

RAFAEL PANDOLFO
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA

REVISTA JURÍDICA

ANO XVI - Nº 379
1º DE NOVEMBRO DE 2012

consulex®

WWW.CONSULEX.COM.BR



DA BIOÉTICA AO BIODIREITO

COMO PENSAMOS O FUTURO?



IN VOGA
SÉRGIO HABIR
TEORIA DO DOMÍNIO DO
FATO E O MENSALÃO



TENDÊNCIAS
GUSTAVO PIVA DE ANDRADE
IMPORTAÇÃO PARALELA
E EXAUSTÃO DE DIREITOS



DESTAQUE
GUILHERME SAN JUAN ARAUJO
HABEAS CORPUS E O
FORMALISMO DO ESTADO



6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA

Em entrevista exclusiva, concedida à *Consullex*, o Advogado RAFAEL PANDOLFO fala sobre jurisdição constitucional tributária, abordando temas como controle de constitucionalidade, princípios constitucionais tributários e ativismo judicial, e elencando questões tributárias que têm marcado as discussões e julgamentos no Supremo Tribunal Federal. Neste ensejo, brinda o leitor com a referência à sua obra *Jurisdição constitucional tributária – Reflexos nos processos administrativo e judicial*, na qual retrata o Direito Tributário vivo, apresentando-a como um livro “de consulta para situações concretas, pois aborda as vicissitudes diárias do nosso sistema misto, enfrentadas pelos profissionais do Direito”. Não apenas sua obra enriquece as fontes de estudo e entendimento da Ciência Jurídica, como também o conteúdo exposto nesta ocasião, propiciando o mergulho na matéria tributária.



28 DA BIOÉTICA AO BIODIREITO COMO PENSAMOS O FUTURO?

O questionamento ora posto à reflexão bem poderia ser estendido a qualquer campo do Direito, mas, de forma especial merece a atenção dos insígnis articulistas que se debruçam sobre os mais relevantes movimentos da Bioética e do Biodireito. A temática permite descortinar uma infinidade de possibilidades que traçam, desde já, os contornos éticos do Biodireito. Desde os reclamos por uma legislação específica para a disciplina de questões tão fundamentais à natureza humana como reprodução assistida, eugenia, tanatologia, direitos da personalidade, pesquisas científicas em seres humanos, diretivas antecipadas de vontade etc., até o macrocosmo da Bioética Ambiental, que propõe buscar uma consciência mais amplada das consequências da interação entre o homem e o meio, certo é que, a cada passo dado em direção à ética, caminha-se rumo a um futuro melhor para as gerações vindouras.

DESTAQUE

O habeas corpus e o formalismo do Estado

26 Guilherme San Juan Araujo

CONTEXTO

Aumento de pena pelo sequestro no crime de tortura – Bis in idem

42 Eduardo Luiz Santos Cabette e José Donizeti da Silva

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Cessão de crédito inscrito em cadastros de proteção ao crédito

44 Lucíola Fabrele Lopes Nerilo

TENDÊNCIAS

Importação paralela e exaustão de direitos

48 Gustavo Piva de Andrade

ENFOQUE

Verba honorária e Advocacia Pública

50 José Nuzzi Neto

PORTAL JURÍDICO

Neurociências forenses e dependência química

56 Hewdy Lobo Ribeiro e Ana Carolina Schmidt

GESTÃO EMPRESARIAL

Estratégia de organização jurídica empresarial

59 Guilherme Acosta Moncks

IN VOGA

Teoria do domínio do fato, os réus do Mensalão e o STF

60 Sérgio Habib

CONJUNTURA

O custo tributário da energia no Brasil

62 Cleucio Santos Nunes

DOCTRINA

Contratos de confidencialidade – Proteção a dados e informações

64 Marco Antonio Moysés Filho

PONTO DE VISTA

A soltura dos réus do Hotel Intercontinental

66 Siro Darlan

SECOES

5 Com a palavra...

10 Crítica & Autocrítica

12 Indicadores Econômicos

13 Cartas & Críticas


14 Propostas e Projetos

16 Direito Internacional

18 Direito e Bioética

22 Painel do Leitor

25 Painel Econômico

A portrait of Rafael Pandolfo, a man with short brown hair, wearing a dark grey suit, a light blue shirt, and a purple tie. He is looking directly at the camera with a slight smile. His arms are crossed, and a watch is visible on his left wrist. The background is a dark, textured grey.

