos nesta data, que bem irão dissolver o questionamento formulado.

PARECER ACOLHIDO.