

ALÇADA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO E ISONOMIA

LIMITATIONS OF RIGHT OF APPEAL IN ADMINISTRATIVE TAX PROCESS AND EQUALITY

Luiz Felipe Silveira Difini¹

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito tributário.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é examinar a constitucionalidade do disposto nos arts. 39-A e 41, ambos da Lei Estadual nº 6.537 (do Rio Grande do Sul), com redação dada pela Lei Estadual nº 14.180/2012, a partir do princípio do duplo grau de jurisdição e da isonomia. Conclui-se pela constitucionalidade das normas, se realizada interpretação conforme a Constituição.

ABSTRACT: *This article examines constitutionality of articles 39-A and 41, both from RS state law nº 6.537, in regard of principles of double court review (similar to right of appeal) and equality, and how those articles can be interpreted according to Constitution.*

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Artigos 39-A e 41; Lei Estadual nº 6.537/1973; Princípio do duplo grau de jurisdição; Princípio da isonomia; Interpretação conforme a Constituição.

KEYWORDS: *Constitution; articles 39-A and 41; RS State Law 6.537/1973; right of appeal principle; equality; interpretation according to Constitution.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do princípio do duplo grau de jurisdição; 2 Do princípio da isonomia e da interpretação conforme a Constituição; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Principle of double court review (similar to right of appeal); 2 Equality and interpretation according to Constitution; Conclusion; References.*

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação na Disciplina de Direito Tributário. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente, Corregedor e Diretor da Escola Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: difini@tj.rs.gov.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9469097303332145>>.

INTRODUÇÃO

A Lei Estadual nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, dispõe sobre o procedimento tributário administrativo no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Em 28 de dezembro de 2012, a mencionada legislação sofreu alterações com a entrada em vigor da Lei Estadual nº 14.180, entre elas a inserção do art. 39-A², o qual estabeleceu o julgamento, em primeira e única instância, dos processos cuja soma dos autos de lançamento não ultrapassassem o montante de 3.850 UPFs-RS e daqueles cujos valores requeridos, na data da decisão, não ultrapassassem o equivalente a 3.850 UPFs-RS, em caso de restituição de tributo.

Também foi alterado o disposto no inciso I do art. 41 da Lei nº 6.537³, o qual passou a estabelecer que, nas hipóteses do art. 39-A, a autoridade julgadora poderia, em caso de decisão contrária à Fazenda, deixar de recorrer de ofício a uma das Câmaras do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais.

Observa-se que restou estipulado o julgamento em única instância, para determinados processos, de acordo com o valor econômico em discussão, sendo permitida apenas a utilização de recurso de ofício. Ao contribuinte, pois, restou vedado o direito à interposição de recurso à segunda instância administrativa nos processos em que pretendam impugnar lançamentos cujo montante não ultrapasse 3.850 UPFs-RS.

² Art. 39-A da Lei Estadual nº 6.537: “Será realizado, em primeira e única instância, o julgamento de processos cuja soma: I - dos autos de lançamento, na data de lavratura, não ultrapassem o montante de 3.850 UPFs-RS, na hipótese de impugnação; II - dos valores requeridos, na data da decisão, não ultrapassem o montante de 3.850 UPFs-RS, quando se tratar de restituição de tributo”.

³ Art. 41 da Lei Estadual nº 6.537: “Respeitado o disposto no art. 39-A, a autoridade julgadora de primeira instância recorrerá de ofício, com efeito suspensivo, a uma das Câmaras do TARF, sempre que proferir decisão contrária à Fazenda, no todo ou em parte, podendo deixar de fazê-lo quando: I - a importância pecuniária em discussão não exceder o valor de 3.850 UPFs-RS, considerada a data de lavratura do Auto de Lançamento, na hipótese de impugnação, e a data da decisão, quando se tratar de restituição de tributo; II - a decisão for fundada exclusivamente no reconhecimento de erro de fato; III - a decisão de referir exclusivamente à obrigação acessória. § 1º O recurso de ofício será interposto mediante declaração na própria decisão. § 2º Se além do recurso de ofício houver recurso voluntário, serão ambos encaminhados ao julgamento de uma das Câmaras do TARF. § 3º Se a autoridade julgadora omitir a observância do disposto neste artigo, cumpre ao funcionário que tiver de executar a decisão representar àquela autoridade, por intermédio de seu chefe imediato, propondo a interposição do recurso. § 4º Quando o processo subir à segunda instância em grau de recurso voluntário e se verificar que, não obstante o caso ser também de recurso de ofício, nos termos desta lei, este não foi interposto, as Câmaras do TARF tomarão conhecimento pleno do processo, como se houvesse tal recurso”.