“Jurisdição constitucional pode ser definida como o exercício da atividade judicante, tendo como fundamento interpretativo o conteúdo atribuído a enunciados constitucionais. Seu protagonista é o STF, a quem cumpre a palavra final sobre o alcance deôntico da Carta Constitucional.”

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA

RAFAEL PANDOLFO é Advogado e Membro Titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), colaciona à sua trajetória acadêmica e profissional a afinidade pela área tributária e múltiplas referências a conceituados órgãos de estudos e pesquisas.

Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Consultor da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio Grande do Sul (Fecomercio-RS) e da Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul (FIERGS), RAFAEL PANDOLFO também é Membro de diversas instituições de pesquisa, dentre elas o próprio IBET, o Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), o Instituto de

Estudos Tributários (IET), a Fundação Escola Superior de Direito Tributário (FESDT) e a Academia Tributária das Américas (ATA).

Em parceria com a Editora Noeses que define como "gratificante, um estímulo à minha produção literária", o ilustre advogado publicou a obra *Jurisdição constitucional tributária – Reflexos nos processos administrativo e judicial*, de que traça breves comentários.

Nesta entrevista exclusiva concedida à *Consulex*, jurisdição constitucional tributária, controle de constitucionalidade e ativismo judicial são apenas alguns dos temas que merecem destaque para RAFAEL PANDOLFO, que também enseja o mergulho na matéria tributária ao apresentar ao leitor questões pertinentes que têm marcado os julgamentos no Supremo Tribunal Federal.

Revista Jurídica CONSULEX – Qual o perfil do Direito Tributário na Constituição?

Advogado RAFAEL PANDOLFO – Quanto à extensão, o Direito Tributário Constitucional brasileiro é exaustivo e, talvez, esse seja um dos maiores motivos por que grande parte dos questionamentos tributários deságua no Supremo Tribunal Federal; quanto ao conteúdo, preocupado com a segurança jurídica, pilar sobre o qual está construído o regime tributário regido pela livre-iniciativa. Adam Smith, em 1776, já preconizava que a incerteza e a insegurança jurídica a respeito da carga tributária são mais danosas ao crescimento econômico de uma nação que a própria injustiça na distribuição do ônus tributário. A existência de regras claras e transparentes, cujo vigor seja respeitado, constitui elemento indissociável de um ambiente fértil que assegure o desenvolvimento nacional preconizado na Constituição. O direito a esse "ambiente" ultrapassa o interesse subjetivo das partes que integram os polos da obrigação tributária e poderia ser comparado ao que Bobbio denomina direitos de quarta geração.

Revista Jurídica CONSULEX – Há um mínimo existencial do contribuinte que não possa ser tributado?

RAFAEL PANDOLFO – Entendo que existe um mínimo existencial tutelável juridicamente, construído a partir da vedação ao confisco e do princípio da dignidade humana. Embora não existam parâmetros objetivos normativamente fixados, o próprio STF já reconheceu esse limite, considerando a carga tributária total a que está submetido o contribuinte (ADI nº 2.010-2). Segundo o Supremo, a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação

da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa física que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público.

CONSULEX – O Código Tributário Nacional, de 1966, conflita com a Constituição Federal, que é de 1988?

RAFAEL PANDOLFO – A matéria é doutrinariamente controvertida e está ligada ao papel desempenhado pela norma geral tributária prevista no art. 146, inciso III, da Constituição. Entendo que, diante das peculiaridades do federalismo brasileiro, a existência de uma lei nacional assegura um arquétipo que confere estabilidade, unidade e previsibilidade. A sistematização proporcionada pela lei nacional é a dicção mais adequada à realidade brasileira, enquanto modo pelo qual a pluralidade de regras emitidas pelos entes tributantes é reduzida a unidade capaz de atender às exigências de certeza e da igualdade. Não vejo maiores conflitos entre a Constituição e o CTN, por ela recepcionado.

CONSULEX – O princípio constitucional da irretroatividade aplica-se apenas aos atos legislativos ou também aos atos administrativos e judiciais?

RAFAEL PANDOLFO – No Direito Tributário, seja em função da proliferação normativa hoje existente, seja em função da própria indeterminação da linguagem, a incerteza gerada

pelos comandos tributários é estabilizada, em primeiro momento, pelos órgãos fazendários que, por meio de soluções de consulta e atos declaratórios, definem o significado dos termos e expressões utilizados pelo legislador. Em segundo e derradeiro momento, o significado pode ser redefinido pelo Poder Judiciário, pressupondo-se controvérsia e antagonismo entre a interpretação fazendária e a defendida pelos contribuintes. A irretroatividade está ligada à instituição pretérita de uma obrigação até então inexistente, conforme a lei interpretada. Como se vê, é importante erradicar o vício de se restringir o princípio da irretroatividade a uma limitação imposta exclusivamente ao legislador. Este princípio aplica-se à totalidade das fontes de formação do Direito, subordinando tanto as alterações sintáticas provocadas nos enunciados prescritivos objeto de interpretação (leis, Constituição), como a modificação da norma jurídica em sentido estrito, ou seja, a modificação de uma interpretação já estabilizada e digna de confiança tutelável juridicamente.

CONSULEX – Como e quando o contribuinte pode invocar o princípio da segurança jurídica?

RAFAEL PANDOLFO – A segurança jurídica está ligada à intangibilidade do passado e à previsibilidade do futuro, relativamente às obrigações exigíveis dos contribuintes. A alteração retroativa de normas legislativas, administrativas e judiciais afronta a proteção assegurada pela Constituição. Da mesma forma, a exigência de uma obrigação antes do hiato constitucional previsto (anterioridade) também atinge esse pilar do Estado de Direito.

CONSULEX – O que é a jurisdição constitucional?

RAFAEL PANDOLFO – Jurisdição constitucional pode ser definida como o exercício da atividade judicante, tendo como fundamento interpretativo o conteúdo atribuído a enunciados constitucionais. A Constituição prevê um sistema misto de controle de constitucionalidade a partir do qual a jurisdição é exercida pelos juízes e tribunais por meio do controle difuso de constitucionalidade. Da mesma forma, os tribunais administrativos, embora estejam impedidos de declarar a inconstitucionalidade de norma (com ou sem redução de texto), exercem a jurisdição pela interpretação conforme a Constituição. Não obstante, o papel central é desempenhado pelo STF, protagonista a quem cumpre a palavra final sobre o alcance deontológico da Carta Constitucional.

CONSULEX – Como está estruturado no ordenamento jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade?

RAFAEL PANDOLFO – A Constituição Federal prevê dois sistemas: o difuso e o concentrado. O difuso é exercido a

partir de análise de casos concretos, em que a constitucionalidade das leis é questão incidental no processo. Nesse sistema, a análise do tema constitucional chega ao Supremo por intermédio de recurso extraordinário. Quanto ao concentrado, ele é exercido diretamente por aquela Corte, que monopoliza o sistema de controle, exercendo-o por meio de ADI, ADC, ADPF e Reclamação Constitucional. É importante ressaltar o papel das súmulas vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, que possibilitam que o efeito das decisões de controle difuso seja estendido a todos, nos termos do art. 103-A da Constituição. Deve ser referido, ainda, que os tribunais administrativos – que são integrantes do Poder Executivo – embora não possam afastar a aplicação de lei cuja inconstitucionalidade ainda não tenha sido declarada pelo STF, podem – e devem – empreender a interpretação conforme a Constituição na busca do significado normativo mais adequado ao texto constitucional.