Essas modificações legais impuseram um debate sobre a constitucionalidade da norma, relativamente ao duplo grau de jurisdição e à isonomia entre Fisco e contribuinte. Mencionada análise é de fundamental importância, tendo em vista repercutir diretamente no cotidiano dos operadores do Direito Tributário. Nessa senda, mostra-se imprescindível que seja examinada a matéria, especialmente no que se refere à interpretação adequada das normas à luz da Constituição Federal.

Primeiramente, expor-se-á a perspectiva doutrinária existente acerca do princípio do duplo grau de jurisdição, adentrando na divergência existente sobre se tratar ou não de garantia constitucional. Da mesma forma, as normas serão abordadas a partir do princípio da isonomia. Por fim, examinar-se-á, a partir dos princípios do duplo grau de jurisdição e da isonomia, a constitucionalidade da norma estadual em comento.

1 DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A fim de examinar a constitucionalidade do disposto nos arts. 39-A e 41 da Lei Estadual nº 6.537, primeiramente, importante adentrar no alcance do princípio do duplo grau de jurisdição, analisando se pode ser considerado uma garantia constitucional.

O princípio do duplo grau de jurisdição indica que, como regra, as lides devem ser julgadas por um órgão jurisdicional e reapreciadas por outro, como forma de adequada aplicação do direito, bem como melhoria da qualidade e uniformização das decisões judiciais⁴. Segundo Humberto Theodoro Júnior, o princípio “consiste na possibilidade de submeter a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes, como garantia da boa solução”⁵.

⁴ SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 604.

Conceito similar é formulado por Guilherme Puchalski Teixeira (Análise fragmentada do duplo grau enquanto regra de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 159-182, mar./abr. 2008. p. 160), aduzindo que, em linhas gerais, o duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de a parte vencedora, por meio do recurso competente, obter novo julgamento da causa, preferencialmente por órgão de hierarquia superior.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2010. p. 572.

A doutrina é dissonante sobre o duplo grau de jurisdição se tratar de princípio elevado ao patamar constitucional pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Cassio Scarpinella Bueno sustenta que o duplo grau de jurisdição constitui princípio implícito na Constituição Federal de 1988. Ressalva, todavia, que a lei pode dar preferência, dependendo do caso, a um ou a outros princípios colidentes com ele, visando a alcançar resultados também almejados pelo sistema processual civil, devendo haver a necessária ponderação entre os valores envolvidos⁶.

No mesmo sentido, Daniel Ustárroz e Sérgio Gilberto Porto reconhecem a garantia do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, ainda que não expresso na Constituição, tendo em vista que os direitos fundamentais constituem rol aberto. Afirmam que eventuais limitações pontuais à aplicação do duplo grau não retiram seu patamar constitucional, além de salientarem que o reconhecimento de tal *status* não implica seja o princípio observado em todos os processos, desde que preservado o seu núcleo fundamental, quando em colisão com outros princípios⁷.

José Miguel Garcia Medina, em posicionamento similar, assevera que o duplo grau de jurisdição constitui princípio inserido no rol de garantias mínimas que decorrem do devido processo legal, ressaltando que,

como princípio, convive, em nível constitucional, com aquele que lhe é oposto (princípio da unicidade de juízo ou de instância, ou de julgamento único). [...] Pensamos que o princípio do duplo grau de jurisdição é proeminente em relação ao princípio que lhe é oposto, razão pela qual devem ser tidas por

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos*. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

Adotando posição semelhante, Guilherme Puchalski Teixeira (obra citada, p. 173) afirma: “É que o duplo grau de jurisdição, aqui encarado como regra constitucional implícita no que se refere às causas de competência dos juízes de primeiro grau, colide com a garantia da celeridade da prestação jurisdicional e da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), normas de mesma hierarquia, outorgadas pela própria Constituição. Caberá, portanto, ao legislador ordinário resolver, casuística e razoavelmente, este aparente antagonismo, visto que é sua a missão de legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I) e procedimentos em matéria processual (CF, art. 24, XI)”.

⁷ USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. *Manual dos recursos cíveis*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 55/56.

contrárias àquele princípio constitucional as decisões judiciais que, sem amparo legal expresso, suprimam a possibilidade de duplo exame, por órgãos jurisdicionais hierarquicamente distintos.⁸

Mas vários doutrinadores sustentam, por outro lado, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que o princípio do duplo grau de jurisdição não constitui garantia constitucional. Esse entendimento tem prevalecido⁹.

Nelson Nery Junior afirma que, diferentemente da Constituição do Império de 1824, que estabelecia garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, as Constituições que se seguiram limitaram-se a referir a existência de tribunais, com competência recursal, fazendo, pois, mera previsão implícita ao recurso. Como consequência da inexistência de garantia constitucional do duplo grau, pode o legislador infraconstitucional limitar o direito de recurso, como o fez, por exemplo, no art. 34 da Lei de Execuções Fiscais¹⁰.

No mesmo sentido, Sílvio Ernane Moura de Sousa afirma que, da leitura das disposições constitucionais referentes ao processo, não é possível depreender intenção do constituinte em assentar o duplo grau de jurisdição como regra, havendo tão somente normas disciplinando a competência dos Tribunais Superiores para examinar recursos. É evidente que, fosse a intenção do constituinte incluir o duplo grau na Constituição, ele teria sido previsto expressamente no art. 5º, da mesma forma como ocorreu com o princípio do devido processo legal. Assim, a lei ordinária deve disciplinar as hipóteses de previsão do duplo grau de jurisdição¹¹.

⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1337.

⁹ Nesse sentido, a posição de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (*Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 731).

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 320-321.

Adotando o mesmo entender, a doutrina de Sérgio Shimura (Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 605).

¹¹ SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. *Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do artigo 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional*. São Paulo: Pillares, 2010. p. 39.

Também ostentando o duplo grau de jurisdição não se tratar de garantia constitucional, Marinoni e Arenhart justificam sua posição analisando o alcance do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, interpretando que “os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa”, havendo casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, a exemplo das causas de “menor complexidade” e das que possam justificar uma única decisão. A ampla defesa deve ser pensada sempre em confronto com a tempestividade e a efetividade da tutela¹². Interessante mencionar sua conclusão:

O legislador infraconstitucional não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVII, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em “garantir” a segurança da parte através da instituição da “dupla revisão”.¹³

Flávio Cheim Jorge salienta a impossibilidade de se confundir o duplo grau de jurisdição com os recursos. O art. 5º, inciso LV, garante tão somente o processo legal e a ampla defesa, com recursos a ela inerentes, previsão que não expressa garantia de duplo grau. Caso assim o fosse, estaria o legislador ordinário impossibilitado de ceifar o direito do litigante de interpor recursos a órgão de hierarquia superior. Contudo, o direito ao recurso objetiva tão somente o reexame da matéria, prescindindo se tratar de órgão de diferente hierarquia¹⁴.

A despeito de não haver unanimidade na doutrina acerca do tema, a posição assentada no Supremo Tribunal Federal é a de que não há inconstitucionalidade por supressão do duplo grau, uma vez que não existe garantia constitucional nesse sentido. Tal entendimento pode ser extraído da decisão no Recurso Extraordinário nº 201297-1:

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2014. p. 495-496.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 498.

¹⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 172.