CONSULEX – Qual a diferença entre os controles preventivo e repressivo de constitucionalidade?

RAFAEL PANDOLFO – O controle preventivo é o realizado antes da aprovação e da sanção da lei. Pode ser promovido pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, ou pelo Presidente da

República, na forma do veto ao sancionar a lei. Esta estrutura se repete nos respectivos órgãos legislativos e executivos estaduais e municipais. O controle repressivo é o efetuado após a publicação da lei – momento a partir do qual ela passa a existir, está dotada de presunção de validade e é capaz de produzir efeitos – e é empreendido pelo Poder Judiciário.

CONSULEX – Há substanciais diferenças entre os controles difuso e concentrado?

RAFAEL PANDOLFO – O controle difuso é exercido perante um caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal que pode, como questão incidental, afastar a aplicação de lei ao caso concreto fundado na inconstitucionalidade da lei. O objeto principal da ação, porém, não é a declaração de inconstitucionalidade, mas o litígio instaurado entre autor e réu em virtude do cumprimento da norma eivada daquele vício. Sua origem remonta à tradição americana, com *Marbury vs. Madison*, e foi a primeira espécie de controle a ser inserida no sistema constitucional brasileiro. O controle concentrado de constitucionalidade é atribuído a um órgão específico, detentor do monopólio do controle da constitucionalidade das leis, distinto dos três poderes clássicos do Estado. Esta é a razão pela qual se denomina “concentrado”. Esta forma de controle foi arquitetada por Hans Kelsen e inaugurada

na Constituição austríaca, tendo sido inserida posteriormente ao controle difuso em nosso sistema constitucional.

CONSULEX – *Essa distinção, de profundo aspecto doutrinário, se mantém quanto aos efeitos produzidos em cada caso?*

RAFAEL PANDOLFO – A diferenciação entre as espécies de controle de constitucionalidade acima abordadas é dotada de excelente finalidade didática, embora não corresponda ao estágio atual de funcionamento desses sistemas, tanto nos países da *common law*, como nos que adotam o direito continental. Verifica-se, na realidade, uma aproximação muito grande entre esses dois sistemas, através da relativização de institutos considerados como dogmas identificadores de cada um. No Brasil, por exemplo, o controle difuso, que tradicionalmente está ligado à retroação dos efeitos da declaração, já admite a modulação dos efeitos como exceção à regra. Ainda, a partir da introdução da súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro, a jurisprudência consolidada pelo STF, por meio da análise de recursos extraordinários, poderá ser objeto de uma súmula, dotada de efeito *erga omnes*.

CONSULEX – *Há mecanismo de controle de constitucionalidade da coisa julgada inconstitucional?*

RAFAEL PANDOLFO – A coisa julgada decorre de uma norma judicial concreta e singular a que o sistema jurídico confere justas expectativas de intangibilidade pretérita. Uma decisão judicial proferida pelo STF, no exercício do controle concentrado, estabelece uma nova norma geral e abstrata, atingindo todos. Nesse contexto, entendendo desnecessária a propositura de ação rescisória pela Fazenda visando à anulação de decisão judicial, proferida em controle difuso, incompatível com o posicionamento adotado pelo Supremo. O contribuinte pode ser simplesmente notificado para que, a partir da vigência da decisão proferida pelo STF a obrigação tributária possa ser exigida. É preciso esclarecer, ainda, que a intangibilidade do passado não beneficia a Fazenda. A segurança jurídica constitui princípio que, na relação existente entre o Estado e contribuinte, não pode ser arguido em favor do primeiro, visando à cristalização de efeitos decorrentes das próprias condutas, em prejuízo do segundo. A edição de normas incompatíveis com a Constituição e a instabilidade do conteúdo normativo do texto constitucional, gerando conflitos entre as decisões proferidas nos controles concentrado e difuso, devem ser absorvidos pelo Estado e não podem ser utilizados contra quem sofreu as consequências do ato nulo e a insegurança resultantes das indefinições e contradições decorrentes da estrutura mista de controle constitucional adotada no Brasil.