Não tem razão o recorrente quando pretende que, em face do disposto no art. 5º, LV e § 1º da Constituição Federal, esta constitucionalizou o princípio do duplo grau de jurisdição, não mais admitindo decisões de única instância, razão por que não foi recebida pela nova ordem constitucional a Lei nº 5.584/1970. Com efeito, a própria Constituição admite a existência de decisões em grau único de jurisdição não apenas nos casos que especifica, como os de ações originárias perante o Supremo Tribunal Federal, mas também genericamente, ao admitir, no art. 102, III, recurso extraordinário nas causas decididas em única instância, quando ocorre hipótese prevista numa das letras “a”, “b” ou “c”, do mesmo dispositivo.¹⁵

No julgamento do Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* nº 79.785-7, originário do Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal foi expresso em afirmar que a Constituição Federal não erigiu o duplo grau de jurisdição à garantia fundamental, conforme trecho da ementa do julgado:

1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.
2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.¹⁶

¹⁵ Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, J. 01.10.1996, DJ 05.09.1997.

¹⁶ Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, J. 29.03.2000, DJ 22.11.2002.

No mesmo sentido, posição adotada no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 216.257-4, originário de São Paulo:

Diante do disposto no inciso III do art. 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário, contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia fundamental.¹⁷

A norma do art. 39-A da Lei Estadual nº 6.537/1973 previu o julgamento em esfera administrativa única, impossibilitando, assim, interposição de recurso para aquela situação descrita. Contudo, não alcançando o princípio do duplo grau de jurisdição patamar de garantia constitucional, inexistente vício a acarretar a inconstitucionalidade da norma, a qual claramente privilegiou a garantia constitucional da razoável duração do processo, assegurada pelo art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

2 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O princípio da isonomia, posto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No âmbito processual, referido princípio implica igualdade de tratamento às partes¹⁸, encontrando-se expresso no art. 139, I, do novo Código de Processo Civil (antigo art. 125, I), assim como no art. 106, inciso II, da Lei Estadual ora em comento¹⁹.

Celso Ribeiro Bastos bem delinea o conteúdo da igualdade, entendendo-a como um dos mais importantes princípios da Constituição Federal, tendo em vista incidir no exercício de todos os demais direitos. Entende-a como um princípio

¹⁷ Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, J. 15.09.1998, DJ 11.12.1998.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128.

¹⁹ Art. 106, inciso II, da Lei Estadual nº 6.537/1973: “O TAREF terá seu Regimento Interno, que determinará, no mínimo: [...] II - a rigorosa igualdade de tratamento às partes”.

informador do restante do Direito, sustentando que a lei não pode perder o critério de proporcionalidade, sob pena de ferir o princípio da isonomia²⁰.

O princípio da igualdade significa que o legislador deve elaborar a lei com disposições iguais às situações idênticas e com disparidade às situações diversas, a fim de conceder os mesmos ônus e bônus às partes²¹. Do princípio da igualdade decorre a proibição dos privilégios. As leis não podem favorecer indivíduos ou grupos, pois o Direito é o mesmo para todos²².

Nery acredita que, no âmbito normativo, somente a diferenciação justa é constitucional, devendo ser precedida de justificativa. Quando injusta a razão da discriminação, há inconstitucionalidade²³. Didier Junior, por sua vez, sustenta que a base do tratamento processual idêntico é a paridade de armas, ou seja, acesso aos mesmos instrumentos processuais²⁴.

Partindo de tais premissas sobre o princípio em comento, verifica-se que o art. 41 da Lei Estadual nº 6.537 previu o cabimento de recurso de ofício; contudo, não possibilitou recurso pelo contribuinte, ao qual impôs julgamento em instância administrativa única. Desse modo, aparentemente, houve tratamento diferenciado às partes, sem justificativa legal para tanto.

Leandro Paulsen, por seu turno, afirma que a igualdade perante a lei pressupõe a submissão de todos e que o tratamento igualitário não precisa ser justificado. Por outro lado, a desigualdade de meios sempre exige justificativa²⁵. Alexandre de Moraes lembra que a justificativa deve ser objetiva e razoável²⁶.

Dessa forma, constata-se que o art. 39-A e o art. 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973 – ao determinarem o julgamento em instância única, impossibilitando recurso pelo contribuinte, mas facultando o reexame necessário

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.182-183.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 106/113.

²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 128.

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2009. p. 55-56.

²⁵ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 76.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 181.

- estabeleceram diferenciação normativa entre o contribuinte e o Fisco, desacompanhada de justificativa razoável. Isso poderia levar à conclusão de sua inconstitucionalidade.

Todavia, é viável realizar-se interpretação “conforme a Constituição” às normas examinadas, pois há interpretação capaz de compatibilizá-las com o texto constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso, quando uma norma não for manifesta ou inequivocamente inválida ou quando houver, entre as interpretações possíveis, alguma que possa ser compatibilizada com a Constituição, ela não deverá ser declarada inconstitucional²⁷. Para Celso Ribeiro Bastos, a declaração de inconstitucionalidade deve ser utilizada como “medida extrema”, tendo em vista as profundas repercussões que acarreta²⁸.

A presunção de constitucionalidade das leis e, especialmente, os princípios da supremacia da Constituição²⁹ e da unidade do ordenamento jurídico³⁰ determinam seja priorizada interpretação que mantenha a norma no ordenamento, com interpretação compatível com a Constituição³¹:

No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 66.

²⁹ Acerca dos princípios justificadores do uso da “interpretação conforme”, Gilmar Ferreira Mendes (*Controle abstrato de constitucionalidade*: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei nº 9.868/1999. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 532) afirma: “Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme à Constituição, milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na ideia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional”.

³⁰ ALMEIDA JUNIOR, Fernando Osório de. *Interpretação conforme a Constituição e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 20.

³¹ Segundo Gilmar Ferreira Mendes (op. cit., p. 523), “na dúvida, deve o juiz reconhecer a constitucionalidade da lei e, no caso de duas interpretações possíveis de determinada norma, deve preferir a que seja compatível com a Constituição”.

compatibilidade do acto normativo com a Constituição.
(grifo no original)³²

Segundo Barroso, o papel da interpretação conforme a Constituição é o de ensejar uma alternativa legítima para o conteúdo de determinado preceito legal por meio de uma interpretação extensiva ou restritiva³³. Para Jorge Miranda, a interpretação conforme não é apenas uma regra interpretativa, mas um método de fiscalização da constitucionalidade que privilegia a economia e o aproveitamento dos atos jurídicos, discernindo limites fora dos quais haverá inconstitucionalidade³⁴.

Na interpretação conforme, não há declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, havendo indicação, entre as diversas interpretações possíveis da lei, daquelas a serem seguidas por compatíveis com a Constituição. O dispositivo legal é preservado, com especificação das interpretações condizentes com a Constituição, ou seja, não é declarada a inconstitucionalidade “desde que a norma seja interpretada *conforme a Constituição*”³⁵.

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente admite a utilização da interpretação conforme a Constituição, a qual inclusive é reconhecida expressamente no art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999. Nesse sentido, por exemplo, decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430:

Com efeito, está autorizado este Supremo Tribunal Federal a apreciar a inconstitucionalidade de dada norma, ainda que seja para dela extrair interpretação conforme à Constituição Federal, com a finalidade de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa. [...] Destaque-se que a Corte evoluiu em sua jurisprudência, com o escopo de admitir, inclusive, que o próprio pedido da ação

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 958-959.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 195.

³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, t. 2, 2000. p. 267-268.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 263.

Nesse sentido, também Vânia Hack de Almeida (*Controle de constitucionalidade*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 221).

direta encampe o pleito de interpretação conforme à Constituição Federal se a norma objeto de apreciação detiver conteúdo semântico plurissignificativo.³⁶

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 também constituiu relevante exemplo da utilização da interpretação conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal:

União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132/RJ pela ADI nº 4.277/DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil.