CONSULEX – *Como pode ser entendido o ativismo judicial?*

RAFAEL PANDOLFO – O Direito positivo é composto por linguagem utilizada na função prescritiva (lógica deontica). A vedação imposta ao Poder Judiciário, que deflui do princípio da separação dos Poderes, atinge apenas a inovação no plano sintático, ou seja, a construção de novos signos linguísticos sujeitos à interpretação. A atuação do Poder

Judiciário na fixação do conteúdo da obrigação tributária é, no entanto, inegável, respeitados esses limites.

CONSULEX – *Pode o legislador editar norma interpretando dispositivo sobre o qual já existe entendimento consolidado pelo Judiciário?*

RAFAEL PANDOLFO – Neste caso, o dispositivo não estará sendo interpretado, mas sim modificado. Não se trata, portanto, de lei interpretativa, mas lei prescritiva, cuja retroatividade estará ligada à ausência de agravamento da situação jurídica das pessoas por ela atingidas.

CONSULEX – *Quais os temas tributários mais relevantes que pendem de julgamento pelo Supremo?*

RAFAEL PANDOLFO – Existem mais de cem casos tributários pendentes de julgamento no STF; mas alguns podem ser destacados. As ADIs nºs 4.628 e 4.713, que discutem a inconstitucionalidade do Protocolo CONFAZ nº 21 de ICMS, o qual estabeleceu nova incidência do imposto quando da chegada ao destinatário nas vendas realizadas pela internet ou por *telemarketing*; a ADC nº 18, que discute se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, que já está há anos sendo julgada e formou um esqueleto tributário imenso; a ADI nº 2.588, que discute a constitucionalidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/01, o qual instituiu a tributação dos lucros auferidos nas coligadas e controladas de empresas brasileiras no exterior, mesmo antes de sua disponibilização; o RE nº 601.314, que discute se é legítima a quebra de sigilo bancário efetuada por intermédio de Requisição de Movimentação Financeira pelo Fisco, sem a prévia autorização judicial, bem como a possibilidade da utilização de dados da CPMF para fiscalizar tributos relativos a fatos anteriores à mudança legislativa ocorrida na lei da contribuição que permitiu a utilização; e o RE nº 614.232, que discute a forma de tributação dos rendimentos recebidos acumulada e extemporaneamente por pessoas físicas.

CONSULEX – *Qual o foco do seu trabalho no livro Jurisdição constitucional tributária – Reflexos nos processos administrativo e judicial?*

RAFAEL PANDOLFO – O Direito Tributário brasileiro está exaustivamente presente na Constituição. Dificilmente um assunto tributário pode ser analisado sem qualquer abordagem constitucional, seja quanto à obrigação, seja quanto ao procedimento e regularidade na constituição do crédito tributário. Os temas em julgamento no Supremo supracitados confirmam essa assertiva. A obra surgiu das dificuldades e dúvidas nascidas no exercício da minha atividade como consultor e julgador, no CARE. O foco da obra não é a fotografia do nosso sistema constitucional tributário, ponto já exaustivamente abordado pela doutrina brasileira, mas a dinâmica do seu funcionamento a partir da existência dos diversos cenários possíveis. O Direito Tributário vivo, colhido no laboratório da vida. Assim, é um livro de leitura, mas, sobretudo, de consulta para situações concretas, pois aborda as vicissitudes diárias do nosso sistema misto, enfrentadas pelos profissionais do Direito. ■