[...]

6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.³⁷

Percebe-se, diante do exposto, que, sendo possível compatibilizar o sentido de determinada norma à Constituição, essa é a melhor solução jurídica a ser aplicável e a que preserva o princípio da supremacia da Constituição. Dessa

³⁶ Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, J. 29.06.2012, DJe 19.09.2013.

³⁷ Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, J. 05.05.2011, DJe 14.10.2011.

forma, em lugar de declarar a inconstitucionalidade de uma norma, deve-se priorizar sua interpretação em conformidade com a Constituição.

No caso dos dispositivos legais ora em exame, art. 39-A e art. 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973, para compatibilizar o sentido da norma à Constituição, é necessário que se lhes atribua interpretação que esteja de acordo com o princípio da isonomia.

Respeitar a isonomia, no caso de tais artigos, é prever os mesmos direitos recursais a ambas as partes. Impossibilitar o recurso de ofício, nas hipóteses do art. 41, tem o condão de conceder as mesmas garantias ao Fisco e ao contribuinte, uma vez que, para ambos, será aplicável a regra de última e única instância.

Nessa perspectiva, pode-se realizar “interpretação conforme” do disposto no art. 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973, entendendo a expressão “podendo deixar de fazê-lo” como hipótese de não cabimento de recurso de ofício; ou seja, nos casos previstos nos respectivos incisos do art. 41, a autoridade julgadora de primeira instância não recorrerá de ofício, respeitando-se, assim, o princípio da isonomia entre o Fisco e o contribuinte.

CONCLUSÃO

O exame da constitucionalidade dos arts. 39-A e 41, ambos da Lei Estadual nº 6.537/1973, passou, primeiramente, pela análise do alcance do princípio do duplo grau de jurisdição. Apesar de a doutrina divergir quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal não erigiu o duplo grau de jurisdição à garantia fundamental.

Da mesma forma, entendemos que o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional. Mencionado princípio deve ser analisado sempre em conjunto com princípios constitucionais, como o da ampla defesa e o da duração razoável do processo. A norma do art. 39-A da Lei Estadual 6.537/1973 claramente visou privilegiar a efetividade da tutela, prevendo o julgamento em única instância, especialmente por tratar de hipótese de causas de menor valor econômico. O duplo grau de jurisdição não deve se sobrepor aos referidos princípios.

De outra senda, o art. 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973 previu o cabimento de recurso de ofício; contudo, não possibilitou recurso pelo contribuinte, ao qual impôs julgamento em instância administrativa única. Em uma primeira análise da norma, poder-se-ia afirmar que houve tratamento diferenciado às partes, sem justificativa razoável para tanto.

Ocorre que o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal prevê o direito à igualdade como garantia fundamental. Na esfera processual, significa que aos litigantes cabe receber o mesmo tratamento, devendo dispor, portanto, dos mesmos instrumentos processuais.

Trazendo tal raciocínio para as normas em apreciação, verifica-se que é possível realizar uma interpretação dos arts. 39-A e 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973, que seja conforme a Constituição. Essa interpretação, por um lado, convalida a instância única na seara administrativa nos casos dispostos no art. 39-A, mas, por outro, impossibilita o cabimento do recurso de ofício, em respeito ao princípio da isonomia.

Frisa-se, a autoridade julgadora não recorrerá de ofício, respeitando-se o princípio da isonomia entre o Fisco e o contribuinte. E por ser preferível essa interpretação conforme a Constituição, não há de se falar em inconstitucionalidade dos dispositivos examinados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vânia Hack de. *Controle de constitucionalidade*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ALMEIDA JUNIOR, Fernando Osório de. *Interpretação conforme a Constituição e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei nº 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, t. 2, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. *Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do artigo 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional*. São Paulo: Pillares, 2010.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Análise fragmentada do duplo grau enquanto regra de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 159-182, mar./abr. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2010.

USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. *Manual dos recursos cíveis*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Submissão em: 20.06.2017

Avaliado em: 28.07.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.08.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 12.12.2017

